Anexo E.1

RECOMENDACIONES

Recomendación 1/2012, de 12 de enero, formulada al Ayuntamiento de Cádiz, sobre tarjetas de aparcamiento de personas con discapacidad (09021146). Pendiente.

Se ha recibido en esta Institución el informe, de fecha 21 de octubre de 2011, firmado por el Teniente de Alcalde Concejal Delegado de ese Ayuntamiento, en relación con la queja planteada por don (...), registrada con el número arriba indicado.

Teniendo en cuenta lo manifestado tanto en este último informe como en los anteriores de esa corporación procede, a juicio de esta Institución, realizar las siguientes consideraciones:

Con fecha 25 de mayo de 2010, le solicitamos que nos informase de la normativa municipal reguladora de las tarjetas de estacionamiento para personas con movilidad reducida y de las medidas que se hubiesen adoptado o estuviese previsto adoptar para facilitar el estacionamiento de los vehículos de dichas personas.

Dando contestación a nuestra solicitud de informe, se recibió un correo electrónico de esa corporación que se limitaba a manifestar que la adjudicación de tarjetas de estacionamiento es competencia de la Junta de Andalucía, por lo que fue necesario reiterar nuestra solicitud de información.

En el informe de ese Ayuntamiento de 28 de septiembre de 2010 se señalaba que no existe normativa municipal referente a los estacionamientos reservados para personas con movilidad reducida y que se aplica el Decreto 72/1992, de 5 de mayo, por el que se aprueban las normas técnicas para la accesibilidad y la eliminación de barreras arquitectónicas, urbanísticas y en el transporte en Andalucía.

Tras recibir dicho informe, pusimos en su conocimiento que el Decreto 72/1992, de 5 de mayo, había sido derogado por el Decreto 293/2009, de 7 de julio, por el que se aprueba el Reglamento que regula las normas para la accesibilidad en las infraestructuras, el urbanismo, la edificación y el transporte en Andalucía, publicado en el *BOJA* de 21 de julio de 2009.

Esta última norma, que había entrado en vigor a los dos meses de su publicación, establece en su disposición adicional quinta que los ayuntamientos y demás entidades locales competentes llevarán a cabo la adaptación de las ordenanzas locales, cuyo contenido afecte a la materia de accesibilidad y eliminación de barreras, a lo dispuesto en dicho decreto en el plazo de un año a partir de su entrada en vigor. Es decir que, al tiempo de elaborar el informe de 28 septiembre de 2010, ya debería haberse producido la adaptación de las ordenanzas locales a lo dispuesto en el Decreto 293/2009, de 7 de julio, no obstante lo cual dicha norma seguía siendo ignorada por ese Ayuntamiento.

A la vista de lo anterior, fue necesario solicitar un nuevo informe en el que se aclarase la confusión de esa corporación en relación con la normativa aplicable y se diese una respuesta coherente a nuestras reiteradas solicitudes de información.

El nuevo informe de ese Ayuntamiento, de fecha 29 de marzo de 2011, se limitaba a señalar, por lo que se refiere a la normativa aplicable, que a partir del día de la fecha se aplicaría el Decreto 293/2009, que había entrado en vigor 18 meses antes.

Posteriormente, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 127 del Decreto 293/2009, de 7 de julio, que establece las medidas a adoptar por las corporaciones locales a favor de las personas con discapacidad, titulares de las tarjetas de aparcamiento, solicitamos a ese Ayuntamiento que nos informase de las medidas adoptadas para dar cumplimiento a lo previsto en dicho artículo.

En el último informe remitido por ese Ayuntamiento, de 21 de octubre de 2011, se señala, en relación con lo dispuesto en el apartado c) del artículo 127 del Decreto 293/2009, de 7 de julio, que se está elaborando una nueva ordenanza que permitirá que las personas titulares de tarjetas de aparcamiento para personas con movilidad reducida estacionen sus vehículos, sin ninguna limitación de tiempo, en los aparcamientos con horario limitado (zona azul).

Por lo que se refiere a los apartados a), b), d) y e) del citado artículo 127, el informe que nos ha remitido se limita a señalar, en relación con cada uno de ellos, que «se está autorizando», pero no se hace ninguna indicación sobre la inclusión de dichas medidas en la nueva ordenanza.

En relación con lo manifestado en este último informe, hay que considerar que el artículo 127 del Decreto 293/2009, de 7 de julio, dispone que las ordenanzas locales de tráfico facilitarán el estacionamiento de los vehículos que transporten a personas con movilidad reducida titulares de las tarjetas de aparcamiento, estableciendo, como mínimo, las medidas que se enumeran en los apartados a), b), c), d) y e) del mismo artículo.

Por tanto, no es suficiente que se autoricen los estacionamientos de los vehículos que transporten a personas con movilidad reducida titulares de las tarjetas de aparcamiento en algunos de los supuestos previstos en el mencionado artículo 127, sino que las medidas a favor de las tarjetas de aparcamiento deben recogerse en las ordenanzas municipales, y esta adaptación normativa debería haberse realizado antes del 21 de septiembre de 2010.

De todo lo anterior se desprende que, a pesar del tiempo transcurrido desde que le solicitamos nuestro primer informe, el 14 de enero de 2010, de haberle solicitado cuatro informes complementarios, de haberle informado de la existencia del Decreto 293/2009, de 7 de julio, por el que se aprueba el Reglamento que regula las normas para la accesibilidad en las infraestructuras, el urbanismo, la edificación y el transporte en Andalucía y de haberle recordado la necesidad de adaptar las ordenanzas locales a lo dispuesto en dicha norma, siguen sin adoptarse las medidas previstas en el artículo 127 de dicho decreto.

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 efectuar a V. I. la siguiente recomendación:

> «Que proceda sin más dilaciones a incluir en la correspondiente ordenanza municipal las medidas a favor de las personas con discapacidad titulares de tarjetas de aparcamiento recogidas en el artículo 127 del Decreto 293/2009, de 7 de julio, por el que se aprueba el Reglamento que regula las normas para la accesibilidad en las infraestructuras, el urbanismo, la edificación y el transporte en Andalucía».

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

Recomendación 2/2012, de 12 de enero, formulada a la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio del Interior, sobre la gestión de datos de los internos en centros penitenciarios y de sus familiares (10002826). Pendiente.

Se ha recibido en esta Institución su último informe relativo al expediente registrado con el número de referencia arriba indicado.

Del mismo se desprende que ese centro directivo no dispone de ninguna norma interna que regule de manera detallada la actuación de sus servicios periféricos, en materia de tratamiento y de protección de los datos de carácter personal recogidos a familiares de internos, con la finalidad de acreditarles como comunicantes con personas privadas de libertad y custodiadas por esa Administración.

Apreciamos que se ha editado un tríptico informativo para que los familiares de los internos mayores de edad tengan información acerca de cómo se ha de solicitar la cita previa para comunicar y que en un apartado del mismo se hace referencia bajo el epígrafe «protección posterior de datos», a que los datos recogidos gozan de la protección que les confiere la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, de 13 de diciembre.

Esta Institución estima conveniente que se dicte una norma interna que regule los procesos internos mediante los cuales los ciudadanos afectados pueden hacer uso de su derecho a acceso, ratificación, cancelación u oposición, pues, si bien, se nos informa de que los familiares pueden ejercer estos derechos en cualquiera de las ventanillas de servicio de atención a familiares de internos de cualquier centro penitenciario de forma presidencial, verbal o por escrito. Resta por conocer cómo se articulan en la práctica estas actuaciones, mediante qué recursos, y en base a qué normas internas, los funcionarios que han de llevarlas a cabo disponen de unas normas claras de actuación.

También consideramos conveniente que se refuerce la información que se ofrece a los comunicantes con los internos, respecto de la utilidad y destino de los datos recopilados.

Es necesario que se resalte por esa Administración que lo que se pretende, con la toma de fotografías y huellas dactilares, además de agilizar las gestiones de las comunicaciones de internos, circunstancia que, por sí misma, no justificaría por ser contraria al principio de proporcionalidad, que se recabaran de esa Administración datos identificativos distintos de los documentales, es garantizar la identidad del comunicante de forma indudable y con una mayor garantía que la sola identificación documental.

Esa Administración es consciente de la controversia que ha generado la recopilación de huellas, fotografías, etc., entre los familiares de los internos. Entendemos que una mayor labor pedagógica en esta materia sólo puede resultar positiva, y por ello se estima que se ha de aumentar esta información mediante un mecanismo adecuado.

En este sentido la disponibilidad de una norma interna y su reflejo en un tríptico que refuerce la información que verbalmente puedan proporcionar los funcionarios de servicio, con ocasión de la recogida de estos datos, puede contribuir a facilitar el objetivo deseable de eliminar suspicacias respecto de la finalidad y uso de los datos recogidos.

También sería conveniente que el tríptico que pueda editarse recoja una información más exhaustiva y precisa acerca del modo de cómo se han de ejercer los derechos de acceso,

ratificación, cancelación u oposición, facilitando asimismo formularios escritos que el interesado pueda rellenar para una mejor gestión de su solicitud.

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. I. de la siguiente recomendación:

> «Que se dicten normas internas que regulen en el ámbito correspondiente a los establecimientos penitenciarios, cuya gestión corresponde a la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, los procedimientos de recogida, gestión y tratamiento de datos de identificación con los internos (huella, fotografía, filiación y documento de identificación).
>
> También se recomienda para una mejor garantía del derecho a la información previa reconocida en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, se instruya especialmente a los funcionarios encargados de recoger esta información acerca de la necesidad de que los familiares conozcan la finalidad de la recogida de tales datos y, en todo caso, se edite un folleto explicativo de entrega obligada cada vez que se proceda a recabar los datos referidos, en el que con referencia a los procedimientos internos existentes y su norma de soporte, se informe a los comunicantes de las vías de ejercicio del derecho al acceso, rectificación, cancelación u oposición, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos, facilitando formularios escritos en papel autocopiativo que el interesado pueda rellenar y conservar copia del mismo para una mejor gestión de su solicitud».

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

Recomendación 3/2012, de 12 de enero, formulada a la Consejería de la Presidencia de la Comunidad de Castilla y León, sobre el acceso a la educación de la población reclusa (10011008) Aceptada.

Agradecemos sinceramente su atento escrito en relación con la investigación iniciada de oficio y registrada con el número de referencia arriba indicado.

En el mismo se indica que en 1999, año en el que se integran en el Cuerpo de Maestros a los 4 funcionarios pertenecientes al Cuerpo de Profesores de Educación General Básica de Instituciones Penitenciarias, el número de docentes se ha mantenido constante pese a los 12 años transcurridos y al notable incremento de la población reclusa, que ha pasado de 850 internos en el año 1999 a 1.358 en el presente año, hecho que ha derivado en la existencia de listas de espera para poder acceder a los estudios reglados y en que internos procedentes de otros centros penitenciarios tengan que interrumpir sus estudios.

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 se incremente el número de maestros que prestan servicio en el Centro Penitenciario de Dueñas, a fin de garantizar el acceso a la educación de la población reclusa y evitar la existencia de listas de espera».

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

Recomendación 4/2012, de 12 de enero, formulada a la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades de la Comunidad de Castilla y León, para que se modifique el apartado 1 del artículo 11 de la Orden FAM/1036/2010, de 5 de julio, con objeto de suprimir el requisito de presentar copia de la autorización de residencia en vigor de extranjero no comunitario para la inscripción en el Registro de Uniones de Hecho de esa comunidad autónoma (10032122). Rechazada.

Mediante la presente acusamos recibo al escrito de V. E., en relación con la queja formulada por doña (...), letrada de (...), con relación a la documentación requerida para solicitar la inscripción en el Registro de Uniones de Hecho en Castilla y León.

Tras evaluar en profundidad el problema referido por la compareciente y el contenido del escrito remitido por V. E., procede efectuar las siguientes consideraciones.

1. El Decreto 117/2002, de 24 de octubre, que crea el Registro de Uniones de Hecho en Castilla y León y regula su funcionamiento, alude en su preámbulo al artículo 39 de la Constitución, afirmando que en este artículo no existe referencia a un modelo de familia determinado, lo que hace necesaria una interpretación amplia de lo que debe entenderse por tal, consecuente con la realidad social actual.

Asimismo, afirma: «La Administración no puede ser ajena a los cambios sociales operados en la familia y el matrimonio y por ello tiene que ofrecer los cauces necesarios para que el principio de igualdad y la libertad del individuo y de los grupos sociales en que se integra sean reales y efectivos, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, tal y como establece el artículo 8 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León».

Por último, finaliza señalando: «... es preciso la creación de un Registro de uniones de hecho en Castilla y León que, con los efectos declarativos de las inscripciones que en él se realicen, otorgue reconocimiento a las uniones de hecho registradas y, además, introduzca así una mayor seguridad jurídica que permita evitar situaciones de desigualdad».

2. El artículo 2, «Ámbito de aplicación», del Decreto, dispone: «En el Registro podrán inscribirse las uniones que formen una pareja no casada, incluso del mismo sexo, en relación afectiva análoga a la conyugal, de forma libre, cuyos componentes hayan convivido, como mínimo, un período de seis meses y tengan su residencia habitual en la Comunidad de Castilla y León».

3. La Orden FAM/1597/2008, de 22 de agosto, que desarrolló inicialmente el citado decreto, ha sido modificada por la Orden FAM/1036/2010, de 5 de julio, que, en lo que aquí interesa, ha introducido un requisito nuevo para solicitar la inscripción en el Registro, en concreto, se debe acompañar a tal solicitud copia del permiso de residencia, en el caso de que uno de los miembros de la unión de hecho sea un extranjero no comunitario. Para justificar dicho cambio, el preámbulo de la citada orden señala: «... por lo que se refiere al requisito de la residencia habitual de los solicitantes que tienen una nacionalidad distinta a la española, es preciso tener en cuenta lo establecido en la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que en su preámbulo dispone que resulta conveniente hacer una precisión de carácter general sobre los términos de residencia o residente

que en todo caso deben entenderse referidos a una situación de estancia o residencia legal, esto es, conforme a los requisitos que se establecen y que, por tanto habilitan a la permanencia del extranjero en nuestro país en cualquiera de las situaciones reguladas».

La anterior explicación pretende equiparar la residencia legal de los extranjeros con la residencia habitual, cuestión a la que se hará referencia a continuación. No obstante, con carácter previo, es necesario precisar que la citada reforma de la Ley Orgánica 4/2000, al establecer las causas que justifican la reforma, señala que tres son las causas que justifican la reforma que se propone de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en su redacción actual: a) La necesidad de incorporar a dicha Ley Orgánica la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, dando para ello una nueva redacción acorde con la Constitución, a los artículos de la misma que se han declarado inconstitucionales; b) la necesidad de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico, a través de la indicada Ley Orgánica, las Directivas europeas sobre inmigración que están pendientes de transposición o que no se han transpuesto plenamente; y c) la necesidad de adaptar la referida ley orgánica a la nueva realidad migratoria en España, que presenta unas características y plantea unos retos diferentes de los que existían cuando se aprobó la última reforma de la ley.

Precisamente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional estableció que para el ejercicio de los derechos fundamentales no era exigible que el extranjero tuviera una situación de residencia o estancia legal. El preámbulo señala los objetivos perseguidos por la reforma y cita entre ellos, el establecimiento de un marco de derechos y libertades de los extranjeros que garantice a todos el ejercicio pleno de los derechos fundamentales.

Asimismo se efectúa una precisión de carácter general que se refiere a los términos de residencia o residente. Dichos términos, según se afirma, deben entenderse referidos a una situación de estancia o residencia legal, conforme a los requisitos que se establecen y que, por tanto, habilitan a la permanencia del extranjero en nuestro país en cualquiera de las situaciones reguladas. Señala además que cuando se omite la alusión a la situación de estancia o residencia, como sucede para el ejercicio de los derechos fundamentales, es precisamente porque dicha situación no debe exigirse.

Pues bien, de la simple lectura del artículo 2 del Decreto 117/2002, de 24 de octubre, se desprende que la mención a la residencia habitual está referida al domicilio de los solicitantes, según la definición legal del artículo 40 del Código Civil, el cual establece: «Para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual, y, en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Por su parte, el Tribunal Constitucional en su Sentencia n.º 50/1995, de 23 de febrero, ha interpretado: «El domicilio, lugar de residencia habitual, según definición legal (art. 40 CC), acota el espacio donde el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales, haciéndolo con la libertad más espontánea». Asimismo, el Tribunal Supremo viene señalando que la residencia habitual supone como elemento fundamental no la permanencia más o menos larga e ininterrumpida en un lugar determinado, sino la voluntad de establecerse la persona efectiva y permanentemente en un lugar.

Resulta lógico que los solicitantes de inscripción en un registro que tiene un ámbito geográfico delimitado, en este caso la Comunidad de Castilla y León, estén domiciliados en dicha

comunidad y, sin duda, esa es la perspectiva desde que se formula la exigencia de residencia habitual.

Por el contrario, la Ley 4/2000, de 11 de enero, reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, utiliza el concepto de residencia legal para designar a aquellas personas que se encuentran en España y son titulares de una autorización para residir, pudiendo encontrarse en la situación de residencia temporal o de residencia de larga duración (art. 30 bis). La ley distingue dicha situación de la de estancia señalando que ésta es la permanencia en territorio español por un período de tiempo no superior a 90 días, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 33 para la admisión a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado (art. 30).

Por tanto, un extranjero puede encontrarse legalmente en España aun cuando no disponga de la autorización de residencia, como ocurre en los distintos supuestos referidos con anterioridad o a otros distintos, como ocurre con los solicitantes de asilo cuya petición ha sido admitida, a los que se otorga un documento distinto a la autorización de residencia, si bien todos ellos obviamente tienen su residencia habitual en algún lugar del territorio nacional.

Por lo que se refiere a la forma de acreditar la situación del extranjero en España, el artículo 207 del vigente Reglamento de extranjería establece: «Las diferentes situaciones de los extranjeros en España podrán acreditarse, según corresponda, mediante el pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, el visado o la tarjeta de identidad de extranjero. Excepcionalmente podrá acreditarse dicha situación mediante otras autorizaciones o documentos válidamente expedidos a tal fin por las autoridades españolas». El artículo 208 de dicho Reglamento dispone que el pasaporte o documento de viaje en el que conste el sello de entrada acreditará, además de la identidad, la situación de estancia en España en aquellos supuestos de extranjeros que no precisen de la obtención de un visado de corta duración, y el artículo 210 señala: «La Tarjeta de Identidad de Extranjero es el documento destinado a identificar al extranjero a los efectos de acreditar su situación legal en España».

A la vista de lo expuesto, es claro que el concepto de residencia legal, a los efectos de la legislación en materia de extranjería, es distinto del concepto de residencia habitual, entendido como domicilio habitual de las personas.

A juicio de esta Institución, la exigencia de que el extranjero no comunitario solicitante de inscripción en el Registro de Uniones de Hecho de Castilla y León aporte su permiso de residencia en vigor (actualmente denominado por la normativa vigente «autorización de residencia») supone la inclusión de un requisito nuevo y distinto que no es adecuado para acreditar que el solicitante reside en el ámbito geográfico de la Comunidad de Castilla y León sino que su objetivo es establecer una limitación no prevista por el Decreto 117/2002, de 24 de octubre, y por ello, implica una vulneración del principio de jerarquía normativa.

En consonancia con el espíritu de la norma, cuyo objetivo queda expuesto en su preámbulo, parcialmente reflejado en el presente escrito, no debería coartarse el derecho a la inscripción en el Registro de Uniones de Hecho a los solicitantes que cumplen los requisitos establecidos en el decreto mencionado exigiendo un documento que, además de tener un objetivo completamente distinto al de acreditar la residencia habitual, ni siquiera es requerido en los expedientes matrimoniales.

A la vista de lo expuesto, la exigencia de autorización de residencia de un nacional de un país no perteneciente a la Unión Europea no sólo obstaculiza la inscripción en el Registro de Uniones de Hecho de los solicitantes extranjeros, sino que impide de facto la inscripción, afectando también 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: «... 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.).

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 adopten las medidas procedentes para modificar el apartado 1 del artículo 11 de la Orden FAM/1036/2010, de 5 de julio, al objeto de suprimir el requisito de presentar copia de la autorización de residencia en vigor de extranjero no comunitario para la inscripción en el Registro de Uniones de Hecho de esa comunidad autónoma».

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

Recomendación 5/2012, de 12 de enero, formulada al Ayuntamiento de Móstoles (Madrid), sobre el acceso a documentación por parte de los ciudadanos en procedimientos sancionadores de tráfico (11012307). Aceptada.

Se ha recibido en esta institución el informe que nos ha remitido en relación con la queja presentada por don (...), en la que planteaba la falta de respuesta a su solicitud de que se le diese vista del expediente sancionador (...).

En el informe que nos ha remitido esa corporación se señala que la documentación obrante en el expediente se encontraba a disposición del interesado, tal y como se indica en la resolución por la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto por el mismo, y que no consta que el interesado hubiera comparecido en las dependencias administrativas de Sanciones.

En relación con lo anterior, esta Institución ha valorado la conveniencia de poner en su conocimiento las siguientes consideraciones:

El artículo 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece que los ciudadanos, en sus relaciones con las administraciones públicas, tienen derecho a conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copias de los documentos contenidos en ellos.

No obstante, ni en dicha ley ni en las disposiciones que la desarrollan se regula el procedimiento para acceder a los documentos obrantes en los expedientes y a obtener copia de los mismos, por lo que, si la Administración que tramita el expediente no informa al tiempo de notificar la denuncia de la forma de ejercer ese derecho, es frecuente que los ciudadanos soliciten, como preparación de su defensa, que se les dé vista del expediente para comprobar la regularidad de su instrucción.

La personación del ciudadano interesado en las oficinas administrativas para ejercer su derecho de acceso al expediente es, sin duda, una alternativa válida, pero no la única. Es más, en muchas ocasiones una comparecencia de este tipo, sin previo aviso, determina una considerable demora en el ejercicio del derecho de acceso en función del volumen de trabajo que recaiga sobre los funcionarios encargados de atender dicha solicitud.

Por ello, algunas administraciones remiten por correo a los interesados que lo solicitan las copias de la documentación obrante en los expedientes, y otras establecen un sistema de cita previa para que el ejercicio del derecho de acceso a la documentación no afecte al funcionamiento del servicio encargado de su tramitación.

En todo caso, si el derecho de acceso a los expedientes se puede ejercer en ese Ayuntamiento sin ninguna limitación, debería informarse a los ciudadanos al tiempo de notificar la denuncia del horario y de la localización de las dependencias administrativas donde se puede acceder a la documentación.

En el caso que nos ocupa, ese Ayuntamiento no optó por ninguna de las alternativas referidas, ya que ni remitió copia de la documentación al interesado ni le informó de dónde y cuándo podía comparecer personalmente para acceder a dicha documentación, limitándose a dictar la resolución sancionadora sin dar contestación a su solicitud.

Aunque posteriormente, en la resolución del recurso de reposición presentado por el compareciente se indique que la documentación obrante en el expediente «se encuentra a su disposición en las dependencias administrativas de Sanciones y garantizado su acceso», resulta obvio que se trata de una información tardía ya que una vez dictada la resolución sancionadora, e incluso la resolución del recurso de reposición, no es el momento procesal oportuno para preparar la defensa y formular alegaciones.

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 cuando un ciudadano al que se le ha incoado un procedimiento sancionador solicite que se le permita acceder a la documentación obrante en el expediente o que se le remita copia de algún documento, se proceda de forma inmediata, bien a remitirle las copias solicitadas bien a informarle de la manera de acceder a dicha documentación, indicándole el emplazamiento de las oficinas administrativas a las que debe dirigirse y el horario al público de las mismas».

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

Recomendación 6/2012, de 12 de enero, formulada a la Consejería de Educación, Formación y Empleo de la Comunitat Valenciana, por la que se interesa la adopción de las iniciativas necesarias para dar efectividad, en el ámbito de la Comunitat, a previsiones reglamentarias en materia de reconocimiento de títulos y cualificaciones profesionales de la Unión Europea (11006323). Pendiente.

Es de referencia queja formulada ante esta Institución por doña (...), que figura inscrita en el registro del Defensor del Pueblo con el número arriba indicado.

La promovente de la queja acreditaba que, en septiembre de 2010, formuló ante el Instituto Valenciano de Cualificaciones Profesionales de esa Consejería, a su juicio competente para resolver sobre la misma, solicitud de reconocimiento de su título superior de Diseño, obtenido en el Reino Unido, a efectos de ejercicio de la correspondiente profesión, al amparo del Real Decreto 1837/2008, de 8 de noviembre, relativo al reconocimiento de títulos y cualificaciones profesionales de la Unión Europea.

Añadía que, como respuesta a su citada solicitud, el mencionado instituto de cualificaciones profesionales le informó, en el mes de octubre siguiente, de que la citada disposición, en la que se contemplan las normas aplicables para permitir el acceso y ejercicio de profesiones reguladas en España mediante el reconocimiento de las cualificaciones profesionales adquiridas en otros Estados miembros de la Unión Europea incluye, en efecto, entre las enumeradas en su anexo VII, la profesión de Decorador, señalándose en el anexo X de la misma, relativo a la autoridad competente en cada caso para resolver sobre las solicitudes de reconocimiento que, para la profesión de Decorador aquella será, según se indica, el «órgano competente de la comunidad autónoma donde se solicite el reconocimiento».

En su respuesta a la interesada, el Instituto Valenciano de Cualificaciones Profesionales añadía que no tenía constancia de que el mencionado órgano hubiese sido determinado en la Comunitat Valenciana, en el caso de la profesión titulada cuyo reconocimiento pretende la interesada, a la vista de todo lo cual, esta Institución efectuó la tramitación que consideró oportuna con la finalidad de contrastar si por esa comunidad autónoma se había hecho uso de las facultades de desarrollo reglamentario que se le reconocen por el real decreto mencionado, en lo que se refiere a la determinación del órgano administrativo al que correspondería entender de solicitudes de reconocimiento, a efectos de ejercicio profesional, de títulos superiores de diseño como el alegado por la reclamante y, en caso negativo, de las previsiones existentes en orden a la elaboración, tramitación y aprobación de la citada norma, necesaria para que pueda resolverse sobre la petición de la interesada.

Como parte de la referida tramitación esta Institución se dirigió a la Consejería de Presidencia de la Generalitat Valenciana que ha remitido un informe, del que se adjunta fotocopia con la presente comunicación, del cual deduce esta Institución, de una parte, que es a ese departamento al que, dentro de la Comunitat Valenciana, se han atribuido las facultades relativas al reconocimiento de cualificaciones profesionales vinculadas a títulos superiores como el alegado por la reclamante y, de otro lado, que hasta el momento no se ha culminado la elaboración de la norma reglamentaria que, a juzgar por cuanto se manifiesta en su escrito, debe preceder a la adopción de los acuerdos de reconocimiento que procedan, al amparo del repetido Real Decreto 1837/2008.

En definitiva, no obstante el tiempo ya transcurrido desde la aprobación y entrada en vigor del referido real decreto y a pesar de los perjuicio que ello depara a los poseedores de títulos susceptibles de reconocimiento a efectos de ejercicio profesional en España, por el momento no se han creado las condiciones normativas necesarias para dar efectividad en el ámbito de la Comunitat Valenciana a las previsiones de la citada norma reglamentaria, consideraciones que llevan a esta Institución a formular a V. E. la siguiente recomendación:

> «Que, dado el tiempo ya transcurrido desde la aprobación y entrada en vigor del Real Decreto 1837/2008, de 8 de noviembre, relativo al reconocimiento de títulos y cualificaciones profesionales de la Unión Europea y considerando los perjuicios que la actual situación depara a los poseedores de títulos susceptibles de reconocimiento a efectos de ejercicio profesional en España, se adopten cuantas iniciativas, normativas o de cualquier otra índole resulten necesarias para dar efectividad, en el ámbito de la Comunitat Valenciana, a las previsiones de la citada norma reglamentaria, relativas a profesiones vinculadas, como la de la reclamante, a títulos de técnico o técnico superior de la formación profesional».

Agradeciéndole 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.

Recomendación 7/2012, de 25 de enero, formulada al Banco de España, sobre la protección del deudor hipotecario (12000868). Pendiente.

Esta Institución viene exponiendo desde hace tiempo la necesidad de abordar los problemas que está generando para los ciudadanos la imposibilidad de hacer frente al pago de las cuotas hipotecarias, en cuya garantía se ha dado la vivienda habitual, o el local de negocios donde se ejerce la actividad que constituye su medio de vida.

Hasta el presente los problemas, así como sus posibles soluciones, se han ido presentando de forma puntual sin la búsqueda de una solución global. Sin embargo, se considera que es el momento de plantear la cuestión desde una perspectiva general y, al margen de las quejas abiertas sobre situaciones concretas, en este escrito se proponen algunas medidas que esperamos sean estudiadas para su posible consideración. Estas medidas forman parte de un estudio elaborado por esta Defensoría y presentado a las Cortes Generales en virtud del artículo 32.2 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, que también ha sido publicado para su conocimiento general. Acompañamos a este escrito una copia del mismo.

Es un hecho que muchas personas no pueden hacer frente al pago de sus cuotas hipotecarias, a lo que hay que añadir que el desplome del mercado inmobiliario ha dado al traste con el valor del bien que, seguramente, constituye su único patrimonio, por lo que la pérdida de su vivienda o del local de negocio donde ejerce la profesión que es su medio de vida lleva aparejado el riesgo de exclusión social: ante esta situación conviene que nos preguntemos por las soluciones de este problema. Hay coincidencia en la necesidad de reforzar la protección al hipotecado para evitar que situaciones como la actual puedan volver a producirse. Las medidas de protección pueden ser preventivas, a través de la información precontractual, o curativas, de carácter concursal. Más difícil es resolver el problema de las personas que ya están en dicha situación.

Esta Institución considera que tanto la vivienda, que constituye la residencia de las personas particulares, como el local de negocio donde se ejerce la actividad que constituye su medio de vida, deben tener un tratamiento diferenciado en todos los ámbitos y, al igual que ocurre en el terreno fiscal, en que el legislador entiende que deben estar separados del resto del patrimonio de los contribuyentes, en el sector hipotecario debería regularse separadamente de forma que obtengan una mayor protección acorde con la voluntad de la Comunidad Europea, a fin de paliar la desigualdad existente entre los sujetos que intervienen en este tipo de contratos.

Toda solución al presente conflicto requiere un compromiso y aceptación de los operadores del sector financiero, porque sin su colaboración no se puede llegar a buen fin. Existen precedentes en los que ante situaciones menos graves se ha alcanzado un acuerdo político asumido por la industria bancaria con buenos resultados. Así ocurrió, por ejemplo, con el problema de los medios electrónicos de pago. Las tasas de intercambio fijadas unilateralmente por las redes de tarjetas eran desproporcionadas, superaban con creces las medias europeas y estaban ahogando al pequeño y mediano comercio. Existieron diversas iniciativas legislativas con el fin de solucionar el problema. Ninguna llegó a prosperar. Sin embargo, a través del Senado se llegó a un acuerdo político que fue asumido por la banca, quien se

comprometía a una reducción progresiva de las tasas de intercambio y en consecuencia de los descuentos aplicados a los comerciantes en el uso de tarjetas.

También hay otros precedentes como el convenio suscrito entre el Gobierno y la Asociación Española de la Banca, de 29 de abril de 2008, en cuya virtud se compromete a promover entre las entidades de crédito que éstas, de manera voluntaria, puedan renunciar a sus comisiones en el caso de una modificación hipotecaria relativa a la ampliación del plazo del préstamo.

Parte de ese acuerdo que debía asumir por la banca podría ser una moratoria en los pagos de las cuotas hipotecarias. Se podrían facilitar los aplazamientos de pago, a semejanza del artículo 11 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, reguladora de la venta a plazo de bienes muebles, que autoriza a los jueces a imponerlos en atención a desgracias familiares o circunstancias que lo aconsejen. Esta moratoria tan solo supondría el aplazamiento en el pago, sin condonación de deuda. Se trata de una reestructuración de la deuda que genera más negocio para la banca, pues cobra más y durante más tiempo. Con mayor recelo deben verse las propuestas que extienden la moratoria, en situaciones extremas, a la posibilidad de descargar definitivamente al deudor de sus obligaciones, de modo total o parcial. Hay otro elenco de posibilidades que podrían acompañar a la moratoria, como la supresión de tasas, costas, moderación de cláusulas penales, o la paralización del devengo de intereses durante el proceso, que coadyuven a superar las dificultades para atender los créditos pendientes de abono. También podría modificarse la previsión legislativa (art. 1173 Código Civil) que obliga a abonar antes los intereses que el capital, atenuando la perpetuación de la deuda ante la imposibilidad de ir disminuyendo la cifra que genera obligaciones accesorias.

No se puede considerar que la responsabilidad en el sobreendeudamiento de los particulares sea únicamente de estos, pues el sistema no ha funcionado.

Según reflejan los boletines económicos de esa entidad, el endeudamiento de las familias en relación con la renta disponible ha sido creciente hasta la crisis de 2008. En diez años ha pasado de significar la mitad de la renta disponible a superar la renta disponible. En estos momentos, las deudas pendientes de los hogares españoles suponen un 105 por ciento de la renta bruta del hogar endeudado mediano. Dichos pasivos se concentran en la mitad de la población, siendo los hogares más jóvenes los que dedican un porcentaje mayor de su renta (26%) al pago de sus deudas. Del endeudamiento de las familias, el 90 por ciento procede de la financiación de inversiones en activos inmobiliarios, es decir, de las hipotecas. Lo cual le hace destacar al Banco de España, en relación con lo que ocurre en otros países, «la considerable dependencia de las familias de nuestro país de la evolución de los precios de los activos inmobiliarios».

Durante todo este período se observó el problema sin valorar su verdadera dimensión. Desde 2001 esa entidad era consciente del sobreendeudamiento de los consumidores. Según Fernando Restoy, entonces Jefe de Estudios Monetarios y Financieros del Banco de España: «No es difícil ver que, en el caso español, se ha producido, en los últimos años, una confluencia de efectos que ha tendido a alentar el crecimiento del endeudamiento de las familias, a partir de los factores de demanda y oferta señalados». Y en 2004 advertía Fernando Restoy, en este caso junto a José Luis Malo de Molina: «La ratio de endeudamiento de los hogares en proporción a su renta bruta disponible ha aumentado desde niveles del

45 por ciento a principios de los noventa hasta alcanzar el 90 por ciento con los últimos datos disponibles. Con esta duplicación, los hogares españoles, que partían de un grado de endeudamiento muy inferior al de la media de los países de la Unión Económica y Monetaria, la han alcanzado y sobrepasado en muy breve espacio de tiempo». Y añadían: «Además, el aumento del precio de los inmuebles tiende a realimentar el ciclo alcista al generar efectos de riqueza positivos sobre el consumo e incrementar la predisposición al endeudamiento de las familias al ampliar el valor del colateral disponible». En el año 2006, José Luis Malo de Molina a pesar de reconocer que «las familias han continuado aumentando su endeudamiento, vinculado principalmente a la adquisición de vivienda» y que «el ratio de endeudamiento sigue aumentando», concluía su artículo de forma tranquilizadora al considerar que la situación patrimonial era saneada. Las advertencias del Banco de España tuvieron que esperar al año 2008 y se limitaron al riesgo de sobreendeudamiento por el uso excesivo de las tarjetas de crédito.

A su vez, desde la Asociación Hipotecaria Española se incentivó el endeudamiento familiar a través de las hipotecas, que no solo se debían destinar a la adquisición de vivienda, pues en su opinión: «En las economías modernas ya no se puede sostener que la vivienda sea exclusivamente un simple inmovilizado en el balance patrimonial de los hogares. Al contrario, cada vez más es un valor que, sin perder su finalidad de uso habitacional, se puede movilizar con un coste razonable para atender otras necesidades financieras».

Está muy extendida la opinión de que el problema del sobreendeudamiento personal con las consecuencias catastróficas que está teniendo es una responsabilidad compartida entre clientes y entidades de crédito. Según estas opiniones, la banca ha podido tener parte de responsabilidad, facilitando el crédito, pero el principal responsable es el cliente que toma la decisión de adquirir una vivienda por encima de sus posibilidades. Es un planteamiento que pone en un mismo plano al consumidor usuario del préstamo hipotecario y al profesional del mercado hipotecario. Pero quien conoce el mercado y sus riesgos es el profesional. El crédito hipotecario constituye la principal fuente de ganancias de la banca española, que diseña los productos y los comercializa a través de campañas publicitarias. Es también la banca quien predispone el contenido de las escrituras hipotecarias. Es la banca quien debe evaluar la capacidad de endeudamiento del cliente y abstenerse de ofrecer préstamos por encima de la capacidad de reembolso. Las normas prudenciales y las buenas prácticas bancarias imponen estas conductas, ahora reforzadas por las previsiones sobre crédito responsable de la Ley de Economía Sostenible.

Esta Institución considera que la entidad, como reguladora del mercado bancario y árbitro de las relaciones banca-cliente, debe implicarse en la protección de los consumidores, porque no hay simetría entre las partes, ni en conocimiento ni en capacidad negociadora, como mínimo debe tener presente que sus resoluciones pueden constituir prueba en los procedimientos judiciales, a los que los ciudadanos se ven abocados, si bien lo ideal sería poderlos evitar.

La banca debía haber limitado la concesión de préstamos hipotecarios a un porcentaje del valor del inmueble. Nunca se han debido conceder préstamos hipotecarios por encima del 80 por ciento del valor de tasación del inmueble. Razones de solvencia de la propia entidad, como la defensa de la estabilidad del sistema financiero lo justifican, pero es también una medida legal, la principal, de defensa del cliente, para evitar el sobreendeudamiento. El siste-

ma legal está pensando en una garantía suficiente para asegurar, en caso de impago y ejecución de la garantía con venta o adjudicación del inmueble, el reembolso del crédito.

Las normas de transparencia hipotecaria recogidas en la Orden de 5 de mayo de 1994 han demostrado ser ineficaces. Además sirvieron de pretexto a las entidades para no adherirse al acuerdo europeo de Código de conducta voluntario sobre información precontractual para créditos vivienda, de 2001, que habría equiparado a España con las buenas prácticas de los demás países europeos. La aprobación de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, ha venido a derogar la Orden de 1994, actualizando las obligaciones de transparencia hipotecaria a las últimas propuestas europeas, dando un período transitorio de nueve meses a las entidades para adaptarse a las nuevas normas. Esta mejora del marco normativo debe ser desarrollada con la elaboración de una guía de acceso al préstamo hipotecario. En opinión de esta Defensoría esta guía también debería recoger las buenas prácticas en materia de ejecución hipotecaria. De este modo se educa al deudor consumidor y se le informa de sus derechos, con el respaldo del Banco de España.

Las entidades financieras tienen la obligación profesional de informar del contenido técnico de los productos y servicios financieros. Este asesoramiento técnico va más allá de la mera descripción del producto. Según la Comisión Europea, un buen asesoramiento aumenta la confianza del consumidor. Por esta razón, la Comisión «desea promover criterios rigurosos de asesoramiento hipotecario, admitiendo, por otra parte, que no todos los consumidores precisan un mismo nivel de asesoramiento».

El marco legal encarga al notario la transmisión al cliente de la información financiera y lo debe hacer de forma comprensible, «advirtiendo expresamente al prestatario del significado de aquellas cláusulas que, por su propia naturaleza técnica, pudieran pasarle inadvertidas».

La labor de información y de asesoría técnica debe recaer fundamentalmente sobre las entidades que comercializan los préstamos hipotecarios. En el régimen de la hipoteca inversa ya se reconoce la necesidad de este asesoramiento. En el marco del régimen de transparencia y protección de la clientela, las entidades que concedan hipotecas inversas deben «suministrar servicios de asesoramiento independiente a los solicitantes de este producto, teniendo en cuenta la situación financiera del solicitante y los riesgos económicos derivados de la suscripción de este producto».

Cuestión distinta es si las entidades bancarias deben prestar el servicio de asesorar al cliente seleccionando en el mercado el producto más adecuado a su perfil. Dicho servicio va más allá del asesoramiento técnico sobre el contenido y los riesgos de la operación. Para prestar el servicio autónomo de asesoramiento financiero, los intermediarios deben realizar un estudio de las ofertas disponibles en el mercado de modo que puedan recomendar aquellas que más se adecuen a las necesidades, la situación financiera y las circunstancias personales del consumidor.

Según la propuesta de directiva comunitaria sobre préstamo hipotecario, dicho servicio sólo podrá comercializarse como asesoramiento cuando se informe al consumidor de que se está prestando ese servicio adicional y se le informe de forma transparente de la remuneración que se cobra por dicho servicio. Esta es la solución recogida en el artículo 10 de la Orden EHA/2899/2011, que exige suscribir un contrato y la obligación de actuar en el mejor interés del cliente.

La obligación de evaluar la solvencia del cliente con el fin de asegurar la concesión responsable de crédito está recogida en general en la Ley de economía sostenible y en particular en la Ley del crédito al consumo.

La Ley del crédito al consumo complementa la protección del cliente bancario. Desarrolla el principio del crédito responsable conforme a unos criterios que deben servir para interpretar la concesión responsable de créditos hipotecarios. De hecho la propuesta de directiva europea sobre préstamos hipotecarios, tomando como referente el marco que le proporciona la Directiva del crédito al consumo, hace más rigurosas las disposiciones sobre evaluación de la solvencia. Según esta propuesta de directiva: «el comportamiento irresponsable de ciertos operadores del mercado contribuyó a crear una burbuja inmobiliaria y fue uno de los elementos determinantes de la crisis financiera. Es obvio, por tanto, que es necesario combatir la concesión y contratación de préstamos irresponsables, a fin de evitar que se repitan las condiciones que desembocaron en la actual crisis financiera». Con estos antecedentes, la propuesta de directiva sobre préstamos hipotecarios pretende «favorecer la estabilidad financiera garantizando para ello un funcionamiento responsable de los mercados de crédito hipotecario». Según esta propuesta «los efectos de una actividad de préstamo irresponsablemente desarrollada en un país pueden propagarse rápidamente más allá de las fronteras nacionales, en parte por el carácter multinacional de ciertos grupos bancarios, y también por la naturaleza internacional del riesgo titulizado».

De tal modo que esta propuesta de directiva traslada al ámbito del crédito hipotecario las obligaciones de concesión responsable de crédito ya recogidas en la Directiva de crédito al consumo, aunque actualizadas atendiendo al marco MiFID de protección al cliente que rige en el mercado de valores. Según esta propuesta las obligaciones de información financiera al cliente se deben corresponder con su nivel de conocimientos y de experiencia en materia de crédito. También se obliga al prestamista a evaluar la capacidad del consumidor para reembolsar el crédito, atendiendo a las circunstancias personales de este y basándose en información suficiente. Y lo más importante desde el punto de vista de protección al cliente, se establece la obligación de abstención de dar crédito cuando los resultados de la evaluación de la solvencia sean negativos. Es decir prohíbe expresamente la concesión irresponsable de crédito.

En España el artículo 18 de la Orden EHA/2899/2011 desarrolla las previsiones sobre evaluación de la solvencia recogidas en la Ley de Economía Sostenible. Se debe evaluar la capacidad del cliente para cumplir sus obligaciones y tener los procedimientos internos para realizar las evaluaciones. No se recoge la prohibición de conceder préstamos ante evaluaciones negativas. Por el contrario el último apartado de dicho precepto recoge una cláusula de exención de responsabilidad, útil *disclaimer* para las entidades con el siguiente tenor: «La evaluación de la solvencia prevista en este artículo se realizará sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y los clientes y, en ningún caso afectará a su plena validez y eficacia, ni implicará el traslado a las entidades de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones de los clientes».

A la vista de la situación descrita, se ha elaborado el estudio ahora presentado, en el que se abordan estas y otras cuestiones conexas, que acompañamos para su conocimiento.

Como resultado del mismo y 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, doy traslado completo a V. E. de las recomendaciones incluidas en el referido estudio, al objeto de que disponga de una visión global de la problemática tratada.

Recomendaciones:

«1. Reforzar la independencia del Servicio de Reclamaciones del Banco de España. En una situación de crisis como la actual el papel del Banco de España es fundamental para encontrar un equilibrio entre las dos partes de la relación, banco y cliente, pudiendo evitar incluso procesos judiciales. Para ello es preciso reforzar su independencia frente a las entidades de crédito y que éste ejerza una verdadera labor mediadora, pudiendo establecerse como requisito de procedibilidad en las ejecuciones hipotecarias el agotamiento de la vía extrajudicial de mediación.

2. Medidas preventivas

2.1. Mejorar la transparencia. Las normas de transparencia, contenidas en la Orden de 5 de mayo de 1994, han demostrado ser insuficientes. La aprobación de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, que ha derogado la citada Orden de 1994, actualizando las obligaciones de transparencia hipotecaria a las últimas propuestas europeas, tampoco soluciona el problema según se deriva de la investigación de oficio recientemente planteada ante el Ministerio de Economía y Hacienda a fin de que, antes de su entrada en vigor, se corrijan las deficiencias denunciadas.

2.2. Hacer efectivo el asesoramiento técnico, tanto por parte de las entidades financieras, que tienen la obligación profesional de informar del contenido técnico de los productos y servicios financieros a los clientes antes de su contratación, como por los notarios, quienes tienen encargada la transmisión al cliente de la información financiera de forma comprensible (no solo la lectura en voz alta).

Cuestión distinta es si las entidades bancarias deben prestar el servicio de asesorar al cliente seleccionando en el mercado el producto más adecuado a su perfil. Dicho servicio va más allá del asesoramiento técnico sobre el contenido y los riesgos de la operación. Para prestar el servicio autónomo de asesoramiento financiero, los intermediarios deben realizar un estudio de las ofertas disponibles en el mercado de modo que puedan recomendar las más adecuadas a las necesidades que pretenden cubrirse no ofreciendo solo sus propios productos.

2.3. Desarrollar la obligación de concesión responsable de crédito. La obligación de conocer la solvencia del cliente está prevista de forma general en la Ley de Economía Sostenible, y en particular en la Ley del Crédito al Consumo y la Orden 2899/2011, de 18 de octubre, que desarrolla el contenido de la Ley de Economía sostenible, pero no establece las consecuencias para las entidades de crédito cuando incumplen sus obligaciones al respecto.

2.4. El establecimiento de restricciones a la práctica generalizada de las entidades bancarias de imponer la contratación de los seguros de protección de préstamos, que como ha quedado expuesto anteriormente en la gran mayoría de los casos no

garantizan el pago de los préstamos, dadas las numerosas limitaciones para desplegar la cobertura, tanto por desempleo como por incapacidad, evitando las consecuencias económicas negativas para los clientes por el elevado coste del seguro, y posibilitar la contratación voluntaria real de estos u otros seguros a los consumidores en el caso de que decidieran protegerse de esos riesgos, y evitar un enriquecimiento irregular de las entidades de crédito.

Asimismo, se recomienda que se extremen las cautelas en la interpretación que se efectúa de estas pólizas, ya que está claro que los ciudadanos no han prestado su consentimiento libremente para su contratación y, desde luego, no han prestado su consentimiento informado.

2.5. Intensificar la independencia de las sociedades de tasación. En España el marco legal no previene de forma adecuada los conflictos de interés que surgen ante la dependencia de las principales entidades de tasación de los grupos bancarios que conceden los préstamos hipotecarios.

La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, no está dando los resultados esperados, aunque trata de reforzar la independencia de las entidades de tasación a través de la exigencia de un reglamento interno de conducta destinado a prevenir los conflictos de interés y de una Comisión Técnica encargada de verificar el cumplimiento de los requisitos de independencia establecidos por el citado reglamento. Es un sector que debe abrirse a la libre competencia y sobre todo independizarse de las entidades financieras.

2.6. Intento de acuerdo previo como requisito de procedibilidad en las ejecuciones hipotecarias. En muchas ocasiones los particulares se quejan de la inflexibilidad de la banca para negociar los pagos de la deuda, ya que hay personas que tienen patrimonio pero falta de liquidez, por ello sería deseable que antes de acudir al procedimiento judicial elegido se establezca la obligación de intento de conciliación previa al igual que existe en otros procesos judiciales.

2.7. Regular de forma adecuada al momento social la regulación de las hipotecas que afectan a la vivienda habitual y al local de negocio donde se ejerce la actividad que constituye el medio de vida de los particulares, del resto de su patrimonio, separando el régimen jurídico de estos, cuando se dan en garantía del cumplimiento de un crédito hipotecario.

3. Medidas paliativas

3.1. Regulación de un procedimiento específico para la insolvencia de las personas físicas, ya sea procesal o extraprocesal, toda vez que la Ley concursal vigente no ofrece una respuesta adecuada al problema de su endeudamiento, pudiendo quedar liberado de sus deudas tras el concurso al igual que sucede con las empresas.

En esta línea la disposición adicional única de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley concursal, establece que el Gobierno deberá remitir a las Cortes Generales, en el plazo de 6 meses, un informe sobre la aplicación y los efectos del conjunto de medidas adoptadas para mejorar la situación de las personas físicas y proponer en su caso nuevas medidas.

3.2. Mejorar el sistema de subastas recogido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que ha sido muy criticado por su falta de eficacia, aunque ante una situación como la presente, en que los bienes se tasaron de forma exagerada y existe un sobreendeudamiento sobrevenido, como consecuencia del crédito irresponsable y de la crisis económica, ésta no es la solución. La mejora en la publicidad de las subastas y el fomento de las iniciativas de subastas por internet pueden ayudar a una mayor concurrencia y la obtención de un precio más alto.

3.3. La adopción de medidas extraordinarias, que con el fin de evitar situaciones de exclusión social, permitan a los deudores de buena fe, que han perdido su vivienda o local de negocio donde ejercen su actividad económica, continuar utilizando los mismos mediante un precio asumible, buscando su recuperación económica e integración social. O se busque cualquier otro tipo de fórmula jurídica (arrendamiento forzoso, leasing, derecho de habitación, retroventa, etc.) que garantice a los deudores el derecho a una vida digna.

3.4. Limitación de los gastos en caso de mora. Por imperativo legal se deberían limitar estos gastos para el deudor de buena fe que únicamente hacen crecer la deuda desproporcionadamente, provocando la imposibilidad para el deudor de enfrentarse al pago de la misma. En muchas ocasiones los gastos que genera la mora son difíciles de explicar por las entidades de crédito, siendo a veces de dudosa legalidad.

3.5. Limitación de intereses moratorios. Con el fin de evitar la usura, los intereses de demora deben quedar limitados a dos veces el interés legal del dinero según criterio jurisprudencial.

La garantía hipotecaria se extiende hasta la denominada «cifra de responsabilidad hipotecaria» que comprende la deuda del principal, los intereses remuneratorios pendientes de pago, los intereses de demora, más los gastos y costas judiciales. En estas partidas destacan los intereses moratorios muchas veces superiores al 20 por ciento. El artículo 20 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Crédito al Consumo, establece que en ningún caso podrá aplicarse a los créditos que se concedan en forma de descubiertos «un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero». Esta referencia ha sido utilizada por la jurisprudencia para integrar el supuesto de la usura identificado en la Ley Azcárate, de 23 de julio de 1908.

3.6. Acuerdo político asumido por el sector bancario, a través de organismos representativos, como la Asociación Española de Bancos y la Confederación Española de Cajas de Ahorro, incluyendo una moratoria en el pago de las hipotecas y flexibilización de cuotas, así como la posibilidad del establecimiento de un sistema de pago con carencia de amortización de capital haciendo la cuota asumible. Existen precedentes en los que, en situaciones menos graves, se ha llegado a un acuerdo político asumido por la industria bancaria, como las tasas de intercambio fijadas unilateralmente por las redes de tarjetas que eran desproporcionadas. También el convenio suscrito entre Gobierno y la Asociación Española de la Banca, de 29 de abril de 2008, en cuya virtud se compromete a promover entre las entidades de crédito que estas,

de manera voluntaria, puedan renunciar a sus comisiones en el caso de una modificación hipotecaria relativa a la ampliación del préstamo hipotecario.

Se podría facilitar los aplazamientos de pago, a semejanza del artículo 11 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, reguladora de la venta a plazo de bienes muebles, que autoriza a los jueces a imponerlos en atención a desgracias familiares o circunstancias que lo aconsejen. Esta moratoria tan solo supondría el aplazamiento en el pago, no la liberación del mismo.

Otro elenco de posibilidades que podría acompañar a la moratoria, sería la supresión de tasas, costas, moderación de cláusulas penales, o la paralización del devengo de intereses durante el proceso, que coadyuven a superar las dificultades para atender los créditos pendientes de pago. Del mismo modo se podría permitir el pago del capital antes que los intereses, lo que conllevaría la reducción de la deuda que genera obligaciones accesorias.

3.7. Aprobación por parte de las entidades de crédito de un reglamento interno de comercialización y ejecución de préstamos hipotecarios, según un modelo de código de conducta aprobado por el Gobierno. El artículo 37 de la Ley de Competencia Desleal se refiere al fomento por parte de la Administración y de las asociaciones profesionales de «códigos de conducta relativos a las prácticas comerciales con los consumidores, con el fin de elevar el nivel de protección de los consumidores y garantizando en su elaboración la participación de las organizaciones de consumidores». El mercado financiero no es ajeno a este tipo de códigos. El artículo 78 de la Ley del Mercado de Valores establece que las entidades de crédito que presten servicios de inversión deberán cumplir los códigos de conducta que apruebe el Gobierno y sus reglamentos internos de conducta.

En el ámbito europeo existen precedentes. Hay un Código de Conducta Voluntario sobre Información Precontractual para los Créditos Vivienda, de marzo de 2001, que fue avalado por la Comisión Europea en su Recomendación 2001/193/CE, de 1 de marzo de 2001, relativa a la información precontractual que debe suministrarse a los consumidores que contratan préstamos para la adquisición de vivienda. Entidades bancarias de todos los estados miembros se adhirieron a este código, excepto las españolas alegando que existían normas internas de mayor protección.

En este marco, se propone la aprobación de un modelo de «Código de conducta para la comercialización y ejecución de préstamos hipotecarios» a adoptar a corto plazo por todos los bancos y demás intermediarios financieros como reglamento interno de conducta. Conforme al cual las entidades se comprometerían a aplicar un protocolo en la ejecución de préstamos hipotecarios con consumidores. En caso de discrepancia con el cliente, este podría acudir a las autoridades de consumo o al Servicio de Reclamaciones del Banco de España para que resolviera sobre la correcta aplicación por parte de la entidad de las normas de conducta y de protección del consumidor en la relación hipotecaria.

3.8. La Guía de acceso al préstamo hipotecario, que debe elaborar el Banco de España, también debería recoger las buenas prácticas en materia de ejecución hipotecaria.

3.9. Establecimiento de un plan de pagos en los casos de concesión irresponsable del préstamo por parte de las entidades de crédito. El Banco de España, a través de su Servicio de Reclamaciones, tiene la autoridad y dotación adecuada para resolver sobre aquellos casos en los que haya existido una incorrecta aplicación de las normas de conducta o de protección de los consumidores. En estos casos de concesión irresponsable de crédito, la entidad concedente del mismo debe verse obligada a pactar un plan de pago por parte del cliente y en su defecto aceptar la dación en pago.

3.10. Resolver el problema de los productos de permuta financiera de acuerdo con los pronunciamientos judiciales, que están anulando los mismos ante la falta de consentimiento e información en su contratación. La banca ha colocado a los particulares seguros destinados a minorar el riesgo de la subida de tipos de interés en sus préstamos hipotecarios que han resultado ser permutas financieras *(swap, clip...)*. Como resultado de los *swaps* contratados, los clientes deben pagar periódicamente sumas importantes, pagos que se prolongarán hasta el vencimiento del producto. Y para cancelar el producto la banca exige el pago de cantidades mucho más elevadas que el resultado de actualizar los compromisos asumidos».

Sin perjuicio de las consideraciones que desee trasladarme en relación con el conjunto de conclusiones y recomendaciones de este estudio, agradeceré que remita a esta Institución el preceptivo informe, en el que se ponga de manifiesto de forma razonada la aceptación o no aceptación, en particular, de las recomendaciones numeradas como 1, 2.1, 2.2, 2.3, 2.4, 2.5, 2.6, 3.4, 3.5, 3.6, 3.7, 3.8, 3.9 y 3.10, todo ello de conformidad con el citado artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril.

Agradeciéndole, una vez más, su colaboración.

Recomendación 8/2012, de 25 de enero, formulada a la Vicepresidencia, Ministerio de la Presidencia y Portavoz del Gobierno, sobre la protección del deudor hipotecario (12000869). Aceptada parcialmente.

Esta Institución viene exponiendo desde hace tiempo la necesidad de abordar los problemas que está generando para los ciudadanos la imposibilidad de hacer frente al pago de las cuotas hipotecarias, en cuya garantía se ha dado la vivienda habitual o el local de negocios, donde se ejerce la actividad que constituye su medio de vida.

Hasta el presente los problemas, así como sus posibles soluciones, se han ido presentando de forma puntual sin la búsqueda de una solución global. Sin embargo, se considera que es el momento de plantear la cuestión desde una perspectiva general y, al margen de las quejas abiertas sobre situaciones concretas, en este escrito se proponen algunas medidas que esperamos sean estudiadas para su posible consideración. Estas medidas forman parte de un estudio elaborado por esta Defensoría y presentado a las Cortes Generales en virtud del artículo 32.2 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, que también ha sido publicado para su conocimiento general. Acompañamos a este escrito una copia del mismo.

La reciente crisis económica ha agravado el sobreendeudamiento personal. La disminución de ingresos por el desempleo y otras circunstancias derivadas de la crisis reducen la capacidad para hacer frente al pago de las cuotas de los préstamos hipotecarios. Aumentan los desahucios y el riesgo de exclusión social. Y según el sistema legal vigente en España, el deudor no se libera con la entrega de la vivienda pues no se admite la dación en pago. Rige el principio de la responsabilidad patrimonial universal de las personas físicas que, tras la ejecución hipotecaria y la pérdida de la vivienda, continúan manteniendo la parte de deuda no satisfecha, que se ha visto incrementada por intereses y gastos.

A su vez, la inclusión de las personas desahuciadas en los registros de morosos produce su exclusión financiera. Surge así el desarraigo y el riesgo de la falta de integración social. No podemos cruzarnos de brazos ante estas circunstancias dramáticas. Conviene preguntarse por la conveniencia de proteger a las personas de buena fe que han perdido su vivienda o están en riesgo de perderla. Hay que partir del hecho de que nos encontramos ante situaciones excepcionales que merecen respuestas excepcionales. Desde el lado de los acreedores, las entidades de crédito se están viendo afectadas por un fallo de mercado con bloqueo del crédito. El mercado financiero como mecanismo eficiente de canalización del ahorro a la inversión ha dejado de funcionar. En este contexto de crisis del sistema, las empresas bancarias se benefician de diversos privilegios. Reciben ayudas públicas a las que las demás empresas no tienen acceso. Son privilegios que se admiten como un mal necesario, constituyen medidas excepcionales justificadas por el carácter especial de la actividad bancaria, pero sólo implican ayudas para una de las partes de la relación sin que los beneficios se extiendan a la otra.

Según los boletines económicos del Banco de España, el endeudamiento de las familias en relación con la renta disponible ha sido creciente hasta la crisis de 2008. En diez años, el endeudamiento de las familias pasó de significar la mitad de la renta disponible a superar la renta disponible. En estos momentos las deudas pendientes de los hogares españoles [son el] 105 por ciento de la renta bruta del hogar endeudado mediano. Dichos pasivos se concen-

tran en la mitad de la población, siendo los hogares de los más jóvenes los que dedican un porcentaje mayor de su renta (26%) al pago de sus deudas. Del endeudamiento de las familias el 90 por ciento procede de la financiación de inversiones en activos inmobiliarios, es decir de las hipotecas.

El Banco de España desde el año 2001 era consciente del problema de sobreendeudamiento sin darle la importancia que realmente tiene. La única advertencia del Banco de España fue en el año 2008, y se limitó a informar sobre el riesgo de sobreendeudamiento por el uso excesivo de las tarjetas de crédito.

Por su parte la Asociación Hipotecaria Española incentivó el endeudamiento personal a través de las hipotecas, pues en su opinión, el préstamo hipotecario no solo se debía destinar a la adquisición de viviendas, sino también para atender otras necesidades financieras. Así como para potenciar el negocio financiero a través de la titulización hipotecaria, colocando los títulos en el mercado.

Está muy extendida la opinión de que el problema del sobreendeudamiento con las consecuencias negativas, es una responsabilidad compartida entre las entidades bancarias y los clientes. Considerando que la banca ha tenido parte de responsabilidad por facilitar la concesión de los préstamos, pero que el principal responsable es el cliente que toma la decisión de adquirir una vivienda por encima de sus posibilidades. Esta consideración pone en un mismo plano al consumidor del préstamo hipotecario y al profesional del mercado hipotecario.

Pues bien, el que conoce el mercado y sus riesgos es el profesional. El préstamo es una de sus principales fuentes de financiación. Es la banca quien diseña los productos y los comercializa a través de las campañas publicitarias y predispone el contenido de las escrituras hipotecarias, así como quién debe evaluar la capacidad de endeudamiento del cliente y abstenerse de conceder préstamos por encima de la capacidad de reembolso. Además, las entidades bancarias deberían haber limitado la concesión de préstamos hipotecarios al 80 por ciento del valor de tasación del inmueble dado en garantía hipotecaria y ante la pérdida del 20 por ciento del valor del citado bien, los bancos podían haber requerido al cliente para que aportase garantía suficiente para cubrir la depreciación o cancelase anticipadamente el préstamo. Facultad no utilizada por la banca que ha permitido el desfase entre el valor de los bienes dado en garantía y el importe de la deuda garantizada.

Estas y otras circunstancias han dado lugar a la pérdida de confianza en el sistema bancario, pero no sólo desconfían quienes se encuentran en dificultades económicas, sino también los inversores. Todos estamos interesados en la estabilidad del mercado financiero y en la existencia de un sistema bancario que funcione bien y se encuentre saneado, por ello hay que restaurar la credibilidad de las entidades financieras. Pero no debe ser este el único objetivo sino que hay que buscar soluciones para los deudores, ya que la legislación española no ofrece remedios para la insolvencia de las personas físicas. Es cierto que han existido y existen diversas propuestas y actuaciones puntuales de carácter preventivo. También ha habido y hay iniciativas que no se han materializado.

En el derecho comparado, hay dos modelos que tratan el sobreendeudamiento familiar, uno de carácter extrajudicial y preventivo, y otro que opta por un tratamiento concursal. La finalidad de ambos modelos es la superación de la situación de sobreendeudamiento del

consumidor de buena fe. Sobre la necesidad de regular un procedimiento específico para la insolvencia de las personas físicas, ya sea procesal o extraprocesal, esta Institución efectuó una recomendación el 22 de julio de 2011 ante el Director del Gabinete de Presidencia del Gobierno y a la Secretaría de Estado de Justicia, que ha sido recientemente reiterada en la queja 09003649.

La disposición adicional única de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, establece: «El Gobierno deberá remitir a las Cortes Generales, en el plazo de seis meses, un informe sobre la aplicación y los efectos del conjunto de medidas adoptadas para mejorar la situación de las personas físicas y familias que se encuentran en dificultades para satisfacer sus obligaciones, y especialmente las garantizadas con hipoteca.

Dicho informe incluirá la posible adopción de otras medidas, tanto sustantivas como procedimentales que, a través de las oportunas iniciativas, completen la protección económica y social de consumidores y familias. A tal efecto, podrán proponerse opciones de solución extrajudicial para estos casos, sean de carácter notarial o registral, de mediación, o de otra naturaleza».

Una de las dificultades que existen en derecho español a la hora de ofrecer soluciones ante el problema del sobreendeudamiento y la búsqueda de una segunda oportunidad para la persona endeudada, es la consagración en el artículo 1911 del Código Civil del principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor, que conlleva la garantía para el acreedor de poder satisfacer la totalidad de la deuda en forma forzosa sobre sus bienes actuales y que pueda adquirir en el futuro. Es cierto que esta responsabilidad es disponible, pero también es raro el pacto en contrario en los contratos hipotecarios.

En este punto hay que reflexionar sobre la posibilidad de que se den las circunstancias que exoneran de responsabilidad al deudor del artículo 1105 del Código Civil referidas al incumplimiento por caso fortuito, ya que la crisis es un acontecimiento imprevisible y fuera de control de los deudores hipotecarios, que podía haber sido evitado por el profesional del crédito, aunque la industria bancaria lo niega, pero que puede constituir causa de exoneración de responsabilidad al deudor consumidor de buena fe. Los contratos se suscribieron en unas circunstancias que no son las actuales, por tanto ajenas a su voluntad.

Los clientes prestatarios responden de su préstamo hipotecario con todo su patrimonio. No pueden liberarse de su deuda mediante la dación en pago del inmueble. La dación de la vivienda en pago de la totalidad de la deuda podría articularse como contenido del convenio concursal entre deudor y acreedores. Sería una medida legal tutelada por la autoridad judicial.

Esta Institución considera que tanto la vivienda, que constituye la residencia de las personas particulares, como el local de negocio donde se ejerce la actividad que constituye su medio de vida, deben tener un tratamiento diferenciado en todos los ámbitos y, al igual que ocurre en el terreno fiscal, en que el legislador entiende que deben estar separados del resto del patrimonio de los contribuyentes, en el sector hipotecario debería regularse separadamente de forma que obtengan una mayor protección acorde con la voluntad de la Comunidad Europea, a fin de paliar la desigualdad existente entre los sujetos que intervienen en este tipo de contratos.

Toda solución al presente conflicto requiere un compromiso y aceptación de los operadores del sector financiero, porque sin su colaboración no se puede llegar a buen fin. Existen precedentes en los que ante situaciones menos graves se ha alcanzado un acuerdo político asumido por la industria bancaria con buenos resultados.

El Banco de España, como regulador del mercado bancario y como árbitro de las relaciones banca-cliente debe implicarse en la protección de los consumidores, porque no hay simetría entre las partes, ni en conocimiento ni en capacidad negociadora, como mínimo debe tener presente que sus resoluciones pueden constituir prueba en los procedimientos judiciales, a los que los ciudadanos se ven abocados, si bien lo ideal sería poderlos evitar.

Las normas de transparencia hipotecaria recogidas en la Orden de 5 de mayo de 1994, han demostrado ser ineficaces. Además sirvieron de pretexto a las entidades para no adherirse al acuerdo europeo de Código de conducta voluntario sobre información precontractual para créditos vivienda, de 2001, que habría equiparado a España con las buenas prácticas de los demás países europeos. La aprobación de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, ha venido a derogar la Orden de 1994, actualizando las obligaciones de transparencia hipotecaria a las últimas propuestas europeas, dando un período transitorio de nueve meses a las entidades para adaptarse a las nuevas normas. Esta mejora del marco normativo debe ser desarrollada por el Banco de España, quien en particular debe elaborar una guía de acceso al préstamo hipotecario. Esta guía también debería recoger las buenas prácticas en materia de ejecución hipotecaria. De este modo se educa al deudor consumidor y se le informa de sus derechos, con el respaldo del Banco de España.

Las entidades financieras tienen la obligación profesional de informar del contenido técnico de los productos y servicios financieros. Este asesoramiento técnico va más allá de la mera descripción del producto. Según la Comisión Europea, un buen asesoramiento aumenta la confianza del consumidor. Por esta razón, la Comisión «desea promover criterios rigurosos de asesoramiento hipotecario, admitiendo, por otra parte, que no todos los consumidores precisan un mismo nivel de asesoramiento».

El marco legal encarga al notario la transmisión al cliente de la información financiera y lo debe hacer de forma comprensible, «advirtiendo expresamente al prestatario del significado de aquellas cláusulas que, por su propia naturaleza técnica, pudieran pasarle inadvertidas».

La labor de información y de asesoría técnica debe recaer fundamentalmente sobre las entidades que comercializan los préstamos hipotecarios. En el régimen de la hipoteca inversa ya se reconoce la necesidad de este asesoramiento. En el marco del régimen de transparencia y protección de la clientela, las entidades que concedan hipotecas inversas deben «suministrar servicios de asesoramiento independiente a los solicitantes de este producto, teniendo en cuenta la situación financiera del solicitante y los riesgos económicos derivados de la suscripción de este producto».

Cuestión distinta es si las entidades bancarias deben prestar el servicio de asesorar al cliente seleccionando en el mercado el producto más adecuado a su perfil. Dicho servicio va más allá del asesoramiento técnico sobre el contenido y los riesgos de la operación. Para prestar el servicio autónomo de asesoramiento financiero, los intermediarios deben realizar un estudio de las ofertas disponibles en el mercado de modo que puedan recomendar aque-

llas que más se adecuen a las necesidades, la situación financiera y las circunstancias personales del consumidor. Según la propuesta de directiva comunitaria sobre préstamo hipotecario, dicho servicio sólo podrá comercializarse como asesoramiento cuando se informe al consumidor de que se está prestando ese servicio adicional y se le informe de forma transparente de la remuneración que se cobra por dicho servicio. Esta es la solución recogida en el artículo 10 de la Orden EHA/2899/2011, que exige suscribir un contrato y la obligación de actuar en el mejor interés del cliente.

La obligación de evaluar la solvencia del cliente con el fin de asegurar la concesión responsable de crédito está recogida en general en la Ley de economía sostenible y en particular en la Ley del crédito al consumo.

La Ley del crédito al consumo complementa la protección del cliente bancario. Desarrolla el principio del crédito responsable conforme a unos criterios que deben servir para interpretar la concesión responsable de créditos hipotecarios.

En España el artículo 18 de la Orden EHA/2899/2011 desarrolla las previsiones sobre evaluación de la solvencia recogidas en la Ley de Economía Sostenible. Se debe evaluar la capacidad del cliente para cumplir sus obligaciones y tener los procedimientos internos para realizar las evaluaciones. No se recoge la prohibición de conceder préstamos ante evaluaciones negativas. Por el contrario el último apartado de dicho precepto recoge una cláusula de exención de responsabilidad, útil *disclaimer* para las entidades con el siguiente tenor: «La evaluación de la solvencia prevista en este artículo se realizará sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y los clientes y, en ningún caso afectará a su plena validez y eficacia, ni implicará el traslado a las entidades de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones de los clientes».

El sistema de subastas recogido en la Ley de Enjuiciamiento Civil ha sido muy criticado por su falta de eficacia. No obstante su posible mejora, no consideramos que sea un elemento esencial para hacer frente al problema actual. Hay un problema de tasaciones exageradas y de sobreendeudamiento sobrevenido como consecuencia del crédito irresponsable y de la crisis económica. Los deudores no pueden pagar y los inmuebles han bajado de precio, no siendo su valor de mercado en muchos casos suficiente para hacer frente a la deuda hipotecaria. Por mucho que se mejore el sistema de subastas el problema de la insuficiencia de la garantía para hacer frente al reembolso de la deuda subsistirá. De todas formas, no hay duda de que se podría mejorar la publicidad de la subasta y fomentar las iniciativas de subastas por internet.

Sobre todas estas cuestiones se ha elaborado por esta Institución un estudio basado en las quejas de los ciudadanos, en el que se pretenden proponer diferentes soluciones a los problemas que han ido surgiendo. Como se puede observar las medidas son tanto preventivas como paliativas.

Ante la situación descrita y tal y como se ha indicado, a fin de que se proceda al estudio global del problema, esta Institución 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, efectúa a V. E. las siguientes recomendaciones:

«1. Reforzar la independencia del Servicio de Reclamaciones del Banco de España. En una situación de crisis como la actual el papel del Banco de España es fundamental para encontrar un equilibrio entre las dos partes de la relación, banco y cliente, pudiendo evitar incluso procesos judiciales. Para ello es preciso reforzar su independencia frente a las entidades de crédito y que este ejerza una verdadera labor mediadora, pudiendo establecerse como requisito de procedibilidad en las ejecuciones hipotecarias el agotamiento de la vía extrajudicial de mediación.

2. Medidas preventivas

2.1. Mejorar la transparencia. Las normas de transparencia, contenidas en la Orden de 5 de mayo de 1994, han demostrado ser insuficientes. La aprobación de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, que ha derogado la citada Orden de 1994, actualizando las obligaciones de transparencia hipotecaria a las últimas propuestas europeas, tampoco soluciona el problema según se deriva de la investigación de oficio recientemente planteada ante el Ministerio de Economía y Hacienda a fin de que, antes de su entrada en vigor, se corrijan las deficiencias denunciadas.

2.2. Hacer efectivo el asesoramiento técnico, tanto por parte de las entidades financieras, que tienen la obligación profesional de informar del contenido técnico de los productos y servicios financieros a los clientes antes de su contratación, como por los notarios, quienes tienen encargada la transmisión al cliente de la información financiera de forma comprensible (no solo la lectura en voz alta).

Cuestión distinta es si las entidades bancarias deben prestar el servicio de asesorar al cliente seleccionando en el mercado el producto más adecuado a su perfil. Dicho servicio va más allá del asesoramiento técnico sobre el contenido y los riesgos de la operación. Para prestar el servicio autónomo de asesoramiento financiero, los intermediarios deben realizar un estudio de las ofertas disponibles en el mercado de modo que puedan recomendar las más adecuadas a las necesidades que pretenden cubrirse no ofreciendo solo sus propios productos.

2.3. Desarrollar la obligación de concesión responsable de crédito. La obligación de conocer la solvencia del cliente está prevista de forma general en la Ley de Economía Sostenible, y en particular en la Ley del crédito al consumo y la Orden 2899/2011, de 18 de octubre, que desarrolla el contenido de la Ley de economía sostenible, pero no establece las consecuencias para las entidades de crédito cuando incumplen sus obligaciones al respecto.

2.4. El establecimiento de restricciones a la práctica generalizada de las entidades bancarias de imponer la contratación de los seguros de protección de préstamos, que como ha quedado expuesto anteriormente en la gran mayoría de los casos no garantizan el pago de los préstamos, dadas las numerosas limitaciones para desplegar la cobertura, tanto por desempleo como por incapacidad, evitando las consecuencias económicas negativas para los clientes por el elevado coste del seguro, y posibilitar la contratación voluntaria real de estos u otros seguros a los consumidores en el caso de que decidieran protegerse de esos riesgos, y evitar un enriquecimiento irregular de las entidades de crédito.

Asimismo, se recomienda que se extremen las cautelas en la interpretación que se efectúa de estas pólizas, ya que está claro que los ciudadanos no han prestado su consentimiento libremente para su contratación y, desde luego, no han prestado su consentimiento informado.

2.5. Intensificar la independencia de las sociedades de tasación. En España el marco legal no previene de forma adecuada los conflictos de interés que surgen ante la dependencia de las principales entidades de tasación de los grupos bancarios que conceden los préstamos hipotecarios.

La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, no está dando los resultados esperados, aunque trata de reforzar la independencia de las entidades de tasación a través de la exigencia de un reglamento interno de conducta destinado a prevenir los conflictos de interés y de una Comisión Técnica encargada de verificar el cumplimiento de los requisitos de independencia establecidos por el citado reglamento. Es un sector que debe abrirse a la libre competencia y sobre todo independizarse de las entidades financieras.

2.6. Intento de acuerdo previo como requisito de procedibilidad en las ejecuciones hipotecarias. En muchas ocasiones los particulares se quejan de la inflexibilidad de la banca para negociar los pagos de la deuda, ya que hay personas que tienen patrimonio pero falta de liquidez, por ello sería deseable que antes de acudir al procedimiento judicial elegido se establezca la obligación de intento de conciliación previa al igual que existe en otros procesos judiciales.

2.7. Regular de forma adecuada al momento social la regulación de las hipotecas que afectan a la vivienda habitual y al local de negocio donde se ejerce la actividad que constituye el medio de vida de los particulares, del resto de su patrimonio, separando el régimen jurídico de estos, cuando se dan en garantía del cumplimiento de un crédito hipotecario.

3. Medidas paliativas

3.1. Regulación de un procedimiento específico para la insolvencia de las personas físicas, ya sea procesal o extraprocesal, toda vez que la Ley concursal vigente no ofrece una respuesta adecuada al problema de su endeudamiento, pudiendo quedar liberado de sus deudas tras el concurso al igual que sucede con las empresas.

En esta línea la disposición adicional única de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley concursal, establece que el Gobierno deberá remitir a las Cortes Generales, en el plazo de 6 meses, un informe sobre la aplicación y los efectos del conjunto de medidas adoptadas para mejorar la situación de las personas físicas y proponer en su caso nuevas medidas.

3.2. Mejorar el sistema de subastas recogido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que ha sido muy criticado por su falta de eficacia, aunque ante una situación como la presente, en que los bienes se tasaron de forma exagerada y existe un sobreendeudamiento sobrevenido, como consecuencia del crédito irresponsable y de la crisis económica, ésta no es la solución. La mejora en la publicidad de las subastas y el

fomento de las iniciativas de subastas por internet pueden ayudar a una mayor concurrencia y la obtención de un precio más alto.

3.3. La adopción de medidas extraordinarias, que con el fin de evitar situaciones de exclusión social, permitan a los deudores de buena fe, que han perdido su vivienda o local de negocio donde ejercen su actividad económica, continuar utilizando los mismos mediante un precio asumible, buscando su recuperación económica e integración social. O se busque cualquier otro tipo de fórmula jurídica (arrendamiento forzoso, leasing, derecho de habitación, retroventa, etc.) que garantice a los deudores el derecho a una vida digna.

3.4. Limitación de los gastos en caso de mora. Por imperativo legal se deberían limitar estos gastos para el deudor de buena fe que únicamente hacen crecer la deuda desproporcionadamente, provocando la imposibilidad para el deudor de enfrentarse al pago de la misma. En muchas ocasiones los gastos que genera la mora son difíciles de explicar por las entidades de crédito, siendo a veces de dudosa legalidad.

3.5. Limitación de intereses moratorios. Con el fin de evitar la usura, los intereses de demora deben quedar limitados a dos veces el interés legal del dinero según criterio jurisprudencial.

La garantía hipotecaria se extiende hasta la denominada «cifra de responsabilidad hipotecaria» que comprende la deuda del principal, los intereses remuneratorios pendientes de pago, los intereses de demora, más los gastos y costas judiciales. En estas partidas destacan los intereses moratorios muchas veces superiores al 20 por ciento. El artículo 20 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Crédito al Consumo, establece que en ningún caso podrá aplicarse a los créditos que se concedan en forma de descubiertos «un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero». Esta referencia ha sido utilizada por la jurisprudencia para integrar el supuesto de la usura identificado en la Ley Azcárate de 23 de julio de 1908.

3.6. Acuerdo político asumido por el sector bancario, a través de organismos representativos, como la Asociación Española de Bancos y la Confederación Española de Cajas de Ahorro, incluyendo una moratoria en el pago de las hipotecas y flexibilización de cuotas, así como la posibilidad del establecimiento de un sistema de pago con carencia de amortización de capital haciendo la cuota asumible. Existen precedentes en los que, en situaciones menos graves, se ha llegado a un acuerdo político asumido por la industria bancaria, como las tasas de intercambio fijadas unilateralmente por las redes de tarjetas que eran desproporcionadas. También el convenio suscrito entre Gobierno y la Asociación Española de la Banca, de 29 de abril de 2008, en cuya virtud se compromete a promover entre las entidades de crédito que estas, de manera voluntaria, puedan renunciar a sus comisiones en el caso de una modificación hipotecaria relativa a la ampliación del préstamo hipotecario.

Se podría facilitar los aplazamientos de pago, a semejanza del artículo 11 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, reguladora de la venta a plazo de bienes muebles, que autoriza a los jueces a imponerlos en atención a desgracias familiares o circunstancias

que lo aconsejen. Esta moratoria tan solo supondría el aplazamiento en el pago, no la liberación del mismo.

Otro elenco de posibilidades que podría acompañar a la moratoria, sería la supresión de tasas, costas, moderación de cláusulas penales, o la paralización del devengo de intereses durante el proceso, que coadyuven a superar las dificultades para atender los créditos pendientes de pago. Del mismo modo se podría permitir el pago del capital antes que los intereses, lo que conllevaría la reducción de la deuda que genera obligaciones accesorias.

3.7. Aprobación por parte de las entidades de crédito de un reglamento interno de comercialización y ejecución de préstamos hipotecarios, según un modelo de código de conducta aprobado por el Gobierno. El artículo 37 de la Ley de competencia desleal se refiere al fomento por parte de la Administración y de las asociaciones profesionales de «códigos de conducta relativos a las prácticas comerciales con los consumidores, con el fin de elevar el nivel de protección de los consumidores y garantizando en su elaboración la participación de las organizaciones de consumidores». El mercado financiero no es ajeno a este tipo de códigos. El artículo 78 de la Ley del Mercado de Valores establece que las entidades de crédito que presten servicios de inversión deberán cumplir los códigos de conducta que apruebe el Gobierno y sus reglamentos internos de conducta.

En el ámbito europeo existen precedentes. Hay un Código de Conducta Voluntario sobre Información Precontractual para los Créditos Vivienda, de marzo de 2001, que fue avalado por la Comisión Europea en su Recomendación 2001/193/CE, de 1 de marzo de 2001, relativa a la información precontractual que debe suministrarse a los consumidores que contratan préstamos para la adquisición de vivienda. Entidades bancarias de todos los estados miembros se adhirieron a este código, excepto las españolas alegando que existían normas internas de mayor protección.

En este marco, se propone la aprobación de un modelo de «Código de conducta para la comercialización y ejecución de préstamos hipotecarios» a adoptar a corto plazo por todos los bancos y demás intermediarios financieros como reglamento interno de conducta. Conforme al cual las entidades se comprometerían a aplicar un protocolo en la ejecución de préstamos hipotecarios con consumidores. En caso de discrepancia con el cliente, este podría acudir a las autoridades de consumo o al Servicio de Reclamaciones del Banco de España para que resolviera sobre la correcta aplicación por parte de la entidad de las normas de conducta y de protección del consumidor en la relación hipotecaria.

3.8. La Guía de acceso al préstamo hipotecario, que debe elaborar el Banco de España, también debería recoger las buenas prácticas en materia de ejecución hipotecaria.

3.9. Establecimiento de un plan de pagos en los casos de concesión irresponsable del préstamo por parte de las entidades de crédito. El Banco de España, a través de su Servicio de Reclamaciones, tiene la autoridad y dotación adecuada para resolver sobre aquellos casos en los que haya existido una incorrecta aplicación de las normas de conducta o de protección de los consumidores. En estos casos

de concesión irresponsable de crédito, la entidad concedente del mismo debe verse obligada a pactar un plan de pago por parte del cliente y en su defecto aceptar la dación en pago.

3.10. Resolver el problema de los productos de permuta financiera de acuerdo con los pronunciamientos judiciales, que están anulando los mismos ante la falta de consentimiento e información en su contratación. La banca ha colocado a los particulares seguros destinados a minorar el riesgo de la subida de tipos de interés en sus préstamos hipotecarios que han resultado ser permutas financieras *(swap, clip...)*. Como resultado de los *swaps* contratados, los clientes deben pagar periódicamente sumas importantes, pagos que se prolongarán hasta el vencimiento del producto. Y para cancelar el producto la banca exige el pago de cantidades mucho más elevadas que el resultado de actualizar los compromisos asumidos».

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 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.

Recomendación 9/2012, de 25 de enero, formulada al Ministerio de Economía y Competitividad, sobre la protección del deudor hipotecario (12000871) Pendiente.

Esta Institución viene exponiendo desde hace tiempo la necesidad de abordar los problemas que está generando para los ciudadanos la imposibilidad de hacer frente al pago de las cuotas hipotecarias, en cuya garantía se ha dado la vivienda habitual o el local de negocios, donde se ejerce la actividad que constituye su medio de vida.

Hasta el presente los problemas, así como sus posibles soluciones, se han ido presentando de forma puntual sin la búsqueda de una solución global. Sin embargo, se considera que es el momento de plantear la cuestión desde una perspectiva general y, al margen de las quejas abiertas sobre situaciones concretas, en este escrito se proponen algunas medidas que esperamos sean estudiadas para su posible consideración. Estas medidas forman parte de un estudio elaborado por esta Defensoría y presentado a las Cortes Generales en virtud del artículo 32.2 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, que también ha sido publicado para su conocimiento general. Acompañamos a este escrito una copia del mismo.

La reciente crisis económica ha agravado el sobreendeudamiento personal. La disminución de ingresos por el desempleo y otras circunstancias derivadas de la crisis reducen la capacidad para hacer frente al pago de las cuotas de los préstamos hipotecarios. Aumentan los desahucios y el riesgo de exclusión social. Y según el sistema legal vigente en España, el deudor no se libera con la entrega de la vivienda pues no se admite la dación en pago. Rige el principio de la responsabilidad patrimonial universal de las personas físicas. que tras la ejecución hipotecaria y la pérdida de la vivienda, continúan manteniendo la parte de deuda no satisfecha, que se ha visto incrementada por intereses y gastos.

A su vez, la inclusión de las personas desahuciadas en los registros de morosos produce su exclusión financiera. Surge así el desarraigo y el riesgo de la falta de integración social. No podemos cruzarnos de brazos ante estas circunstancias dramáticas. Conviene preguntarse por la conveniencia de proteger a las personas de buena fe que han perdido su vivienda o están en riesgo de perderla. Hay que partir del hecho de que nos encontramos ante situaciones excepcionales que merecen respuestas excepcionales. Desde el lado de los acreedores, las entidades de crédito se están viendo afectadas por un fallo de mercado con bloqueo del crédito. El mercado financiero como mecanismo eficiente de canalización del ahorro a la inversión ha dejado de funcionar. En este contexto de crisis del sistema, las empresas bancarias se benefician de diversos privilegios. Reciben ayudas públicas a la que las demás empresas no tienen acceso. Son privilegios que se admiten como un mal necesario constituyen medidas excepcionales justificadas por el carácter especial de la actividad bancaria, pero sólo implican ayudas para una de las partes de la relación sin que los beneficios se extiendan a la otra.

Según los boletines económicos del Banco de España, el endeudamiento de las familias en relación con la renta disponible ha sido creciente hasta la crisis de 2008. En diez años, el endeudamiento de las familias pasó de significar la mitad de la renta disponible a superar la renta disponible. En estos momentos las deudas pendientes de los hogares españoles 105 por ciento de la renta bruta del hogar endeudado mediano. Dichos pasivos se concentran en la mitad de la población, siendo los hogares de los más jóvenes los que dedican un porcen-

taje mayor de su renta (26%) al pago de sus deudas. Del endeudamiento de las familias el 90 por ciento procede de la financiación de inversiones en activos inmobiliarios, es decir, de las hipotecas.

El Banco de España desde el año 2001 era consciente del problema de sobreendeudamiento sin darle la importancia que realmente tiene. La única advertencia del Banco de España fue en el año 2008 y, se limitó a informar sobre el riesgo de sobreendeudamiento por el uso excesivo de las tarjetas de crédito.

Por su parte la Asociación Hipotecaria Española incentivó el endeudamiento personal a través de las hipotecas, pues en su opinión, el préstamo hipotecario no sólo se debía destinar a la adquisición de viviendas, sino también para atender otras necesidades financieras. Así como para potenciar el negocio financiero a través de la titulización hipotecaria, colocando los títulos en el mercado.

Está muy extendida la opinión de que el problema del sobreendeudamiento con las consecuencias negativas, es una responsabilidad compartida entre las entidades bancarias y los clientes. Considerando que la banca ha tenido parte de responsabilidad por facilitar la concesión de los préstamos, pero que el principal responsable es el cliente que toma la decisión de adquirir una vivienda por encima de sus posibilidades. Esta consideración pone en un mismo plano al consumidor del préstamo hipotecario y al profesional del mercado hipotecario.

Pues bien el que conoce el mercado y sus riesgos es el profesional. El préstamo es una de sus principales fuentes de financiación. Es la banca quien diseña los productos y los comercializa a través de las campañas publicitarias y predispone el contenido de las escrituras hipotecarias, así como quien debe evaluar la capacidad de endeudamiento del cliente y abstenerse de conceder préstamos por encima de la capacidad de reembolso. Además las entidades bancarias deberían haber limitado la concesión de préstamos hipotecarios al 80 por ciento del valor de tasación del inmueble dado en garantía hipotecaria y ante la pérdida del 20 por ciento del valor del citado bien, los bancos podían haber requerido al cliente para que aportase garantía suficiente para cubrir la depreciación o cancelase anticipadamente el préstamo. Facultad no utilizada por la banca que ha permitido el desfase entre el valor de los bienes dado en garantía y el importe de la deuda garantizada.

Estas y otras circunstancias han dado lugar a la pérdida de confianza en el sistema bancario, pero no sólo desconfían quienes se encuentran en dificultades económicas, sino también los inversores. Todos estamos interesados en la estabilidad del mercado financiero y en la existencia de un sistema bancario que funcione bien y se encuentre saneado, por ello hay que restaurar la credibilidad de la entidades financieras. Pero no debe ser éste el único objetivo sino que hay que buscar soluciones para los deudores, ya que la legislación española no ofrece remedios para la insolvencia de las personas físicas. Es cierto que han existido y existen diversas propuestas y actuaciones puntuales de carácter preventivo. También ha habido y hay iniciativas que no se han materializado.

En el derecho comparado, hay dos modelos que tratan el sobreendeudamiento familiar, uno de carácter extrajudicial y preventivo, y otro que opta por un tratamiento concursal. La finalidad de ambos modelos es la superación de la situación de sobreendeudamiento del consumidor de buena fe. Sobre la necesidad de regular un procedimiento específico para la insolvencia de las personas físicas, ya sea procesal o extraprocesal, esta Institución efectuó

una Recomendación en el 22 de julio de 2011 ante el Director del Gabinete de Presidencia del Gobierno y a la Secretaría de Estado de Justicia, que ha sido recientemente reiterada en la queja 09003649.

La disposición adicional única de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, establece: «El Gobierno deberá remitir a las Cortes Generales, en el plazo de seis meses, un informe sobre la aplicación y los efectos del conjunto de medidas adoptadas para mejorar la situación de las personas físicas y familias que se encuentran en dificultades para satisfacer sus obligaciones, y especialmente las garantizadas con hipoteca.

Dicho informe incluirá la posible adopción de otras medidas, tanto sustantivas como procedimentales que, a través de las oportunas iniciativas, completen la protección económica y social de consumidores y familias. A tal efecto, podrán proponerse opciones de solución extrajudicial para estos casos, sean de carácter notarial o registral, de mediación, o de otra naturaleza».

Una de las dificultades que existen en derecho español a la hora de ofrecer soluciones ante el problema del sobreendeudamiento y la búsqueda de una segunda oportunidad para la persona endeudada, es la consagración en el artículo 1911 del Código Civil del principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor, que conlleva la garantía para el acreedor de poder satisfacer la totalidad de la deuda en forma forzosa sobre sus bienes actuales y que pueda adquirir en el futuro. Es cierto que esta responsabilidad es disponible, pero también es raro el pacto en contrario en los contratos hipotecarios.

En este punto hay que reflexionar sobre la posibilidad de que se den las circunstancias que exoneran de responsabilidad al deudor del artículo 1105 del Código Civil referidas al incumplimiento por caso fortuito, ya que la crisis es un acontecimiento imprevisible y fuera de control de los deudores hipotecarios, que podía haber sido evitado por el profesional del crédito, aunque la industria bancaria lo niega, pero que puede constituir causa de exoneración de responsabilidad al deudor consumidor de buena fe. Los contratos se suscribieron en unas circunstancias que no son las actuales, por tanto ajenas a su voluntad.

Los clientes prestatarios responden de su préstamo hipotecario con todo su patrimonio. No pueden liberarse de su deuda mediante la dación en pago del inmueble. La dación de la vivienda en pago de la totalidad de la deuda podría articularse como contenido del convenio concursal entre deudor y acreedores. Sería una medida legal tutelada por la autoridad judicial.

Esta Institución considera que tanto la vivienda, que constituye la residencia de las personas particulares, como el local de negocio donde se ejerce la actividad que constituye su medio de vida, deben tener un tratamiento diferenciado en todos los ámbitos y, al igual que ocurre en el terreno fiscal, en que el legislador entiende que deben estar separados del resto del patrimonio de los contribuyentes, en el sector hipotecario debería regularse separadamente de forma que obtengan una mayor protección acorde con la voluntad de la Comunidad Europea, a fin de paliar la desigualdad existente entre los sujetos que intervienen en este tipo de contratos.

Toda solución al presente conflicto requiere un compromiso y aceptación de los operadores del sector financiero, porque sin su colaboración no se puede llegar a buen fin. Existen

precedentes en los que ante situaciones menos graves se ha alcanzado un acuerdo político asumido por la industria bancaria con buenos resultados.

El Banco de España, como regulador del mercado bancario y como árbitro de las relaciones banca-cliente, debe implicarse en la protección de los consumidores, porque no hay simetría entre las partes, ni en conocimiento ni en capacidad negociadora, como mínimo debe tener presente que sus resoluciones pueden constituir prueba en los procedimientos judiciales, a los que los ciudadanos se ven abocados, si bien lo ideal sería poderlos evitar.

Las normas de transparencia hipotecaria recogidas en la Orden de 5 de mayo de 1994, han demostrado ser ineficaces. Además sirvieron de pretexto a las entidades para no adherirse al acuerdo europeo de Código de conducta voluntario sobre información precontractual para créditos vivienda, de 2001, que habría equiparado a España con las buenas prácticas de los demás países europeos. La aprobación de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, ha venido a derogar la Orden de 1994, actualizando las obligaciones de transparencia hipotecaria a las últimas propuestas europeas, dando un período transitorio de nueve meses a las entidades para adaptarse a las nuevas normas. Esta mejora del marco normativo debe ser desarrollada por el Banco de España, quien en particular debe elaborar una guía de acceso al préstamo hipotecario. Esta guía también debería recoger las buenas prácticas en materia de ejecución hipotecaria. De este modo se educa al deudor consumidor y se le informa de sus derechos, con el respaldo del Banco de España.

Las entidades financieras tienen la obligación profesional de informar del contenido técnico de los productos y servicios financieros. Este asesoramiento técnico va más allá de la mera descripción del producto. Según la Comisión Europea, un buen asesoramiento aumenta la confianza del consumidor. Por esta razón, la Comisión «desea promover criterios rigurosos de asesoramiento hipotecario, admitiendo, por otra parte, que no todos los consumidores precisan un mismo nivel de asesoramiento».

El marco legal encarga al notario la transmisión al cliente de la información financiera y lo debe hacer de forma comprensible, «advirtiendo expresamente al prestatario del significado de aquellas cláusulas que, por su propia naturaleza técnica, pudieran pasarle inadvertidas».

La labor de información y de asesoría técnica debe recaer fundamentalmente sobre las entidades que comercializan los préstamos hipotecarios. En el régimen de la hipoteca inversa ya se reconoce la necesidad de este asesoramiento. En el marco del régimen de transparencia y protección de la clientela, las entidades que concedan hipotecas inversas deben «suministrar servicios de asesoramiento independiente a los solicitantes de este producto, teniendo en cuenta la situación financiera del solicitante y los riesgos económicos derivados de la suscripción de este producto».

Cuestión distinta es si las entidades bancarias deben prestar el servicio de asesorar al cliente seleccionando en el mercado el producto más adecuado a su perfil. Dicho servicio va más allá del asesoramiento técnico sobre el contenido y los riesgos de la operación. Para prestar el servicio autónomo de asesoramiento financiero, los intermediarios deben realizar un estudio de las ofertas disponibles en el mercado de modo que puedan recomendar aquellas que más se adecuen a las necesidades, la situación financiera y las circunstancias personales del consumidor. Según la propuesta de directiva comunitaria sobre préstamo hipotecario, dicho servicio sólo podrá comercializarse como asesoramiento cuando se informe al

consumidor de que se está prestando ese servicio adicional y se le informe de forma transparente de la remuneración que se cobra por dicho servicio. Esta es la solución recogida en el artículo 10 de la Orden EHA/2899/2011, que exige suscribir un contrato y la obligación de actuar en el mejor interés del cliente.

La obligación de evaluar la solvencia del cliente con el fin de asegurar la concesión responsable de crédito está recogida en general en la Ley de economía sostenible y en particular en la Ley del crédito al consumo.

La Ley del crédito al consumo complementa la protección del cliente bancario. Desarrolla el principio del crédito responsable conforme a unos criterios que deben servir para interpretar la concesión responsable de créditos hipotecarios.

En España el artículo 18 de la Orden EHA/2899/2011, desarrolla las previsiones sobre evaluación de la solvencia recogidas en la Ley de Economía Sostenible. Se debe evaluar la capacidad del cliente para cumplir sus obligaciones y tener los procedimientos internos para realizar las evaluaciones. No se recoge la prohibición de conceder préstamos ante evaluaciones negativas. Por el contrario el último apartado de dicho precepto recoge una cláusula de exención de responsabilidad, útil *disclaimer* para las entidades con el siguiente tenor: «La evaluación de la solvencia prevista en este artículo se realizará sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y los clientes y, en ningún caso afectará a su plena validez y eficacia, ni implicará el traslado a las entidades de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones de los clientes».

El sistema de subastas recogido en la Ley de Enjuiciamiento Civil ha sido muy criticado por su falta de eficacia. No obstante su posible mejora, no consideramos que sea un elemento esencial para hacer frente al problema actual. Hay un problema de tasaciones exageradas y de sobreendeudamiento sobrevenido como consecuencia del crédito irresponsable y de la crisis económica. Los deudores no pueden pagar y los inmuebles han bajado de precio, no siendo su valor de mercado en muchos casos suficiente para hacer frente a la deuda hipotecaria. Por mucho que se mejore el sistema de subastas el problema de la insuficiencia de la garantía para hacer frente al reembolso de la deuda subsistirá. De todas formas, no hay duda de que se podría mejorar la publicidad de la subasta y fomentar las iniciativas de subastas por internet.

Sobre todas estas cuestiones se ha elaborado por esta Institución un estudio basado en las quejas de los ciudadanos, en el se pretenden proponer diferentes soluciones a los problemas que han ido surgiendo. Como se puede observar las medidas son tanto preventivas como paliativas.

Ante la situación descrita y tal y como se ha indicado a fin de que se proceda al estudio global del problema esta Institución 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, efectúa a V. E. las siguientes Recomendaciones:

> «1. Reforzar la independencia del Servicio de Reclamaciones del Banco de España. En una situación de crisis como la actual el papel del Banco de España es fundamental para encontrar un equilibrio entre las dos partes de la relación, banco y

cliente, pudiendo evitar incluso procesos judiciales. Para ello es preciso reforzar su independencia frente a las entidades de crédito y que éste ejerza una verdadera labor mediadora, pudiendo establecerse como requisito de procedibilidad en las ejecuciones hipotecarias el agotamiento de la vía extrajudicial de mediación.

2. Medidas preventivas

2.1. Mejorar la transparencia. Las normas de transparencia, contenidas en la Orden de 5 de mayo de 1994, han demostrado ser insuficientes. La aprobación de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, que ha derogado la citada Orden de 1994, actualizando las obligaciones de transparencia hipotecaria a las últimas propuestas europeas, tampoco soluciona el problema según se deriva de la investigación de oficio recientemente planteada ante el Ministerio de Economía y Hacienda a fin de que, antes de su entrada en vigor, se corrijan las deficiencias denunciadas.

2.2. Hacer efectivo el asesoramiento técnico, tanto por parte de las entidades financieras, que tienen la obligación profesional de informar del contenido técnico de los productos y servicios financieros a los clientes antes de su contratación, como por los notarios, quienes tienen encargada la transmisión al cliente de la información financiera de forma comprensible (no solo la lectura en voz alta).

Cuestión distinta es si las entidades bancarias deben prestar el servicio de asesorar al cliente seleccionando en el mercado el producto más adecuado a su perfil. Dicho servicio va más allá del asesoramiento técnico sobre el contenido y los riesgos de la operación. Para prestar el servicio autónomo de asesoramiento financiero, los intermediarios deben realizar un estudio de las ofertas disponibles en el mercado de modo que puedan recomendar las más adecuadas a las necesidades que pretenden cubrirse no ofreciendo solo sus propios productos.

2.3. Desarrollar la obligación de concesión responsable de crédito. La obligación de conocer la solvencia del cliente está prevista de forma general en la Ley de Economía Sostenible, y en particular en la Ley del Crédito al Consumo y la Orden 2899/2011, de 18 de octubre, que desarrolla el contenido de la Ley de Economía sostenible, pero no establece las consecuencias para las entidades de crédito cuando incumplen sus obligaciones al respecto.

2.4. El establecimiento de restricciones a la práctica generalizada de las entidades bancarias de imponer la contratación de los seguros de protección de préstamos, que como ha quedado expuesto anteriormente en la gran mayoría de los casos no garantizan el pago de los préstamos, dadas las numerosas limitaciones para desplegar la cobertura, tanto por desempleo como por incapacidad, evitando las consecuencias económicas negativas para los clientes por el elevado coste del seguro, y posibilitar la contratación voluntaria real de estos u otros seguros a los consumidores en el caso de que decidieran protegerse de esos riesgos, y evitar un enriquecimiento irregular de las entidades de crédito.

Asimismo, se recomienda que se extremen las cautelas en la interpretación que se efectúa de estas pólizas, ya que está claro que los ciudadanos no han prestado su

consentimiento libremente para su contratación y, desde luego, no han prestado su consentimiento informado.

2.5. Intensificar la independencia de las sociedades de tasación. En España el marco legal no previene de forma adecuada los conflictos de interés que surgen ante la dependencia de las principales entidades de tasación de los grupos bancarios que conceden los préstamos hipotecarios.

La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, no está dando los resultados esperados, aunque trata de reforzar la independencia de las entidades de tasación a través de la exigencia de un reglamento interno de conducta destinado a prevenir los conflictos de interés y de una Comisión Técnica encargada de verificar el cumplimiento de los requisitos de independencia establecidos por el citado reglamento. Es un sector que debe abrirse a la libre competencia y sobre todo independizarse de las entidades financieras.

2.6. Intento de acuerdo previo como requisito de procedibilidad en las ejecuciones hipotecarias. En muchas ocasiones los particulares se quejan de la inflexibilidad de la banca para negociar los pagos de la deuda, ya que hay personas que tienen patrimonio pero falta de liquidez, por ello sería deseable que antes de acudir al procedimiento judicial elegido se establezca la obligación de intento de conciliación previa al igual que existe en otros procesos judiciales.

2.7. Regular de forma adecuada al momento social la regulación de las hipotecas que afectan a la vivienda habitual y al local de negocio donde se ejerce la actividad que constituye el medio de vida de los particulares, del resto de su patrimonio, separando el régimen jurídico de estos, cuando se dan en garantía del cumplimiento de un crédito hipotecario.

3. Medidas paliativas

3.1. Regulación de un procedimiento específico para la insolvencia de las personas físicas, ya sea procesal o extraprocesal, toda vez que la Ley concursal vigente no ofrece una respuesta adecuada al problema de su endeudamiento, pudiendo quedar liberado de sus deudas tras el concurso al igual que sucede con las empresas.

En esta línea la disposición adicional única de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley concursal, establece que el Gobierno deberá remitir a las Cortes Generales, en el plazo de 6 meses, un informe sobre la aplicación y los efectos del conjunto de medidas adoptadas para mejorar la situación de las personas físicas y proponer en su caso nuevas medidas.

3.2. Mejorar el sistema de subastas recogido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que ha sido muy criticado por su falta de eficacia, aunque ante una situación como la presente, en que los bienes se tasaron de forma exagerada y existe un sobreendeudamiento sobrevenido, como consecuencia del crédito irresponsable y de la crisis económica, ésta no es la solución. La mejora en la publicidad de las subastas y el fomento de las iniciativas de subastas por internet pueden ayudar a una mayor concurrencia y la obtención de un precio más alto.

3.3. La adopción de medidas extraordinarias que, con el fin de evitar situaciones de exclusión social, permitan a los deudores de buena fe, que han perdido su vivienda o local de negocio donde ejercen su actividad económica, continuar utilizando los mismos mediante un precio asumible, buscando su recuperación económica e integración social. O se busque cualquier otro tipo de fórmula jurídica (arrendamiento forzoso, leasing, derecho de habitación, retroventa, etc.) que garantice a los, deudores el derecho a una vida digna.

3.4. Limitación de los gastos en caso de mora. Por imperativo legal se deberían limitar estos gastos para el deudor de buena fe que únicamente hacen crecer la deuda desproporcionadamente, provocando la imposibilidad para el deudor de enfrentarse al pago de la misma. En muchas ocasiones los gastos que genera la mora son difíciles de explicar por las entidades de crédito, siendo a veces de dudosa legalidad.

3.5. Limitación de intereses moratorios. Con el fin de evitar la usura, los intereses de demora deben quedar limitados a dos veces el interés legal del dinero según criterio jurisprudencial.

La garantía hipotecaria se extiende hasta la denominada «cifra de responsabilidad hipotecaria «que comprende la deuda del principal, los intereses remuneratorios pendientes de pago, los intereses de demora, más los gastos y costas judiciales. En estas partidas destacan los intereses moratorios muchas veces superiores al 20 por ciento. El artículo 20 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Crédito al Consumo, establece que en ningún caso podrá aplicarse a los créditos que se concedan en forma de descubiertos «un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero». Esta referencia ha sido utilizada por la jurisprudencia para integrar el supuesto de la usura identificado en la Ley Azcárate de 23 de julio de 1908.

3.6. Acuerdo político asumido por el sector bancario, a través de organismos representativos, como la Asociación Española de Bancos y la Confederación Española de Cajas de Ahorro, incluyendo una moratoria en el pago de las hipotecas y flexibilización de cuotas, así como la posibilidad del establecimiento de un sistema de pago con carencia de amortización de capital haciendo la cuota asumible. Existen precedentes en los que, en situaciones menos graves, se ha llegado a un acuerdo político asumido por la industria bancaria, como las tasas de intercambio fijadas unilateralmente por las redes de tarjetas que eran desproporcionadas. También el convenio suscrito entre Gobierno y la Asociación Española de la Banca, de 29 de abril de 2008, en cuya virtud se compromete a promover entre las entidades de crédito que estas, de manera voluntaria, puedan renunciar a sus comisiones en el caso de una modificación hipotecaria relativa a la ampliación del préstamo hipotecario.

Se podría facilitar los aplazamientos de pago, a semejanza del artículo 11 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, reguladora de la venta a plazo de bienes muebles, que autoriza a los jueces a imponerlos en atención a desgracias familiares o circunstancias que lo aconsejen. Esta moratoria tan solo supondría el aplazamiento en el pago, no la liberación del mismo.

Otro elenco de posibilidades que podría acompañar a la moratoria, sería la supresión de tasas, costas, moderación de cláusulas penales, o la paralización del devengo de intereses durante el proceso, que coadyuven a superar las dificultades para atender los créditos pendientes de pago. Del mismo modo se podría permitir el pago del capital antes que los intereses, lo que conllevaría la reducción de la deuda que genera obligaciones accesorias.

3.7. Aprobación por parte de las entidades de crédito de un reglamento interno de comercialización y ejecución de préstamos hipotecarios, según un modelo de código de conducta aprobado por el Gobierno. El artículo 37 de la Ley de Competencia Desleal se refiere al fomento por parte de la Administración y de las asociaciones profesionales de «códigos de conducta relativos a las prácticas comerciales con los consumidores, con el fin de elevar el nivel de protección de los consumidores y garantizando en su elaboración la participación de las organizaciones de consumidores». El mercado financiero no es ajeno a este tipo de códigos. El artículo 78 de la Ley del Mercado de Valores establece que las entidades de crédito que presten servicios de inversión deberán cumplir los códigos de conducta que apruebe el Gobierno y sus reglamentos internos de conducta.

En el ámbito europeo existen precedentes. Hay un Código de Conducta Voluntario sobre Información Precontractual para los Créditos Vivienda, de marzo de 2001, que fue avalado por la Comisión Europea en su Recomendación 2001/193/CE, de 1 de marzo de 2001, relativa a la información precontractual que debe suministrarse a los consumidores que contratan préstamos para la adquisición de vivienda. Entidades bancarias de todos los estados miembros se adhirieron a este código, excepto las españolas alegando que existían normas internas de mayor protección.

En este marco, se propone la aprobación de un modelo de «Código de conducta para la comercialización y ejecución de préstamos hipotecarios» a adoptar a corto plazo por todos los bancos y demás intermediarios financieros como reglamento interno de conducta. Conforme al cual las entidades se comprometerían a aplicar un protocolo en la ejecución de préstamos hipotecarios con consumidores. En caso de discrepancia con el cliente, este podría acudir a las autoridades de consumo o al Servicio de Reclamaciones del Banco de España para que resolviera sobre la correcta aplicación por parte de la entidad de las normas de conducta y de protección del consumidor en la relación hipotecaria.

3.8. La Guía de acceso al préstamo hipotecario, que debe elaborar el Banco de España, también debería recoger las buenas prácticas en materia de ejecución hipotecaria.

3.9. Establecimiento de un plan de pagos en los casos de concesión irresponsable del préstamo por parte de las entidades de crédito. El Banco de España, a través de su Servicio de Reclamaciones, tiene la autoridad y dotación adecuada para resolver sobre aquellos casos en los que haya existido una incorrecta aplicación de las normas de conducta o de protección de los consumidores. En estos casos de concesión irresponsable de crédito, la entidad concedente del mismo debe

verse obligada a pactar un plan de pago por parte del cliente y en su defecto aceptar la dación en pago.

3.10. Resolver el problema de los productos de permuta financiera de acuerdo con los pronunciamientos judiciales, que están anulando los mismos ante la falta de consentimiento e información en su contratación. La banca ha colocado a los particulares seguros destinados a minorar el riesgo de la subida de tipos de interés en sus préstamos hipotecarios que han resultado ser permutas financieras *(swap, clip...).* Como resultado de los *swaps* contratados, los clientes deben pagar periódicamente sumas importantes, pagos que se prolongarán hasta el vencimiento del producto. Y para cancelar el producto la banca exige el pago de cantidades mucho más elevadas que el resultado de actualizar los compromisos asumidos».

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 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.

Recomendación 10/2012, de 25 de enero, formulada al Ministerio de Justicia, sobre la protección del deudor hipotecario (12000873). Aceptada parcialmente.

Esta Institución viene exponiendo desde hace tiempo la necesidad de abordar los problemas que está generando para los ciudadanos la imposibilidad de hacer frente al pago de las cuotas hipotecarias, en cuya garantía se ha dado la vivienda habitual o el local de negocios, donde se ejerce la actividad que constituye su medio de vida.

Hasta el presente los problemas, así como sus posibles soluciones, se han ido presentando de forma puntual sin la búsqueda de una solución global. Sin embargo, se considera que es el momento de plantear la cuestión desde una perspectiva general y, al margen de las quejas abiertas sobre situaciones concretas, en este escrito se proponen algunas medidas que esperamos sean estudiadas para su posible consideración. Estas medidas forman parte de un estudio elaborado por esta Defensoría y presentado a las Cortes Generales en virtud del artículo 32.2 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, que también ha sido publicado para su conocimiento general. Acompañamos a este escrito una copia del mismo.

La reciente crisis económica ha agravado el sobreendeudamiento personal. La disminución de ingresos por el desempleo y otras circunstancias derivadas de la crisis reducen la capacidad para hacer frente al pago de las cuotas de los préstamos hipotecarios. Aumentan los desahucios y el riesgo de exclusión social. Y según el sistema legal vigente en España, el deudor no se libera con la entrega de la vivienda pues no se admite la dación en pago. Rige el principio de la responsabilidad patrimonial universal de las personas físicas que, tras la ejecución hipotecaria y la pérdida de la vivienda, continúan manteniendo la parte de deuda no satisfecha, que se ha visto incrementada por intereses y gastos.

A su vez, la inclusión de las personas desahuciadas en los registros de morosos produce su exclusión financiera. Surge así el desarraigo y el riesgo de la falta de integración social. No podemos cruzarnos de brazos ante estas circunstancias dramáticas. Conviene preguntarse por la conveniencia de proteger a las personas de buena fe que han perdido su vivienda o están en riesgo de perderla. Hay que partir del hecho de que nos encontramos ante situaciones excepcionales que merecen respuestas excepcionales. Desde el lado de los acreedores, las entidades de crédito se están viendo afectadas por un fallo de mercado con bloqueo del crédito. El mercado financiero como mecanismo eficiente de canalización del ahorro a la inversión ha dejado de funcionar. En este contexto de crisis del sistema, las empresas bancarias se benefician de diversos privilegios. Reciben ayudas públicas a la que las demás empresas no tienen acceso. Son privilegios que se admiten como un mal necesario constituyen medidas excepcionales justificadas por el carácter especial de la actividad bancaria, pero sólo implican ayudas para una de las partes de la relación sin que los beneficios se extiendan a la otra.

Según los boletines económicos del Banco de España, el endeudamiento de las familias en relación con la renta disponible ha sido creciente hasta la crisis de 2008. En diez años, el endeudamiento de las familias pasó de significar la mitad de la renta disponible a superar la renta disponible. En estos momentos las deudas pendientes de los hogares españoles 105 por ciento de la renta bruta del hogar endeudado mediano. Dichos pasivos se concentran en la mitad de la población, siendo los hogares de los más jóvenes los que dedican un porcen-

taje mayor de su renta (26%) al pago de sus deudas. Del endeudamiento de las familias el 90 por ciento procede de la financiación de inversiones en activos inmobiliarios, es decir de las hipotecas.

El Banco de España desde el año 2001 era consciente del problema de sobreendeudamiento sin darle la importancia que realmente tiene. La única advertencia del Banco de España fue en el año 2008, y se limitó a informar sobre el riesgo de sobreendeudamiento por el uso excesivo de las tarjetas de crédito.

Por su parte la Asociación Hipotecaria Española incentivó el endeudamiento personal a través de las hipotecas, pues, en su opinión, el préstamo hipotecario no sólo se debía destinar a la adquisición de viviendas, sino también para atender otras necesidades financieras. Así como para potenciar el negocio financiero a través de la titulización hipotecaria, colocando los títulos en el mercado.

Está muy extendida la opinión de que el problema del sobreendeudamiento con las consecuencias negativas, es una responsabilidad compartida entre las entidades bancarias y los clientes. Considerando que la banca ha tenido parte de responsabilidad por facilitar la concesión de los préstamos, pero que el principal responsable es el cliente que toma la decisión de adquirir una vivienda por encima de sus posibilidades. Esta consideración pone en un mismo plano al consumidor del préstamo hipotecario y al profesional del mercado hipotecario.

Pues bien, el que conoce el mercado y sus riesgos es el profesional. El préstamo es una de sus principales fuentes de financiación. Es la banca quien diseña los productos y los comercializa a través de las campañas publicitarias y predispone el contenido de las escrituras hipotecarias, así como quien debe evaluar la capacidad de endeudamiento del cliente y abstenerse de conceder préstamos por encima de la capacidad de reembolso. Además las entidades bancarias deberían haber limitado la concesión de préstamos hipotecarios al 80 por ciento del valor de tasación del inmueble dado en garantía hipotecaria y ante la pérdida del 20 por ciento del valor del citado bien, los bancos podían haber requerido al cliente para que aportase garantía suficiente para cubrir la depreciación o cancelase anticipadamente el préstamo. Facultad no utilizada por la banca que ha permitido el desfase entre el valor de los bienes dado en garantía y el importe de la deuda garantizada.

Estas y otras circunstancias han dado lugar a la pérdida de confianza en el sistema bancario, pero no sólo desconfían quienes se encuentran en dificultades económicas, sino también los inversores. Todos estamos interesados en la estabilidad del mercado financiero y en la existencia de un sistema bancario que funcione bien y se encuentre saneado, por ello hay que restaurar la credibilidad de las entidades financieras. Pero no debe ser éste el único objetivo sino que hay que buscar soluciones para los deudores, ya que la legislación española no ofrece remedios para la insolvencia de las personas físicas. Es cierto que han existido y existen diversas propuestas y actuaciones puntuales de carácter preventivo. También ha habido y hay iniciativas que no se han materializado.

En el derecho comparado, hay dos modelos que tratan el sobreendeudamiento personal, uno de carácter extrajudicial y preventivo, y otro que opta por un tratamiento concursal. La finalidad de ambos modelos es la superación de la situación de sobreendeudamiento del consumidor de buena fe. Sobre la necesidad de regular un procedimiento específico para la insolvencia de las personas físicas, ya sea procesal o extraprocesal, esta Institución efectuó

una recomendación el 22 de julio de 2011 ante esa Secretaría de Estado de Justicia, que ha sido recientemente reiterada en la queja 09003649.

La disposición adicional única de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, establece: «El Gobierno deberá remitir a las Cortes Generales, en el plazo de seis meses, un informe sobre la aplicación y los efectos del conjunto de medidas adoptadas para mejorar la situación de las personas físicas y familias que se encuentran en dificultades para satisfacer sus obligaciones, y especialmente las garantizadas con hipoteca.

Dicho informe incluirá la posible adopción de otras medidas, tanto sustantivas como procedimentales que, a través de las oportunas iniciativas, completen la protección económica y social de consumidores y familias. A tal efecto, podrán proponerse opciones de solución extrajudicial para estos casos, sean de carácter notarial o registral, de mediación, o de otra naturaleza».

Una de las dificultades que existen en derecho español, a la hora de ofrecer soluciones ante el problema del sobreendeudamiento y la búsqueda de una segunda oportunidad para la persona endeudada, es la consagración en el artículo 1911 del Código Civil del principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor, que conlleva la garantía para el acreedor de poder satisfacer la totalidad de la deuda en forma forzosa sobre sus bienes actuales y que pueda adquirir en el futuro. Es cierto que esta responsabilidad es disponible, pero también es raro el pacto en contrario en los contratos hipotecarios.

En este punto hay que reflexionar sobre la posibilidad de que se den las circunstancias que exoneran de responsabilidad al deudor del artículo 1105 del Código Civil referidas al incumplimiento por caso fortuito, ya que la crisis es un acontecimiento imprevisible y fuera de control de los deudores hipotecarios, que podía haber sido evitado por el profesional del crédito, aunque la industria bancaria lo niega, pero que puede constituir causa de exoneración de responsabilidad al deudor consumidor de buena fe. Los contratos se suscribieron en unas circunstancias que no son las actuales, por tanto ajenas a su voluntad.

Los clientes prestatarios responden de su préstamo hipotecario con todo su patrimonio. No pueden liberarse de su deuda mediante la dación en pago del inmueble. La dación de la vivienda en pago de la totalidad de la deuda podría articularse como contenido del convenio concursal entre deudor y acreedores. Sería una medida legal tutelada por la autoridad judicial.

Esta Institución considera que tanto la vivienda, que constituye la residencia de las personas particulares, como el local de negocio donde se ejerce la actividad que constituye su medio de vida, deben tener un tratamiento diferenciado en todos los ámbitos y, al igual que ocurre en el terreno fiscal, en que el legislador entiende que deben estar separados del resto del patrimonio de los contribuyentes, en el sector hipotecario debería regularse separadamente de forma que obtengan una mayor protección acorde con la voluntad de la Comunidad Europea, a fin de paliar la desigualdad existente entre los sujetos que intervienen en este tipo de contratos.

El marco legal encarga al notario la transmisión al cliente de la información financiera y lo debe hacer de forma comprensible, «advirtiendo expresamente al prestatario del significado de aquellas cláusulas que, por su propia naturaleza técnica, pudieran pasarle inadvertidas».

El sistema de subastas recogido en la Ley de Enjuiciamiento Civil ha sido muy criticado por su falta de eficacia. No obstante su posible mejora, no consideramos que sea un elemento esencial para hacer frente al problema actual. Hay un problema de tasaciones exageradas y de sobreendeudamiento sobrevenido como consecuencia del crédito irresponsable y de la crisis económica. Los deudores no pueden pagar y los inmuebles han bajado de precio, no siendo su valor de mercado en muchos casos suficiente para hacer frente a la deuda hipotecaria. Por mucho que se mejore el sistema de subastas el problema de la insuficiencia de la garantía para hacer frente al reembolso de la deuda subsistirá. De todas formas, no hay duda de que se podría mejorar la publicidad de la subasta y fomentar las iniciativas de subastas por internet.

Sobre todas estas cuestiones esta Institución ha elaborado el estudio que se acompaña, en el que se abordan estas y otras cuestiones conexas.

Como resultado del mismo y 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, doy traslado completo a V. E. de las recomendaciones incluidas en el referido estudio, al objeto de que disponga de una visión global de la problemática tratada.

Recomendaciones:

«1. Reforzar la independencia del Servicio de Reclamaciones del Banco de España. En una situación de crisis como la actual el papel del Banco de España es fundamental para encontrar un equilibrio entre las dos partes de la relación, banco y cliente, pudiendo evitar incluso procesos judiciales. Para ello es preciso reforzar su independencia frente a las entidades de crédito y que éste ejerza una verdadera labor mediadora, pudiendo establecerse como requisito de procedibilidad en las ejecuciones hipotecarias el agotamiento de la vía extrajudicial de mediación.

2. Medidas preventivas

2.1. Mejorar la transparencia. Las normas de transparencia, contenidas en la Orden de 5 de mayo de 1994, han demostrado ser insuficientes. La aprobación de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, que ha derogado la citada Orden de 1994, actualizando las obligaciones de transparencia hipotecaria a las últimas propuestas europeas, tampoco soluciona el problema según se deriva de la investigación de oficio recientemente planteada ante el Ministerio de Economía y Hacienda a fin de que, antes de su entrada en vigor, se corrijan las deficiencias denunciadas.

2.2. Hacer efectivo el asesoramiento técnico, tanto por parte de las entidades financieras, que tienen la obligación profesional de informar del contenido técnico de los productos y servicios financieros a los clientes antes de su contratación, como por los notarios, quienes tienen encargada la transmisión al cliente de la información financiera de forma comprensible (no solo la lectura en voz alta).

Cuestión distinta es si las entidades bancarias deben prestar el servicio de asesorar al cliente seleccionando en el mercado el producto más adecuado a su perfil. Dicho servicio va más allá del asesoramiento técnico sobre el contenido y los riesgos de la operación. Para prestar el servicio autónomo de asesoramiento financiero, los inter-

mediarios deben realizar un estudio de las ofertas disponibles en el mercado de modo que puedan recomendar las más adecuadas a las necesidades que pretenden cubrirse no ofreciendo solo sus propios productos.

2.3. Desarrollar la obligación de concesión responsable de crédito. La obligación de conocer la solvencia del cliente está prevista de forma general en la Ley de economía sostenible, y en particular en la Ley del crédito al consumo y la Orden 2899/2011, de 18 de octubre, que desarrolla el contenido de la Ley de economía sostenible, pero no establece las consecuencias para las entidades de crédito cuando incumplen sus obligaciones al respecto.

2.4. El establecimiento de restricciones a la práctica generalizada de las entidades bancarias de imponer la contratación de los seguros de protección de préstamos, que como ha quedado expuesto anteriormente en la gran mayoría de los casos no garantizan el pago de los préstamos, dadas las numerosas limitaciones para desplegar la cobertura, tanto por desempleo como por incapacidad, evitando las consecuencias económicas negativas para los clientes por el elevado coste del seguro, y posibilitar la contratación voluntaria real de estos u otros seguros a los consumidores en el caso de que decidieran protegerse de esos riesgos, y evitar un enriquecimiento irregular de las entidades de crédito.

Asimismo, se recomienda que se extremen las cautelas en la interpretación que se efectúa de estas pólizas, ya que está claro que los ciudadanos no han prestado su consentimiento libremente para su contratación y, desde luego, no han prestado su consentimiento informado.

2.5. Intensificar la independencia de las sociedades de tasación. En España el marco legal no previene de forma adecuada los conflictos de interés que surgen ante la dependencia de las principales entidades de tasación de los grupos bancarios que conceden los préstamos hipotecarios.

La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, no está dando los resultados esperados, aunque trata de reforzar la independencia de las entidades de tasación a través de la exigencia de un reglamento interno de conducta destinado a prevenir los conflictos de interés, y de una Comisión Técnica encargada de verificar el cumplimiento de los requisitos de independencia establecidos por el citado reglamento. Es un sector que debe abrirse a la libre competencia y sobre todo independizarse de las entidades financieras.

2.6. Intento de acuerdo previo como requisito de procedibilidad en las ejecuciones hipotecarias. En muchas ocasiones los particulares se quejan de la inflexibilidad de la banca para negociar los pagos de la deuda, ya que hay personas que tienen patrimonio pero falta de liquidez, por ello sería deseable que antes de acudir al procedimiento judicial elegido se establezca la obligación de intento de conciliación previa al igual que existe en otros procesos judiciales.

2.7. Regular de forma adecuada al momento social la regulación de las hipotecas que afectan a la vivienda habitual y al local de negocio donde se ejerce la actividad que constituye el medio de vida de los particulares del resto de su patrimonio, sepa-

rando el régimen jurídico de estos, cuando se dan en garantía del cumplimiento de un crédito hipotecario.

3. Medidas paliativas

3.1. Regulación de un procedimiento específico para la insolvencia de las personas físicas, ya sea procesal o extraprocesal, toda vez que la Ley concursal vigente no ofrece una respuesta adecuada al problema de su endeudamiento, pudiendo quedar liberado de sus deudas tras el concurso al igual que sucede con las empresas.

En esta línea la disposición adicional única de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley concursal, establece que el Gobierno deberá remitir a las Cortes Generales, en el plazo de 6 meses, un informe sobre la aplicación y los efectos del conjunto de medidas adoptadas para mejorar la situación de las personas físicas y proponer en su caso nuevas medidas.

3.2. Mejorar el sistema de subastas recogido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que ha sido muy criticado por su falta de eficacia, aunque ante una situación como la presente, en que los bienes se tasaron de forma exagerada y existe un sobreendeudamiento sobrevenido, como consecuencia del crédito irresponsable y de la crisis económica, ésta no es la solución. La mejora en la publicidad de las subastas y el fomento de las iniciativas de subastas por Internet pueden ayudar a una mayor concurrencia y la obtención de un precio más alto.

3.3. La adopción de medidas extraordinarias que con, el fin de evitar situaciones de exclusión social, permitan a los deudores de buena fe, que han perdido su vivienda o local de negocio donde ejercen su actividad económica, continuar utilizando los mismos mediante un precio asumible, buscando su recuperación económica e integración social. O se busque cualquier otro tipo de fórmula jurídica (arrendamiento forzoso, leasing, derecho de habitación, retroventa, etc.) que garantice a los, deudores el derecho a una vida digna.

3.4. Limitación de los gastos en caso de mora. Por imperativo legal se deberían limitar estos gastos para el deudor de buena fe que únicamente hacen crecer la deuda desproporcionadamente, provocando la imposibilidad para el deudor de enfrentarse al pago de la misma. En muchas ocasiones los gastos que genera la mora son difíciles de explicar por las entidades de crédito, siendo a veces de dudosa legalidad.

3.5. Limitación de intereses moratorios. Con el fin de evitar la usura, los intereses de demora deben quedar limitados a dos veces el interés legal del dinero según criterio jurisprudencial.

La garantía hipotecaria se extiende hasta la denominada «cifra de responsabilidad hipotecaria» que comprende la deuda del principal, los intereses remuneratorios pendientes de pago, los intereses de demora, más los gastos y costas judiciales. En estas partidas destacan los intereses moratorios muchas veces superiores al 20 por ciento. El artículo 20 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Crédito al Consumo, establece que en ningún caso podrá aplicarse a los créditos que se concedan en forma de descubiertos «un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente supe-

rior a 2,5 veces el interés legal del dinero». Esta referencia ha sido utilizada por la jurisprudencia para integrar el supuesto de la usura identificado en la Ley Azcárate, de 23 de julio de 1908.

3.6. Acuerdo político asumido por el sector bancario, a través de organismos representativos, como la Asociación Española de Bancos y la Confederación Española de Cajas de Ahorro, incluyendo una moratoria en el pago de las hipotecas y flexibilización de cuotas, así como la posibilidad del establecimiento de un sistema de pago con carencia de amortización de capital haciendo la cuota asumible. Existen precedentes en los que, en situaciones menos graves, se ha llegado a un acuerdo político asumido por la industria bancaria, como las tasas de intercambio fijadas unilateralmente por las redes de tarjetas que eran desproporcionadas. También el convenio suscrito entre Gobierno y la Asociación Española de la Banca, de 29 de abril de 2008, en cuya virtud se compromete a promover entre las entidades de crédito que estas, de manera voluntaria, puedan renunciar a sus comisiones en el caso de una modificación hipotecaria relativa a la ampliación del préstamo hipotecario.

Se podría facilitar los aplazamientos de pago, a semejanza del artículo 11 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, reguladora de la venta a plazo de bienes muebles, que autoriza a los jueces a imponerlos en atención a desgracias familiares o circunstancias que lo aconsejen. Esta moratoria tan solo supondría el aplazamiento en el pago, no la liberación del mismo.

Otro elenco de posibilidades que podría acompañar a la moratoria, sería la supresión de tasas, costas, moderación de cláusulas penales, o la paralización del devengo de intereses durante el proceso, que coadyuven a superar las dificultades para atender los créditos pendientes de pago. Del mismo modo se podría permitir el pago del capital antes que los intereses, lo que conllevaría la reducción de la deuda que genera obligaciones accesorias.

3.7. Aprobación por parte de las entidades de crédito de un reglamento interno de comercialización y ejecución de préstamos hipotecarios, según un modelo de código de conducta aprobado por el Gobierno. El artículo 37 de la Ley de Competencia Desleal se refiere al fomento por parte de la Administración y de las asociaciones profesionales de «códigos de conducta relativos a las prácticas comerciales con los consumidores, con el fin de elevar el nivel de protección de los consumidores y garantizando en su elaboración la participación de las organizaciones de consumidores». El mercado financiero no es ajeno a este tipo de códigos. El artículo 78 de la Ley del Mercado de Valores establece que las entidades de crédito que presten servicios de inversión deberán cumplir los códigos de conducta que apruebe el Gobierno y sus reglamentos internos de conducta.

En el ámbito europeo existen precedentes. Hay un Código de Conducta Voluntario sobre Información Precontractual para los Créditos Vivienda, de marzo de 2001, que fue avalado por la Comisión Europea en su Recomendación 2001/193/CE, de 1 de marzo de 2001, relativa a la información precontractual que debe suministrarse a los consumidores que contratan préstamos para la adquisición de vivienda. Entidades

bancarias de todos los estados miembros se adhirieron a este código, excepto las españolas alegando que existían normas internas de mayor protección.

En este marco, se propone la aprobación de un modelo de «Código de conducta para la comercialización y ejecución de préstamos hipotecarios» a adoptar a corto plazo por todos los bancos y demás intermediarios financieros como reglamento interno de conducta. Conforme al cual las entidades se comprometerían a aplicar un protocolo en la ejecución de préstamos hipotecarios con consumidores. En caso de discrepancia con el cliente, este podría acudir a las autoridades de consumo o al Servicio de Reclamaciones del Banco España para que resolviera sobre la correcta aplicación por parte de la entidad de las normas de conducta y de protección del consumidor en la relación hipotecaria.

3.8. La Guía de acceso al préstamo hipotecario, que debe elaborar el Banco de España, también debería recoger las buenas prácticas en materia de ejecución hipotecaria.

3.9. Establecimiento de un plan de pagos en los casos de concesión irresponsable del préstamo por parte de las entidades de crédito. El Banco de España, a través de su Servicio de Reclamaciones, tiene la autoridad y dotación adecuada para resolver sobre aquellos casos en que haya existido una incorrecta aplicación de las normas de conducta o de protección de los consumidores. En estos casos de concesión irresponsable de crédito, la entidad concedente del mismo debe verse obligada a pactar un plan de pago por parte del cliente y en su defecto aceptar la dación en pago.

3.10. Resolver el problema de los productos de permuta financiera de acuerdo con los pronunciamientos judiciales, que están anulando los mismos ante la falta de consentimiento e información en su contratación. La banca ha colocado a los particulares seguros destinados a minorar el riesgo de la subida de tipos de interés en sus préstamos hipotecarios que han resultado ser permutas financieras *(swap, clip...).* Como resultado de los *swaps* contratados, los clientes deben pagar periódicamente sumas importantes, pagos que se prolongarán hasta el vencimiento del producto. Y para cancelar el producto la banca exige el pago de cantidades mucho más elevadas que el resultado de actualizar los compromisos asumidos.»

Sin perjuicio de las consideraciones que desee trasladarme en relación con el conjunto de conclusiones y recomendaciones de este estudio, agradeceré que remita a esta Institución el preceptivo informe, en el que se ponga de manifiesto de forma razonada la aceptación o no aceptación, en particular, de las recomendaciones numeradas como 2.2, 2.6, 2.7, 3.1, 3.2, 3.3, 3.4, 3.5, 3.6 y 3.8, todo ello de conformidad con el citado artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril.

Recomendación 11/2012, de 25 de enero, formulada a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones del Ministerio de Economía y Competitividad, sobre los seguros de vida y de desempleo vinculados a los préstamos hipotecarios (11021077). Aceptada parcialmente.

Agradecemos su atento escrito en el que traslada información sobre los seguros vinculados a los préstamos que garantizan la cobertura de desempleo o la incapacidad temporal, así como las actuaciones realizadas por ese centro directivo ante las reclamaciones recibidas y los criterios utilizados para su resolución.

A la vista del contenido del mismo, esta Institución considera que las condiciones impuestas en las pólizas de seguros de protección de préstamos son demasiado restrictivas para que se cubran los impagos, no protegiendo por tanto a los asegurados en la situación de desempleo. Los clientes, si hubieran conocido verdaderamente las restricciones, no habrían estado interesados en contratar dichos seguros, puesto que los inconvenientes son superiores a los beneficios.

En cuanto, a las contingencias de incapacidad a veces existen discrepancias entre lo que la empresa aseguradora y la Seguridad Social consideran como incapacidad, por lo que podrían existir problemas para que se reconozca tal situación. Por otro lado, normalmente no se cubren las situaciones más habituales como el parto o maternidad, enfermedades como depresión o estrés, enfermedades anteriores a la contratación de la póliza, accidente en la práctica de algún deporte, etcétera.

Además de señalar en el informe emitido todas las actuaciones realizadas por esa Dirección General en torno al problema suscitado, insiste en el carácter voluntario de los contratos de seguro, así como en la información como base de los mismos.

A pesar de todas las afirmaciones de ese centro directivo lo cierto es que la información no ha funcionado de forma correcta en la suscripción de este tipo de seguros, que no han tenido carácter voluntario para los clientes, sino que han supuesto una exigencia para la concesión del préstamo hipotecario. La prueba más evidente de que los ciudadanos han entendido que en caso de desempleo el seguro desplegaba su cobertura, es que llegado el siniestro han intentado hacer valer su derecho, denunciando a las compañías cuando estas no han atendido su pretensión, y es cuando verdaderamente son conscientes de la cobertura real del seguro. De lo que se deduce que la información prestada a los asegurados no ha sido adecuada, por lo que habría que valorar si realmente el consentimiento dado cumple el requisito de validez para el contrato, lo que hace que estos seguros resulten inoperantes. Los prestatarios de haber tenido conocimiento cierto de la cobertura real de estos seguros de protección de los préstamos seguramente no los habrían contratado, o, al menos, habrían intentado negociar para ampliar las coberturas para cubrir efectivamente las necesidades reales de cada consumidor.

Puede entenderse que las entidades bancarias han visto una gran oportunidad de beneficio en los seguros vinculados, incrementando sus ingresos a través de sus entidades aseguradoras con la imposición de la contratación de las pólizas de seguros de amortización de préstamos, que en la gran mayoría de los casos no garantizan el pago de los préstamos por imponer en sus cláusulas limitativas numerosos inconvenientes para desplegar la co-

bertura, tanto por desempleo como por incapacidad. Pese a que no existe una obligación legal para el prestatario de contratar ningún tipo de seguro. Esta circunstancia puede producir un enriquecimiento injusto para las compañías aseguradoras pertenecientes a las entidades financieras que no han corrido ningún riesgo, teniendo en cuenta que las primas de dichas pólizas son elevadas al estar calculadas en función del préstamo concedido o de las cuotas mensuales.

Se debería observar una mayor diligencia por parte de las compañías aseguradoras a la hora de redactar las pólizas, dado que existen discrepancias al interpretar el contenido de las mismas, considerando los ciudadanos que lo que se había contratado eran dos coberturas, no una u otra dependiendo del contrato laboral que tenga el asegurado.

Por otra parte, es necesario abordar la nueva Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que permite con carácter general que, las entidades bancarias proporcionen a los clientes servicios bancarios vinculados a la contratación de otros servicios financieros o no, como los seguros, sin restricciones de ningún tipo, únicamente, exige a la entidad financiera que informe al cliente del coste separado de cada servicio, pero no siempre, sino en la medida en que este coste esté disponible para la entidad. Estas prácticas deberían haberse regulado con más limitaciones, porque pueden convertirse con facilidad en abusivas, pues con la concesión de préstamos se podrá obligar al cliente a contratar productos vinculados que no han sido solicitados. Cuando un cliente solicita un servicio no debería verse obligado a contratar otros productos que no desea, sin embargo el artículo 12 de la citada Orden lo permite sin matices.

Hay que tener en cuenta que el poder negociador de los clientes bancarios es limitado o prácticamente nulo frente a las entidades bancarias, por lo que se han visto y se verán abocados a aceptar las condiciones que proponen las entidades si quieren acceder a los préstamos aunque tengan consecuencias negativas, o rechazarlo por no poder hacer frente al pago, ya que son la parte más débil de la relación contractual. De ahí nace la necesidad de extremar la interpretación de las cláusulas cuando se presenten reclamaciones por los asegurados, que están poniendo en evidencia la ausencia de información adecuada.

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 se valore la necesidad de establecer restricciones a esta práctica generalizada de las entidades bancarias de imponer la contratación de los seguros de protección de préstamos, que como ha quedado expuesto anteriormente en la gran mayoría de los casos no garantizan el pago de los préstamos, dadas las numerosas limitaciones para desplegar la cobertura, tanto por desempleo como por incapacidad, evitando las consecuencias económicas negativas para los clientes por el elevado coste del seguro, y posibilitar la contratación voluntaria real de estos u otros seguros a los clientes en el caso de que decidieran protegerse de esos riesgos, y evitar un enriquecimiento injusto.
>
> Asimismo, se debería observar una mayor diligencia por parte de las compañías aseguradoras a la hora de redactar las pólizas, dada la existencia de discrepancias al interpretar el contenido de las mismas, considerando los ciudadanos que lo que

se había contratado eran dos coberturas, no una u otra dependiendo del contrato laboral que tenga el asegurado.

También, se recomienda que se extremen las cautelas en la interpretación que se efectúa de estas pólizas, ya que está claro que los ciudadanos no han prestado su consentimiento libremente para su contratación y, desde luego, no han prestado su consentimiento informado».

Por otra parte, nos interesaría conocer el número de reclamaciones que se han presentado en relación al asunto planteado y el sentido de las resoluciones de esa Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones a las mismas, en concreto el número de las que han sido favorables a los interesados y a las entidades aseguradoras.

Por último, le señalamos que esta Institución ha elaborado un informe bajo la denominación *Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo*, en el que se contienen una serie de medidas que esperamos sean tenidas en consideración y del que remitimos un ejemplar para su estudio y conocimiento.

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, así como la información complementaria solicitada.

Recomendación 12/2012, de 25 de enero, formulada al Gabinete de la Presidencia del Gobierno, sobre la dación en pago de la vivienda en ejecución hipotecaria (11009268). Pendiente.

Con fecha 25 de mayo de 2011 ese Gabinete nos comunicó, en el seno de la presente queja, la creación de una subcomisión de la Comisión de Vivienda del Congreso de los Diputados para analizar los elementos de mejora del sistema hipotecario español, cuyos trabajos quedaron interrumpidos por la disolución de las Cortes con motivo de las elecciones generales.

Por su parte, el Secretario de Estado de Justicia remitió un informe que ha dado lugar a la elaboración de la siguiente recomendación que dirigimos también a V. E.

La compra de la vivienda ha constituido, al menos hasta el presente, la principal inversión que hacen la mayoría de los ciudadanos españoles, siendo habitual que esta adquisición se lleve a cabo a crédito con la garantía de la propia vivienda. En aplicación de las normas de prudencia y buenas prácticas financieras la capacidad de reembolso del crédito debía presidir el grado de endeudamiento. Sin embargo, las entidades han venido facilitando de forma imprudente el crédito que ha sido aceptado por los consumidores, también de forma imprudente, provocando el sobreendeudamiento de personas físicas.

La reciente crisis económica ha agravado el problema del sobreendeudamiento. Muchas personas han visto reducidos sus ingresos y aunque quieren no pueden hacer frente al pago de las cuotas hipotecarias. Con este motivo, así como con los desafortunados resultados a que conduce la ejecución hipotecaria de la vivienda familiar y el riesgo de exclusión social que conlleva, numerosos ciudadanos se dirigieron a esta Institución manifestando su disconformidad con la regulación de la actual legislación hipotecaria, que permite que una entidad financiera se adjudique en subasta judicial el inmueble para el que concedió el crédito que prestó como garantía, por un importe inferior al que en su día lo tasó y que sirvió como punto de partida para la concesión del crédito. Así la ejecución hipotecaria implica que quienes pierden su vivienda, por no poder afrontar el pago de las hipotecas concedidas en su día por esa misma entidad, mantengan con ésta una deuda que puede ser cuantiosa, y que les imposibilite para atender sus necesidades a largo plazo.

Es el caso de muchas familias que se han visto privadas de su vivienda habitual a favor de quienes hace unos años les ofertaban créditos con todas las facilidades posibles, superando incluso los valores de tasación y que realizaban una agresiva política comercial, que tendía a incrementar el importe de la deuda basándose en los largos plazos en que ésta podía amortizarse, los bajos tipos de interés que operaban en el mercado y las revalorizaciones que los inmuebles experimentaban de forma sostenida y constante, lo que hacía prever que se convirtiera en una fuente de riqueza y no en un objeto de obligaciones.

Los ciudadanos consideran que resulta dolorosamente paradójico que una entidad pueda beneficiarse del desconocimiento de los clientes que confiaban en un sistema impuesto por las entidades financieras y los operadores que actuaban en el mercado inmobiliario, sin que ninguna administración, institución u organismo oficial advirtiera de los riesgos que podían asumirse con estos comportamientos ni realizara campañas que previnieran contra las consecuencias de adquirir una obligación de esas características, del mismo modo que sí se han realizado respecto a diferentes áreas de consumo y en relación con productos y servicios en otros sectores.

Esta preocupación ha sido objeto de diferentes actuaciones por parte de esta Defensoría y en concreto se inició una investigación ante esa Secretaría de Estado de Justicia y ante Presidencia de Gobierno, al objeto de conocer las medidas previstas para intentar solventar el problema pues desde el inicio de la crisis, en 2007, se han alcanzado, según un estudio de Alteba, más de 350.000 ejecuciones hipotecarias y como consecuencia de las mismas se han producido unos 125.000 desahucios.

Ambos organismos informaron de la creación de una Subcomisión de la Comisión de Vivienda del Congreso de los Diputados para analizar los elementos de mejora en el sistema hipotecario español, en particular, respecto a aquellas condiciones que pudieran ser consideradas abusivas. En la respuesta recibida también se explican las medidas adoptadas en el seno del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, que ha ampliado el límite de inembargabilidad de rentas de deudores que han perdido su vivienda habitual en una ejecución hipotecaria, mediante la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, incrementándose hasta el 150 por ciento del salario mínimo interprofesional como límite inembargable. El aumento del porcentaje adicional inembargable hasta el 30 por ciento por persona dependiente del núcleo familiar y no perceptora de ingresos, y también el mismo límite para aquellos cuyos ingresos anuales no alcancen el salario mínimo interprofesional, así como el importe de la adjudicación al acreedor del inmueble embargado se ha de realizar por un precio nunca inferior al 60 por ciento del valor de tasación, y la reducción de la cuantía del depósito para concurrir a subasta hasta un 20 por ciento.

Sin embargo en opinión de esta Institución todas estas medidas, sin duda loables, no solucionan el problema que se genera para quienes han perdido su vivienda habitual o están en vías de hacerlo y además continúan debiendo dinero a las entidades de crédito de por vida.

Llegados a este punto hay que tener en cuenta que el artículo 47 de la Constitución española reconoce el derecho de todos a una vivienda digna, si bien es cierto que no se establece un derecho subjetivo no deja de contener un mandato o directriz de las actuaciones que los poderes públicos desarrollen en esta materia. Así, cualquier norma que directa o indirectamente afecte a la vivienda habitual ha de tener presente este derecho procurando evitar la exclusión social que la falta de vivienda puede conllevar.

Existen momentos en los que coyunturalmente deben adoptarse medidas, bien porque lo exija la gravedad de la situación, bien porque habiendo aprendido el modo de evitar un resultado indeseado o potencialmente peligroso, se impone la necesidad de regular un sistema que prevea la aparición de problemas similares y que contribuya también a paliar sus consecuencias.

Ello debe ser así por cuanto el Estado legislador debe asumir su responsabilidad –en tanto que entre cuya misión es velar por el bien común– tanto por sus actos como por sus omisiones. Esta responsabilidad es de carácter ético, no patrimonial, y de su asunción depende, directamente, la capacidad de concitar y convocar la voluntad común para salvar las dificultades y recuperar la bonanza.

En la actualidad existen pocos problemas más acuciantes que los que padecen las personas que se han visto atrapadas en el desempleo, con deudas elevadas y a muy largo plazo (entre quince y cincuenta años) que derivan de un préstamo hipotecario contratado para la adquisición de su vivienda habitual. El escenario laboral dificulta la solución de estas situacio-

nes que ya han llegado, en muchos casos, a suponer la pérdida de la vivienda habitual en virtud de un procedimiento de ejecución hipotecaria. No obstante, debido a la regulación que de la responsabilidad del deudor acoge nuestro Código Civil, las personas que llegan a perder su vivienda se ven además impedidas para realizar actos tendentes a la mejora de su situación, puesto que pueden quedar aún endeudadas a pesar de haber perdido todo su patrimonio.

Evidentemente es necesario que todos realicemos, con carácter previo a la adquisición de un compromiso hipotecario, un análisis responsable de las probabilidades de afrontar una deuda de estas características, así como prever situaciones en las que el trabajo o los ingresos puedan verse mermados. Pero así como un endurecimiento excesivo en las condiciones de acceso a los créditos pueden dificultar la solución de la crisis y el crecimiento económico, su concesión casi indiscriminada vivida en años pasados que se apoyaba en la dilución del riesgo por la utilización de productos financieros derivados, han provocado el desarbolamiento de la economía nacional y la ralentización de su crecimiento cuando no su recesión.

Así expuestas las cosas parece evidente que la responsabilidad por el impago de las cuotas hipotecarias no puede trasladarse con carácter exclusivo al deudor, ni condenarle al extremo de que cualquier riqueza posible que genere se deba destinar, igualmente, a la cobertura de este préstamo. Si el deudor firmó un contrato de préstamo hipotecario fue no solamente por el ejercicio de una voluntad de endeudarse, sino porque el mercado inmobiliario y las condiciones de acceso a los préstamos eran las más laxas de toda la historia. Tipos de interés reducidos, alargamiento de la vida de los préstamos, tasaciones elevadas de los bienes en garantía, revalorización inmediata de la adquisición, concesión del total del valor de tasación en préstamo y a veces cuantías superiores provocaron la ilusión de que los inmuebles eran un negocio seguro pues ¿qué hay más seguro que la apuesta de un banco por un sector?

Además, la agilidad con que estas operaciones se perfeccionaban proyectó una bonanza en los sectores implicados y, consecuentemente, en los sectores de servicios que dependían de ellos. El flujo de créditos y la alegría consumistas han permitido vivir una ensoñación que generó una enorme deuda familiar que no puede hacerse ahora efectiva por cuanto se basaba en una falacia, y es que el mercado no puede garantizar que siempre estará en crecimiento. Si hay que reconocer que no se utilizó la cautela por parte de los que ahora padecen sus consecuencias, también hay que señalar que no hubo avisos previos de cuáles eran las consecuencias asociadas a una inversión de la tendencia alcista, ni por parte de las Instituciones oficiales, ni por los actores sociales ni por los sectores implicados en estas operaciones, sino que esa ilusión era estimulada y patrocinada por todos de forma irresponsable y oportunista.

Esa ausencia de controles severos sobre productos sofisticados de matemática financiera, que ya ha denunciado en otras ocasiones el Defensor del Pueblo, permitió que se extendieran hasta llegar a los consumidores finales, cuyos conocimientos de los mercados de inversión y de productos financieros derivados era inexistente, lo que les obligaba a depositar su confianza en las entidades que ofrecían los productos, sin llegar a disfrutar de la opción real de valorar el tipo de riesgo que asumían con cada operación.

Examinando el cariz que tomaron los acontecimientos a partir del verano de 2008 se hace evidente la necesidad de regular aún más y con controles mejorados la actividad de las Entidades de Crédito, pero la mejora de las condiciones para el futuro solamente evitará que se

repita la situación, pero no ofrece respuestas razonables y equitativas a quienes ya están privados, o lo estarán en breve, de sus bienes, de su capacidad de recuperarlos y en situación de indefensión.

Naturalmente que la responsabilidad por las circunstancias económicas ya ha sido trasladada a la sociedad, que ha visto como se «rescataba» a aquellas empresas que eran demasiado grandes para caer, puesto que su caída arrastraría al resto de los ciudadanos, pero paralelamente no se ha exigido la responsabilidad inherente a las actuaciones realizadas por esas grandes empresas con el mismo rigor que se le exige a las personas físicas.

Así, y mientras que muchos ciudadanos temen perder su empleo y subsecuentemente su vivienda, los medios de comunicación hacen públicos en el mismo día los ajustes económicos generales y las grandes primas de directivos de las empresas rescatadas, lo que ahonda aún más la fractura social que la crisis económica ha generado.

Al igual que una recesión evidenciaría cuáles son los defectos estructurales de nuestra economía y, por tanto, ofrecería la capacidad de atajar y corregir aquello que lo precise, también proporciona la oportunidad de vislumbrar problemas futuros y prever tanto su aparición como su solución. Pero con carácter inmediato ello no atiende a aquellos cuyos problemas ya se han manifestado y padecen sus terribles consecuencias.

Permitir que las personas que están afectadas por las situaciones descritas recuperen su capacidad de producir y contribuir al mejoramiento global debería ser una prioridad y por ello, el arbitrio de fórmulas legales que lo faciliten debe estar en los primeros lugares de la agenda de los poderes públicos.

La evitación de que los conflictos derivados de la mora de préstamos hipotecarios se judicialice supondrá a la larga un abaratamiento, en términos de gasto público.

La crisis es un acontecimiento imprevisible y fuera de control de los deudores hipotecarios. Los contratos se suscribieron en unas circunstancias que no son las actuales, por tanto hay que plantearse la responsabilidad del deudor, cuando el incumplimiento viene derivado de circunstancias ajenas a su control. El artículo 1105 del CC establece que habrá caso fortuito y el deudor no tendrá que responder, cuando la circunstancia que genere la falta de cumplimiento haya sido imprevisible e inevitable empleando la diligencia exigible.

Para aplicar este artículo y que el deudor quede exonerado de responsabilidad contractual, según Fernando Pantaleón Prieto, deben concurrir tres requisitos:

1. La falta de cumplimiento debe haber sido provocada por un impedimento ajeno al ámbito del control del deudor.

2. Ha de tratarse de un suceso (la crisis) cuyo acaecimiento durante la vida de la relación contractual no fuera razonablemente previsible al tiempo de contratar (al tiempo de contratar el principal argumento de la banca para comercializar los préstamos hipotecarios, era que los pisos nunca bajan de precio).

3. Debe tratarse de un impedimento inevitable, en sí y en sus consecuencias, empleando la diligencia que corresponde a un buen padre de familia, (no puede hacerse recaer sobre los clientes que aceptaron las ofertas hipotecarias de las entidades bancarias el deber de haber prevenido las consecuencias de la crisis sobre sus hipotecas. La

diligencia que no es exigible al profesional, no puede exigirse al consumidor. La banca podía haber prevenido la crisis y haber limitado el crédito hipotecario y no lo hizo. Al contrario, forzó la máquina de concesión de créditos, alargando el plazo de las hipotecas, favoreciendo a través de su vinculación las tasaciones imprudentes, dando crédito superando el 80% de la tasación y con otras prácticas incorrectas).

De lo anterior se podría concluir que la crisis es un supuesto de caso fortuito, que podía haber sido evitado por el profesional del crédito, aunque la industria bancaria lo niega, pero que en cualquier caso puede ser una causa de exoneración de la responsabilidad al deudor consumidor de buena fe, supuesto que lo liberaría de su responsabilidad según el Código Civil. Sin embargo, para evitar el enriquecimiento injusto hay que considerar que para liberarse de la deuda debe entregar la vivienda a su acreedor.

Tanto las plataformas ciudadanas como sectores profesionales relacionados con el mercado hipotecario han ofrecido posibilidades de solución de aquellos que no pueden afrontar los pagos de su hipoteca. Ya sea por esos medios o por otros distintos, el Defensor del Pueblo se ha preocupado por recabar cuanta información ha sido posible al respecto, permitiendo que los ciudadanos manifestaran sus inquietudes y trasladaran sus propuestas para que éstas puedan llegar a las instancias ejecutivas que contribuyan a su implantación.

Ya sean personas físicas o pequeños empresarios y profesionales, en especial los autónomos, precisan mantener sus viviendas y sus medios de producción para poder ser elementos activos y no pasivos en la lucha por salir de esta situación. Por ello se debería examinar la posibilidad de dividir en subtipos los créditos hipotecarios y otorgar diferente consideración en caso de mora o impago a las viviendas habituales y locales de negocio en los que se ejerce la profesión habitual frente a cualquier otra adquisición de bienes inmuebles en los que éstos se constituyan en garantía.

Por tanto, la dación en pago que, evidentemente, restringe la responsabilidad y la reparte entre las partes intervinientes en la operación podría limitarse, exclusivamente a esas adquisiciones de carácter necesario, dejando un sistema agravado de responsabilidad para otro tipo de adquisiciones.

Del mismo modo, tanto la vivienda habitual como el local de negocio deberían recibir una protección extraordinaria en una ejecución hipotecaria, ya que su pérdida multiplica el riesgo de pobreza debido al desempleo y a la escasa probabilidad de recuperar la capacidad productiva, así como la de convertirse en una rémora para el resto de la sociedad, convirtiendo individuos capaces de generar riqueza en otros necesitados de prestaciones sociales solidarias.

Es imperativo también señalar la necesidad de promover garantías en la tasación de las viviendas sujetas a estas posibles ejecuciones, tanto en la valoración real de las mismas, como en la intervención de terceros imparciales e independientes que garanticen que no se va a producir un lucro excesivo para el acreedor en detrimento no sólo del deudor, sino del conjunto de la sociedad que está soportando las consecuencias de la crisis.

Esta corrección de los procedimientos que debería ser aplicable a los que ya están en curso precisa eliminar cláusulas abusivas e incorporar procedimientos que ya existen en las leyes españolas y que podrían ejercitarse de ser accesibles para los afectados.

Los sectores profesionales implicados en estas ejecuciones hipotecarias han propuesto, como ya hizo en su día el Defensor del Pueblo, soluciones como la dación en pago, el «pacto marciano» y la aprobación de una normativa concursal específica para personas físicas y profesionales autónomos que podría ofrecer una oportunidad in extremis de salvar de la exclusión social a un amplio sector de la ciudadanía.

No tiene encaje constitucional privar a las personas de los medios mínimos necesarios para el mantenimiento de sus necesidades y las de su familia, lo que motiva que esta Institución precise solicitar que se evalúen medidas que atajen las situaciones descritas en la pérdida de la vivienda o el local de negocio como consecuencia de la mora en un préstamo hipotecario, así como de medidas paliativas para aquellos que en el momento actual se encuentran en riesgo de exclusión por haber sido ya privados de estos medios.

Sobre la base de lo hasta aquí expuesto, esta Institución ha acordado hacer 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, formulando la siguiente recomendación:

> «Que, con el fin de evitar situaciones de exclusión social, se estudie la adopción de medidas extraordinarias para que los deudores de buena fe, que se encuentran en riesgo de perder la vivienda habitual o el local de negocios, donde se ejerce la profesión o actividad que constituye su forma de vida, puedan continuar utilizando tanto la vivienda como el local por un precio o cualquier otro tipo de compensación. Las medidas de carácter extraordinario se proponen para hacer frente a la actual situación de crisis y con ellas no se pretende un enriquecimiento injusto de los deudores, sino que se busca su recuperación económica y su integración social.
>
> Del mismo modo, y también con carácter extraordinario, para los supuestos en que estas personas inmersas en un proceso de ejecución hipotecaria, en el que van a perder su vivienda o local de las anteriores características y con la venta de los mismos no se cubre la cantidad adeudada, se recomienda que se arbitre un sistema que impida que estas personas permanezcan endeudadas de por vida. De tal suerte que cualquier mejora en su situación económica únicamente vaya a servir para el pago de la deuda persistente que, en la mayoría de las ocasiones, ha crecido de forma desmesurada por la mora, generando gastos e intereses que no deberían repercutir en estos momentos en esos deudores de buena fe».

Por último, le señalamos que esta Institución ha elaborado un informe bajo la denominación Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo, en el que se contienen una serie de medidas que esperamos sean tenidas en consideración y del que remitimos un ejemplar para su estudio y conocimiento.

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.

Recomendación 13/2012, de 25 de enero, formulada a la Secretaría de Estado de Justicia del Ministerio de Justicia, sobre dación en pago de la vivienda en ejecución hipotecaria (11009268). Pendiente.

Se ha recibido el escrito de V. E. (salida n.º 583), en el que contesta a la queja formulada por don (...), que fue registrada en esta Institución con el número arriba indicado.

La compra de la vivienda ha constituido, al menos hasta el presente, la principal inversión que hacen la mayoría de los ciudadanos españoles, siendo habitual que esta adquisición se lleve a cabo a crédito con la garantía de la propia vivienda. En aplicación de las normas de prudencia y buenas prácticas financieras la capacidad de reembolso del crédito debía presidir el grado de endeudamiento. Sin embargo, las entidades han venido facilitando de forma imprudente el crédito que ha sido aceptado por los consumidores, también de forma imprudente, provocando el sobreendeudamiento de personas físicas.

La reciente crisis económica ha agravado el problema del sobreendeudamiento. Muchas personas han visto reducidos sus ingresos y aunque quieren no pueden hacer frente al pago de las cuotas hipotecarias. Con este motivo, así como con los desafortunados resultados a que conduce la ejecución hipotecaria de la vivienda familiar y el riesgo de exclusión social que conlleva, numerosos ciudadanos se dirigieron a esta Institución manifestando su disconformidad con la regulación de la actual legislación hipotecaria, que permite que una entidad financiera se adjudique en subasta judicial el inmueble para el que concedió el crédito que prestó como garantía, por un importe inferior al que en su día lo tasó y que sirvió como punto de partida para la concesión del crédito. Así, la ejecución hipotecaria implica que quienes pierden su vivienda, por no poder afrontar el pago de las hipotecas concedidas en su día por esa misma entidad, mantengan con esta una deuda que puede ser cuantiosa, y que les imposibilite para atender sus necesidades a largo plazo.

Es el caso de muchas familias que se han visto privadas de su vivienda habitual a favor de quienes hace unos años les ofertaban créditos con todas las facilidades posibles, superando incluso los valores de tasación y que realizaban una agresiva política comercial, que tendía a incrementar el importe de la deuda basándose en los largos plazos en que esta podía amortizarse, los bajos tipos de interés que operaban en el mercado y las revalorizaciones que los inmuebles experimentaban de forma sostenida y constante, lo que hacía prever que se convirtiera en una fuente de riqueza y no en un objeto de obligaciones.

Los ciudadanos consideran que resulta dolorosamente paradójico que una entidad pueda beneficiarse del desconocimiento de los clientes que confiaban en un sistema impuesto por las entidades financieras y los operadores que actuaban en el mercado inmobiliario, sin que ninguna administración, institución u organismo oficial advirtiera de los riesgos que podían asumirse con estos comportamientos ni realizara campañas que previnieran contra las consecuencias de adquirir una obligación de esas características, del mismo modo que sí se han realizado respecto a diferentes áreas de consumo y en relación con productos y servicios en otros sectores.

Esta preocupación ha sido objeto de diferentes actuaciones por parte de esta Defensoría y, en concreto, se inició una investigación ante esa Secretaría de Estado de Justicia y ante Presidencia de Gobierno, con el objeto de conocer las medidas previstas para intentar sol-

ventar el problema pues desde el inicio de la crisis, en 2007, se han alcanzado, según un estudio de Alteba, más de 350.000 ejecuciones hipotecarias y como consecuencia de las mismas se han producido unos 125.000 desahucios.

Ambos organismos informaron de la creación de una Subcomisión de la Comisión de Vivienda del Congreso de los Diputados para analizar los elementos de mejora en el sistema hipotecario español, en particular, respecto a aquellas condiciones que pudieran ser consideradas abusivas. En la respuesta recibida también se explican las medidas adoptadas en el seno del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, que ha ampliado el límite de inembargabilidad de rentas de deudores que han perdido su vivienda habitual en una ejecución hipotecaria, mediante la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, incrementándose hasta el 150 por ciento del salario mínimo interprofesional como límite inembargable. El aumento del porcentaje adicional inembargable hasta el 30 por ciento por persona dependiente del núcleo familiar y no perceptora de ingresos, y también el mismo límite para aquellos cuyos ingresos anuales no alcancen el salario mínimo interprofesional, así como el importe de la adjudicación al acreedor del inmueble embargado se ha de realizar por un precio nunca inferior al 60 por ciento del valor de tasación, y la reducción de la cuantía del depósito para concurrir a subasta hasta un 20 por ciento.

Sin embargo en opinión de esta Institución todas estas medidas, sin duda loables, no solucionan el problema que se genera para quienes han perdido su vivienda habitual o están en vías de hacerlo y además continúan debiendo dinero a las entidades de crédito de por vida.

Llegados a este punto hay que tener en cuenta que el artículo 47 de la Constitución española reconoce el derecho de todos a una vivienda digna, si bien es cierto que no se establece un derecho subjetivo no deja de contener un mandato o directriz de las actuaciones que los poderes públicos desarrollen en esta materia. Así, cualquier norma que directa o indirectamente afecte a la vivienda habitual ha de tener presente este derecho procurando evitar la exclusión social que la falta de vivienda puede conllevar.

Existen momentos en los que coyunturalmente deben adoptarse medidas, bien porque lo exija la gravedad de la situación, bien porque habiendo aprendido el modo de evitar un resultado indeseado o potencialmente peligroso, se impone la necesidad de regular un sistema que prevea la aparición de problemas similares y que contribuya también a paliar sus consecuencias.

Ello debe ser así por cuanto el Estado legislador debe asumir su responsabilidad –en tanto que entre cuya misión está velar por el bien común– tanto por sus actos como por sus omisiones. Esta responsabilidad es de carácter ético, no patrimonial, y de su asunción depende, directamente, la capacidad de concitar y convocar la voluntad común para salvar las dificultades y recuperar la bonanza.

En la actualidad existen pocos problemas más acuciantes que los que padecen las personas que se han visto atrapadas en el desempleo, con deudas elevadas y a muy largo plazo (entre quince y cincuenta años) que derivan de un préstamo hipotecario contratado para la adquisición de su vivienda habitual. El escenario laboral dificulta la solución de estas situaciones que ya han llegado, en muchos casos, a suponer la pérdida de la vivienda habitual en virtud de un procedimiento de ejecución hipotecaria. No obstante, debido a la regulación que de la responsabilidad del deudor acoge nuestro Código Civil, las personas que llegan a perder

su vivienda se ven además impedidas para realizar actos tendentes a la mejora de su situación, puesto que pueden quedar aún endeudadas a pesar de haber perdido todo su patrimonio.

Evidentemente es necesario que todos realicemos, con carácter previo a la adquisición de un compromiso hipotecario, un análisis responsable de las probabilidades de afrontar una deuda de estas características, así como prever situaciones en las que el trabajo o los ingresos puedan verse mermados. Pero así como un endurecimiento excesivo en las condiciones de acceso a los créditos pueden dificultar la solución de la crisis y el crecimiento económico, su concesión casi indiscriminada vivida en años pasados que se apoyaba en la dilución del riesgo por la utilización de productos financieros derivados, han provocado el desarbolamiento de la economía nacional y la ralentización de su crecimiento cuando no su recesión.

Así expuestas las cosas parece evidente que la responsabilidad por el impago de las cuotas hipotecarias no puede trasladarse con carácter exclusivo al deudor, ni condenarle al extremo de que cualquier riqueza posible que genere se deba destinar, igualmente, a la cobertura de este préstamo. Si el deudor firmó un contrato de préstamo hipotecario fue no solamente por el ejercicio de una voluntad de endeudarse, sino porque el mercado inmobiliario y las condiciones de acceso a los préstamos eran las más laxas de toda la historia. Tipos de interés reducidos, alargamiento de la vida de los préstamos, tasaciones elevadas de los bienes en garantía, revalorización inmediata de la adquisición, concesión del total del valor de tasación en préstamo y a veces cuantías superiores provocaron la ilusión de que los inmuebles eran un negocio seguro pues ¿qué hay más seguro que la apuesta de un banco por un sector?

Además, la agilidad con que estas operaciones se perfeccionaban proyectó una bonanza en los sectores implicados y, consecuentemente, en los sectores de servicios que dependían de ellos. El flujo de créditos y la alegría consumista han permitido vivir una ensoñación que generó una enorme deuda familiar que no puede hacerse ahora efectiva por cuanto se basaba en una falacia, y es que el mercado no puede garantizar que siempre estará en crecimiento. Si hay que reconocer que no se utilizó la cautela por parte de los que ahora padecen sus consecuencias, también hay que señalar que no hubo avisos previos de cuáles eran las consecuencias asociadas a una inversión de la tendencia alcista, ni por parte de las instituciones oficiales, ni por los actores sociales, ni por los sectores implicados en estas operaciones, sino que esa ilusión era estimulada y patrocinada por todos de forma irresponsable y oportunista.

Esa ausencia de controles severos sobre productos sofisticados de matemática financiera, que ya ha denunciado en otras ocasiones el Defensor del Pueblo, permitió que se extendieran hasta llegar a los consumidores finales, cuyos conocimientos de los mercados de inversión y de productos financieros derivados era inexistente, lo que les obligaba a depositar su confianza en las entidades que ofrecían los productos, sin llegar a disfrutar de la opción real de valorar el tipo de riesgo que asumían con cada operación.

Examinando el cariz que tomaron los acontecimientos a partir del verano de 2008 se hace evidente la necesidad de regular aún más y con controles mejorados la actividad de las entidades de crédito, pero la mejora de las condiciones para el futuro solamente evitará que se repita la situación, pero no ofrece respuestas razonables y equitativas a quienes ya están privados, o lo estarán en breve, de sus bienes, de su capacidad de recuperarlos y en situación de indefensión.

Naturalmente que la responsabilidad por las circunstancias económicas ya ha sido trasladada a la sociedad, que ha visto cómo se «rescataba» a aquellas empresas que eran demasiado grandes para caer, puesto que su caída arrastraría al resto de los ciudadanos, pero paralelamente no se ha exigido la responsabilidad inherente a las actuaciones realizadas por esas grandes empresas con el mismo rigor que se le exige a las personas físicas.

Así, y mientras que muchos ciudadanos temen perder su empleo y subsecuentemente su vivienda, los medios de comunicación hacen públicos en el mismo día los ajustes económicos generales y las grandes primas de directivos de las empresas rescatadas, lo que ahonda aún más la fractura social que la crisis económica ha generado.

Al igual que una recesión evidenciaría cuáles son los defectos estructurales de nuestra economía y, por tanto, ofrecería la capacidad de atajar y corregir aquello que lo precise, también proporciona la oportunidad de vislumbrar problemas futuros y prever tanto su aparición como su solución. Pero con carácter inmediato ello no atiende a aquellos cuyos problemas ya se han manifestado y padecen sus terribles consecuencias.

Permitir que las personas que están afectadas por las situaciones descritas recuperen su capacidad de producir y contribuir al mejoramiento global debería ser una prioridad y por ello, el arbitrio de fórmulas legales que lo faciliten debe estar en los primeros lugares de la agenda de los poderes públicos.

La evitación de que los conflictos derivados de la mora de préstamos hipotecarios se judicialice supondrá a la larga un abaratamiento, en términos de gasto público.

La crisis es un acontecimiento imprevisible y fuera de control de los deudores hipotecarios. Los contratos se suscribieron en unas circunstancias que no son las actuales, por tanto hay que plantearse la responsabilidad del deudor, cuando el incumplimiento viene derivado de circunstancias ajenas a su control. El artículo 1105 del CC establece que habrá caso fortuito y el deudor no tendrá que responder, cuando la circunstancia que genere la falta de cumplimiento haya sido imprevisible e inevitable empleando la diligencia exigible.

Para aplicar este artículo y que el deudor quede exonerado de responsabilidad contractual, según Fernando Pantaleón Prieto, deben concurrir tres requisitos:

1. La falta de cumplimiento debe haber sido provocada por un impedimento ajeno al ámbito del control del deudor.

2. Ha de tratarse de un suceso (la crisis) cuyo acaecimiento durante la vida de la relación contractual no fuera razonablemente previsible al tiempo de contratar (al tiempo de contratar el principal argumento de la banca para comercializar los préstamos hipotecarios, era que los pisos nunca bajan de precio).

3. Debe tratarse de un impedimento inevitable, en sí y en sus consecuencias, empleando la diligencia que corresponde a un buen padre de familia (no puede hacerse recaer sobre los clientes que aceptaron las ofertas hipotecarias de las entidades bancarias el deber de haber prevenido las consecuencias de la crisis sobre sus hipotecas. La diligencia que no es exigible al profesional, no puede exigirse al consumidor. La banca podía haber prevenido la crisis y haber limitado el crédito hipotecario y no lo hizo. Al contrario, forzó la máquina de concesión de créditos, alargando el plazo de las hipo-

tecas, favoreciendo a través de su vinculación las tasaciones imprudentes, dando crédito superando el 80% de la tasación y con otras prácticas incorrectas).

De lo anterior se podría concluir que la crisis es un supuesto de caso fortuito, que podía haber sido evitado por el profesional del crédito, aunque la industria bancaria lo niega, pero que en cualquier caso puede ser una causa de exoneración de la responsabilidad al deudor consumidor de buena fe, supuesto que lo liberaría de su responsabilidad según el Código Civil. Sin embargo, para evitar el enriquecimiento injusto hay que considerar que para liberarse de la deuda debe entregar la vivienda a su acreedor.

Tanto las plataformas ciudadanas como sectores profesionales relacionados con el mercado hipotecario han ofrecido posibilidades de solución de aquellos que no pueden afrontar los pagos de su hipoteca. Ya sea por esos medios o por otros distintos, el Defensor del Pueblo se ha preocupado por recabar cuanta información ha sido posible al respecto, permitiendo que los ciudadanos manifestaran sus inquietudes y trasladaran sus propuestas para que éstas puedan llegar a las instancias ejecutivas que contribuyan a su implantación.

Ya sean personas físicas o pequeños empresarios y profesionales, en especial los autónomos, precisan mantener sus viviendas y sus medios de producción para poder ser elementos activos y no pasivos en la lucha por salir de esta situación. Por ello se debería examinar la posibilidad de dividir en subtipos los créditos hipotecarios y otorgar diferente consideración en caso de mora o impago a las viviendas habituales y locales de negocio en los que se ejerce la profesión habitual frente a cualquier otra adquisición de bienes inmuebles en los que estos se constituyan en garantía.

Por tanto, la dación en pago que, evidentemente, restringe la responsabilidad y la reparte entre las partes intervinientes en la operación podría limitarse, exclusivamente, a esas adquisiciones de carácter necesario, dejando un sistema agravado de responsabilidad para otro tipo de adquisiciones.

Del mismo modo, tanto la vivienda habitual como el local de negocio deberían recibir una protección extraordinaria en una ejecución hipotecaria, ya que su pérdida multiplica el riesgo de pobreza debido al desempleo y a la escasa probabilidad de recuperar la capacidad productiva, así como la de convertirse en una rémora para el resto de la sociedad, convirtiendo individuos capaces de generar riqueza en otros necesitados de prestaciones sociales solidarias.

Es imperativo también señalar la necesidad de promover garantías en la tasación de las viviendas sujetas a estas posibles ejecuciones, tanto en la valoración real de las mismas, como en la intervención de terceros imparciales e independientes que garanticen que no se va a producir un lucro excesivo para el acreedor en detrimento no solo del deudor, sino del conjunto de la sociedad que está soportando las consecuencias de la crisis.

Esta corrección de los procedimientos que debería ser aplicable a los que ya están en curso precisa eliminar cláusulas abusivas e incorporar procedimientos que ya existen en las leyes españolas y que podrían ejercitarse de ser accesibles para los afectados.

Los sectores profesionales implicados en estas ejecuciones hipotecarias han propuesto, como ya hizo en su día el Defensor del Pueblo, soluciones como la dación en pago, el «pacto marciano» y la aprobación de una normativa concursal específica para personas físicas y

profesionales autónomos que podría ofrecer una oportunidad in extremis de salvar de la exclusión social a un amplio sector de la ciudadanía.

No tiene encaje constitucional privar a las personas de los medios mínimos necesarios para el mantenimiento de sus necesidades y las de su familia, lo que motiva que esta Institución precise solicitar que se evalúen medidas que atajen las situaciones descritas en la pérdida de la vivienda o el local de negocio como consecuencia de la mora en un préstamo hipotecario, así como de medidas paliativas para aquellos que en el momento actual se encuentran en riesgo de exclusión por haber sido ya privados de estos medios.

Sobre la base de lo hasta aquí expuesto, esta Institución ha acordado hacer 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, formulando la siguiente recomendación:

> «Que, con el fin de evitar situaciones de exclusión social, se estudie la adopción de medidas extraordinarias para que los deudores de buena fe, que se encuentran en riesgo de perder la vivienda habitual o el local de negocios, donde se ejerce la profesión o actividad que constituye su forma de vida, puedan continuar utilizando tanto la vivienda como el local por un precio o cualquier otro tipo de compensación. Las medidas de carácter extraordinario se proponen para hacer frente a la actual situación de crisis y con ellas no se pretende un enriquecimiento injusto de los deudores, sino que se busca su recuperación económica y su integración social.
>
> Del mismo modo, y también con carácter extraordinario, para los supuestos en que estas personas inmersas en un proceso de ejecución hipotecaria, en el que van a perder su vivienda o local de las anteriores características y con la venta de los mismos no se cubre la cantidad adeudada, se recomienda que se arbitre un sistema que impida que estas personas permanezcan endeudadas de por vida. De tal suerte que cualquier mejora en su situación económica únicamente vaya a servir para el pago de la deuda persistente que, en la mayoría de las ocasiones, ha crecido de forma desmesurada por la mora, generando gastos e intereses que no deberían repercutir en estos momentos en esos deudores de buena fe».

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.

Recomendación 14/2012, de 27 de enero, formulada a la Consejería de Educación y Empleo de la Comunidad de Madrid, sobre la atención de quejas y reclamaciones por los servicios de inspección educativa dependientes de la citada Consejería, y el ejercicio de sus cometidos de asesoramiento a los padres (11010194). Aceptada.

Se agradece su escrito en relación con el expediente arriba referenciado, relativo a la queja planteada por doña (...) a raíz del suceso acontecido en el centro de educación infantil privado (...) en el que resultó gravemente herida su hija, que padeció una fractura de cráneo por la que hubo de ser ingresada en una unidad hospitalaria de cuidados intensivos.

En la solicitud de informe a la que da respuesta su escrito se hacía mención a la denuncia efectuada por la madre de la alumna ante la Inspección educativa para que investigasen lo sucedido, ya que el centro no había facilitado explicación alguna a los padres de la alumna cuando estos acudieron a recogerla y sin informar de las circunstancias en las que hubiera podido producirse tan grave lesión. En el escrito recibido, esa Consejería se limita a mencionar que el Servicio de Inspección Educativa había girado visita al centro mencionado comprobando que el mismo cumple adecuadamente los requisitos relativos a instalaciones, número de puestos escolares y titulación del personal educativo, concluyendo que en razón del carácter privado de dicho centro la responsabilidad de lo sucedido recae directamente sobre el titular del mismo.

Parece desprenderse de la respuesta recibida que por parte de esa Consejería se interpreta que las competencias de los correspondientes servicios de Inspección Educativa se limitan, en relación con los centros de titularidad privada, a la mera comprobación de que éstos cumplen los requisitos mínimos exigidos, establecidos en lo que aquí interesa por el Decreto 18/2008, de 6 de marzo. Solo una interpretación como la expresada explicaría que un suceso de la gravedad del mencionado en el que una alumna de 9 meses de edad sufre una fractura craneal inexplicada, que requiere ingreso hospitalario y sobre la que el centro no informa a sus padres ni proporciona información alguna al respecto, puede solventarse haciendo mención a que el centro educativo cumple con los requisitos exigidos por la legislación para otorgarle la autorización de funcionamiento.

Entiende esta Institución que las competencias y atribuciones de los servicios de Inspección Educativa incluyen tanto a los centros públicos como a los centros privados y, asimismo, que, en el caso de estos últimos, las labores de inspección van más allá de la mera comprobación del cumplimiento de los requisitos mínimos exigidos y deben garantizar que los centros privados cumplen íntegramente la normativa educativa vigente y no lesionen gravemente cualquiera de los derechos de la infancia o del menor (y el derecho a la integridad física y a la salud es sin duda uno de ellos), que es, como V. E. sabe, causa de revocación de la autorización según establece el artículo 16.1.c) del Decreto 19/2010, de 25 de marzo, por el que se regula el procedimiento administrativo de autorización de centros docentes privados para impartir enseñanzas regladas no universitarias.

Los preceptos de la Ley Orgánica de Educación contenidos en su título VII, que regulan la inspección del sistema educativo, en ningún momento distinguen entre centros públicos y centros privados, como tampoco lo hace la Resolución de 29 de agosto de 2011, de la Viceconsejería de Organización Educativa, por la que se aprueba el Plan General de Actuación de

la Inspección Educativa para el curso 2011-2012, en el que, entre las actuaciones habituales de esta inspección se menciona la atención, información y asesoramiento a los miembros de la comunidad educativa, siendo responsable del asesoramiento a padres y alumnos el inspector del centro, a quien corresponde dar respuesta a las demandas, quejas y reclamaciones que éstos formulen.

Entiende, por tanto, esta Institución que la denuncia de un hecho de la gravedad del aquí tratado hubiera debido dar lugar al inicio de actuaciones inspectoras urgentes e inmediatas del carácter de las que se prevén en el punto 3.4 de la resolución antes mencionada para tener constancia de las circunstancias en las que el hecho se hubiera producido, si otros similares se hubieran producido ya en el mismo centro, y si fuera precisa la adopción de alguna medida correctora, bien en la atención directa al suceso o bien en la información que se debe proporcionar a los padres de los alumnos. Todo ello con independencia de que en función de la relación jurídico-privada que vincula al centro con los padres del alumno en razón de la formalización de la matrícula puedan estos exigir las responsabilidades correspondientes en vía civil o penal.

En razón de todo ello, 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, se formula a V. E. la siguiente recomendación:

> «Que se instruya a los Servicios de Inspección dependientes de esa Consejería para que atiendan adecuadamente las demandas, quejas y reclamaciones de los miembros de la comunidad educativa, y en particular de los padres y alumnos, y les presten el asesoramiento oportuno con independencia de que los centros a los que se refieran tales demandas, quejas o reclamaciones tengan carácter público o privado».

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, en su caso, las razones que estime para su no aceptación.

Recomendación 15/2012, de 27 de enero, formulada a la Consejería de Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid, para la adopción de medidas suplementarias que permitan adecuar a lo previsto en la normativa correspondiente los plazos de tramitación y resolución de los expedientes en materia de reconocimiento de la situación de dependencia (10020186). Aceptada parcialmente.

Es de referencia su atento escrito con registro de salida número (...), en el que nos contesta a la queja planteada por doña (...), registrada con el número arriba indicado.

Tras el estudio de su referido informe cabe destacar la falta de constancia expresa en el expediente de que se haya producido la renuncia de la interesada a la plaza asignada.

En este sentido, únicamente indica que «se intentó hablar con la interesada por teléfono pero no se consiguió». «Volvimos a intentarlo en un número de teléfono móvil que había aportado en su solicitud y que correspondía a la directora de la residencia (...) donde la beneficiaria se encontraba ingresada. Hablamos con ella y aceptó la plaza para doña (...) en la residencia (...).

Días después, doña (...) renuncia a la plaza residencial de la Comunidad de Madrid que se le había adjudicado a su madre. En dos escritos comunica que la directora de la residencia no la representa y que desea que su madre permanezca en la residencia en la que se encuentra atendida. En sendas contestaciones, se le informa de que, lamentablemente, no existen plazas vacantes en dicho centro».

A este respecto, la interesada mantiene que nunca recibió la resolución de adjudicación de la plaza a la que poder renunciar, ni tampoco la constancia de su renuncia a la citada plaza. Más aún, insiste en que solicitó, mediante escrito de fecha 26 de abril de 2010, que le fuera notificada la resolución adoptada y apercibimientos procedimentales, además de dejar constancia de que no renunciaban a la adjudicación de la plaza que pudieran corresponderle y cualesquiera otros beneficios o prestaciones señalados en la ley.

De los datos de su informe y de la documentación remitida por la interesada se desprende que hasta el 7 de octubre de 2011 –18 meses después de haberlo solicitado expresamente la interesada– no se dicta la resolución por la que se establece el Programa Individual de Atención (PIA), y el siguiente 19 de octubre se le requiere la declaración responsable, reiniciándose a partir de dichas fechas las actuaciones en el expediente de referencia.

Así pues, la inactividad en este expediente no puede venir fundamentada en una llamada telefónica que la interesada no contestó, ni en la comunicación telefónica con la directora del centro, aun cuando su número de teléfono figurase en la solicitud que la interesada había presentado el 14 de agosto de 2009. Esta Institución entiende que la comunicación telefónica, siempre que permita dejar constancia de la misma, puede ser de utilidad en determinados momentos del procedimiento como es el trámite de consulta previsto en el artículo 24 de la Orden 625/2010, de 21 de abril, de la Consejería de Familia y Asuntos Sociales. Pero en ningún caso, puede justificar la paralización del expediente sin resolución alguna durante más de 18 meses.

Por ello, y dadas las incidencias acaecidas en la tramitación del expediente en cuestión, resulta necesario recordar que, conforme al artículo 41 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo

Común, 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 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.

De otra parte, es necesario subrayar que el artículo 58 de la repetida Ley 30/1992, de 26 de noviembre, establece que toda notificación deberá ser cursada dentro del plazo de 10 días, a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado, conteniendo el texto íntegro de la resolución si el acto es definitivo, recursos que procedan y órgano y plazos para interponer los mismos.

Cabe traer a colación la doctrina del Tribunal Supremo en virtud de la cual la notificación tiene como objeto que los interesados tengan conocimiento de lo que ha resuelto la Administración, al afectar a su esfera jurídica y que puedan hacer uso de los recursos que procedan contra el acto notificado. Este sería obviamente el caso de las notificaciones de las resoluciones que aprueban el Programa Individual de Atención (PIA) o bien los actos de trámite que, como la posible renuncia a determinado servicio, lleven aparejada la imposibilidad de continuar el procedimiento, produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos. En todos estos actos el cumplimiento de los plazos y las formas establecidos legalmente ha de ser escrupuloso por cuanto la tardanza causa, en la mayoría de los casos, perjuicios de índole social y económico.

Por todo ello, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora de esta Institución, el Defensor del Pueblo ha valorado la conveniencia de formular a V. E. la siguiente recomendación:

> «Que se adopten las medidas necesarias para que los plazos de tramitación de la valoración del grado de dependencia y resolución del Programa Individual de Atención (PIA) se adecúen a lo establecido en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, y de manera especial en la Orden 625/2010, de 21 de abril, de la Consejería de Familia y Asuntos Sociales.
>
> Que, sin perjuicio de los medios utilizados en el trámite de consulta para agilizar la tramitación, se adopte la resolución que proceda de forma escrita y la notificación se realice conforme a las prescripciones del artículo 58 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común».

Agradeciéndole la atención que estamos seguros prestará a esta recomendación, y quedando a la espera de su informe, en el que se haga constar la aceptación 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.

Recomendación 16/2012, de 31 de enero, formulada a la Dirección General de la Policía del Ministerio del Interior, para que se modifique la Circular 1/2010, de 25 de enero, con el fin de que sean correctamente interpretados los supuestos de «detención cautelar» (10018290). Aceptada.

Se acusa recibo a su atento escrito (s/ref. [...]), en el que nos contesta a la queja planteada por numerosos ciudadanos de origen extranjero que habían sido detenidos como consecuencia de controles de identificación, y registrada con el número arriba indicado.

En dicho escrito se reitera que el traslado a comisaría de un ciudadano extranjero, debidamente identificado, pero en situación irregular en España, encuentra amparo legal en los artículos 61.1.d), 62, 63 y 63 bis de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx), y en los artículos 11 y 20 de la Ley Orgánica 1/1992 sobre Protección de la Seguridad Ciudadana (LOPSC). Además continúa señalando que, por un lado, es obligación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, artículo 11.1.a) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (LOFCS), «proteger el libre ejercicio de los derechos y deberes y garantizar la seguridad ciudadana mediante el desempeño de las siguientes funciones: a) Velar por el cumplimiento de las leyes y disposiciones generales...». Y que, por otro lado, el artículo 12 de la LOFCS atribuye al Cuerpo Nacional de Policía «las funciones previstas en la legislación de extranjería, refugio, asilo, extradición, expulsión, emigración e inmigración»; obligación que de no llevarse a cabo podría ser objeto de responsabilidad disciplinaria por dejación de facultades o deberes de conformidad con el régimen sancionador de las infracciones recogidas en el título III de la LOEx. Por todo lo anterior, ese organismo considera que la conducción del extranjero a comisaría, aun llevando consigo la oportuna identificación, es «una interpretación integradora del ordenamiento jurídico basada principalmente en los textos y preceptos citados».

Por último, añade que los controles de identificación rutinarios en determinados lugares públicos de Madrid no están vinculados a la aplicación de la Ley de extranjería, ni a la Circular 1/2010, de 25 de enero, tratándose de controles realizados en lugares de gran afluencia de público en los cuales las Fuerzas de Seguridad realizan «labores preventivas que afectan tanto a ciudadanos extranjeros como españoles».

Tomando en cuenta estos antecedentes, el Defensor del Pueblo ha considerado necesario realizar las siguientes consideraciones:

Tras el análisis de la regulación legal realizado en la LOEx, en la LOPSC y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal no se puede compartir que exista una habilitación legal para practicar «una detención preventiva» de un ciudadano extranjero debidamente identificado y trasladarlo a la comisaría a fin de iniciar un procedimiento sancionador de expulsión del territorio nacional por infracción de la Ley de extranjería. El artículo 17.1 de la Constitución española señala que «nadie puede ser privado de su libertad sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley». El citado precepto protege a todas las personas que estén en territorio español, con independencia de su nacionalidad y de si su estancia en dicho territorio es regular o irregular. En ese sentido, la STC 53/2002, de 27 de febrero, en relación con los extranjeros solicitantes de asilo, ya estableció que gozan de los derechos fundamentales derivados de la dignidad de la persona que la Constitución reco-

noce a todas las personas sometidas a los actos de los poderes públicos españoles, concluyendo de ello que los extranjeros, con independencia de su situación administrativa, disfrutan del derecho a la libertad que el artículo 17.1 CE reconoce a todas las personas (FJ 4). Asimismo, la STC 341/1993, de 18 de noviembre, afirma que «la medida de identificación en dependencias policiales prevista en el artículo 20.2 de la LOPSC supone… una situación que va más allá de una mera inmovilización de la persona, instrumental de prevención o de indagación, y por ello ha de ser considerada como una modalidad de privación de libertad» (FJ 4).

Asimismo, en su escrito de 3 de noviembre de 2011, señala que el traslado de ciudadanos identificados en situación irregular está justificado por las «indagaciones y procedimientos pertinentes», en concreto cabe citar: «las actuaciones previas a la iniciación del procedimiento (art. 218), las medidas de carácter provisional que se hayan acordado por el órgano competente para iniciar el procedimiento sancionador, sin perjuicio de las que se puedan adoptar durante este (art. 227.1.f), iniciación de procedimiento ordinario) y la tramitación del procedimiento preferente en supuestos de infracciones previstas en la letra a) del artículo 53.1 de la LOEx». En este sentido resulta preciso recordar que las actuaciones previas previstas en el artículo 218 del Reglamento de extranjería habrán de ser interpretadas y aplicadas de conformidad con los criterios de razonabilidad, idoneidad y adecuación a la limitación de un derecho fundamental como es el recogido en el artículo 17 de la CE.

El principio de proporcionalidad, como ha establecido el Tribunal Constitucional, sirve para decidir si la restricción al derecho fundamental está justificada y esto se realiza aplicando tres criterios: 1) la idoneidad de la medida restrictiva para la consecución del fin perseguido; 2) la necesidad de esta medida, es decir, la inexistencia de medidas menos drásticas, y 3) la proporcionalidad en sentido estricto que exige que el fin perseguido justifique por su valor la restricción del derecho fundamental. Pues bien, este tipo de privación de libertad, denominada en su escrito «detención cautelar», no reúne el requisito de la necesidad ni proporcionalidad puesto que se está privando de libertad a un ciudadano por no acreditar el requisito de su estancia legal en España. La única actuación policial posible conforme a ley sería, como se haría ante cualquier otra infracción administrativa, formular un boletín de denuncia con los datos identificativos del ciudadano extranjero y remitirlo a la autoridad administrativa competente para, en su caso, la incoación del procedimiento sancionador. Sólo en el marco de este procedimiento resultaría ajustado a derecho que el instructor acordase la detención cautelar prevista en el artículo 61.1.f) de la LOEx.

En este sentido, el fundamento jurídico 5 de la STC 341/1993, de 18 de noviembre, antes mencionada, al examinar si la previsión del artículo 20.2 resulta conciliable con lo dispuesto en el artículo 17.1 de la Constitución, señala que «la determinación de los casos en los que se podrá disponer una privación de libertad en modo alguno supone que quede el legislador apoderado para establecer, libre de todo vínculo, cualesquiera supuestos de detención, arresto o medidas análogas. La ley no podría, desde luego, configurar supuestos de privación de libertad que no correspondan a la finalidad de protección de derechos, bienes o valores constitucionalmente reconocidos o que por su grado de indeterminación crearan inseguridad o incertidumbre insuperable sobre su modo de aplicación efectiva y tampoco podría incurrir en falta de proporcionalidad...; la privación de libertad con fines de identificación sólo podrá afectar a las personas no identificadas de las que razonable y fundadamente pueda presumirse que se hallan en disposición actual de cometer un ilícito penal o a aquellas, igualmente no

identificables, que hayan incurrido en una infracción administrativa, estableciendo así la ley un instrumento utilizable en los casos en que la necesidad de identificación surja de la exigencia de prevenir un delito o falta, o de reconocer, para sancionarlo, a un infractor de la legalidad» (FJ 5). En consecuencia, cualquier situación de privación de libertad, en concreto la conducción a comisaría a cualquier efecto debe estar prevista legal y explícitamente a fin de contar con cobertura constitucional.

En los casos investigados, la conducción de ciudadanos extranjeros documentados que no acreditan su estancia regular en nuestro territorio no está prevista legalmente. Como V. I. conoce, el artículo 11 de la LOPSC obliga al extranjero a disponer de los documentos que acrediten su identidad y la regularidad de su estancia. También el artículo 20 de la misma ley permite el traslado a comisaría para «identificación» («retención para identificación») cuando la identificación no ha sido posible. Por tanto, el traslado a comisaría sólo puede producirse por falta de documento de identidad, no de documento que acredite la legalidad de la estancia. Lógicamente también puede realizarse en caso de delito, tal y como queda contemplado en el apartado número cuatro de la Instrucción 12/2007 de la Secretaría de Estado de Seguridad, o bien en el marco de un procedimiento de expulsión ya en curso, de conformidad con lo establecido en el artículo 61.1.d) de la Ley de extranjería que contempla la figura de las detenciones cautelares administrativas.

Por todo cuanto antecede, el Defensor del Pueblo en el ejercicio de las responsabilidades que le confieren los artículos 54 de la Constitución y 1 y 9 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora de esta Institución, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 30.1 de aquella ley orgánica, formula el siguiente recordatorio de deberes legales:

> «Que incumbe a ese organismo de no proceder a la detención y posterior traslado a dependencias policiales de ciudadanos extranjeros debidamente identificados si no se dan los presupuestos legales de una detención penal o de una retención para identificación de la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana, o bien de una detención cautelar a la que se refiere el artículo 61.1.d) de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social».

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

> «Que se modifique la Circular 1/2010, de 25 de enero, a fin de que sean correctamente interpretados los supuestos de «detención cautelar» y traslado a comisaría de ciudadanos extranjeros identificados, a fin de que cese la práctica detectada consistente en la detención y posterior traslado a dependencias policiales donde les es incoado un expediente sancionador por estancia irregular en territorio nacional».

En la seguridad de que la recomendación y el recordatorio de deberes legales formulados serán objeto de atención por parte de V. I. y en espera de la preceptiva respuesta.

Recomendación 17/2012, de 31 de enero, formulada a la Dirección General de la Policía del Ministerio del Interior, para que se impartan las instrucciones oportunas con el fin de erradicar la práctica de controles de identificación basados en perfiles étnicos y raciales y para que se arbitren mecanismos de control a posteriori, que permitan verificar el número y la motivación de las identificaciones realizadas en la vía pública por funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía (11008455). Rechazada.

Como continuación de nuestro anterior escrito, de 7 de septiembre de 2011, en el que se comunicaba la suspensión de las actuaciones iniciadas ante ese organismo hasta recibir nuevo escrito de (...) con información más precisa sobre los controles de identificación selectivos en las cercanías de las instalaciones de (...) en Las Palmas y en las dependencias de (...), ubicadas en el Paseo del General Martínez Campos (...), se participa a V. I. la reanudación de la investigación.

Durante el transcurso del año 2011 se han continuado recibiendo numerosas quejas de ciudadanos en las cuales se insiste en la existencia de controles de identificación, por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, dirigidos a personas con rasgos extranjeros en diferentes ciudades. En el año 2010, presentaron queja ante el Defensor del Pueblo 141 asociaciones solicitando la apertura de una investigación sobre la práctica de controles de identificación dirigidos a ciudadanos extranjeros. Además, varias ONG han dado traslado a esta Institución de informes específicos sobre la existencia de estas prácticas. Todos estos estudios coinciden en apreciar la existencia de controles identificativos por razón del perfil étnico.

Esta realidad también ha sido objeto de preocupación por parte de organismos internacionales de los que España es parte. La Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), en su último informe sobre España, publicado el 8 de febrero en 2011, volvió a insistir en la preocupación «por los reiterados informes acerca del constante aumento de los controles de identidad sin claro motivo que tienen lugar en los barrios en que existe una fuerte concentración de extranjeros». En el citado informe se exhortaba «a las autoridades españolas a que aseguren una prohibición efectiva de todas las prácticas en materia de perfiles étnicos por parte de las fuerzas policiales en todo el país teniendo en cuenta la Recomendación núm. 11 de política general de la ECRI sobre cómo combatir el racismo y discriminación en las actuaciones policiales» (párrafo 204).

Por su parte, el Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, en su último examen del informe periódico correspondiente a España, distribuido el 10 de marzo de 2011 (CERD/C/ESP/CO/18-20), considera preocupante la información que ha recibido acerca de los controles de identificación o redadas policiales, basados en perfiles étnicos y raciales, realizados en lugares públicos y barrios, donde hay una alta concentración de extranjeros, con la finalidad de detener a aquellos que se encuentran en situación irregular en el Estado parte (arts. 2, 5 y 7). El citado Comité ha instado a España a tomar medidas efectivas para erradicar la práctica de controles de identificación basados en perfiles étnicos y raciales. Asimismo, el Comité ha recomendado al Estado parte que considere la revisión de aquellas disposiciones de la Circular 1/2010 de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras y de la legislación relevante que dan lugar a interpretaciones que, en la práctica, se pueden traducir en la detención indiscriminada y en la restricción de los derechos de los ciudadanos extranjeros en España (párrafo 10).

Por último, el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 17 de agosto de 2009 (Comunicación núm. 1493/2006) declaró que una actuación policial denunciada con motivo de un control de identificación, en el que se usó el criterio racial como indicativo de una mayor probabilidad de que la interesada no fuera española, era contraria al artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que consagra el principio de no discriminación y condenó al Estado español al pago de una indemnización a la denunciante. La importancia del mencionado dictamen no sólo reside en el reconocimiento de la concreta pretensión esgrimida, sino que tiene un valor interpretativo más amplio dirigido a evitar prácticas policiales por perfil racial discriminatorias que contravendrían el artículo 26 del mencionado Pacto.

Por todo cuanto antecede, el Defensor del Pueblo en el ejercicio de las responsabilidades que le confiere el artículo 30.1 de nuestra Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora de esta Institución, ha estimado procedente formular a V. I. la siguiente recomendación:

> «Que se impartan las instrucciones oportunas a fin de erradicar la práctica policial detectada consistente en controles de identificación basados en perfiles étnicos y raciales y que se arbitren mecanismos de control a posteriori, que permitan verificar el número y la motivación de las identificaciones realizadas en la vía pública por funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía».

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

Recomendación 18/2012, de 6 de febrero, formulada a la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades de la Comunidad de Castilla y León, para que se solicite autorización judicial o, en casos de urgencia, se comunique al juez competente, en los términos establecidos en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando el proceso asistencial aconseje la adopción de medidas de contención mecánica, u otras restrictivas de la libertad individual, o de otros derechos fundamentales, en los supuestos de personas mayores que no estén en condiciones de consentir por sí mismos la aplicación de dichas medidas (11006213). Aceptada.

Es de referencia el escrito de V. E., con registro de salida número (...), en el que nos remite informe relativo a la queja formulada ante esta Institución por doña (...), hija de don (...), y registrada 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, informamos a la interesada de la comunicación recibida de V. E.

En el referido informe se deja constancia de que el paciente padece un «deterioro cognitivo incipiente y afectación de la capacidad perceptivo cognitiva». Asimismo se hace mención a la evaluación del departamento de terapia ocupacional de la residencia que concluye considerando favorable la sujeción abdominal para evitar caídas, deambulación sin rumbo y una mayor desorientación.

En atención a esta situación los familiares de don (...) junto con el sanitario de la residencia firmaron la autorización de medidas de seguridad. En ella se indica, además, que debido al riesgo de quitarse el pañal y comer la celulosa, se ve necesario la utilización de la sábana fantasma, comprometiéndose los familiares a su adquisición.

En relación con los datos facilitados, esta Institución debe efectuar las consideraciones que seguidamente se reflejan.

De la información facilitada en su día por la familia parece desprenderse que la autorización para el ingreso de don (...) en la residencia la dio el propio interesado en un momento en que se encontraba en plenitud de sus facultades mentales. No obstante, el deterioro cognitivo de aquel ha llevado en la práctica a convenir con los familiares del interno el régimen del internamiento, restringiendo y excluyendo la libertad personal, lo que en criterio de la Fiscalía General del Estado en su Instrucción n.º 3/1990, de 7 de mayo, puede resultar gravemente atentatorio a derechos constitucionales básicos y a la dignidad de las personas.

Como también señala la Fiscalía «en el caso de que el deterioro físico o mental, como consecuencia del avance de la vida, sea producido con posterioridad al momento en que se produjo el internamiento, deberá en este caso el Centro comunicarlo a la autoridad judicial para que esta, al igual y previos los trámites previstos en el artículo 211 del Código Civil (hoy 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) dicte la correspondiente autorización judicial».

En el mismo sentido puede entenderse que las medidas de contención mecánica no vulnerarían la esfera del derecho fundamental a la libertad individual reconocido en el artículo 17.1 de la Constitución cuando hubieran sido aceptadas por el interesado previa información adecuada sobre el alcance y duración de las mismas.

Estima esta Institución que, con carácter general las medidas de aislamiento y la contención mecánica son, en principio, medidas instrumentales para evitar daños a la persona o a terceros, lo cual no las priva de su carácter sustantivo de medidas restrictivas de la libertad individual.

Entiende esta Institución que la autorización judicial de internamiento no lleva implícita la restricción del derecho a la libertad individual que comporta el sometimiento del paciente a medidas de contención mecánica decididas por los facultativos sin la aceptación de aquel.

Teniendo en consideración que internamiento y medidas de contención son medidas que tienen el denominador común de privación de libertad, cuando no son consentidas por el interesado, parece apropiado aplicar el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a los supuestos de contención mecánica no consentidos por el paciente y solicitar la correspondiente autorización judicial cuando dichas medidas no vayan a tomarse de inmediato, o bien, cuando por razones de urgencia hayan debido ser adoptadas, informar al juez en los términos previstos en el citado artículo 763.

En efecto, el control judicial previsto en dicho artículo, a la luz de determinada jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos referido a aspectos relacionados con la privación de libertad, no solo implica la adopción de medidas restrictivas de la libertad individual previas al internamiento, sino la aplicación de las mismas mientras subsiste la privación o restricción de esa libertad. Conforme a ello, el control judicial se extendería también a las condiciones del internamiento en cuanto puedan afectar a los derechos fundamentales, debiendo tenerse en cuenta, singularmente, el papel atribuido al juez como garante de estos derechos.

El Auto núm. 161/2011, de 15 julio, de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 6ª), se pronuncia claramente a favor de la postura expuesta hasta aquí, al señalar lo siguiente: «La cuestión que se trae a la consideración de esta Sala estriba en decidir si el internamiento en establecimiento geriátrico de personas que, por causa de algún padecimiento psíquico, no están en condiciones de decidir por sí mismas, está sometido a la necesidad de previa autorización judicial y si es cauce apropiado el procedimiento previsto en el art. 763 de la LEC. El tema suscita opiniones encontradas, tanto en la doctrina como en las resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales. En contra de la necesidad de autorización judicial y su obtención por medio del procedimiento que arbitra el art. 763 de la LEC se han pronunciado los Autos de las AA PP de Barcelona de 24 de julio de 1996 y 10 de noviembre de 1996 y La Rioja de 17 de enero de 2000. A favor, las AA PP de Segovia, en Auto de 27 de marzo de 2000, Valencia, en Auto de 6 de mayo de 2002, o Toledo, en resolución de 16 de enero de 2003.

Este tribunal se adhiere a esta segunda postura y comparte la tesis de autores y tribunales que sostienen la necesidad de la autorización judicial previa en los supuestos de internamientos geriátricos de ancianos afectados por algún tipo de trastorno o enfermedad mental y la consideración del procedimiento previsto en el artículo 763 de la LEC como cauce procesal adecuado para decidir y establecer el necesario control judicial».

El auto citado aclara más adelante: Lo que verdaderamente ha de tenerse por decisivo no es tanto el tipo de establecimiento cuanto el hecho capital de que el sujeto carezca de

discernimiento para decidir sobre el internamiento y de que se trate de establecimiento donde la persona ingresada esté privada de libertad deambulatoria (en este sentido AAP de Toledo de 16 de enero de 2003). Que el internamiento sea en un centro especializado para enfermos mentales o en un geriátrico en nada modifica lo sustancial: el internamiento no voluntario como medio de prestar la asistencia necesaria al estado y condiciones del sujeto. Y ello en el entendimiento, como es lógico, de que cuando se habla de internamiento, lo es con referencia a establecimientos en los que existen barreras, físicas o personales, que impidan su abandono voluntario y libre. No cabe hablar de internamiento –y, por tanto, de necesidad de régimen de garantías– si no se dan estas condiciones y el sujeto puede entrar y salir del establecimiento según su voluntad y conveniencia.

Puede decirse que el sistema de garantías protectoras de la libertad de las personas, la necesidad del control judicial, en definitiva, entra en juego y se hace preciso desde el momento en que concurren estos dos factores: internamiento en régimen cerrado que comporta la privación de libertad deambulatoria y que no sea voluntario (porque se actúa contra la voluntad del sujeto o porque no está en condiciones de prestarlo)».

Continuando con los argumentos expuestos las medidas de contención sólo podrían aplicarse al interno sin su consentimiento en situaciones de urgencia, por posibles daños a su persona o muerte, cuando exista riesgo para la salud de terceros. Es en estos casos en los que sus familiares o personas allegadas podrían suplir su incapacidad y prestar el consentimiento escrito por él, siempre que estas medidas tengan carácter puntual y meramente transitorio, y su duración sea breve por cursar con carácter episódico.

En el ámbito normativo, importa subrayar el artículo 14 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, y ratificada por nuestro país el 21 de abril de 2008, y vigente desde el 3 de mayo del mismo año, a cuyo tenor «los Estados parte asegurarán que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás: a) Disfruten del derecho a la libertad y seguridad de la persona; b) No se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad».

También el artículo 4 apartados a) y b) de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia que regula entre sus derechos el de «decidir libremente sobre el ingreso en centro residencial» y el del «ejercicio pleno de sus derechos jurisdiccionales en el caso de internamientos involuntarios, garantizándose un proceso contradictorio».

Por otro lado, es significativo que varios ordenamientos autonómicos hayan abordado el problema de los internamientos en geriátricos y su necesario control. Así, por ejemplo, en el ámbito de la legislación catalana, el Decreto 145/1990, de 3 de mayo, por el cual se definen los establecimientos y servicios de acogida residencial de servicios sociales para personas de la tercera edad y se fijan los criterios prevalentes de acceso, establece, en su artículo 5.5, como condición previa para efectuar el ingreso en un establecimiento residencial la previa y libre manifestación de voluntad de la persona de ingresar. De ahí que en caso de que del informe médico se desprenda la existencia de una presunta causa de incapacidad, será necesaria la autorización judicial previa al ingreso (art. 5.4). En el mismo ámbito autonómico de

Cataluña, el Código de Familia 9/1998, de 15 de julio, exige autorización judicial cuando la persona voluntariamente internada se halla en una situación que no puede decidir libremente por sí misma la continuación del internamiento.

La Ley extremeña 2/1994, de 28 de abril, de Asistencia Social Geriátrica, establece como condición necesaria del internamiento la voluntariedad del ingreso, por lo que el acceso a los establecimientos se realizará previa petición de los interesados (art. 24). También en el ámbito de la comunidad extremeña el Decreto 88/1996, de 4 de junio, por el que se regula el régimen de acceso a los Centros residenciales dependientes de la Consejería de Bienestar Social para personas mayores, dispone en su artículo 3 que «si en la solicitud se aduce presunta incapacidad, la Consejería de Bienestar Social instará a los familiares del interesado a promover la declaración de incapacidad legal, y se considerará provisionalmente representante a quien acredite ser el guardador de hecho, en tanto no se disponga otra cosa por la autoridad judicial».

En Andalucía, la Ley 1/1999, de 31 de marzo, de Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía. Su artículo 34, referido a los derechos de los usuarios de centros residenciales y de día, establece expresamente que «en los supuestos en que dichas decisiones o medidas supongan aislamiento, restricciones de libertades u otras de carácter extraordinario, deberán ser aprobadas por la autoridad judicial, salvo que por razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de la medida, en cuyo caso se pondrá en conocimiento de aquella cuanto antes». Asimismo, la Ley 6/1999, de 7 de julio, de Atención y Protección a las Personas Mayores dispone su artículo 45.1 que «ninguna persona mayor podrá ser ingresada en un centro, sin que conste fehacientemente su consentimiento. En los casos de incapacidad presunta o declarada en los que no sea posible tal consentimiento, se requerirá autorización judicial para el ingreso».

Finalmente, el artículo 13.8 de la Ley 5/2003, de 3 de abril, de Atención y Protección a las Personas Mayores de Castilla y León se pronuncia en términos muy similares: «Ninguna persona mayor podrá ser ingresada en un centro residencial sin que conste fehacientemente su consentimiento». El mismo artículo obliga a los responsables de los Centros con el siguiente tenor: «Los responsables de Centros Residenciales que advirtieren en una persona mayor ingresada la concurrencia sobrevenida de circunstancias determinantes de su incapacitación, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, dando cuenta a los familiares de la misma».

Por cuanto antecede, esta Institución, en uso de las facultades que le confiere el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, formula a esa Consejería la siguiente recomendación:

> «Que se valore la oportunidad y conveniencia de solicitar autorización judicial o, en casos de urgencia, de comunicar al juez competente, en los términos establecidos en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando el proceso asistencial aconseje la adopción de medidas de contención mecánica, u otras restrictivas de la libertad individual, o de otros derechos fundamentales en los supuestos de personas mayores que no estén en condiciones de decidir por sí mismos la aceptación o acuerdo con las mencionadas medidas».

Que se recuerde a los responsables de los centros residenciales la obligación de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal aquellos casos en los que se produzca la concurrencia

sobrevenida de circunstancias determinantes de incapacitación de las personas ingresadas en dichos centros.

En la seguridad de que la presente recomendación será objeto de atención por parte de V. E., le agradecemos su preceptiva respuesta en el plazo máximo de un mes a que hace referencia el artículo 30 de la citada ley orgánica, 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.

Recomendación 19/2012, de 6 de febrero, formulada al Ayuntamiento de Madrid, sobre ruidos vecinales, foco de ruido y molestias a los vecinos (11000817). Pendiente.

Ha tenido entrada en esta Institución su escrito junto al que remite el informe elaborado por el Área de Gobierno de Medio Ambiente, en relación con la queja presentada ante esta Defensoría por doña (...), sobre molestias por ruidos ocasionados por los vecinos.

Esta Institución considera que, salvo error u omisión, la línea de argumentación de ese Consistorio contradice lo previsto en la normativa. Así, la Ordenanza de Protección contra la Contaminación Acústica y Térmica prevé el ruido derivado de las relaciones vecinales como una posible fuente de molestias que puede afectar la convivencia ciudadana, encontrándose dentro de las competencias de los ayuntamientos el garantizar esta última.

Es la misma norma la que en el artículo 47 establece cómo deberá ser el comportamiento de los vecinos en aras de no perturbar la buena convivencia; son competentes para realizar las labores de inspección no solo la Policía Municipal, como dice el informe municipal, sino también aquellos otros funcionarios señalados en el artículo 49.3 del mismo cuerpo legal.

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 reguladora de las bases del régimen local y a la Ordenanza de protección contra la contaminación acústica y térmica, recibida denuncia de molestias por ruidos por fuentes sonoras de carácter doméstico y relaciones vecinales, adopte las medidas oportunas en aras de comprobar su existencia, y aquellas otras que fueran necesarias para garantizar la pacífica convivencia de los vecinos y previa instrucción del preceptivo procedimiento, sancione cuando proceda los comportamientos prohibidos por la norma e incursos en infracción».

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.

Recomendación 20/2012, de 9 de febrero, formulada al Ayuntamiento de Móstoles (Madrid), sobre la inactividad ante denuncias y mediciones acústicas no actualizadas (10013835). Pendiente.

Se han recibido escritos de V. I. (s/ref. [...]), referentes a la queja formulada por don (...), relativa a las molestias por ruido procedentes del local (...).

Tras examinar el informe recibido y la documentación adjuntada, esta Defensoría considera oportuno realizar algunas observaciones.

Debemos recordar que el interesado se dirigió a esta Institución denunciando las molestias ocasionadas por el bar de copas (...), y que en nuestro último escrito solicitábamos información sobre si se había procedido a evaluar la insonorización del local, las vibraciones del extractor de humos, los ruidos y golpes provocados por el mobiliario, las molestias ocasionadas por los clientes en la puerta del local y, finalmente, sobre el funcionamiento del limitador de decibelios. Además, requeríamos información sobre el incumplimiento de horario de cierre y el consumo de bebidas alcohólicas en el exterior.

En primer lugar, respecto a las denuncias por ruidos y la insonorización del local, debemos indicar que las mediciones acústicas a que hacen referencia y que fueron efectuadas en el domicilio de los interesados están fechadas en el año 2009, no constando mediciones posteriores, pese a que, según se deduce de la documentación que nos ha remitido el interesado, realizó denuncias el 4 de mayo de 2011, el 24 de mayo de 2011 (entrada n.º [...]) y el 11 de julio de 2011 (n.º [...] y n.º [...]), presentándose también por parte de otros vecinos. No consta que estas últimas denuncias hayan dado lugar a una actuación de ese Ayuntamiento para comprobar el nivel de ruido en el domicilio del denunciante.

Indica ese Ayuntamiento que en septiembre de 2011 los Servicios Técnicos de la Gerencia Municipal de Urbanismo giraron visita de inspección al local y realizaron una medición acústica para determinar el nivel de ruido que emite el equipo de música, comprobando que no superaba los 90 db(A), no obstante, debemos recordar que el Anexo I de la Ordenanza Municipal para la Prevención de Ruido de ese municipio, relativo a la valoración de niveles sonoros, dispone: «La medición se llevará a cabo, tanto para los ruidos emitidos como para los transmitidos, en el lugar en que su valor sea más alto y, si fuera preciso, en el momento y situación en que las molestias sean más acusadas».

En el caso que nos ocupa, y a la vista del contenido de los informes, con posterioridad al año 2009 no se ha realizado ninguna medición en el domicilio del denunciante, pese a sus solicitudes y reiteradas denuncias.

En segundo lugar, y en relación con las vibraciones del extractor de humos, consta en la documentación recibida una llamada al CINCO y una denuncia por escrito el 3 de junio de 2011. Según se desprende de la documentación remitida por la Consejería de Seguridad, la Patrulla municipal apreció ruido en el domicilio y estimó que «sería conveniente que se realizara medición para poder comprobarlo con seguridad». Sin embargo, tras ponerlo en conocimiento de la Gerencia de Urbanismo, les comunicaron que ya se había realizado una medición acústica y que los valores estaban dentro de la normalidad. El resultado de dicha medición aparece en un informe fechado el 4 de noviembre de 2010.

Debemos llamar la atención nuevamente sobre el hecho de que, pese a las denuncias y el tiempo transcurrido desde el 2010, ese ayuntamiento no ha vuelto a comprobar el funcionamiento del extractor, lo que supone que los resultados no están actualizados y no puede justificarse la innecesariedad de una nueva visita de inspección en la supuesta vigencia de unos valores obtenidos hace ya más de un año.

En tercer lugar, respecto a los ruidos o golpes provocados por el mobiliario, hechos que también han sido objeto de denuncias durante el año 2011, vuelve a referirse el Ayuntamiento a un informe de 2009 que concluye que la actividad objeto de denuncia cumple con los valores límite de inmisión de ruido en ambiente interior, pero, como hemos comprobado, desde entonces y hasta la fecha, no se ha vuelto a realizar ninguna medición para verificarlo.

En cuarto lugar, en relación al funcionamiento del limitador de decibelios, señala ese Ayuntamiento que se realizaron mediciones acústicas por el Servicio de Protección de la Naturaleza (SEPRONA) y que el 23 de septiembre de 2009 fue emitido informe por los Servicios Técnicos de Gerencia de Urbanismo en el que se concluía que la actividad objeto de la denuncia cumple con los valores límites de inmisión de ruido en ambiente interior. A este respecto, debemos advertir nuevamente que dichos resultados no están actualizados.

Finalmente, respecto a las denuncias presentadas por el incumplimiento del horario de cierre y el consumo de bebidas alcohólicas en la puerta del negocio, informan que en el año 2010 no se detectaron irregularidades, pero consta en el informe de la Jefatura de la Policía un acta de LEPAR, a las 3.19 h del 30 de diciembre de 2010, en la que se detecta infracción del horario de cierre. Además, no remiten información alguna sobre el resultado de las denuncias presentadas en el año 2011.

Atendiendo a lo señalado, es preciso recordar que el artículo 25.2 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local otorga a los municipios competencias en materia de medio ambiente, y que la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido, exige a las administraciones públicas competentes que apliquen sus prescripciones a todos los emisores acústicos, ya sean de titularidad pública o privada, en particular en las actuaciones relativas a la intervención administrativa en la actividad de los ciudadanos que establezcan las administraciones competentes sobre actividades clasificadas como molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, y en el resto de actuaciones que habiliten para el ejercicio de actividades, o la instalación y funcionamiento de equipos y máquinas susceptibles de producir contaminación acústica.

En concreto, el artículo 18.2 de la ley establece que las administraciones públicas competentes asegurarán que se adopten todas las medidas adecuadas de prevención de la contaminación acústica y que no se supere ningún valor límite aplicable.

Asimismo, el Decreto 78/1999, de 27 de mayo, por el que se regula el régimen de protección contra la contaminación acústica de la Comunidad de Madrid, establece en su artículo 37: «Corresponde a los ayuntamientos o a la Comunidad de Madrid, en el ámbito de sus respectivas competencias, ejercer el control del cumplimiento de este decreto, exigir la adopción de medidas correctoras, señalar limitaciones, realizar cuantas inspecciones sean necesarias e imponer las sanciones correspondientes en caso de incumplimiento, de conformidad con lo previsto en la legislación aplicable».

En el mismo sentido se pronuncia la Ordenanza municipal para la prevención del ruido de Móstoles cuando señala: «Corresponde al Ayuntamiento ejercer el control del cumplimiento de la presente ordenanza, exigir la adopción de las medidas correctoras necesarias, señalar las limitaciones, realizar cuantas inspecciones sean precisas y aplicar las sanciones correspondientes en caso de incumplirse lo ordenado».

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, y a la vista del contenido de los informes, ese Ayuntamiento no dispone de datos actualizados, ni parece que esté controlando efectivamente el cumplimiento de la normativa medioambiental, pese a las denuncias recibidas.

En este sentido, el hecho de que en el año 2009 el funcionamiento del limitador de decibelios fuera correcto o dieran resultados negativos las mediciones efectuadas en el domicilio del interesado y su vecino, o que en el año 2010 el nivel sonoro del extractor estuviera dentro de la normalidad, no garantiza que estos resultados se vayan a mantener en el tiempo y, sobre todo, no deja sin efecto la obligación de inspeccionar y realizar mediciones cuando se producen nuevas denuncias.

Por ello, ante una denuncia, no cabe admitir que el Ayuntamiento presuponga que la contaminación acústica se mantiene dentro de los límites de lo tolerable porque en el pasado así fue, sino que debe comprobarlo fehacientemente y asegurarse de que las actuales emisiones acústicas no exceden de los valores límites aplicables, máxime cuando está recibiendo numerosas y reiteradas denuncias en las que se afirma que se está incumpliendo la normativa ambiental. Es decir, sobre la base de la labor de vigilancia que tiene encomendada esa Administración está obligado a llevar a cabo las actuaciones precisas para garantizar la efectividad de las normas que regulan las emisiones acústicas, siempre que, de oficio, lo considere necesario y, mucho más si así se lo requiere un ciudadano.

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, también he resuelto formular la siguiente recomendación:

> «Que cuando ese Ayuntamiento reciba nuevas denuncias relativas a molestias por ruidos producidas por la actividad desarrollada en el bar de copas (...), ordene de forma inmediata a los servicios técnicos municipales girar visita de inspección y efectuar, tanto en el local como en el domicilio del denunciante, las mediciones necesarias para garantizar el cumplimiento de la normativa ambiental, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 18.2 de la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido; el artículo 37 del Decreto 78/1999, de 27 de mayo, por el que se regula el régimen de protección contra la contaminación acústica de la Comunidad de Madrid, y los artículos 1.3 y anexo I de la Ordenanza municipal de ruidos de ese municipio».

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.

Recomendación 21/2012, de 9 de febrero, formulada al Ayuntamiento de Orihuela (Alicante), para que se incrementen las exigencias ambientales y organizativas, especialmente las relativas a la contaminación acústica, control y vigilancia de los horarios, durante los distintos festejos (10020096). Aceptada.

Ha tenido entrada en esta Institución su informe (s/ref. salida n.º [...]), relativo a la queja arriba indicada, formulada por don (...).

Una vez analizado su contenido, considera esta Defensoría que lo afirmado por ese Ayuntamiento corrobora la denuncia que en su día hizo el interesado, en cuanto a la realización del concierto y el elevado nivel de ruido que ocasionaba.

Siendo esa corporación municipal la organizadora del evento a través de la Concejalía de Juventud, parece que no tuvo en cuenta las molestias que dicha celebración ocasionaba a los vecinos, aun cuando se tratara de un evento de carácter esporádico. En esta línea, debemos manifestar que debe ser ese Ayuntamiento el encargado de velar por el cumplimiento de la ley dentro de su municipio, y no el que la transgreda o ampare la transgresión de la norma, ni aun cuando fuera de forma puntual. Así, para esta Institución, eventos como el denunciado por el señor (...) dejan de ser algo puntual, para convertirse en algo que afecta de manera evidente a la vida cotidiana de los vecinos de la zona y requiere de ese Consistorio, además de una exhaustiva organización para minimizar los efectos, un control mayor sobre ciertas costumbres y usos cívicos, para evitar males que en otras circunstancias no aparecen. De esta forma, durante estas celebraciones ha de exigirse ser más estricto de lo normal en el cumplimiento de las normas elementales de convivencia, por lo que ese Ayuntamiento debe durante esos días intentar reducir el impacto de las fiestas y no acentuarlo.

Por eso, es preciso que ese Consistorio busque soluciones donde, aparte de establecerse horarios más racionales, existan unos límites a las emisiones sonoras, prohibiéndose especialmente los amplificadores de sonido, que ocasionan muchísimo ruido, en suma, que busque que los actos de las Fiestas dejen de suponer un perjuicio para quienes no desean participar en ellas.

Por otra parte, no hace falta decir que esta Defensoría califica positivamente el intento municipal de organizar fiestas pero procurando el menor número de inconvenientes a los vecinos, esto es, si es de sobra conocido que durante los días de fiestas se produce un nivel de ruido y de actividades muy superior al ordinario, entonces el nivel de prevención ha de ser proporcional y, también, coherentemente mayor.

En consecuencia, considerando que esa Corporación local debe procurar el bienestar de los vecinos en todo momento, lugar y ocasión, con la intención de progresar hacia una concepción de las fiestas adecuadas a la sociedad actual, esta Institución considera procedente, 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, formular la siguiente recomendación:

> «Que por parte de ese Ayuntamiento se incrementen las exigencias ambientales y organizativas ante eventos que no son ordinarios, en los términos expuestos en el cuerpo del presente escrito. Asimismo, que al preparar las bases anuales de las fiestas se incluya en las licencias y resoluciones de adjudicación un condicionado

ambiental sobre contaminación acústica, control y vigilancia de los horarios de inicio y finalización de los eventos musicales así como todo lo referido a garantizar el orden, la seguridad y la salubridad».

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.

Recomendación 22/2012, de 23 de febrero, formulada a la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S. A., sobre el control del peso de envíos postales antes de su entrega al destinatario (10020581). Rechazada.

Mediante nuestro escrito de 14 de octubre de 2011 acusamos recibo del enviado por V. I. (salida 2714) con información sobre la queja formulada por don (...), y le comunicamos que, tras dar traslado a éste de su contenido, procedía suspender las actuaciones seguidas, hasta tanto comunicase a esta Institución las alegaciones que considerase oportunas en su defensa.

El problema suscitado en la presente queja es que el interesado no puede acreditar que los daños sufridos en el paquete postal exprés n.º (...) fuesen consecuencia de la actuación de Correos, que a su vez considera que la entrega del mismo se efectuó sin incidencia alguna.

No obstante ello, nos parece oportuno hacer algunas anotaciones a la posición de esa sociedad respecto de sus obligaciones con los contratantes de envíos como el que nos ocupa.

En ese sentido importa destacar que para que una Unidad de Reparto pueda afirmar la ausencia de incidencia alguna, si el servicio en cuestión se hubiese contratado y asegurado en base a un peso concreto, debe confirmarse que el peso del paquete contratado es el mismo que al momento de su entrega. Sin embargo, los paquetes no se pesan antes de su entrega según consta en los informes de esa sociedad.

Por ello, con el fin de evitar que en el futuro se produzcan incidencias como la surgida en la presente queja, quedando sin solución para el usuario, sería conveniente que en los casos en que la tarifa de los envíos se fija en función del peso de un paquete, se pudiese comprobar el mismo por las unidades de reparto, lo que evitaría problemas a los repartidores y reclamaciones que no pueden acreditar los hechos.

Pero ninguna de esas apreciaciones nos parecen un obstáculo para realizar a esa Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S. A., de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, la siguiente recomendación:

> «Que se adopten las medidas oportunas para que cuando se contrate un servicio postal, cuya tarifa resulte de su peso, del que haya quedado constancia en el impreso oficial que lo acompaña, el mismo sea comprobado en las Unidades de Reparto antes de efectuar su entrega al destinatario, reflejándose en acta la operación y su resultado».

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.

Recomendación 23/2012, de 7 de marzo, formulada a la Secretaría General de Universidades del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, sobre el establecimiento de los plazos mínimos para que los alumnos universitarios puedan concurrir a la oferta de plazas de todas las universidades en las dos fases de admisión (10020161). Aceptada.

En enero del año 2011 se inició ante la Secretaría General de Universidades del entonces Ministerio de Educación una investigación de carácter general, acerca de la actual ausencia de coordinación de fechas en los procedimientos de admisión a las universidades, en la fase correspondiente a la convocatoria extraordinaria de las pruebas de acceso a la universidad, en relación con el inicio del curso académico (se adjunta una copia del escrito dirigido entonces por el Defensor del Pueblo al mencionado departamento).

Esta actuación tenía su origen en las dificultades puestas de manifiesto en las quejas que plantean los estudiantes que concurren cada curso académico a la segunda convocatoria de las pruebas de acceso a las enseñanzas universitarias oficiales de grado en distintas universidades españolas, y que no pueden participar con normalidad en la segunda fase de adjudicación de plazas, o no pueden asistir a clase durante las primeras semanas del curso académico, como consecuencia de la descoordinación de fechas entre las distintas universidades.

Las dificultades que reflejaban las referidas quejas parten de la ausencia de criterios de aplicación general por todas las universidades, para el establecimiento de los plazos de celebración de la convocatoria extraordinaria de las pruebas de acceso, lo que provoca que en ocasiones los alumnos que participaron en esta convocatoria vean publicadas sus calificaciones cuando ya se encuentran cerrados los períodos para solicitar plaza en otras universidades, y en ocasiones comenzado el primer curso de los estudios en los que han sido admitidos.

Sobre esta cuestión el Real Decreto 1892/2008, de 14 de noviembre, señala que son las universidades públicas las encargadas de organizar la prueba de acceso a la universidad y de hacer públicos los plazos y procedimientos para solicitar plaza en sus enseñanzas y centros en las fechas que determinen los órganos competentes de las comunidades autónomas, correspondiendo a la Conferencia General de Política Universitaria establecer procedimientos de coordinación entre ellas y, además, establecer unos plazos mínimos que permitan a los interesados concurrir a la oferta de todas las universidades (artículos 7 y 46).

Este mandato viene observándose cada año tan solo de manera parcial, dado que los plazos mínimos, que anualmente son fijados por la Conferencia General de Política Universitaria y publicados antes de la finalización del curso académico en el que se han de celebrar las pruebas, se refieren exclusivamente al período ordinario de matriculación que tiene lugar en el mes de julio, sin hacerse mención alguna al modo de proceder respecto al período extraordinario.

Así, la Resolución de 25 de marzo de 2011 de la Secretaría General de Universidades publicó el Acuerdo por el que se determinaron las fechas límite de preinscripción, de publicación de listas de admitidos y de inicio del período de matriculación a las que debían ajustarse las universidades públicas para el curso académico 2011-2012, y como en los años precedentes las fechas fijadas se refieren exclusivamente al procedimiento de la fase ordinaria, dejan-

do así plena libertad a cada universidad para fijar los plazos de la fase extraordinaria y propiciando con ello nuevamente que la ausencia de coordinación entre los distintos calendarios de celebración de la segunda convocatoria de las pruebas y de los períodos de matriculación extraordinaria, que mayoritariamente se desarrollan durante el mes de septiembre, quedaran solapados con el inicio del curso académico universitario, actualmente adelantado en todas las universidades tras la implantación del Espacio Europeo de Educación Superior, impidiendo de esta forma que los estudiantes puedan concurrir a la oferta de todas las universidades y obligándolos a iniciar el curso académico varias semanas después de haber comenzado para el resto de alumnos.

En el curso de esta investigación la Dirección General de Política Universitaria del Ministerio de Educación reconoció la necesidad, puesta de manifiesto por el Defensor del Pueblo, de impulsar las medidas necesarias para garantizar la armonización de los calendarios académicos, haciéndose en consecuencia expresa mención de esta problemática en la sesión de la Conferencia General de Política Universitaria celebrada el 24 de marzo de 2011, en la que el entonces ministro de Educación, en su calidad de presidente del mencionado órgano, se mostró partidario de una mayor racionalización del calendario escolar en la línea sugerida por esta Institución.

Pese al interés mostrado por el mencionado departamento ante esta iniciativa, que fue nuevamente defendida en la sesión de la Conferencia General de Política Universitaria que se celebró el 14 de julio de 2011, el único resultado obtenido durante el año 2011 se limitó al parecer a la creación de una Comisión de Trabajo que se encargaría de elaborar una propuesta de consenso para la armonización de fechas en los procedimientos de admisión en las universidades en la fase correspondiente a la convocatoria extraordinaria, y de los plazos para solicitar plaza en la segunda fase de admisión.

En lo que respecta a esta investigación de carácter general, debemos significar a V. I. que el Defensor del Pueblo permanece a la espera del informe solicitado en su momento al organismo entonces competente acerca de los resultados de las gestiones realizadas sobre este asunto, solicitud que se traslada ahora a esa Secretaría General de Universidades.

Junto a lo anterior, y en virtud de los datos ya recabados en el curso de esta investigación y conforme a lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora de esta Institución, he resuelto dirigir el presente escrito a V. I. para que traslade a quien ostente en la actualidad la responsabilidad de continuar las labores que sobre esta cuestión han sido ya emprendidas a instancias del Defensor del Pueblo, la siguiente recomendación:

> «Que con la suficiente antelación sean adoptadas cuantas medidas resulten precisas para que en los próximos procesos de admisión a los que se enfrenten los estudiantes para iniciar estudios en la universidad en el curso 2012-2013, se dé cumplimiento al deber que impone el artículo 46.2 del repetido Real Decreto 1892/2008, de 14 de noviembre, de establecer unos plazos mínimos que permitan a los interesados concurrir a la oferta de todas las universidades, tanto en la primera fase de admisión como en la segunda, y que a su vez se asuma la obligación legal atribuida por el artículo 42.3 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, en la redacción dada por la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, de velar por que el pro-

cedimiento de admisión a los estudios universitarios de carácter oficial sea general, objetivo y universal, tenga validez en todas las universidades y responda a criterios acordes con el espacio europeo de educación superior».

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.

Recomendación 24/2012, de 7 de marzo, formulada a la Agencia Estatal de Administración Tributaria, sobre la constancia de los datos y documentos aportados por los ciudadanos para confeccionar la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en el Servicio de Cita Previa de la Agencia Tributaria (11010766). Rechazada.

Se ha recibido escrito de V. I., s/ref.: (...), en el que emite informe relacionado con la queja número 11010766, formulada ante esta Institución por don (...), en el que se indica que las alegaciones del interesado fueron desestimadas porque no puso la diligencia necesaria en el cumplimiento de sus obligaciones al dejar de declarar una parte de las retribuciones del trabajo.

El artículo 179 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, dispone que las personas físicas podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción tributaria cuando resulten responsables de los mismos.

Sin embargo, le recordamos que el interesado modificó el borrador que le había sido remitido tras ser asesorado por el personal del Servicio de Cita Previa de esa Agencia Tributaria. Por ello, sorprende a esta Institución que esa agencia siga considerando que el señor (...) no actuó con la diligencia necesaria, cuando su actuación se ajustó a lo indicado por su personal. A contrario sensu, parece desprenderse de su informe que el interesado habría actuado diligentemente si se hubiera apartado de las indicaciones de la persona que le atendió que, a su vez, consultó en su momento a sus superiores.

Tal y como dispone el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias, la presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, sean administrativas en general o tributarias en particular, pues el ejercicio del *ius puniendi* en sus diversas manifestaciones está condicionado por el artículo 24.2 de la Constitución al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio, en el que puedan defenderse las propias posiciones. En tal sentido, el derecho a la presunción de inocencia comporta que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada, que la carga de la prueba corresponde a quien acusa, y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio.

Por lo que respecta al funcionamiento del Servicio de Cita Previa, hay que tener en cuenta que los ciudadanos acuden a ese servicio por su desconocimiento en materia tributaria, y confían en que su personal está suficientemente cualificado para esta función y, por tanto, les orientará adecuadamente sobre la tributación de sus rendimientos. Ello conlleva que confirmen el borrador elaborado en dicho servicio sin tener constancia, en muchas ocasiones, de los errores de los que adolece.

El problema radica en que la gestión del impuesto se traslada a los ciudadanos, a pesar de la carencia de conocimientos de la mayoría de ellos en materia tributaria. Por ello, se dirigen a esta Institución numerosos contribuyentes que no alcanzan a comprender por qué se ven inmersos en expedientes sancionadores cuando el error ha sido cometido por el personal de esa Agencia Tributaria, lo que provoca una grave situación de inseguridad jurídica.

Ya en el año 2007 se formuló una Recomendación para que se incluyera un impreso en el que constara toda la información y documentación facilitada por los contribuyentes, la cual

fue rechazada, a pesar de que el hecho de que no pueda quedar constancia de la información proporcionada por los ciudadanos produce una merma de la seguridad jurídica que ha de presidir las relaciones con la Administración tributaria, tal y como se desprende de las quejas que remiten los ciudadanos.

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, reguladora del Defensor del Pueblo, procede formular la siguiente sugerencia:

> «Que se anule la sanción tributaria impuesta a don (...), al no ser responsable de la infracción tributaria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 179 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, puesto que actuó con la diligencia necesaria, pero no fue correctamente asesorado por el personal de la Agencia 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 para que quede constancia de los datos y documentos aportados por los ciudadanos, con el fin de incrementar la seguridad jurídica de los contribuyentes y evitar la imposición de sanciones tributarias en aquellos supuestos en los que se haya actuado con buena fe y diligentemente».

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.

Recomendación número 25/2012, de 7 de marzo, formulada a la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, sobre la modificación de la normativa reguladora de la deducción autonómica por cantidades invertidas en el alquiler de vivienda habitual, de tal forma que quede garantizado el derecho de los arrendatarios a aplicar la citada deducción (11012998). Rechazada.

Se ha recibido su escrito en el que emite informe relacionado con la queja número 11012998, formulada ante esta Institución por don (...).

En el mismo nos informan de la normativa reguladora del depósito de fianzas, según la cual corresponde la obligación del depósito al arrendador, siendo la acreditación de la constitución de dicho depósito uno de los requisitos indispensables para tener derecho a la aplicación de la deducción por alquiler de la vivienda habitual.

El problema radica en que si el arrendador finalmente no deposita dicha fianza el arrendatario sufre un perjuicio sin tener responsabilidad al respecto, vulnerándose el principio de seguridad jurídica previsto en el artículo 9.3 de la Constitución española, que es un principio informador de todo el ordenamiento jurídico.

Los ciudadanos no deben soportar las consecuencias negativas de la actuación de un tercero, puesto que no existe una relación de causalidad entre su actuación y el perjuicio que sufren al perder el derecho a la deducción por alquiler de la vivienda habitual.

En consecuencia, no parece aceptable que sin existir una forma prevista para que el arrendatario pueda depositar la fianza en caso de que el arrendador no lo haga, tenga que perder el derecho a la deducción a consecuencia del incumplimiento del propietario.

Además, el artículo 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, recoge el derecho de los ciudadanos a que se les facilite el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.

Es por ello que deberían adoptarse medidas que garanticen los derechos de los arrendatarios, tal y como se han adoptado en otras comunidades autónomas, modificando la exigencia del requisito de depósito de fianza.

Por consiguiente, 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 modifique la normativa reguladora de la deducción autonómica por cantidades invertidas en el alquiler de vivienda habitual, de tal forma que quede garantizado el derecho de los arrendatarios a aplicar la citada deducción, con independencia de la actuación de los arrendadores, bien eliminando la exigencia de acreditar la constitución del depósito obligatorio de la fianza, o bien permitiendo a los inquilinos que sean ellos los que procedan al depósito de dicha fianza».

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.

Recomendación 26/2012, de 7 de marzo, formulada al Instituto Social de las Fuerzas Armadas del Ministerio de Defensa, sobre la notificación directa a los beneficiarios del Instituto Social de las Fuerzas Armadas de las variaciones que se produzcan en la cobertura que tienen otorgada (11019683). Aceptada.

Esta Institución agradece su informe (s/ref.: registro de salida...), en relación con la queja formulada por doña (...), registrada con el número arriba indicado.

Analizado su contenido, hemos estimado necesario realizar una serie de consideraciones al respecto.

En el citado informe se pone de manifiesto que, efectuado un cruce informático entre las bases de datos del Instituto Social de las Fuerzas Armadas y de la Tesorería General de la Seguridad Social, resultó acreditado que la interesada figuraba de alta desde el día 21 de noviembre de 2007 y en situación de «activo» en el régimen general de la Seguridad Social, por lo que se acordó su baja en dicho régimen especial el 27 de noviembre de 2007, al no reunir el requisito exigible de no tener derecho «por título distinto» a la prestación de asistencia sanitaria, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12 del Real Decreto Legislativo 1/2000, de 9 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, en relación con el artículo 2.3.c) del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, sobre prestaciones y ordenación de servicios médicos en el ámbito de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, legislación vigente en el momento de su baja.

Sin cuestionar el fondo del asunto, pues en efecto concurría en la interesada una duplicidad de asistencia sanitaria no permitida por la norma, sin embargo, y según se desprende de los documentos que se acompañan al referido informe, la resolución de baja en el régimen especial de las Fuerzas Armadas se comunicó, el 10 de diciembre de 2007, al titular del derecho, cónyuge de la beneficiaria, de quien se encontraba separada de hecho hacía años, lo cual podría haber impedido el oportuno conocimiento de la señora (...) de su situación ante el Instituto Social de las Fuerzas Armadas.

Por otra parte, mediante escrito remitido a la interesada el 19 de julio de 2011, en el que se le reclama el abono de determinada cantidad por la utilización desde el 27 de noviembre de 2007 y hasta el mes de mayo de 2011 de los servicios sanitarios de ese organismo, se le notifica textualmente: «Como usted bien sabe, desde el 28 de noviembre de 2007 se encuentra de baja como beneficiaria de ISFAS. En cambio, observamos que a pesar de ello, ha venido utilizando desde esa fecha y en reiteradas ocasiones la tarjeta sanitaria para acceder a los servicios sanitarios».

Sobre este aspecto, destaca que en el citado escrito se afirma con rotundidad que la interesada tenía conocimiento desde que se dictó la resolución de baja de que no podía emplear tales servicios, algo que podría no haber llegado a su conocimiento, dada su situación conyugal en aquel momento, pues la resolución de baja se notificó al titular causante del derecho y no a la propia interesada que era a quien se le daba de baja en su afiliación a este régimen especial.

En este sentido, el hecho de que las notificaciones de las altas, bajas u otras variaciones de las situaciones que se puedan producir en relación con la cobertura otorgada por este

régimen especial a los beneficiarios, condición que se define en el artículo 52 del Real Decreto 1726/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento general de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, se hagan exclusivamente a los titulares causantes del derecho, como se desprende de la Instrucción 4B0/03899/2009, de 3 de marzo, sobre el campo de aplicación de régimen especial de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas y régimen de afiliación al ISFAS, puede dar lugar a situaciones como la plasmada en este supuesto en las que la insuficiente comunicación entre titulares y beneficiarios impide a estos últimos conocer las vicisitudes que se produzcan en relación con el régimen de cobertura que tienen otorgado.

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 se adopten las medidas oportunas para que se notifique directamente a los beneficiarios las variaciones que puedan producirse en la cobertura que tienen otorgada a través de ese régimen especial, y así poder tener un conocimiento directo de las mismas, sin tener que depender necesariamente de que el titular causante del derecho voluntariamente se las comunique».

Al hilo de lo anterior, no es hasta el 18 de julio de 2011 cuando se recuerda directamente a la interesada, como se afirma en el último párrafo de su informe, por la Delegación de Navarra, a través de conversación telefónica, su situación de baja en ese régimen especial y la posibilidad de solicitar nuevamente su alta siempre que reuniera los requisitos exigidos, siendo posteriormente, a través del escrito antes referido de 19 de julio de 2011 remitido a su domicilio, cuando se le reclama el abono de los servicios a los que ha tenido acceso.

De lo inmediatamente expresado parece desprenderse que no ha habido una adecuada gestión por parte de los servicios de ese organismo pues, a pesar de estar dada de baja en ese régimen especial, ha podido utilizar durante casi cuatro años tanto la correspondiente tarjeta como los pertinentes servicios sanitarios sin que, en ningún momento antes de las fechas citadas, se le informara por ninguno de los servicios a los que tuvo acceso que ya no tenía la condición de beneficiaria para acceder a tal asistencia.

En consecuencia, a juicio de esta Institución, esa Administración militar ha de reparar en que una deficiente coordinación de los servicios administrativos y la falta de intercambio de información entre los mismos, como ha ocurrido en el presente supuesto, al permitir a la señora (...) sin impedimento alguno el acceso a la asistencia sanitaria aun estando de baja como beneficiaria, ha generado en la interesada la legítima confianza de que estaba ejerciendo el derecho que estimaba que le correspondía cuando, realmente, no era así.

En este sentido, el artículo 103.1 de la Constitución preceptúa que la Administración Pública actúe de acuerdo con el principio de coordinación, lo cual es reiterado en el artículo 3.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Por ello, el Defensor del Pueblo debe insistir ante ese Instituto Social de las Fuerzas Armadas en que la coordinación entre dependencias de un mismo órgano administrativo es esencial para asegurar a los ciudadanos que el derecho que ejercen es legítimo y acorde con la norma, con base a los principios recogidos en la citada Ley 30/1992, como una acción

esencial en el desarrollo de la actividad administrativa sobre la base de los principios de buena fe, transparencia y seguridad jurídica que deben regir las relaciones de los administrados con la Administración.

A tenor 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 el siguiente recordatorio de deberes legales:

> «Que se impartan las instrucciones oportunas para que, entre sus órganos dependientes y servicios, se adopten las necesarias medidas de coordinación para el ejercicio de su actividad que eviten, como ha sucedido en el presente supuesto, que el deficiente intercambio de información entre ellos impida a sus titulares y beneficiarios conocer y obtener con certeza los beneficios de los que pueden ser acreedores».

Por último, y teniendo en cuenta las argumentaciones expuestas, solicitamos la remisión de un informe sobre las previsiones con respecto a que la interesada deba soportar el abono de la cantidad reclamada pues, como ha quedado expuesto, a lo largo de estos años no se le ha impedido el acceso a la cobertura de este régimen especial, generando en la interesada la legítima confianza de estar ejerciendo un derecho que estimaba que le correspondía.

Agradeciéndole la remisión a esta Institución del preceptivo informe, así como de la aceptación de la recomendación y el recordatorio de deberes legales o, en su caso, de las razones que se estimen para no aceptarlos, de conformidad con los artículos 18, 28 y 30 de la indicada Ley Orgánica 3/1981.

Recomendación 27/2012, de 7 de marzo, formulada al Servicio Murciano de Salud de la Región de Murcia, sobre los criterios de funcionamiento de la Bolsa de Empleo (11020012). Aceptada.

Esta Institución agradece su informe (s/ref. salida...), en relación con la queja formulada por don (...), registrada con el número arriba indicado.

Analizado su contenido, y sin perjuicio de estimar que, como esa Administración anuncia, transcurrido un tiempo prudencial desde la emisión del informe, se haya resuelto expresamente en el sentido que se entendiera oportuno el recurso formulado, lo que constituía el objeto central de la queja, se estima necesario analizar la información adicional que acompaña a este tema, relativa a la tardanza en la resolución de los recursos administrativos, circunstancia apreciada en otras quejas tramitadas ante esa Administración sanitaria, de forma reiterada.

Como se expresa en su comunicación, la dilatación en la resolución administrativa de las reclamaciones y recursos responde a varios factores fundamentalmente relacionados con la gestión ordinaria de las bolsas de trabajo de cada categoría profesional.

Sobre esa base se alude al apreciable número de aspirantes que integran aquellos listados, que supera la cifra de 150.000 personas, siendo 40.000 los candidatos que integran la bolsa de la categoría de celador. A esta significativa suma hay que añadir que la valoración anual de los méritos de los aspirantes presentados hasta el 31 de octubre, son objeto de resolución pública, también de forma anual, en el mes de mayo.

Esto genera que frente a esas nuevas posibles puntuaciones se interpongan los correspondientes recursos de alzada ante esa Dirección Gerencia, estimándose en un número aproximado que ronda las mil actuaciones de reclamación en las que ha de valorarse jurídicamente la argumentación contenida en los recursos, operación para la cual se cuenta con medios humanos limitados, desembocando en la tardía resolución de esas impugnaciones que no se producen dentro del plazo establecido legalmente en el artículo 115.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Partiendo de estas premisas, si bien esta Institución comprende que tales razonamientos y circunstancias conlleven un retraso en la actividad de la unidad, resulta igualmente posible considerar que una actividad administrativa eficaz no puede ignorar los efectos que acarrea el análisis de esa repetida situación.

Con esto se quiere decir que al tratarse de una actividad de carácter estructural, puesto que obedece a unas condiciones previamente establecidas en función de la propia operatividad de la bolsa de empleo, en fechas en las que también es conocedora de esa mayor labor en la resolución de las impugnaciones, detectar la debilidad en esas actuaciones debe derivar en la mejora del servicio a prestar de forma que se vea reforzada en medios humanos, puntualmente y de forma programada, la unidad sobre la que recae la competencia y resolución de esos recursos o, en su caso, la habilitación de otra posible solución mediante otra fórmula en la que se encomiende la gestión periódicamente sin que sea preciso el incremento de personal, para tratar de paliar la lentitud en la resolución.

Pero es que además, a ese conocimiento del ciclo de mayor actividad administrativa no cabe imputarle la merma en las garantías que el ordenamiento jurídico establece en la resolución, en plazo, de los recursos formulados, de forma que pueda cumplirse el principio de eficacia que rige la actuación de la Administración recogido en el artículo 103.1 de la Constitución.

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 ese Servicio de Salud se arbitren las medidas necesarias para reforzar en medios humanos la unidad competente en la resolución de los recursos e impugnaciones generados por la bolsa de empleo, de forma que se dé cumplimiento al plazo de resolución de los recursos administrativos establecidos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en relación con el principio de eficacia del artículo 103.1 de la Constitución».

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.

Recomendación 28/2012, de 7 de marzo, formulada a la Subsecretaría del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, sobre las normas para la realización de transferencias y cesiones de derechos a prima y para el acceso a las reservas nacionales respecto a los productores de ovino y caprino (10002004). Aceptada.

Nos ponemos en contacto con V. I. en relación con el escrito remitido por la Secretaría General Técnica del entonces Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino (s/ref...), al que se adjunta el informe elaborado con motivo de la queja número 10002004, formulada ante esta Institución por don (...).

En el mismo, el abogado del Estado concluye que el artículo 14.1.c) del Real Decreto 1839/1997, de 5 de diciembre, por el que se establecen normas para la realización de transferencias y cesiones de derechos a primas y para el acceso a las reservas nacionales respecto a los productores de ovino y caprino y de los que mantienen vacas nodrizas, no genera inseguridad jurídica, pero que si siguieran suscitándose dudas sobre el alcance del precepto, podría dársele nueva redacción con motivo de una futura revisión del citado real decreto.

Esta Institución considera que dicho precepto debe ser modificado con el fin de garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos. En esta línea, el Tribunal Constitucional dispone en reiterada jurisprudencia que los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos exigen que la norma sea clara para que los ciudadanos sepan a qué atenerse ante la misma. En este orden de exigencias no cabe subestimar la importancia que para la certeza del Derecho y la seguridad jurídica tiene el empleo de una depurada técnica jurídica en el proceso de elaboración de las normas.

El Tribunal Constitucional considera inexcusable el esfuerzo del legislador, tanto estatal como autonómico, por alumbrar una normativa abarcable y comprensible para la mayoría de los ciudadanos a los que va dirigida; puesto que una legislación confusa, oscura e incompleta, dificulta su aplicación y además de socavar la certeza del Derecho y la confianza de los ciudadanos en el mismo, puede terminar por empañar el valor de la justicia.

El citado artículo 14.1.c) del Real Decreto 1839/1997, de 5 de diciembre, señala expresamente «... haber obtenido, en alguno de los dos años anteriores a la fecha de la solicitud de los derechos, alguna ayuda oficial...», pero desde ese Ministerio se considera que hace referencia únicamente a las ayudas que se haya resuelto conceder en ese periodo de tiempo, no las que se hayan efectivamente recibido. Interpretación que puede generar gran confusión en los ciudadanos, siendo prueba de ello la presente queja, así como las afirmaciones vertidas en su informe.

Por todo lo expuesto, 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 si a efectos de lo previsto en el artículo 14.1.c) del Real Decreto 1839/1997, de 5 de diciembre, por el que se establecen normas para la realización de transferencias y cesiones de derechos a primas y para el acceso a las reservas nacionales respecto a los productores de ovino y caprino y de los que mantienen vacas nodrizas, la intención del legislador es que únicamente se tengan en cuenta las ayudas que se

haya resuelto conceder en el plazo de los dos años anteriores a la fecha de presentación de la solicitud, y no las que efectivamente se hayan recibido; se proceda a la modificación de la redacción de dicho artículo para aclarar esta cuestión, con el fin de garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos».

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.

Recomendación 29/2012, de 7 de marzo, formulada a la Agencia Estatal de Administración Tributaria, para que se constate que las devoluciones que esta efectúa se realicen en una cuenta del obligado tributario o de su representante legal autorizado (11017982). Rechazada.

Se ha recibido escrito de esa Dirección General, s/ref.: (...), en el que emite informe relacionado con la queja número 11017982, formulada ante esta Institución por don (...), en el que concluyen que cuando las devoluciones se efectúen en la cuenta consignada en la autoliquidación mediante la cual se inicia el procedimiento de devolución, la AEAT no está obligada a emitir una nueva devolución, y deberá ser el contribuyente quien exija al perceptor de la misma el reintegro de la cantidad obtenida indebidamente por la vía jurisdiccional civil.

Asimismo, consideran que de lo dispuesto en el artículo 132.1 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento general de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, no puede resultar una obligación para la Administración de comprobar, en todo caso, que el interesado haya consignado una cuenta que él mismo o su representante legal tengan abierta en una entidad de crédito.

Sorprende a esta Institución el criterio que mantiene esa Agencia Tributaria a la hora de interpretar la normativa vigente, puesto que si bien se caracteriza generalmente por su rigidez e inflexibilidad en detrimento de los intereses de los ciudadanos; cuando se trata de sus propias obligaciones la laxitud deviene la nota predominante en su interpretación.

Le recordamos que según lo previsto en el artículo 12 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, las normas tributarias deben interpretarse con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 3 del Código Civil. Dicho artículo dispone que las normas deben interpretarse según el sentido propio de sus palabras.

En este sentido, el apartado 1 del citado artículo 132 es muy claro cuando 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.

En consecuencia, teniendo en cuenta que la Administración debe estar al servicio de los ciudadanos, y que tal y como se establece en el artículo 31 de la Constitución española, nuestro sistema tributario debe ser un sistema justo, corresponde a esa Administración adoptar las medidas que sean necesarias para garantizar el cumplimiento de este requisito en aras a garantizar la observancia del principio de legalidad que debe presidir en todo caso la actuación de la Administración Pública.

Por lo que se refiere a la devolución al interesado del importe que le corresponde, le recordamos que el citado artículo 132 dispone en su apartado 3 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.

Esta Institución considera que no es admisible la solución propuesta al interesado de acudir a la vía jurisdiccional civil para exigir al perceptor de la devolución el reintegro de la

cantidad obtenida indebidamente, teniendo en cuenta los perjuicios que ello conlleva para el interesado, y que esa Agencia dispone de medios más que suficientes para obtener la devolución del importe abonado incorrectamente, por lo que dicha cantidad le debe ser ingresada con independencia de las actuaciones que se realicen contra el tercero, en este caso, la compañía (...).

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 a la devolución al interesado del importe que le corresponde en concepto del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, ejercicio 2009, más los correspondientes intereses de demora, en una cuenta bancaria de su titularidad».

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 para que desde la Agencia Estatal de Administración Tributaria se compruebe que las devoluciones que proceda realizar se efectúen en una cuenta que el obligado tributario o su representante legal autorizado tengan abierta en una entidad de crédito, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 132.1 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento general de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos».

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.

Recomendación 30/2012, de 8 de marzo, formulada a la Agencia Estatal de Administración Tributaria, sobre la modificación de la redacción de la diligencia de embargo de la renta arrendaticia, los mecanismos establecidos para proceder al pago, así como las consecuencias de su incumplimiento (11021226). Rechazada.

Se ha recibido escrito de esa Dirección General, s/ref. (...), en el que emite informe relacionado con la investigación de oficio, registrada con el número 11021226, iniciada por esta Institución sobre la comunicación a los inquilinos del embargo de los derechos arrendaticios para saldar las deudas que tienen sus caseros con el Estado.

Por lo que se refiere a la primera de las medidas propuestas, relativa al formato de la carta remitida a los ciudadanos, se indica en su informe que se redoblarán los esfuerzos para intentar simplificar dicho documento, en la medida de lo posible, cuando el destinatario del mismo sea una persona física.

Esta Institución confía en que esa Agencia Tributaria, que cuenta con personal sumamente cualificado, podrá, fácilmente, sin gran esfuerzo, redactar un escrito claro, razonado y accesible, con el fin de que los ciudadanos alcancen a comprender el motivo por el que se les remite una carta en la que se les comunica el embargo del importe que deben abonar por el alquiler a los arrendadores.

Respecto al pago de dicho importe, si bien se informa de la posibilidad de realizar el mismo telemáticamente e incluso telefónicamente, es preciso señalar que los trámites deben realizarse cada mes, lo que perjudica a la mayoría de los inquilinos que con carácter habitual realizan el pago de los derechos arrendaticios mediante transferencia bancaria automática. Es por ello que desde esta Institución se estima que debería permitirse a los arrendatarios la transferencia bancaria, con el fin de facilitarles el ejercicio de sus obligaciones de la forma que les resulte menos gravosa, de conformidad con lo previsto en el artículo 34.1.k) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

Por último, en relación a las consecuencias del incumplimiento de la orden de embargo, se alega que se incluyen las mismas en la diligencia de embargo para que su receptor esté informado de la trascendencia del acto y de las responsabilidades en que puede incurrir en caso de incumplimiento, debido a su relación con esa Agencia Tributaria en virtud de la diligencia de embargo recibida; con independencia de las relaciones internas entre arrendador y arrendatario que se regirán por el título contractual y por la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.

Por consiguiente, el inquilino puede incurrir en responsabilidad en el caso en que incumpla el requerimiento tributario respecto a la orden de embargo, no facilitando la información solicitada o procediendo al pago de la renta al arrendador en lugar de a esa Agencia Tributaria.

Pero, dado que las relaciones internas entre arrendador y arrendatario se rigen por el contrato firmado entre ambos y por la citada Ley de arrendamientos urbanos, el impago de la renta de arrendamiento propiamente dicha tendrá las consecuencias previstas en el contrato o en la ley, pero en ningún caso podrá conllevar sanciones tributarias. Como ya se señaló en nuestra anterior comunicación, tanto el artículo 27 de la Ley de Arrendamientos Urbanos como el 1124 del Código Civil establecen que el arrendador podrá elegir entre exigir el cumplimien-

to de la obligación o resolver el contrato; no pudiendo intervenir en este ámbito esa Agencia Tributaria, al tratarse de relaciones internas entre particulares, y de un contrato de alquiler que el inquilino en ningún momento ha firmado con la Administración tributaria.

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 se remita a los ciudadanos un escrito en el que se explique claramente el procedimiento de pago de la renta arrendaticia, que se permita a los inquilinos el pago de dicha renta mediante transferencia bancaria, y que se especifiquen las consecuencias del incumplimiento del requerimiento, aclarando que el incumplimiento del pago de la renta en sí se ajustará a lo dispuesto en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, y a lo estipulado en el contrato».

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.

Recomendación 31/2012, de 9 de marzo, formulada a la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio del Interior, sobre la captación, extracción y conservación de las grabaciones de las cámaras de seguridad en el ámbito penitenciario (10003360). Pendiente.

Esta Institución, en fecha 22 de marzo de 2100, remitió el escrito que a continuación se reproduce, relativo al expediente registrado con el número de referencia arriba indicado.

«Que la investigación interna efectuada para esclarecer las circunstancias del fallecimiento de don (...), el día 15 de enero de 2010 en el patio n.º 7 del departamento de aislamiento del Centro Penitenciario de Albocàsser (Castelló/Castellón), y la eventual existencia de responsabilidad en los funcionarios actuantes, ha concluido con la exoneración de los mismos.

Con independencia de la apreciación de la existencia o no de una actuación correcta de los funcionarios intervinientes, interesa a esta Institución en este momento fijarse en un aspecto que estimamos relevante, cual es la aparente inexistencia de un protocolo de recuperación de imagen de las cámaras de las grabaciones tomadas por las cámaras de videovigilancia en los soportes en que quedan almacenadas.

El informe que nos ha sido remitido pone de relieve que la localización de las grabaciones correspondientes a las cámaras 19 y 20 del día 15 de enero de 2010, fue efectuada al momento de ser instruida la información reservada pero no con carácter inmediato al óbito, como parece razonable que estuviera establecido si existiera un protocolo normalizado al efecto.

Este hecho, que estimamos posiblemente carezca de trascendencia para la apreciación de responsabilidad disciplinaria, sí abona la tesis mantenida por esta Institución de que resulta necesario que en los centros penitenciarios exista un protocolo normalizado de actuación en materia de recuperación de grabaciones de los videos obtenidos por los sistemas de videovigilancia.

Por otra parte, llama nuestra atención que en un centro moderno como el de Castellón los equipos de grabación y almacenamiento de imágenes presentan unas características como las puestas de relieve en su escrito y que a la postre han impedido a esa Administración disponer de las grabaciones correspondientes a las cámaras 19 y 20 del patio n.º 7 del departamento de aislamiento en el momento en que se produjo el suicidio del interno don (...), el día 15 de enero de 2010.

Para finalizar se ha de reconocer la celeridad con que fue instruida la Información Reservada a la que nos venimos refiriendo, pues habiéndose producido el fatal hecho el día 15 de enero, once días después, ya estaba disponible el informe de la inspección correspondiente».

En el último informe remitido por esa Administración se nos participa que los sistemas de grabación de videovigilancia existentes en los diferentes centros penitenciarios son muy diversos y de tecnología muy heterogénea, asimismo, la funcionalidad de estos resulta también muy variada. Por lo tanto, el proceso para poner en marcha un protocolo normalizado de actuación en materia de recuperación de grabaciones, tal y como sugiere esta Institución, conllevaría un riguroso estudio individualizado de todos y cada uno de los sistemas existentes; sus características, su uso, sus tiempos de almacenamiento, etc., y en base a ello, determinar

un procedimiento normalizado que pudiera ser útil y de aplicación para la globalidad de los establecimientos penitenciarios.

En consecuencia y dada la importancia que esta Institución concede a la disponibilidad, conservación y extracción protocolizada de las grabaciones de las cámaras de video de los sistemas de videovigilancia de los centros penitenciarios, 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 se proceda a realizar un estudio detallado de la situación existente en cada uno de los centros penitenciarios gestionados por esa Administración de cara a disponer de los datos necesarios para proceder de forma escalonada a la protocolización de la captación, extracción y conservación de las grabaciones de las cámaras de seguridad de los centros penitenciarios gestionados por esa Administración».

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

Recomendación 32/2012, de 13 de marzo, formulada al Ayuntamiento de Guadalajara, sobre la convivencia ciudadana en espacio público, especialmente en lo que se refiere a la aplicación de sanciones cuando se comprueban conductas inadecuadas (11004723). Aceptada.

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 relación con lo informado, esta Institución efectivamente comprueba que ese Ayuntamiento ha dado respuesta, en la medida en que las disponibilidades del servicio de la Policía Local lo ha permitido, a los requerimientos de actuación efectuados por el señor (...) cuando ha observado conductas contrarias a las permitidas por las ordenanzas municipales que resultan de aplicación en ese municipio y, de forma específica, en la Ordenanza de medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en el espacio público de Guadalajara. En este sentido, se comprueba que por escrito de fecha 3 de febrero de 2011 se dio respuesta a lo planteado por el interesado en torno a esta cuestión.

Ahora bien, también es cierto que esta Institución estima, a la vista de la documentación gráfica aportada por el interesado sobre la situación del parque en cuestión, y de sus alegaciones formuladas a lo largo de la tramitación de la presente queja, que ese Ayuntamiento no ha agotado las posibilidades que su propia normativa municipal le ofrece para erradicar actitudes contrarias a la convivencia ciudadana, realizando una aplicación rigurosa de la citada ordenanza cada vez que el ciudadano en cuestión ha ejercido su derecho y obligación, previsto en el artículo 53 de la Ordenanza, de formular las correspondientes denuncias ciudadanas.

En este sentido y como ese Ayuntamiento conoce, el citado artículo 53 prevé: «Sin perjuicio de la existencia de otros interesados aparte del presunto infractor, cualquier persona, en cumplimiento de la obligación prevista en el artículo 45, puede presentar denuncias para poner en conocimiento del Ayuntamiento la existencia de un determinado hecho que pueda ser constitutivo de una infracción de lo establecido en esta Ordenanza.

Las denuncias deberán expresar la identidad de la persona o personas que las presentan, el relato de los hechos que pudieran constituir infracción, la fecha de su comisión y, cuando sea posible, la identificación de las personas presuntamente responsables».

Si bien es cierto que el contenido de alguna de las denuncias formuladas por el señor (...) versaban sobre la práctica del botellón en el citado parque, y que sensu stricto, como expresa ese Ayuntamiento en el escrito dirigido al compareciente con fecha 3 de febrero de 2011, dicha práctica era aislada y no podía conceptuarse como botellón, al no causarse molestias por la acción de consumo y no existir una concentración de personas, sin embargo el interesado ha puesto en conocimiento de esa Administración otra serie de conductas o hechos que sí tienen cabida en los supuestos de hecho contemplados por la norma.

Así, en concreto, el señor (...) hacía referencia a que en época estival, algunas de las personas se encontraban con menores que deambulaban desnudos por el parque donde realizaban sus necesidades fisiológicas y donde supuestamente podrían estar ejerciendo la mendicidad.

En relación con dicho extremo, la Ordenanza de medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en el espacio público de Guadalajara, en su artículo 23, contempla que se tiende a proteger a las personas que se encuentran en Guadalajara frente a conductas que adoptan formas de mendicidad insistente, intrusiva o agresiva, así como organizada, sea ésta directa o encubierta bajo prestación de pequeños servicios no solicitados, o cualquier otra fórmula equivalente, así como frente a cualquier otra forma de mendicidad que, directa o indirectamente, utilice a menores como reclamo o estos acompañen a la persona que ejerce esa actividad.

Por su parte, el artículo 28 establece las normas de conducta prohibiendo hacer necesidades fisiológicas, como defecar u orinar en cualquiera de los espacios definidos en el artículo 3 de esta ordenanza, como ámbito de aplicación objetiva de la misma, salvo las instalaciones o elementos que estén destinados especialmente a la realización de tales necesidades.

Igualmente, queda especialmente prohibida la conducta descrita en el apartado anterior cuando se realice en espacios de concurrida afluencia de personas o frecuentados por menores, o cuando se haga en monumentos o edificios catalogados o protegidos.

Teniendo en cuenta que algunas de las personas que suelen encontrarse en este espacio público pudieran tener la condición de drogodependientes, la Ordenanza contempla que cuando se trate de personas en situación de exclusión social, será de aplicación lo previsto en el apartado correspondiente de esta Ordenanza, es decir, las medidas de carácter social establecidas en el artículo 54 de la misma, consistentes en un completo régimen de actuación de los servicios sociales municipales para atender este tipo de situaciones.

Así, cuando el presunto responsable del incumplimiento de la Ordenanza sea indigente o presente otras carencias o necesidades de asistencia social o de atención médica especiales o urgentes, los agentes de la autoridad que intervengan le informarán de la posibilidad de acudir a los servicios sociales o médicos correspondientes y del lugar concreto en el que puede hacerlo.

En aquellos casos especialmente graves o urgentes, y con el único objeto de que la persona pueda recibir efectivamente y lo antes posible la atención social o médica requerida, los agentes de la autoridad u otros servicios competentes podrán acompañarla a los mencionados servicios.

Asimismo, siempre que sea posible, los servicios municipales intentarán contactar con la familia de la persona afectada para informarle de la situación y circunstancias en las que ha sido encontrada en el espacio público.

Inmediatamente después de haber practicado estas diligencias, en caso de que las mismas hubieran sido llevadas a cabo por agentes de la autoridad, estos informarán sobre ellas a los servicios municipales correspondientes, con la finalidad de que adopten las medidas oportunas y, si procede, hagan su seguimiento o, en su caso, pongan el asunto en conocimiento de la autoridad o Administración competente.

Todo lo anteriormente expresado pone de relieve la importancia de la actuación inspectora y sancionadora de la Administración, a la vez que también la preventiva y socializadora de las personas que se encuentren en situación de exclusión social.

Como claramente se establece en la exposición de motivos de esta normativa municipal, la misma se basa en el «reconocimiento del derecho de todos a comportarse libremente en los espacios públicos y a ser respetados en su libertad; pero, por otro lado, también, en la necesidad de que todos asumamos determinados deberes de convivencia y de respeto a la libertad, la dignidad y los derechos reconocidos a los demás, así como al mantenimiento del espacio público en condiciones adecuadas. Y, todo ello, además, siendo conscientes de que, para el logro de estos objetivos, no basta con el ejercicio, por parte de la autoridad municipal, de la potestad sancionadora, que en ocasiones también es necesario, sino que es preciso, también, que el Ayuntamiento lleve a cabo las correspondientes actividades de fomento y de prestación social necesarias para promover los valores de convivencia y el civismo en la ciudad y para atender convenientemente a las personas que lo puedan necesitar».

En consecuencia, 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 aplicación de las disposiciones contenidas en la Ordenanza de medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en el espacio público de Guadalajara, y en cuanto otra normativa sectorial resulte de aplicación, ese Ayuntamiento, para la adecuada ordenación de las relaciones sociales de convivencia de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos, realice las actuaciones necesarias para el fomento de la convivencia ciudadana y el civismo, aplicando las sanciones pertinentes en caso de comprobarse la realización de conductas inadecuadas y contrarias a la misma, que conduzcan a la desaparición de las molestias denunciadas por el interesado y a un uso racional y respetuoso para todos los vecinos del espacio público en cuestión».

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

Recomendación 33/2012, de 14 de marzo, formulada a la Consejería de Justicia y Bienestar Social de la Comunitat Valenciana, para que se incremente la plantilla de personal del Registro Civil de Denia (Alacant/Alicante) (10015040). Pendiente.

Se acusa recibo a su atento escrito (s/ref.: [...]), en el que nos contesta a la queja planteada por don (...) y doña (...), y registrada con el número arriba indicado.

En dicho informe se comunica que se reiteran en su informe de fecha 20 de enero de 2011, en el sentido de que esa Consejería, dentro de sus competencias y teniendo en cuenta los actuales ajustes presupuestarios, ha tomado las medidas oportunas para intentar dar respuesta a las peticiones de los ciudadanos en relación con el funcionamiento de los registros civiles.

No obstante, se ha de llamar la atención sobre el hecho de que desde 1992 no se han producido incrementos de plantilla, según su propia información, y que las medidas de refuerzo se han limitado a dos prolongaciones de jornada del mismo personal. Lo que explica que los tiempos de tramitación sigan siendo insufribles para los ciudadanos, con las consiguientes limitaciones graves para el ejercicio de todos aquellos derechos y libertades que presupongan la realización de una inscripción en dicho Registro, que siguen requiriendo más de dos años de espera.

Si bien es cierto que la situación actual es de restricción presupuestaria, no lo es menos que los recortes no pueden afectar por igual a todas las necesidades de gasto, y que lo referente a la celeridad en la práctica de las inscripciones es y debe ser prioritaria porque de ella depende la efectividad del respeto de derechos fundamentales, a diferencia de lo que ocurre con otras partidas presupuestarias, en las que tal incidencia no se da.

En virtud de tales consideraciones, 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 incremente la plantilla de personal del Registro Civil de Denia (Alacant/Alicante) en modo proporcional al incremento de población y nuevas necesidades del servicio experimentado en dicha población desde 1992».

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

Recomendación 34/2012, de 14 de marzo, formulada al Ayuntamiento de Vigo (Pontevedra), sobre la modificación de la ordenanza del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, para fraccionar las liquidaciones cuando existan varios cotitulares debidamente inscritos con su coeficiente de participación en el Catastro Inmobiliario (08006322). Rechazada.

Se ha recibido su escrito (s/ref.: expte. [...]; registro de salida [...]), en relación con la queja formulada por don (...), que fue registrada en esta Institución con el número arriba indicado, en el que manifiesta que de acuerdo con el artículo 4.1 de la Ordenanza fiscal reguladora del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, «... Aunque concurran varias titularidades catastrales en un mismo bien inmueble, el sujeto pasivo será único: quien figure con esta condición en el Fichero de remisión del Padrón Catastral anual...», y añaden que en el mismo sentido se pronuncia la ordenanza fiscal general del Ayuntamiento de Vigo en su artículo 20.4: «... En relación a cada hecho imponible, el sujeto pasivo obligado al pago de la deuda tributaria será único aun cuando concurrieran varias titularidades de derechos sobre un mismo objeto tributario».

Atendiendo a esta regulación concluyen que no es posible modificar la emisión de recibos del impuesto sobre bienes inmuebles de la finca objeto de esta queja, a pesar de que los titulares catastrales están debidamente inscritos con su cuota de participación en dicho registro.

En primer lugar hay que referirse al artículo 63 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, que aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales cuando establece que son sujetos pasivos del impuesto sobre bienes inmuebles, a título de contribuyentes, las personas naturales y jurídicas y las entidades a que se refiere el artículo 35.4 de la Ley General Tributaria, que ostenten la titularidad del derecho que, en cada caso, sea constitutivo del hecho imponible del impuesto.

Por su parte, de acuerdo con el tenor literal del artículo 64.1 del mismo texto legal, y respecto de la responsabilidad solidaria de los cotitulares de los bienes inmuebles, estos responden de acuerdo con sus respectivas participaciones según los términos del artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, si están inscritos de tal modo en el Catastro Inmobiliario, y de no estar inscritos, se les exigirá por partes iguales.

El citado artículo 35.4 establece: «Tendrán la consideración de obligados tributarios, en las leyes en que así se establezca, las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptibles de imposición». El mismo artículo, en su punto sexto, añade que la concurrencia de varios obligados tributarios en un mismo presupuesto de una obligación determinará que queden solidariamente obligados frente a la Administración tributaria al cumplimiento de todas las prestaciones, salvo que por ley se disponga expresamente otra cosa. Y continúa diciendo que serán las leyes las que podrán establecer otros supuestos de solidaridad diferentes a los que aquí se recogen.

Por último, el mismo artículo en su punto 6 establece: «Cuando la Administración sólo conozca la identidad de un titular practicará y notificará las liquidaciones tributarias a nombre del mismo, quien vendrá obligado a satisfacerlas si no solicita su división. A tal efecto, para que proceda la división será indispensable que el solicitante facilite los datos personales y el

domicilio de los restantes obligados al pago, así como la proporción en que cada uno de ellos participe en el dominio o derecho transmitido».

Por tanto, y debido a que la Administración conoce los datos de los titulares y su participación en el bien y que se ha solicitado su división, no se encuentra obstáculo para que el Concello de Vigo mantenga la regulación de las ordenanzas que cita, ya que estas, como reglamentos que son, no pueden contravenir lo establecido en una norma de rango superior, ni mucho menos extender previsiones en materia de gestión que las vulneren, por mucho que esa regulación facilite la gestión tributaria. Lo contrario sería incurrir en un defecto de regulación ultra vires, con las consecuencias de nulidad que lo acompañan.

Se ha de señalar además que el artículo 42.1.b) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, dispone respecto de la responsabilidad de la deuda tributaria que los cotitulares de las entidades a que se refiere el apartado 4 del artículo 34 de la ley, lo serán en proporción a sus respectivas participaciones sobre las obligaciones tributarias materiales.

También conviene citar el Código Civil que en el artículo 392, dedicado a la comunidad de bienes, estipula que hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece pro indiviso a varias personas. Lo que supone que los copropietarios pueden optar entre constituir una comunidad de bienes y por tanto pasar a ser una de las entidades que recoge el artículo 35.4 de la Ley General Tributaria, y que sería como tal entidad la propietaria del inmueble y sujeto pasivo de los impuestos correspondientes, o bien compartir, simplemente, el derecho de propiedad sin obligación de constituir ningún tipo de entidad, en cuyo caso, los copropietarios del bien pasan a ser sujetos pasivos del impuesto sobre bienes inmuebles, quedando solidariamente obligados frente a la Administración tributaria.

Por ello, y de acuerdo con los artículos 61 y 63 citados del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, que aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, es evidente que todos los cotitulares del derecho de propiedad sobre el bien inmueble son sujetos pasivos del impuesto sobre bienes inmuebles, aunque exista un único hecho imponible, encajando en la previsión del artículo 35.6 de la LGT, que permite la división de la cuota tributaria a solicitud de los contribuyentes, y considerando que, además, los diferentes titulares constan debidamente inscritos con sus respectivas cuotas de propiedad y datos personales para su identificación en el Catastro Inmobiliario que da origen al padrón del impuesto.

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 en aplicación del principio de reserva de ley, y con respeto a los artículos 35 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, y 61 y 63 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, que aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, se modifiquen el artículo 20.4 de la Ordenanza Fiscal General del Ayuntamiento de Vigo y el artículo 4.1 de la Ordenanza fiscal reguladora del impuesto sobre bienes inmuebles de ese Ayuntamiento, permitiendo que existan tantos sujetos pasivos como cotitulares existan de un bien inmueble».

Practicada la modificación recomendada procede, además, formular la siguiente sugerencia:

> «Que tras modificar las ordenanzas fiscales señaladas, se proceda a emitir tantos recibos del impuesto sobre bienes inmuebles por la fincas correspondientes a las referencias catastrales (...) y (...), por el porcentaje de participación de sus respectivos titulares, de acuerdo con la información obrante en el Catastro Inmobiliario, tal y como ha sido solicitado por el interesado».

Agradeciendo 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 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.

Recomendación 35/2012, de 14 de marzo, formulada a la Dirección General del Catastro del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, para la mejora del servicio que los ciudadanos reciben de la actuación de la citada dirección general (12004824). Pendiente.

Se acompaña a este escrito un estudio realizado sobre «La realidad catastral en España». Este trabajo se centra en el funcionamiento del Catastro Inmobiliario desde la perspectiva de sus relaciones con los ciudadanos y la razón para su realización se encuentra en la transformación operada en el mismo, ya que en el pasado inmediato era prácticamente un censo de bienes inmuebles que fijaba un valor administrativo para cada uno con una finalidad únicamente fiscal, sin embargo hace unos años ha dejado esta misión para convertirse en un registro de inmuebles multifuncional, en el que las fincas están valoradas según mercado y cuyo mantenimiento exige la colaboración activa de los ciudadanos y otras instituciones, para lo cual se ha dotado a esa Administración de medios materiales y facultades que no siempre se ejercen con las debidas garantías.

La nueva situación, así como el proceso para llegar a ella ha tenido reflejo en las quejas que se presentan en el Defensor del Pueblo, en los últimos informes a las Cortes Generales y, en particular, desde la promulgación del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, que aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, se han recogido numerosas quejas que ponen de manifiesto las dificultades que encuentran los ciudadanos cuando utilizan los servicios de esa Dirección General del Catastro y los órganos dependientes. No hay que olvidar que esta Institución tiene como misión, según lo dispuesto en el artículo 54 de la Constitución española, desarrollado en la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, velar por la defensa de los derechos y libertades contenidos en el Título I de la CE, a cuyo fin supervisa la actuación de las Administraciones públicas. Entre los derechos y deberes constitucionales de los ciudadanos se encuentra el derecho a un sistema tributario justo, así como el deber de contribuir en función de la capacidad económica de cada uno. Precisamente, este artículo 31 expresa los principios que se han de predicar del sistema tributario en su conjunto. A ello hay que añadir, la obligación de las Administraciones públicas de servir con objetividad al interés general y el sometimiento pleno a todo el ordenamiento jurídico.

Tal y como señala la exposición de motivos de la Ley 48/2002, de 23 de diciembre, del Catastro Inmobiliario, «La historia del Catastro discurre pareja al nacimiento y evolución del Estado moderno, y sus momentos de mayor o menor significación han sido, generalmente, un eco nítido de las distintas situaciones que ha atravesado la Hacienda pública». Esta referencia se repite posteriormente en la exposición de motivos del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, con lo que queda claramente plasmada la significación y servicio eminentemente fiscal del Catastro. Aunque esta función tributaria ha propiciado su desarrollo y evolución, tanto en sus orígenes históricos como en el presente, no es este el único objetivo que pretende el Catastro, pues hoy constituye la mayor base de datos de información territorial gráfica y económica que existe, ya que se alimenta de la información que obligatoriamente tienen que suministrar los ciudadanos, profesionales y demás entidades públicas y privadas. Hay que tener en consideración que el Catastro cuenta con un soporte gráfico de todo el suelo tanto rústico como ur-

bano, en el que figuran representadas todas las parcelas constando superficies y linderos, además recoge la valoración que se asigna al suelo y al vuelo, así como los usos y titulares de los inmuebles.

Esta evolución, desde una organización de carácter fundamentalmente censal a la actual, ha transformado y propiciado su carácter técnico que sirve a la gestión y control de la fiscalidad inmobiliaria, que se utiliza para la aplicación de los principios constitucionales de generalidad y justicia tributaria, pero que también se usa para la gestión o el control de subvenciones comunitarias, nacionales, autonómicas y locales. Además se ha convertido en una fuente de información, control y gestión del territorio, de políticas agrícolas y de infraestructuras y actuaciones urbanísticas. De hecho, la paulatina incorporación de la información gráfica y de identificación catastral de las causas se solapa con algunas de las funciones que tradicionalmente se atribuían al Registro de la Propiedad.

Para efectuar este trabajo, como sin duda conoce, se han visitado las Gerencias Territoriales del Catastro de Ávila en Castilla y León; Badajoz en Extremadura; Toledo y Guadalajara en Castilla-La Mancha; Alicante/Alacant, Castellón de la Plana/Castelló de la Plana y Valencia/València en la Generalitat Valenciana; A Coruña y Pontevedra en Galicia; Huesca y Teruel en Aragón; Palma de Mallorca en las Illes Balears; Tenerife y Gran Canaria en Canarias; Córdoba, Málaga, Cádiz y Almería en Andalucía; Lleida, Tarragona y Girona en Cataluña, y Ceuta. Las visitas se han desarrollado con normalidad, incluso cuando el personal de la Institución se ha presentado en la sede sin avisar previamente, también hay que señalar que la colaboración ha sido buena en todo momento, salvo con alguna rara excepción. Se han usado los datos contenidos en las quejas y se han elaborado 51 cuestionarios que han sido respondidos por cada una de las Gerencias, que en general han contestado con prontitud salvo en los casos de Girona, Lleida y Tarragona, que no han respondido hasta recibir un requerimiento recordando el deber de colaboración con esta Institución establecido en el artículo 19 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo; y en el caso de Almería y Ceuta que hubo que efectuar un segundo requerimiento para conseguir la información solicitada, es más la visita a estas dos Gerencias obedece a la ausencia de respuesta a los escritos enviados y únicamente tras realizar la misma se consiguió la colaboración, sin que haya supuesto una actitud entorpecedora. Entre otras cuestiones la Gerencia de Ceuta no cuenta con un Gerente desde hace tiempo, por hallarse de baja médica.

El envío de los cuestionarios a las distintas Gerencias estaba encaminado a obtener una idea de su situación y necesidades desde su propia perspectiva, dando visibilidad a los problemas concretos de cada una, sin embargo ello no se ha conseguido en todos los extremos planteados pues muchas de las preguntas no han sido contestadas por ellas directamente sino por esa Dirección General del Catastro. No obstante hay que señalar que ni los datos ni las cuestiones tratadas son exhaustivos, pero sí nos han permitido llegar a unas conclusiones concretas sobre el funcionamiento del Catastro, los problemas actualmente existentes y proponer algunas soluciones a los mismos.

No ha sido posible visitar todas las Gerencias como sería deseable, pero el tiempo y los recursos impiden abordar un proyecto de esa naturaleza. En principio la elección de las visitas ha sido aleatoria, pero no se ha dejado de ir a aquellas Gerencias que por razones concretas presentan, a juicio de esta Institución, una problemática particular.

El trabajo se centra en el funcionamiento del Catastro Inmobiliario, tanto desde la dotación de medios materiales y humanos, como del cumplimiento de los objetivos que marca la Ley, sin olvidar las garantías que han de seguir los procedimientos tributarios que aplica para el logro de sus fines, todo ello desde la perspectiva de las relaciones con los ciudadanos.

Las conclusiones de todo lo actuado se encuentran a lo largo del texto del estudio y se finaliza 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 con las siguientes recomendaciones, que consideramos ayudarían a contribuir a un mejor funcionamiento y mayor respeto de los derechos de los ciudadanos y las garantías de los mismos a través de los procedimientos.

Recomendaciones

Recomendaciones generales

«a) Es preciso emprender una labor divulgativa del servicio que el Catastro presta o puede prestar a los ciudadanos, además de adoptar una política reforzada de información ciudadana al igual que la seguida por otros órganos administrativos, ayudando a conocer a los ciudadanos las actuaciones que se siguen por el Catastro que puedan ser de su interés por afectar a sus derechos.

b) El amplio proyecto iniciado por el Catastro y la multitud de funciones y competencias adquiridas no van aparejados con los recursos que tiene, por ello debería reflexionar sobre la oportunidad de ralentizar su transformación e ir desarrollando dicho proyecto de forma más pausada y sobre todo con el debido respeto a los principios y garantías que la Constitución impone a la Administración Pública, pues en caso contrario no estaría legitimada su labor. En momentos de escasez no se trata de hacer lo mismo rebajando la calidad del resultado al contar con menos recursos, sino de prescindir de lo innecesario y seguir más despacio sin renunciar al objetivo.

c) Por razones de técnica legislativa y de seguridad jurídica, de acuerdo con el artículo 9.3 CE, se recomienda que las modificaciones legislativas que tengan como finalidad algún cambio en la normativa catastral se adopten en el seno de un texto legal que tenga relación con la materia, pues la práctica seguida de aprovechar cualquier ley para introducir las mismas dificulta su conocimiento por parte de sus destinatarios».

Recomendaciones sobre personal

«a) Dadas las competencias asumidas por el Catastro los medios personales con que cuenta son insuficientes para abordar la labor emprendida, por lo que se recomienda que en lugar de continuar amortizando las plazas vacantes se valoren las necesidades de las Gerencias y Subgerencias en las futuras convocatorias.

b) Las enfermedades de larga duración, así como las bajas por maternidad y paternidad deben ser sustituidas, ello no supone un coste adicional para la Administración Pública. Es imposible que una plantilla ya de por sí ajustada pueda hacer frente al trabajo de los ausentes, en caso contrario se estaría poniendo en evidencia la con-

tingencia de ese personal. Esta situación adquiere mayor importancia cuando se trata de personal cualificado cuya ausencia puede hacer resentir el trabajo de la Gerencia.

c) También sería conveniente que se estableciesen incentivos para que los destinos que no son solicitados tuvieran algún atractivo para los funcionarios.

d) Un problema constantemente denunciado por las Gerencias es el relativo a la falta de permanencia del personal de nuevo ingreso en los destinos asignados, por lo que en aras de amortizar la inversión en formación realizada por las mismas sería conveniente establecer un tiempo de permanencia obligatoria, lo que beneficiaría a la Gerencia y al funcionario en su adaptación tras la formación recibida para el puesto de trabajo concreto a ocupar.

e) La variedad y cantidad de cursos que se ofrecen para la formación del personal de la Gerencia es impresionante, sin embargo la participación en los mismos es desigual, por lo que se recomienda que se incentive la participación en los mismos, sobre todo los cursos específicos que incumben al cometido de cada funcionario y los de atención al ciudadano cuyo servicio se presta por todo el personal de las oficinas, así como los encaminados a la materia procedimental y el respeto de las garantías.

f) Habría que arbitrar algún sistema para que el personal con menor salario pueda participar en los cursos presenciales evitando así la discriminación que la situación actual genera».

Recomendaciones sobre el funcionamiento de las oficinas

«a) A la vista de la experiencia sobre el servicio de atención telefónico es importante que en cada oficina del Catastro, aunque no sea con carácter exclusivo, haya un funcionario que se dedique a la atención telefónica del público.

b) Establecimiento en todas las Gerencias y Subgerencias de un servicio de registro general separado de los puntos de atención al público, reduciendo al mínimo el tiempo de espera de las personas que solo desean presentar un escrito.

c) Que el personal que presta el servicio de atención al público e información cuente con el conocimiento suficiente sobre la existencia de los Convenios suscritos para poder trasladar esa información a los ciudadanos, cuando se ven afectados por ella, sobre todo a aquellos que instan cualquier tipo de actuación del Catastro que se vaya a desarrollar en el marco de dicho Convenio. Esta información suministrada de forma correcta evitaría confusiones, duplicidades y dilaciones innecesarias, además supondría el adecuado asesoramiento de los ciudadanos que tienen derecho a saber el órgano que va a tramitar su expediente.

d) Que se revise la situación de los PIC a fin de comprobar si está cubierto debidamente todo el territorio que atañe a cada Gerencia con el fin de que todos los ciudadanos, sea cual sea su lugar de residencia, obtengan las mismas comodidades al momento de realizar las gestiones administrativas.

e) Dada la cantidad de sujetos que tienen acceso a los datos considerados protegidos se recomienda el establecimiento de los filtros y cautelas necesarios para que el derecho reconocido en el artículo 18 CE sea absolutamente respetado y se cumplan los requisitos que se exigen para la disposición de datos en general y, en particular, cuando se trata de algún organismo público, de acuerdo con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Esta preocupación por la protección de datos personales se acrecienta cuando los servicios son prestados a través de empresas privadas en cuyos convenios se deben introducir las cláusulas más restrictivas posibles, pues los ciudadanos no desean que sus datos sean cedidos y así nos lo han hecho saber en alguna ocasión.

f) Se recomienda la adopción de forma inmediata de las medidas precisas en la Sede Electrónica del Catastro para que no se pueda acceder a través de la misma a actos administrativos que aún no han sido adoptados, ni notificados a las personas interesadas en el procedimiento. Este problema no es sólo una cuestión de las aplicaciones informáticas, sino que afecta a los derechos y garantías de los ciudadanos, por lo que debería haberse corregido nada más detectarse y no esperar a los nuevos programas.

Los avances tecnológicos han supuesto que el Catastro pueda ser más eficaz y eficiente pero el fin no justifica los medios, así los procedimientos son requisito de validez de los actos y los actos al margen de los mismos son nulos de pleno derecho. Por ello son absolutamente imprescindibles esas medidas a fin de respetar los principios del artículo 103 y 105 CE junto con todo el ordenamiento jurídico aplicable, ya que lo contrario legitima la vía de hecho como proceder administrativo.

g) La justificación existente para autorizar la destrucción de documentación y el contenido de los archivos se encuentra en la posibilidad de guardar la documentación pública, sobre todo la de carácter probatorio, en otro tipo de soportes. Dado que los archivos del Catastro se encuentran digitalizados «en su mayoría» se recomienda la aprobación de un plan de digitalización de toda la documentación catastral y, mientras tanto, que no se proceda a la destrucción de la misma, o como mínimo que se adopten la cautelas necesarias para la conservación de la documentación de carácter probatorio, teniendo en cuenta que las acciones civiles tienen un período de prescripción amplio, sobre todo las referidas a la herencia.

Esta cuestión adquiere mayor importancia en los casos en que no se ha guardado la numeración del catastro anterior de los polígonos y parcelas, porque sin los antecedentes es mucho más difícil reconstruir el tracto de la titularidad.

h) En línea con lo anterior y con la finalidad añadida de que los certificados catastrales respondan a la función encomendada al Catastro, debería constar en los mismos el título mediante el cual se adquirió la condición de titular catastral, bastaría con la indicación del documento público o privado, su referencia o si ha sido por asignación, alguna indicación del origen de la misma. Esto se lograría tomando nota de este hecho en la ficha catastral del inmueble, ya que cuando se ha solicitado desde esta Institución ese dato en muchas ocasiones no se ha podido responder al mismo. Con ello en el certificado se adoptarían las garantías suficientes para que su

uso no pudiera desvirtuar el fin de la inclusión de las fincas en el Catastro. Pues para dar fe de los títulos y de las cargas está el Registro de la Propiedad.

i) Que en lugar de abordar constantemente modificaciones normativas se dé cumplimiento a las ya existentes como en materia de coordinación sucede con el Real Decreto 1030/1980, de 3 de mayo, de Coordinación del Topográfico Parcelario con el Registro de la Propiedad. De tal forma que, los expedientes administrativos relativos a fincas coordinadas deberán tomar como base de la actuación de que se trate, los datos resultantes de la coordinación, a efectos de producir la triple coincidencia catastral, registral y fiscal en cuanto a los datos físicos y titulares de las fincas».

Recomendaciones sobre la tramitación de los procedimientos catastrales:

«a) La primera recomendación y aún a riesgo de ser repetitivos hace referencia a que los actos y resoluciones del Catastro se adopten en el seno de un procedimiento administrativo con todas las garantías y a que cuando se tomen decisiones de carácter técnico respecto a la herramienta a utilizar por el Catastro se comprenda que es sólo una herramienta al servicio de dicho procedimiento, así que la persona encargada de desarrollar el soporte técnico esté debidamente asesorada por quien comprenda la magnitud de las consecuencias jurídicas.

b) La mayoría de los procedimientos de incorporación, cuando se efectúan mediante comunicaciones o en el cumplimiento de convenios de colaboración, se realizan por medios telemáticos, sin control directo por parte de los funcionarios de Catastro, ya que se producen mediante volcado de ficheros electrónicos, por lo que se recomienda el establecimiento de algún tipo de procedimiento de verificación por parte del Catastro o, de no ser posible, que se regule la responsabilidad que a cada sujeto interviniente en el procedimiento de incorporación le corresponde. En este punto habría que plantearse si es el momento adecuado para que los datos catastrales, a través de la exigencia de aportación de la certificación catastral, adquieran la importancia que se les ha concedido. Para que la presunción de veracidad que se otorga a los mismos esté respaldada por ellos, habría que ser más diligente en la comprobación de lo que se inscribe, ya que las disfunciones detectadas son una merma de garantías para el ciudadano.

El hecho de que la Dirección General del Catastro no reconozca la realidad no implica que no suceda y lo que debería hacerse en los casos como el denunciado en la Gerencia Territorial del Catastro de Las Palmas es corregir el error cometido y no permitir que sus efectos permanezcan en el tiempo.

c) Las dilaciones en los procedimientos son comunes en todas las Gerencias, por lo que se han de adoptar las medidas suficientes para acortar los tiempos intentando ajustarlos a la norma. En este aspecto el ciudadano no ve reciprocidad entre las obligaciones que pesan sobre él y la respuesta de la Administración, máxime cuando existen directrices de la Dirección General del Catastro de comenzar a incoar procedimientos sancionadores.

El uso del silencio administrativo como técnica de actuación en los procedimientos sometidos ante las diferentes Gerencias no puede ser nunca utilizado como facultad

por la Administración, sino como una excepción a su obligación legal de resolver, cuestión que se sigue presentando con excesiva frecuencia en las quejas recibidas, así se recuerda a las Gerencias y Subgerencias que de acuerdo con el artículo 103 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria tienen la obligación de resolver expresamente todos los procedimientos.

d) En el caso de titularidades pro indiviso, al margen de las normas que se rigen para poder individualizar los bienes inmuebles en el Catastro, como regla general se recomienda la inclusión en el Padrón de todos los cotitulares a fin de que se puedan realizar liquidaciones individuales de IBI evitando que la apariencia exterior sea que una única persona es la titular de todo el inmueble.

e) Se debe observar especial cuidado en la incorporación de bienes inmuebles a favor de quien no tiene título para ello, con el objeto de que la práctica seguida por el Ayuntamiento de Miranda de Ebro (Burgos) de no corregir el error cometido por Catastro en la asignación de la titularidad catastral de bienes que no le pertenecían, no se haga de forma extendida, pues se obliga a sus legítimos dueños a instar un procedimiento administrativo incluso judicial, incurrir en gastos y molestias, amén de soportar la carga de probar la destrucción de la presunción de veracidad con que cuentan los datos catastrales.

f) Según dispone el artículo 12.3 TRLCI, coincidiendo con el artículo 103.3 LGT, los actos que resulten de los procedimientos de incorporación al Catastro deben ser motivados con referencia a los hechos y fundamentos de derecho correspondientes. A pesar de este pronunciamiento lo cierto es que numerosas quejas versan sobre la ininteligibilidad de los actos del Catastro, que deberían ser más claros para que la motivación fuese real.

En materia de motivación de los actos no sólo hay que recomendar que se cumpla la norma en los procedimientos de incorporación, sino que resulta fundamental que los actos de valoración sean motivados de forma que sean comprensibles para los destinatarios, pues lo contrario causa indefensión a los ciudadanos ya que difícilmente van a poder rebatir los argumentos dados por la Administración si estos no están claros. La aplicación aritmética de una fórmula no es una explicación de la misma sino que habrá que indicar los conceptos que la componen, de forma que queden justificadas las decisiones adoptadas, la ausencia de motivación puede causar indefensión en el sentido sentado por la doctrina jurisprudencial. Esta recomendación fundamentalmente tiene importancia en los actos de notificación de la valoración individual.

g) El procedimiento de subsanación de discrepancias merece mención separada en cuanto a las recomendaciones que se van a efectuar sobre el mismo, ello no quiere decir que no deba participar de las mejoras que se puedan introducir en el resto de procedimientos. Así se recomienda:

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 en los siguientes extremos:

1) Que el inicio del procedimiento pueda ser también a instancia de parte, lo que obligaría a la Administración a resolver razonando todas las alegaciones aportadas por los ciudadanos, subsidiariamente que se motiven individualmente las causas por las que se entiende que los hechos alegados por los interesados no desvirtúan la veracidad de los datos catastrales cuando no se acuerda el inicio del procedimiento. En este punto conviene ser especialmente diligentes en la comprobación de las mismas pues la experiencia demuestra que tras la intervención de esta Institución muchos procedimientos de subsanación de discrepancias se solucionan.

2) Con el fin de agilizar la tramitación del procedimiento y optimizar el tiempo, los requerimientos de aportación de documentación precisos para su tramitación se deberían hacer al interesado desde el momento en que se insta el mismo, sin esperar al acuerdo de inicio, pues ello conlleva un retraso evitable.

3) Cuando la Administración en aras de simplificar los trámites solicita a los ciudadanos que instan la rectificación de las lindes de sus fincas que aporten el consentimiento de los titulares catastrales colindantes, se debe indicar en ese requerimiento el carácter voluntario de dicha aportación y la finalidad de la misma, que no es otra que facilitar la tramitación, por lo que para el cumplimiento del fin se deberían incluir los nombres y direcciones de los titulares colindantes cuyo consentimiento se solicita, ya que se trata de suplir el principio de audiencia a través de la actuación de los particulares.

4) Modificación de la eficacia de las resoluciones del procedimiento de subsanación de discrepancias al momento en que se introdujeron los datos erróneamente en la base de datos catastral o al menos que se reconozca el carácter retroactivo de las mismas al momento en que se presenta la instancia por el interesado.

5) Con carácter subsidiario que se dicte una circular clarificando las diferencias entre el procedimiento de subsanación de discrepancias y el de rectificación de errores materiales regulado en el artículo 220 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en el entendimiento de que cualquier modificación relativa al valor, salvo raras excepciones, será siempre responsabilidad de la Administración pues los ciudadanos no calculan el valor catastral de sus inmuebles.

6) La nueva regulación del procedimiento de subsanación de discrepancias, todavía es más permisiva en los tiempos de tramitación que la anterior, ya que si el procedimiento no se ha resuelto a los seis meses desde el acuerdo de inicio procede su caducidad, pero la Administración puede en cualquier momento de oficio iniciar el mismo lo que equivale a que no tiene que contraerse a un tiempo de tramitación.

h) Que se vuelquen los esfuerzos de la inspección en la investigación de las fincas actualmente sin titular, pues ello significa que no tributan. En caso contrario, pertenecen a la Hacienda pública quien está obligada a defender el interés general.

i) Aunque la renovación del Catastro rústico está prácticamente terminada convendría aprender del pasado para que no vuelva a repetirse y en aquellos lugares donde se está todavía desarrollando se deben guardar las referencias existentes del parcelario anterior, así como no variar en un futuro las que actualmente constan.

Cualquier modificación de lindes y cabidas adoptada por la Administración se ha de llevar a cabo con todas las garantías del artículo 18.3 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario.

j) Entre los derechos de los ciudadanos reconocidos en la Constitución está el derecho a un sistema tributario justo basado en el principio de contribución en relación con la capacidad económica de cada uno, que además tiene que ser actual, es decir, tiene que existir capacidad de pago. La asignación del valor catastral a los bienes inmuebles implica el reconocimiento de la capacidad económica a sus titulares y los ciudadanos sólo pueden oponerse al mismo mediante recurso acompañado de medios técnicos y dictámenes periciales, con el coste que ello supone. A continuación se señalan los aspectos del procedimiento de valoración catastral que se apartan de dichos principios, que deberían hacer reflexionar sobre su modificación o al menos introducir los cambios suficientes que aproximen el concepto de valor catastral, con la aplicación fundamentalmente fiscal que va a tener, al sistema tributario justo.

1) Los criterios para su cálculo son genéricos y se establecen de manera unitaria para todo el territorio nacional, con independencia de las singularidades de comunidades, regiones o municipios que pueden no encajar en la tendencia general del mercado, provocando evidentes desigualdades de facto alejadas de la realidad, por lo que se recomienda que se definan en la base conceptos diversos.

2) El controvertido concepto de «valor de mercado» como un reflejo de la realidad socioeconómica es un dato variable y dinámico que no casa bien con los conceptos y estatismos de los procedimientos administrativos que, como hemos podido comprobar, tienen vocación de permanencia, ya que se mantienen durante diez años unos valores que pueden haber sido alterados en la toma de muestras del mercado por circunstancias especulativas o coyunturales que no cumplen con la pretensión de que se tribute por la riqueza que cada contribuyente tenga disponible o por las expectativas razonables de alcanzarla.

3) Mientras se mantenga el valor de mercado como referente fundamental del valor catastral las poblaciones donde no existe dinámica de mercado no deberían ser objeto de nuevas valoraciones, ya que han visto actualizado el valor de los inmuebles por aplicación de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

4) El límite del 50 por ciento del valor de mercado medio en la zona produce un resultado injusto, debería ser una limitación individual para cada inmueble.

5) La titularidad de un inmueble es una expresión de la capacidad económica del sujeto pasivo en un momento de su vida, lo que no indica que vaya a tener siempre la misma y ni mucho menos la capacidad de pago que la valoración supone en cada tributo. Una circunstancia frecuente es la adquisición de la vivienda habitual siendo trabajador activo y mantenerla tras la jubilación, por ello hay que insistir en la recomendación rechazada del establecimiento de alguna bonificación en el IBI para titulares catastrales de un único bien inmueble como residencia habitual, perceptores de pensiones.

6) Para que los criterios que contienen las Ponencias de Valores sean legítimos han de estar fundamentados en un conocimiento profundo de la realidad, para lo cual es conveniente la realización de inspecciones o valoraciones directas por los técnicos, además la toma de muestras de mercado ha de ser en número suficientemente representativo para que sea una verdadera prospección del mismo.

7) La actual situación del mercado inmobiliario cuyo único movimiento es a la baja ocasiona el alejamiento del valor catastral al valor del mercado, por lo que deberían aprobarse por la Ley de Presupuestos Generales coeficientes reductores que permitan la disminución de los valores revisados durante los años alcistas, y así adecuar los valores al mercado o al menos no superar los límites fijados en la norma.

8) La aplicación de valores de mercado a las viviendas de protección oficial, cuyo precio máximo de venta se encuentra administrativamente limitado, motiva un número considerable de quejas, por lo que se recomienda la modificación del modelo 902N estableciendo un hueco para señalar esta circunstancia e indicando la documentación acreditativa de la calificación que se deba aportar, además de la posibilidad de que fuera suficiente la declaración de la existencia de la calificación y fuera el propio Catastro quien comprobara su veracidad».

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 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.

Recomendación 36/2012, de 14 de marzo, formulada a la Secretaría de Estado de Hacienda del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, para la mejora del servicio que los ciudadanos reciben de la actuación de la Dirección General del Catastro (12004826). Pendiente.

Se acompaña a este escrito un estudio realizado sobre «La realidad catastral en España». Este trabajo se centra en el funcionamiento del Catastro Inmobiliario desde la perspectiva de sus relaciones con los ciudadanos y la razón para su realización se encuentra en la transformación que ha sufrido el mismo. En el pasado inmediato el Catastro era prácticamente un censo de bienes inmuebles que fijaba un valor administrativo para cada uno con una finalidad únicamente fiscal, sin embargo hace unos años ha dejado esta misión para convertirse en un registro de inmuebles multifuncional en el que las fincas están valoradas según mercado y cuyo mantenimiento exige la colaboración activa de los ciudadanos y otras instituciones, para lo cual se ha dotado a la Administración responsable del mismo de medios materiales y facultades que no siempre se ejercen con las debidas garantías.

La nueva situación, así como el proceso para llegar a ella ha tenido reflejo en las quejas que se dirigen en el Defensor del Pueblo, en los últimos informes presentados a las Cortes Generales y, en particular, desde la promulgación del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, que aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, se han recogido numerosas quejas que ponen de manifiesto las dificultades que encuentran los ciudadanos cuando utilizan los servicios de la Dirección General del Catastro y los órganos dependientes de la misma. No hay que olvidar que esta Institución tiene como misión, según lo dispuesto en el artículo 54 de la Constitución española, desarrollado en la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, velar por la defensa de los derechos y libertades contenidos en el Título I de la CE, a cuyo fin supervisa la actuación de las administraciones públicas. Entre los derechos y deberes constitucionales de los ciudadanos se encuentra el derecho a un sistema tributario justo, así como el deber de contribuir en función de la capacidad económica de cada uno. Precisamente, este artículo 31 expresa los principios que se han de predicar del sistema tributario en su conjunto. A ello hay que añadir, la obligación de las Administraciones públicas de servir con objetividad al interés general y el sometimiento pleno a todo el ordenamiento jurídico.

Tal y como señala la exposición de motivos de la Ley 48/2002, de 23 de diciembre, del Catastro Inmobiliario «La historia del Catastro discurre pareja al nacimiento y evolución del Estado moderno, y sus momentos de mayor o menor significación han sido, generalmente, un eco nítido de las distintas situaciones que ha atravesado la Hacienda pública». Esta referencia se repite posteriormente en la exposición de motivos del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, con lo que queda claramente plasmada la significación y servicio eminentemente fiscal del Catastro. Aunque esta función tributaria ha propiciado su desarrollo y evolución, tanto en sus orígenes históricos como en el presente, no es este el único objetivo que pretende el Catastro, pues hoy constituye la mayor base de datos de información territorial gráfica y económica que existe, ya que se alimenta de la información que obligatoriamente tienen que suministrar los ciudadanos, profesionales y demás entidades públicas y privadas. Hay que tener en consideración que el Catastro cuenta con un soporte gráfico de todo el suelo tanto rústico como ur-

bano, en el que figuran representadas todas las parcelas constando superficies y linderos, además recoge la valoración que se asigna al suelo y al vuelo, así como los usos y titulares de los inmuebles.

Esta evolución, desde una organización de carácter fundamentalmente censal a la actual, ha transformado y propiciado su carácter técnico que sirve a la gestión y control de la fiscalidad inmobiliaria, que se utiliza para la aplicación de los principios constitucionales de generalidad y justicia tributaria, pero que también se utiliza para la gestión o el control de subvenciones comunitarias, nacionales, autonómicas y locales. Además, se ha convertido en una fuente de información, control y gestión del territorio, de políticas agrícolas y de infraestructuras y actuaciones urbanísticas. De hecho, la paulatina incorporación de la información gráfica y de identificación catastral de las causas se solapa con algunas de las funciones que tradicionalmente se atribuían al Registro de la Propiedad.

Desde el principio del siglo XVIII, con la reforma de la Hacienda pública efectuada por los Borbones tras la guerra de sucesión, el Estado ha pretendido un control gráfico y jurídico del territorio con una finalidad recaudatoria, pero no es hasta el presente siglo en que se consigue un verdadero registro actualizado como una consecuencia directa del uso de las nuevas tecnologías. Evidentemente lo que en el siglo XIX suponía un proceso lento y costoso hoy se puede hacer casi de forma instantánea. Ahora bien, no hay que olvidarse de que el Catastro refleja el derecho de propiedad y asigna capacidad económica a los ciudadanos, que no sólo se utiliza en materia tributaria sino que sus datos sirven a otros fines extrafiscales. Precisamente porque de los datos catastrales derivan derechos y obligaciones, todas las decisiones se han de adoptar en el seno de un procedimiento con las debidas garantías.

A partir de finales del siglo XX y comienzos del presente siglo se ha venido produciendo una expansión del Catastro, seguramente surgida con motivo del gran negocio inmobiliario que ha existido en España durante este período, pero ese dinamismo difícil de controlar ha provocado que numerosos ciudadanos se dirigieran a esta Defensoría exponiendo los problemas que, a su juicio, les había ocasionado el Catastro por la inclusión, modificación o actualización de los datos inscritos en el mismo. Como consecuencia de la acción del Catastro estas personas se han encontrado inmersas en un procedimiento administrativo, cuando estos datos catastrales que, resultan fundamentales para el control de los inmuebles, los tributos y fines asociados a estos por parte de la Administración Pública, no son considerados necesarios por parte de los ciudadanos. La transformación del Catastro, junto con los datos que puede recoger, así como su tratamiento, las consecuencias de las valoraciones de los bienes inmuebles y el desarrollo de los diferentes procedimientos administrativos tributarios que tramita son el origen del estudio con el que se pretende contribuir a mejorar las relaciones entre el Catastro y los ciudadanos.

Para efectuar este trabajo se han visitado las Gerencias Territoriales del Catastro de Ávila en Castilla y León; Badajoz en Extremadura; Toledo y Guadalajara en Castilla-La Mancha; Alicante/Alacant, Castellón de la Plana/Castelló de la Plana y Valencia/València en la Generalitat Valenciana; A Coruña y Pontevedra en Galicia; Huesca y Teruel en Aragón; Palma de Mallorca en las Illes Balears; Tenerife y Gran Canaria en Canarias; Córdoba, Málaga, Cádiz y Almería en Andalucía; Lleida, Tarragona y Girona en Cataluña, y Ceuta. Las visitas se han desarrollado con normalidad, incluso cuando el personal de la Institución se ha presentado en la sede sin avisar previamente, también hay que señalar que la colaboración ha sido buena

en todo momento, salvo con alguna rara excepción. Se han usado los datos contenidos en las quejas y se han elaborado 51 cuestionarios que han sido respondidos por cada una de las gerencias, que en general han contestado con prontitud salvo en los casos de Girona, Lleida y Tarragona, que no han respondido hasta recibir un requerimiento recordando el deber de colaboración con esta Institución establecido en el artículo 19 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo y; en el caso de Almería y Ceuta que hubo que efectuar un segundo requerimiento para conseguir la información solicitada, es más la visita a estas dos Gerencias obedece a la ausencia de respuesta a los escritos enviados y únicamente tras realizar la misma se consiguió la colaboración. Entre otras cuestiones la Gerencia de Ceuta no cuenta con un Gerente desde hace tiempo, por hallarse de baja médica.

El envío de los cuestionarios a las distintas Gerencias estaba encaminado a obtener un idea de su situación y necesidades desde su propia perspectiva, dando visibilidad a los problemas concretos de cada una, sin embargo ello no se ha conseguido en todos los extremos planteados pues muchas de las preguntas no han sido contestadas por ellas directamente sino por la Dirección General del Catastro. No obstante hay que señalar que ni los datos ni las cuestiones tratadas son exhaustivos, pero sí nos han permitido llegar a unas conclusiones concretas sobre el funcionamiento del Catastro, los problemas actualmente existentes y proponer algunas soluciones a los mismos.

No ha sido posible visitar todas las Gerencias como sería deseable, pero el tiempo y los recursos impiden abordar un proyecto de esa naturaleza. En principio la elección de las visitas ha sido aleatoria, pero no se ha dejado de ir a aquellas Gerencias que por razones concretas presentan, a juicio de esta Institución, una problemática particular.

El trabajo se centra en el funcionamiento del Catastro Inmobiliario, tanto desde la dotación de medios materiales y humanos, como del cumplimiento de los objetivos que marca la Ley, sin olvidar las garantías que han de seguir los procedimientos tributarios que aplica para el logro de sus fines, todo ello desde la perspectiva de las relaciones con los ciudadanos.

Las conclusiones de todo lo actuado se encuentran a lo largo del texto del estudio y se finaliza 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 con las siguientes recomendaciones que consideramos ayudarían a contribuir a un mejor funcionamiento y mayor respeto de los derechos de los ciudadanos y las garantías de los mismos a través de los procedimientos.

Recomendaciones

Recomendaciones generales

«a) Es preciso emprender una labor divulgativa del servicio que el Catastro presta o puede prestar a los ciudadanos, además de adoptar una política reforzada de información ciudadana al igual que la seguida por otros órganos administrativos, ayudando a conocer a los ciudadanos las actuaciones que se siguen por el Catastro que puedan ser de su interés por afectar a sus derechos.

b) El amplio proyecto iniciado por el Catastro y la multitud de funciones y competencias adquiridas no van aparejados con los recursos que tiene, por ello debería reflexionar sobre la oportunidad de ralentizar su transformación e ir desarrollando

dicho proyecto de forma más pausada y sobre todo con el debido respeto a los principios y garantías que la Constitución impone a la Administración Pública, pues en caso contrario no estaría legitimada su labor. En momentos de escasez no se trata de hacer lo mismo rebajando la calidad del resultado al contar con menos recursos, sino de prescindir de lo innecesario y seguir más despacio sin renunciar al objetivo.

c) Por razones de técnica legislativa y de seguridad jurídica, de acuerdo con el artículo 9.3 CE, se recomienda que las modificaciones legislativas que tengan como finalidad algún cambio en la normativa catastral se adopten en el seno de un texto legal que tenga relación con la materia, pues la práctica seguida de aprovechar cualquier ley para introducir las mismas dificulta su conocimiento por parte de sus destinatarios.

Recomendaciones sobre personal

a) Dadas las competencias asumidas por el Catastro los medios personales con que cuenta son insuficientes para abordar la labor emprendida, por lo que se recomienda que en lugar de continuar amortizando las plazas vacantes se valoren las necesidades de las Gerencias y Subgerencias en las futuras convocatorias.

b) Las enfermedades de larga duración, así como las bajas por maternidad y paternidad deben ser sustituidas, ello no supone un coste adicional para la Administración pública. Es imposible que una plantilla ya de por sí ajustada pueda hacer frente al trabajo de los ausentes, en caso contrario se estaría poniendo en evidencia la contingencia de ese personal. Esta situación adquiere mayor importancia cuando se trata de personal cualificado cuya ausencia puede hacer resentir el trabajo de la Gerencia.

c) También sería conveniente que se estableciesen incentivos para que los destinos que no son solicitados tuvieran algún atractivo para los funcionarios.

d) Un problema constantemente denunciado por las Gerencias es el relativo a la falta de permanencia del personal de nuevo ingreso en los destinos asignados, por lo que en aras de amortizar la inversión en formación realizada por las mismas sería conveniente establecer un tiempo de permanencia obligatoria, lo que beneficiaría a la Gerencia y al funcionario en su adaptación tras la formación recibida para el puesto de trabajo concreto a ocupar.

e) La variedad y cantidad de cursos que se ofrecen para la formación del personal de la Gerencia es impresionante, sin embargo la participación en los mismos es desigual, por lo que se recomienda que se incentive la participación en los mismos, sobre todo los cursos específicos que incumben al cometido de cada funcionario y los de atención al ciudadano cuyo servicio se presta por todo el personal de las oficinas, así como los encaminados a la materia procedimental y el respeto de las garantías.

f) Habría que arbitrar algún sistema para que el personal con menor salario pueda participar en los cursos presenciales evitando así la discriminación que la situación actual genera».

Recomendaciones sobre el funcionamiento de las oficinas

«a) A la vista de la experiencia sobre el servicio de atención telefónico es importante que en cada oficina del Catastro, aunque no sea con carácter exclusivo, haya un funcionario que se dedique a la atención telefónica del público.

b) Establecimiento en todas las Gerencias y Subgerencias de un servicio de registro general separado de los puntos de atención al público, reduciendo al mínimo el tiempo de espera de las personas que sólo desean presentar un escrito.

c) Que el personal que presta el servicio de atención al público e información cuente con el conocimiento suficiente sobre la existencia de los convenios suscritos para poder trasladar esa información a los ciudadanos, cuando se ven afectados por ella, sobre todo a aquellos que instan cualquier tipo de actuación del Catastro que se vaya a desarrollar en el marco de dicho Convenio. Esta información suministrada de forma correcta evitaría confusiones, duplicidades y dilaciones innecesarias, además supondría el adecuado asesoramiento de los ciudadanos que tienen derecho a saber el órgano que va a tramitar su expediente.

d) Que se revise la situación de los PIC a fin de comprobar si está cubierto debidamente todo el territorio que atañe a cada Gerencia con el fin de que todos los ciudadanos, sea cual sea su lugar de residencia, obtengan las mismas comodidades al momento de realizar las gestiones administrativas.

e) Dada la cantidad de sujetos que tienen acceso a los datos considerados protegidos se recomienda el establecimiento de los filtros y cautelas necesarios para que el derecho reconocido en el artículo 18 CE sea absolutamente respetado y se cumplan los requisitos que se exigen para la disposición de datos en general y, en particular, cuando se trata de algún organismo público, de acuerdo con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Esta preocupación por la protección de datos personales se acrecienta cuando los servicios son prestados a través de empresas privadas en cuyos convenios se deben introducir las cláusulas más restrictivas posibles, pues los ciudadanos no desean que sus datos sean cedidos y así nos lo han hecho saber en alguna ocasión.

f) Se recomienda la adopción de forma inmediata de las medidas precisas en la sede electrónica del Catastro para que no se pueda acceder a través de la misma a actos administrativos que aún no han sido adoptados, ni notificados a las personas interesadas en el procedimiento. Este problema no es sólo una cuestión de las aplicaciones informáticas, sino que afecta a los derechos y garantías de los ciudadanos, por lo que debería haberse corregido nada más detectarse y no esperar a los nuevos programas.

Los avances tecnológicos han supuesto que el Catastro pueda ser más eficaz y eficiente pero el fin no justifica los medios, así los procedimientos son requisito de validez de los actos y los actos al margen de los mismos son nulos de pleno derecho. Por ello son absolutamente imprescindibles esas medidas a fin de respetar los principios del artículo 103 y 105 CE junto con todo el ordenamiento jurídico aplicable, ya que lo contrario legitima la vía de hecho como proceder administrativo.

g) La justificación existente para autorizar la destrucción de documentación y el contenido de los archivos se encuentra en la posibilidad de guardar la documentación pública, sobre todo la de carácter probatorio, en otro tipo de soportes. Dado que los archivos del Catastro se encuentran digitalizados «en su mayoría» se recomienda la aprobación de un plan de digitalización de toda la documentación catastral y, mientras tanto, que no se proceda a la destrucción de la misma, o como mínimo que se adopten la cautelas necesarias para la conservación de la documentación de carácter probatorio, teniendo en cuenta que las acciones civiles tienen un período de prescripción amplio, sobre todo las referidas a la herencia.

Esta cuestión adquiere mayor importancia en los casos en que no se ha guardado la numeración del catastro anterior de los polígonos y parcelas, porque sin los antecedentes es mucho más difícil reconstruir el tracto de la titularidad.

h) En línea con lo anterior y con la finalidad añadida de que los certificados catastrales respondan a la función encomendada al Catastro, debería constar en los mismos el título mediante el cual se adquirió la condición de titular catastral, bastaría con la indicación del documento público o privado, su referencia o si ha sido por asignación, alguna indicación del origen de la misma. Esto se lograría tomando nota de este hecho en la ficha catastral del inmueble, ya que cuando se ha solicitado desde esta Institución ese dato en muchas ocasiones no se ha podido responder al mismo. Con ello en el certificado se adoptarían las garantías suficientes para que su uso no pudiera desvirtuar el fin de la inclusión de las fincas en el Catastro. Pues para dar fe de los títulos y de las cargas está el Registro de la Propiedad.

i) Que en lugar de abordar constantemente modificaciones normativas se dé cumplimiento a las ya existentes como en materia de coordinación sucede con el Real Decreto 1030/1980, de 3 de mayo, de Coordinación del Topográfico Parcelario con el Registro de la Propiedad. De tal forma que los expedientes administrativos relativos a fincas coordinadas deberán tomar como base de la actuación de que se trate los datos resultantes de la coordinación, a efectos de producir la triple coincidencia catastral, registral y fiscal en cuanto a los datos físicos y titulares de las fincas».

Recomendaciones sobre la tramitación de los procedimientos catastrales

«a) La primera recomendación y aun a riesgo de ser repetitivos hace referencia a que los actos y resoluciones del Catastro se adopten en el seno de un procedimiento administrativo con todas las garantías y a que cuando se tomen decisiones de carácter técnico respecto a la herramienta a utilizar por el Catastro se comprenda que es sólo una herramienta al servicio de dicho procedimiento, así que la persona encargada de desarrollar el soporte técnico esté debidamente asesorada por quien comprenda la magnitud de las consecuencias jurídicas.

b) La mayoría de los procedimientos de incorporación, cuando se efectúan mediante comunicaciones o en el cumplimiento de convenios de colaboración, se realizan por medios telemáticos, sin control directo por parte de los funcionarios de Catastro, ya que se producen mediante volcado de ficheros electrónicos, por lo que se recomienda el establecimiento de algún tipo de procedimiento de verificación por parte

del Catastro o, de no ser posible, que se regule la responsabilidad que a cada sujeto interviniente en el procedimiento de incorporación le corresponde. En este punto habría que plantearse si es el momento adecuado para que los datos catastrales, a través de la exigencia de aportación de la certificación catastral, adquieran la importancia que se les ha concedido. Para que la presunción de veracidad que se otorga a los mismos esté respaldada por ellos, habría que ser más diligente en la comprobación de lo que se inscribe, ya que las disfunciones detectadas son una merma de garantías para el ciudadano.

El hecho de que la Dirección General del Catastro no reconozca la realidad no implica que no suceda y lo que debería hacerse en los casos como el denunciado en la Gerencia Territorial del Catastro de Las Palmas es corregir el error cometido y no permitir que sus efectos permanezcan en el tiempo.

c) Las dilaciones en los procedimientos son comunes en todas las Gerencias, por lo que se han de adoptar las medidas suficientes para acortar los tiempos intentando ajustarlos a la norma. En este aspecto el ciudadano no ve reciprocidad entre las obligaciones que pesan sobre él y la respuesta de la Administración, máxime cuando existen directrices de la Dirección General del Catastro de comenzar a incoar procedimientos sancionadores.

El uso del silencio administrativo como técnica de actuación en los procedimientos sometidos ante las diferentes Gerencias no puede ser nunca utilizado como facultad por la Administración, sino como una excepción a su obligación legal de resolver, cuestión que se sigue presentando con excesiva frecuencia en las quejas recibidas, así se recuerda a las Gerencias y Subgerencias que de acuerdo con el artículo 103 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, tienen la obligación de resolver expresamente todos los procedimientos.

d) En el caso de titularidades pro indiviso, al margen de las normas que se rigen para poder individualizar los bienes inmuebles en el Catastro, como regla general se recomienda la inclusión en el Padrón de todos los cotitulares a fin de que se puedan realizar liquidaciones individuales de IBI evitando que la apariencia exterior sea que una única persona es la titular de todo el inmueble.

e) Se debe observar especial cuidado en la incorporación de bienes inmuebles a favor de quien no tiene título para ello, con el objeto de que la práctica seguida por el Ayuntamiento de Miranda de Ebro (Burgos) de no corregir el error cometido por Catastro en la asignación de la titularidad catastral de bienes que no le pertenecían, no se haga de forma extendida, pues se obliga a sus legítimos dueños a instar un procedimiento administrativo incluso judicial, incurrir en gastos y molestias, amén de soportar la carga de probar la destrucción de la presunción de veracidad con que cuentan los datos catastrales.

f) Según dispone el artículo 12.3 TRLCI, coincidiendo con el artículo 103.3 LGT, los actos que resulten de los procedimientos de incorporación al Catastro deben ser motivados con referencia a los hechos y fundamentos de derecho correspondientes. A pesar de este pronunciamiento lo cierto es que numerosas quejas versan sobre la

ininteligibilidad de los actos del Catastro, que deberían ser más claros para que la motivación fuese real.

En materia de motivación de los actos no sólo hay que recomendar que se cumpla la norma en los procedimientos de incorporación, sino que resulta fundamental que los actos de valoración sean motivados de forma que sean comprensibles para los destinatarios, pues lo contrario causa indefensión a los ciudadanos ya que difícilmente van a poder rebatir los argumentos dados por la Administración si estos no están claros. La aplicación aritmética de una fórmula no es una explicación de la misma sino que habrá que indicar los conceptos que la componen, de forma que queden justificadas las decisiones adoptadas, la ausencia de motivación puede causar indefensión en el sentido sentado por la doctrina jurisprudencial. Esta recomendación fundamentalmente tiene importancia en los actos de notificación de la valoración individual.

g) El procedimiento de subsanación de discrepancias merece mención separada en cuanto a las recomendaciones que se van a efectuar sobre el mismo, ello no quiere decir que no deba participar de las mejoras que se puedan introducir en el resto de procedimientos. Así se recomienda:

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, en los siguientes extremos:

1) Que el inicio del procedimiento pueda ser también a instancia de parte, lo que obligaría a la Administración a resolver razonando todas las alegaciones aportadas por los ciudadanos, subsidiariamente que se motiven individualmente las causas por las que se entiende que los hechos alegados por los interesados no desvirtúan la veracidad de los datos catastrales cuando no se acuerda el inicio del procedimiento. En este punto conviene ser especialmente diligentes en la comprobación de las mismas pues la experiencia demuestra que tras la intervención de esta Institución muchos procedimientos de subsanación de discrepancias se solucionan.

2) Con el fin de agilizar la tramitación del procedimiento y optimizar el tiempo, los requerimientos de aportación de documentación precisos para su tramitación se deberían hacer al interesado desde el momento en que se insta el mismo, sin esperar al acuerdo de inicio, pues ello conlleva un retraso evitable.

3) Cuando la Administración en aras de simplificar los trámites solicita a los ciudadanos que instan la rectificación de las lindes de sus fincas que aporten el consentimiento de los titulares catastrales colindantes, se debe indicar en ese requerimiento el carácter voluntario de dicha aportación y la finalidad de la misma, que no es otra que facilitar la tramitación, por lo que para el cumplimiento del fin se deberían incluir los nombres y direcciones de los titulares colindantes cuyo consentimiento se solicita, ya que se trata de suplir el principio de audiencia a través de la actuación de los particulares.

4) Modificación de la eficacia de las resoluciones del procedimiento de subsanación de discrepancias al momento en que se introdujeron los datos erróneamente en la

base de datos catastral o al menos que se reconozca el carácter retroactivo de las mismas al momento en que se presenta la instancia por el interesado.

5) Con carácter subsidiario que se dicte una circular clarificando las diferencias entre el procedimiento de subsanación de discrepancias y el de rectificación de errores materiales regulado en el artículo 220 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en el entendimiento de que cualquier modificación relativa al valor, salvo raras excepciones, será siempre responsabilidad de la Administración pues los ciudadanos no calculan el valor catastral de sus inmuebles.

6) La nueva regulación del procedimiento de subsanación de discrepancias, todavía es más permisiva en los tiempos de tramitación que la anterior, ya que si el procedimiento no se ha resuelto a los seis meses desde el acuerdo de inicio procede su caducidad, pero la Administración puede en cualquier momento de oficio iniciar el mismo lo que equivale a que no tiene que contraerse a un tiempo de tramitación.

h) Que se vuelquen los esfuerzos de la inspección en la investigación de las fincas actualmente sin titular, pues ello significa que no tributan. En caso contrario, pertenecen a la Hacienda pública quien está obligada a defender el interés general.

i) Aunque la renovación del Catastro rústico está prácticamente terminada convendría aprender del pasado para que no vuelva a repetirse y en aquellos lugares donde se está todavía desarrollando se deben guardar las referencias existentes del parcelario anterior, así como no variar en un futuro las que actualmente constan.

Cualquier modificación de lindes y cabidas adoptada por la Administración se ha de llevar a cabo con todas las garantías del artículo 18.3 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario.

j) Entre los derechos de los ciudadanos reconocidos en la Constitución está el derecho a un sistema tributario justo basado en el principio de contribución en relación con la capacidad económica de cada uno, que además tiene que ser actual, es decir, tiene que existir capacidad de pago. La asignación del valor catastral a los bienes inmuebles implica el reconocimiento de la capacidad económica a sus titulares y los ciudadanos sólo pueden oponerse al mismo mediante recurso acompañado de medios técnicos y dictámenes periciales, con el coste que ello supone. A continuación se señalan los aspectos del procedimiento de valoración catastral que se apartan de dichos principios, que deberían hacer reflexionar sobre su modificación o al menos introducir los cambios suficientes que aproximen el concepto de valor catastral, con la aplicación fundamentalmente fiscal que va a tener, al sistema tributario justo.

1) Los criterios para su cálculo son genéricos y se establecen de manera unitaria para todo el territorio nacional, con independencia de las singularidades de comunidades, regiones o municipios que pueden no encajar en la tendencia general del mercado, provocando evidentes desigualdades de facto alejadas de la realidad, por lo que se recomienda que se definan en la base conceptos diversos.

2) El controvertido concepto de «valor de mercado» como un reflejo de la realidad socioeconómica es un dato variable y dinámico que no casa bien con los conceptos y estatismos de los procedimientos administrativos que, como hemos podido comprobar, tienen vocación de permanencia, ya que se mantienen durante diez años unos valores que pueden haber sido alterados en la toma de muestras del mercado por circunstancias especulativas o coyunturales que no cumplen con la pretensión de que se tribute por la riqueza que cada contribuyente tenga disponible o por las expectativas razonables de alcanzarla.

3) Mientras se mantenga el valor de mercado como referente fundamental del valor catastral las poblaciones donde no existe dinámica de mercado no deberían ser objeto de nuevas valoraciones, ya que han visto actualizado el valor de los inmuebles por aplicación de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

4) El límite del 50 por ciento del valor de mercado medio en la zona produce un resultado injusto, debería ser una limitación individual para cada inmueble.

5) La titularidad de un inmueble es una expresión de la capacidad económica del sujeto pasivo en un momento de su vida, lo que no indica que vaya a tener siempre la misma y ni mucho menos la capacidad de pago que la valoración supone en cada tributo. Una circunstancia frecuente es la adquisición de la vivienda habitual siendo trabajador activo y mantenerla tras la jubilación, por ello hay que insistir en la recomendación rechazada del establecimiento de alguna bonificación en el IBI para titulares catastrales de un único bien inmueble como residencia habitual, perceptores de pensiones.

6) Para que los criterios que contienen las Ponencias de Valores sean legítimos han de estar fundamentados en un conocimiento profundo de la realidad, para lo cual es conveniente la realización de inspecciones o valoraciones directas por los técnicos, además la toma de muestras de mercado ha de ser en número suficientemente representativo para que sea una verdadera prospección del mismo.

7) La actual situación del mercado inmobiliario cuyo único movimiento es a la baja ocasiona el alejamiento del valor catastral al valor del mercado, por lo que deberían aprobarse por la Ley de Presupuestos Generales coeficientes reductores que permitan la disminución de los valores revisados durante los años alcistas, y así adecuar los valores al mercado o al menos no superar los límites fijados en la norma.

8) La aplicación de valores de mercado a las viviendas de protección oficial, cuyo precio máximo de venta se encuentra administrativamente limitado, motiva un número considerable de quejas, por lo que se recomienda la modificación del modelo 902N estableciendo un hueco para señalar esta circunstancia e indicando la documentación acreditativa de la calificación que se deba aportar, además de la posibilidad de que fuera suficiente la declaración de la existencia de la calificación y fuera el propio Catastro quien comprobara su veracidad.

Estas recomendaciones, así como el estudio «La realidad catastral en España. Perspectiva del Defensor del Pueblo», han sido remitidos en esta misma fecha a la Direc-

ción General del Catastro para su valoración técnica y porque muchas de las Recomendaciones dependen de su criterio».

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 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.

Recomendación 37/2012, de 15 de marzo, formulada a la Secretaría de Estado de Justicia del Ministerio de Justicia, para que se impartan instrucciones a los Encargados de los Registros Civiles para evitar que, de manera sistemática, se considere la situación documental irregular de uno de los contrayentes como indicio suficiente para solicitar informe a la policía (11017401). Pendiente.

Se ha recibido escrito de V. E. (s/ref.: [...]), en respuesta al remitido por esta Institución sobre la detención de ciudadanos extranjeros que se encuentran en situación irregular durante la tramitación del expediente matrimonial que se inicia ante el Registro Civil correspondiente.

El informe alude específicamente al supuesto que motivó la iniciación de investigación ante esa Secretaría de Estado, relativa a la expulsión del interesado y, asimismo, responde a las cuestiones planteadas por esta Institución que tienen un alcance general, dado el número de quejas que, tal y como se mencionaba en nuestro escrito anterior, esta Institución ha recibido en las que se plantean situaciones similares.

Por lo que se refiere al presente expediente, el ciudadano extranjero, don (...), fue expulsado durante la tramitación del expediente matrimonial. A pesar de que el procedimiento ha continuado en el Registro Civil Consular no puede dudarse que los futuros cónyuges no podrán reunirse durante largo tiempo en España dado que será preciso: 1) que concluya el expediente matrimonial; 2) que celebren el matrimonio; 3) que se lleve a cabo la inscripción, y 4) que se emita el visado correspondiente que permita la entrada del extranjero en territorio nacional.

Las posibilidades de que se emita visado para acceder a territorio español antes de que se practique la inscripción matrimonial son muy escasas, por no decir nulas. Esto implicará probablemente que los interesados se vean obligados a contraer matrimonio a través de apoderado a menos que se desplace a Marruecos la ciudadana española. No obstante, debe recordarse que en dicho país el ciudadano marroquí viene obligado a contraer matrimonio conforme a la *lex loci*, sin que sea posible celebrar matrimonio civil.

Es incuestionable, por tanto, que en este supuesto se ha causado un perjuicio cierto, no solo al ciudadano extranjero sino también a la ciudadana española que pretendía ejercer su derecho constitucional a contraer matrimonio.

Las investigaciones realizadas por esta Institución ponen de manifiesto que, en el presente caso, los funcionarios policiales llevaron a cabo actuaciones para ejecutar la expulsión del interesado antes de que éste se personara en las dependencias policiales a las que fue citado en el marco del procedimiento matrimonial. En concreto, los funcionarios policiales solicitaron autorización judicial para la expulsión el día 23 de junio de 2011, siendo concedida la misma con fecha 18 de julio de 2011. De este modo, cuando el interesado compareció el día 21 de julio de 2011 en las dependencias policiales fue detenido y expulsado al día siguiente. En la misma fecha, tras la intervención de esta Institución, la Subdelegación del Gobierno en Alicante dictó resolución revocando la expulsión, pero ésta ya se había ejecutado.

Por lo que se refiere a la tramitación de los expedientes matrimoniales en los que uno de los interesados es extranjero, se pone de manifiesto en el escrito remitido por V. E. que únicamente se requiere la cooperación policial para labores de verificación documental, tanto del pasaporte como de la convivencia de los futuros contrayentes, sin que la entrevista en sede

policial a la que son citados responda a ninguna instrucción específica del Registro Civil. Se comunica igualmente que dichas labores de verificación se realizan para determinar si los contrayentes cumplen los requisitos exigidos por la normativa y las instrucciones dimanadas de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

El Registro Civil concluye que ordena –sin predeterminar la mecánica al efecto– la verificación de documentación aportada por el promotor –en situación de estancia irregular en el país– y también informes sobre la convivencia para cerciorarse de la veracidad de la relación y tratar de evitar los llamados matrimonios de complacencia en que, por la existencia de un vicio de consentimiento, el matrimonio devendría nulo. Finalmente, se indica que estas gestiones de verificación se vienen practicando desde el año 2006 como medio de ayuda para evitar fraudes documentales, ante la existencia de algunos supuestos de irregularidades documentales, con especial incidencia en supuestos de estancia irregular de algunos de los contrayentes.

Así pues, del contenido de su informe parece desprenderse que en aquellos supuestos en los que el contrayente extranjero se encuentra en situación de irregularidad documental, se solicita la colaboración policial.

Una vez evaluada la información recibida, procede señalar lo siguiente:

1) Pese a lo manifestado en el escrito de V. E., recientemente se ha recibido en esta Institución una nueva queja en la que, como se puede apreciar, el Registro Civil, en este caso el de Valencia, informa a los contrayentes de que deben comparecer en sede policial, lo que implica que, al menos en algún caso, es el propio Registro Civil el que dirige a los interesados a la sede policial (se remite copia del escrito del Registro Civil).

2) En la mencionada queja, como era previsible, cuando el ciudadano extranjero ha acudido a la sede policial ha sido detenido para ejecutar la expulsión que se había dictado en su contra en el año 2008.

3) De su escrito se desprende que las labores de verificación se producen con carácter general, cuando el extranjero se encuentra en situación irregular. A partir de dicha circunstancia se cuestiona la autenticidad de su pasaporte y la realidad de la convivencia. La finalidad de tales investigaciones tiene por objeto evitar, según se indica, los llamados matrimonios de complacencia.

En relación con lo expuesto hemos de manifestar que las instrucciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado no pueden interpretarse de forma que el resultado sea coartar el derecho fundamental a contraer matrimonio, reconocido constitucionalmente en el artículo 32. Esta Institución viene apreciando que la forma de proceder de los Registros Civiles tiene precisamente el efecto de impedir que se celebre el matrimonio, dado que los funcionarios de policía tan pronto se encuentran en presencia de un ciudadano sobre el que en su día recayó una resolución de expulsión proceden a su detención para ejecutar la misma, con independencia de que el interesado haya acudido a las dependencias policiales en el marco de un expediente matrimonial.

La Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de enero de 2006, sobre los matrimonios de complacencia, como no podía ser de otra manera, señala que el *ius connubi* debe siempre respetarse y que se trata de un derecho subjetivo de toda

persona español o extranjero, mencionando además los textos internacionales en los que se recoge dicho derecho.

La citada instrucción, asimismo, dedica su apartado IX a las presunciones como medio para acreditar la existencia de un «matrimonio simulado» y detalla una serie de supuestos no relevantes para inferir de los mismos, aisladamente, la existencia de un matrimonio simulado, aun cuando en concurrencia con otras circunstancias puedan coadyuvar a la formación de una convicción positiva o negativa del encargado sobre la existencia de verdadera voluntad matrimonial. Entre los supuestos que la instrucción enumera como no relevantes se encuentra precisamente el hecho de que el contrayente extranjero resida en España sin la documentación exigida por la legislación de extranjería. En relación con esta cuestión, la instrucción señala de forma expresa: «De este dato no se puede inferir, automáticamente, la intención simulatoria de los contrayentes en la celebración del matrimonio, como ya ha sido declarado en varias ocasiones por este centro directivo». También se incluye entre dichos supuestos no relevantes el hecho de que los contrayentes no convivan juntos.

En todo caso, la instrucción señala 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».

Igualmente señala que «el Encargado dispone de un necesario margen de apreciación para ajustar las normas jurídicas a los caracteres, circunstancias y rasgos del caso concreto, ponderando necesariamente la equidad en la aplicación de las normas jurídicas».

Sin embargo, en los casos a los que se hace referencia en el presente escrito, el expediente matrimonial queda interrumpido bruscamente debido a que el encargado del Registro Civil requiere, de forma automática, la colaboración policial, tras constatar que el cónyuge extranjero se encuentra en situación de irregularidad administrativa, vulnerándose el derecho de los interesados a obtener la resolución en el procedimiento iniciado ante el encargado, autorizando la celebración del matrimonio o denegando la autorización.

Tras evaluar el presente asunto, hemos de manifestar nuestra discrepancia con la afirmación contenida en su informe sobre que el Registro Civil no es responsable en la ejecución de la expulsión de los extranjeros que acuden a dependencias policiales en el marco del expediente matrimonial. Es evidente que la investigación sobre la autenticidad del pasaporte y la averiguación de los datos de convivencia implican, en todo caso, la puesta a disposición policial del extranjero que se encuentra en situación irregular. Por un lado, la comprobación sobre la autenticidad del pasaporte requiere su entrega por parte del titular, al tratarse de un documento identificativo y, por otro, la averiguación sobre la realidad de la convivencia conlleva trasladar a los funcionarios policiales datos concretos sobre la vivienda en la que reside el extranjero en ese preciso momento.

Debe recordarse que la función del encargado es comprobar si existe un verdadero consentimiento matrimonial. Según la instrucción mencionada, el expediente matrimonial previo está concebido fundamentalmente como un mecanismo de control de la capacidad nupcial de los contrayentes y el instructor debe deducir de la audiencia reservada, si existe intención de formar una familia por parte de los futuros contrayentes. La interrupción del expediente

previo de capacidad provocada por la expulsión de uno de los contrayentes imposibilita la realización de la audiencia reservada en España y, en consecuencia, el desarrollo de la función asignada al encargado que ya no podrá llegar a ninguna conclusión al no celebrarse siquiera la audiencia reservada de los futuros contrayentes.

Conviene señalar, asimismo, que de la interpretación de los preceptos 317 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no es posible deducir con carácter general que los documentos extranjeros y, en concreto, el pasaporte, carezca de fuerza probatoria. En los mencionados artículos se expresan las actuaciones a seguir cuando no sea aplicable ningún tratado o convenio internacional ni ley especial que atribuya fuerza probatoria a los documentos extranjeros. En el caso de que existan convenios habrá que estar a lo establecido en los mismos. En relación con esta cuestión y en el marco de una investigación seguida en esta Institución, se tuvo ocasión de conocer la posición de la Fiscalía sobre los documentos marroquíes. La Fiscalía manifestó que se debía dar particular verosimilitud a los documentos expedidos por las autoridades marroquíes, en aplicación del Convenio Bilateral de Cooperación Judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, publicado en el *BOE* n.º 151/1997, de 25 de junio de 1997. Igualmente, la Fiscalía señaló que la duda de que los portadores de los documentos sean los titulares reales, así como otras cuestiones relativas a elementos objetivos o actas originales del Registro Civil marroquí o cualquier otra duda debe ser planteada al Consulado marroquí.

A juicio de esta Institución, sólo en el caso de que el encargado considere que existen indicios de falsedad o manipulación de los documentos presentados debería solicitar al titular de los mismos que acredite su autenticidad, lo que éste podría llevar a cabo mediante la presentación de certificado consular de su país o por otro tipo de pruebas admitidas en Derecho. Igualmente, el encargado puede plantear a los consulados las dudas que estime pertinentes.

En definitiva, esta Institución considera que existen alternativas para evitar la interrupción brusca del expediente matrimonial con el fin de evitar graves perjuicios a los futuros contrayentes. Por lo que se refiere a la labor asignada al encargado y con el fin de que pueda formarse la necesaria convicción sobre la capacidad matrimonial de los contrayentes, podría realizar la audiencia reservada prevista en el artículo 246 del Reglamento del Registro Civil con carácter previo a cualquier otra actuación y, en particular, a la averiguación sobre la autenticidad de los documentos, en el caso de que se planteara dudas.

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

> «Que se impartan las instrucciones que procedan a los encargados de los Registros Civiles para evitar que, de manera sistemática, se considere la situación documental irregular de uno de los contrayentes, indicio suficiente para solicitar informe a la policía, que implique que el extranjero haya de personarse en dependencias policiales».

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

Recomendación 38/2012, de 28 de marzo, formulada a la Consejería de Obras Públicas y Vivienda de la Comunidad Autónoma de Andalucía, para que se modifique la normativa autonómica y los acuerdos alcanzados con las entidades financieras, de modo que, en los préstamos con cargo al Plan de Vivienda correspondientes a ayudas reconocidas por la Administración autonómica, no se exijan requisitos extraordinarios a los peticionarios que frustren la finalidad social de esta ayudas (11009133). Aceptada parcialmente.

Acusamos recibo de su escrito de 22 de noviembre de 2011 (s/ref.: 30016), relacionado con la queja formulada por don (...), la cual quedó registrada en esta Institución con el número arriba indicado, y en la que nos expuso que el 15 de junio de 2009 suscribió con la Empresa Municipal de la Vivienda de Jerez (EMUVIJESA) un contrato de compraventa de una vivienda de protección oficial con la financiación de una entidad bancaria, y que, como ha sucedido con otros adjudicatarios de esas viviendas de protección oficial, ésta le exigió verbalmente para poder contratar la hipoteca, un seguro de cobertura por fallecimiento, un seguro multirriesgo hogar, así como un seguro por desempleo o incapacidad supletoria que tiene una duración de 5 años y un coste aproximado de 1.700 euros a pagar en una cuota única.

A la vista de los hechos que el interesado nos expuso en su queja y del informe que nos facilitó la citada la Empresa Municipal de la Vivienda de Jerez (EMUVIJESA), con quien iniciamos la presente investigación y, posteriormente, la suspendimos porque carecía de competencias para la posible solución del problema planteado, consideramos procedente dirigirnos a esa Consejería para que nos indicara los fundamentos jurídicos en los que se pueden estar basando las entidades de crédito para exigir tales requisitos extraordinarios a quienes pretenden obtener la financiación de una vivienda protegida a través de su subrogación en el préstamo hipotecario.

Tras el estudio del contenido de ese escrito que nos ha remitido esa Consejería, hemos estimado procedente efectuar las siguientes consideraciones:

Primera. Aunque el derecho de acceso a una vivienda digna y adecuada que establece el artículo 47 de la Constitución española no puede ser considerado como un derecho absoluto por el que se pueda exigir a las administraciones que obligatoriamente tengan que facilitar una vivienda a cualquier ciudadano que lo solicite, ni tampoco que esta sea a título gratuito, sin embargo, sí tienen la obligación de asegurar el acceso a ese bien, mediante la articulación de prestaciones directas (como las subvenciones, subsidios y ayudas), así como otras indirectas (como la ordenación administrativa de las entidades de crédito y financiación, tanto públicas como privadas).

Debemos reconocer que al no tener las administraciones públicas recursos suficientes para atender todas las necesidades de viviendas que tienen los ciudadanos, especialmente las de aquellos grupos sociales más desfavorecidos, se han habilitado unos instrumentos que contribuyen a cumplir con ese objetivo complementando lo que queda sin cubrir directamente por ellas. Entre esos instrumentos está la colaboración de las entidades financieras.

Dicha colaboración entre el Ministerio de Fomento con esas entidades de crédito para la ejecución del Plan, se ha formalizado mediante convenios en los que se ha garantizado una oferta suficiente de préstamos convenidos y la gestión del pago de la subsidiación de dichos préstamos, así como de la Ayuda estatal directa a la entrada (AEDE) hasta que esta fue suprimida.

Además de ello, las diferentes comunidades autónomas también han suscrito convenios con determinadas entidades financieras por los que se han venido otorgando, a los solicitantes de viviendas con algún tipo de protección pública, préstamos convenidos con garantía hipotecaria y préstamos hipotecarios subrogados en condiciones más ventajosas que cuando se trata de acceder a una vivienda libre.

Por ello, y a la vista de lo dispuesto en el citado Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, por el que se regula el Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012, y en la Orden VIV/1290/2009, de 20 de mayo, sobre convocatoria para la selección de entidades de crédito colaboradoras con el Ministerio de Vivienda en la financiación de actuaciones protegidas del citado Plan, debemos señalar que, en principio, desde el punto de vista estrictamente legal, no hemos observado que en los hechos expuestos por el formulante de la queja se hubiese producido una infracción del ordenamiento jurídico por parte de esa Administración autonómica, ni por la entidad de crédito que le exigió tales requisitos extraordinarios para contratar con él un préstamo hipotecario.

Segunda. En el informe enviado por esa Consejería se expone que si bien la normativa en la que se pueden estar basando las entidades de crédito para exigir esos requisitos extraordinarios a quienes pretenden obtener la financiación de una vivienda protegida a través de su subrogación en el préstamo hipotecario, deja a salvo la libertad de contratación que debe presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela, sin que se establezca una limitación al número o tipo de servicios que se puedan contratar, sin embargo, se reconoce que en algunos supuestos, esa exigencia de contratación de servicios extraordinarios podría resultar abusiva al amparo de la normativa sobre protección de los derechos de los consumidores y usuarios, y ello a pesar de que sea admisible que esas entidades financieras intenten prevenir situaciones de impago de los préstamos hipotecarios e intenten fidelizar la clientela.

Asimismo, esa Administración autonómica manifiesta en dicho informe que, en esos casos, deberían ser los juzgados y tribunales de justicia los que declarasen ese carácter abusivo toda vez que los convenios firmados para financiar las actuaciones de los planes de vivienda, se limitan a regular las condiciones que afectan directamente a los préstamos cualificados, así como las obligaciones accesorias que asumen las entidades financieras como entidades colaboradoras, pero en ningún caso se regulan otras relaciones con los clientes adquirentes de viviendas protegidas, que quedan amparadas por la normativa básica alegada.

Tercera. A la vista de las argumentaciones expuestas por esa Consejería, hemos de admitir que las entidades de crédito deben tener un cierto margen de maniobra para el cálculo del riesgo empresarial dada la grave realidad económica del momento actual. Sin embargo, la aceptación sin más por esa Consejería de las decisiones que adoptan las entidades de crédito sobre los préstamos convenidos con garantía hipotecaria, supone, de hecho, ignorar que nos encontramos ante un sistema de ayudas a un bien social y básico como es la vivienda y también una creencia de que no se puede mejorar la actual práctica bancaria disminuyendo esas situaciones desfavorables que ahora se vienen produciendo para muchos ciudadanos.

Por ello, esta Defensoría considera que no instar una modificación de la actual situación es asumir que, en la práctica, se está desconociendo el derecho que se reconoce a los ciu-

dadanos en las resoluciones dictadas por esa Consejería tras aplicar la normativa vigente, lo cual conlleva que, de hecho, se están produciendo situaciones injustas para ese colectivo de ciudadanos que ven cómo las decisiones adoptadas por las entidades financieras colaboradoras, eminentemente privadas y atendiendo principalmente al criterio del riesgo empresarial, desvían el principal motivo de toda esa normativa aprobada en materia de vivienda social, cual es que los ciudadanos con menores ingresos o con más cargas sociales o familiares también puedan acceder a una vivienda digna y adecuada.

Por supuesto que está reconocido el derecho a la propiedad privada, pero también que la función social de este derecho delimita su contenido, de acuerdo con las leyes. Por supuesto que también está reconocida la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, pero toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general, y esto incluye la riqueza bancaria. No parece necesario señalar lo vital que resulta en nuestra sociedad la actividad crediticia, es ello lo que justifica su especial posición en el ordenamiento jurídico y en la ordenación de la economía, a la vista está. Pero esta especial posición parece razonable pensar que debe reflejarse a todos los efectos y no sólo a algunos. Por tanto, puede deducirse que en los planes estatales de vivienda, la libertad de las entidades de crédito no puede ser absoluta, como no lo es ninguna libertad ni derecho fundamental; y que el riesgo empresarial que dice asumirse debe ser verdadero riesgo, dadas unas condiciones mínimas de solvencia; es decir, el aseguramiento absoluto de la rentabilidad financiera no comporta riesgo, por tanto, para asumir riesgo su aseguramiento no puede ser absoluto. Cabalmente, estamos hablando de las entidades de crédito propias de una sociedad democrática avanzada, constituida política y jurídicamente como Estado Social.

Y es que, si a pesar del contenido de las distintas normas que se han aprobado por la Administración estatal y completado por las distintas administraciones autonómicas por las que se ha procurado la promoción de las condiciones necesarias para hacer efectivo el derecho constitucional de disfrutar de una vivienda digna y adecuada, resulta que, de hecho, los ciudadanos no pueden percibir las ayudas que se le han reconocido expresamente por reunir todos los requisitos previstos porque las entidades bancarias con las que se han celebrado previamente unos convenios no le otorgan los préstamos con los que contaban, esta Defensoría entiende que ese convenio firmado para financiar actuaciones protegidas no está funcionando como se esperaba, ya que se les ha atribuido a tales entidades privadas un poder de decisión demasiado discrecional basado eminentemente en el riesgo empresarial.

Pues bien, dado que en los últimos años se ha incrementado el número de personas encuadrables en alguno de los colectivos más desfavorecidos, por la especial incidencia que en ellos tiene la crisis económica, se deberían tomar las necesarias medidas de adaptación a esa realidad, en las líneas generales de fomento de la vivienda con protección oficial, que contemplen una voluntad decidida y no meramente retórica de concertación entre el sector público y el sector privado para que esos colectivos no se vean aún más perjudicados.

Las administraciones ya han asumido en los últimos tiempos nuevas líneas de intervención en su política de vivienda mediante su plasmación en las nuevas normas aprobadas y en los compromisos sociales adquiridos. Así, ahora hay nuevos tipos de vivienda protegida (concertada, alquiler con opción de compra, alojamientos colectivos protegidos), nuevas formas de

promoción u obtención de viviendas protegidas (derecho de superficie, copropiedad, conversión de viviendas libres existentes), programas sociales de vivienda, etcétera.

Por eso, esta Defensoría no puede proceder ahora a la conclusión de esta investigación porque entendamos que la situación antes descrita no se puede mejorar. Al contrario, consideramos que todavía es posible adoptar nuevas medidas que hagan más eficaces las prestaciones para el pago de la vivienda actualmente existentes, las ayudas públicas destinadas al alojamiento de los colectivos con mayor riesgo de exclusión social, las garantías otorgadas por la Administración a los compradores de viviendas o los convenios suscritos con las entidades financieras para la financiación del actual plan.

La disparidad que se está produciendo entre el reconocimiento de ayudas por la Administración y la imposibilidad de poder disfrutar de ellas porque las entidades bancarias no conceden los préstamos necesarios, requiere una modificación de la situación, y ello pasa por un mayor compromiso y colaboración de los operadores del sector financiero.

Cuarta. Desconocemos si, dentro de las competencias que tiene atribuidas esa Administración autonómica en materia de vivienda, se han hecho estudios o propuestas sobre cómo conseguir superar esos obstáculos que ahora se vienen presentando y que impiden que esas personas necesitadas no puedan acceder a una vivienda a pesar de las diversas normas aprobadas para proteger y para hacer efectivo el derecho que les reconoce el artículo 47 de la Constitución.

Esta Institución ha podido comprobar cómo algunas administraciones han establecido unos seguros del alquiler frente a impagos y desperfectos. De la misma forma que con esa medida adoptada muchos propietarios de viviendas que las tenían vacías se animaron a arrendarlas superando así las reticencias que tenían, esa Consejería también podría introducir alguna medida que disminuyera los requisitos extraordinarios que las entidades de crédito vienen exigiendo para otorgar esos préstamos convenidos con cobertura hipotecaria.

En este punto conviene traer a colación el contenido de algunos apartados del informe monográfico que esta Defensoría ha presentado el pasado 25 de enero en el Congreso de los Diputados sobre Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo.

En efecto, en el apartado 2.1.2, que versa sobre los «productos de cobertura de las hipotecas» dijimos textualmente lo siguiente:

> «Al menos durante los últimos años las entidades bancarias han exigido a los clientes, como requisito imprescindible a la concesión del préstamo con garantía hipotecaria para la financiación de la adquisición de viviendas, la suscripción de productos de cobertura para reforzar el cumplimiento de la obligación principal.
>
> Se ha generalizado la práctica por las entidades financieras, que no consideran suficiente la garantía real de la hipoteca, el requerimiento a los clientes de la contratación de un seguro de vida/invalidez, conocido como seguros de amortización de préstamos. En estos seguros el asegurador asume el pago de la cantidad pendiente de amortizar por parte del asegurado prestatario, si ocurre alguna de las contingencias previstas en la póliza, que son fallecimiento o invalidez.

También se han impuesto a los clientes seguros, cuyo objetivo es cumplir las obligaciones del deudor con respecto al préstamo hipotecario con carácter temporal. Estos seguros se conocen con el nombre comercial de «seguros de protección de pagos/préstamos» y se comercializan de forma independiente o unidos a los anteriores de vida/invalidez. Las coberturas ofrecidas por estos seguros son la garantía a la entidad de crédito del pago de un número determinado de cuotas, en caso de desempleo o incapacidad temporal o muerte del asegurado. Estas pólizas son alternativas.

La Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de Medidas de reforma económica, y, en concreto, su artículo 19, establece la previsión de que las entidades de crédito informen a los deudores hipotecarios, con préstamos a tipo de interés variable, sobre los instrumentos, productos o sistemas de cobertura de riesgo de incremento de los tipos que tengan disponibles, sin que la contratación de la cobertura varíe el contrato de préstamo. Las entidades están obligadas a ofrecer estos productos de cobertura a los nuevos clientes que contratasen un préstamo hipotecario a tipo de interés variable. Las características de dicho instrumento, producto o sistema de cobertura se tienen que hacer constar en las ofertas vinculantes y en los demás documentos informativos, previstos en las normas de ordenación y disciplina relativas a la transparencia de préstamos hipotecarios.

Al amparo precisamente del mencionado precepto, las entidades de créditos han ofrecido a sus clientes unos productos financieros vinculados a los préstamos hipotecarios, que posibilitan la permuta de los tipos de interés aplicados a los préstamos. Estos productos, técnicamente complejos, con múltiples denominaciones (clip, permuta financiera, *stockpyme, swaps...*) se ofertan como un producto que asegura el tipo de interés, siendo la más conocida la de *swaps.* La entidad financiera como consecuencia del *swap,* en caso de subida de los tipos de interés, asume el exceso de la cuantía fijada y, en el supuesto de bajada de los tipos de interés, es el cliente quien asume el riesgo de esta situación y está obligado al pago del producto que se suma a la cuota hipotecaria».

Asimismo, en el apartado 3.2 de dicho informe monográfico, que trata de los «seguros asociados a los préstamos hipotecarios», esta Defensoría ha denunciado lo que a continuación transcribimos por considerar que tiene mucha relación con el problema planteado en esta queja y con la información que nos ha enviado esa Consejería:

«Como reconoce el Banco de España en su web, aunque no es obligatorio, es habitual que la entidad concedente del préstamo hipotecario exija al prestatario el cumplimiento de requisitos adicionales, tales como domiciliar una nómina, contratar un plan de pensiones o uno o varios seguros de determinadas características. El Defensor del Pueblo a través de las quejas ha detectado que las entidades bancarias imponen, como requisito fundamental para la concesión de un préstamo hipotecario, la suscripción de un seguro de vida y de desempleo con sus propias compañías aseguradoras a los clientes.

El problema que ha aflorado en la actual situación de crisis económica radica en la inoperatividad de dicho seguro, pues los ciudadanos al quedarse sin empleo han

solicitado a las compañías la aplicación de la cobertura del seguro de desempleo, siéndoles denegada, alegando que no tienen derecho a la indemnización por carecer de contrato laboral indefinido, lo que al parecer era un requisito imprescindible de la póliza. Las primas de dicha póliza son elevadas al estar calculadas en función del préstamo concedido o de las cuotas mensuales.

No parece posible que las entidades bancarias excusen falta de conocimiento de la situación laboral de sus clientes, pues entre la documentación necesaria para conceder los préstamos hipotecarios se encuentra el contrato de trabajo o similar, por tanto saben antes de obligar a suscribir las pólizas de seguro que no se cumple el requisito fundamental para desplegar la cobertura, el contrato laboral indefinido, lo que provoca la ausencia de interés asegurable.

Las entidades bancarias también han impuesto a los funcionarios y militares la suscripción de un seguro de vida y de desempleo vinculado al préstamo hipotecario, a sabiendas de que no es probable que se queden sin trabajo. En el caso de los militares al tener un empleo de riesgo se les excluye de la cobertura de fallecimiento del seguro de vida.

Los clientes al conocer que no existe la posibilidad de cubrir la contingencia de desempleo, y la de fallecimiento en el caso de los militares, consideran que no ha existido una información clara, ajustada y transparente por parte de las entidades bancarias por la falta de interés asegurable, en consecuencia, proceden a solicitar a las compañías de seguros la anulación de la póliza y la devolución de las primas abonadas, petición que es rechazada, produciéndose un enriquecimiento injusto de las compañías aseguradoras pertenecientes a las mismas entidades bancarias, que no han corrido ningún riesgo.

Las entidades bancarias ante las reclamaciones de los clientes se desentienden del problema, pudiendo existir conflicto de intereses por pertenecer tanto las entidades bancarias como las compañías aseguradoras al mismo grupo financiero.

La cuestión suscitada dio lugar a la apertura de una investigación de oficio ante la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, y el Banco de España, al objeto de conocer el número de reclamaciones presentadas por dicho motivo y la solución dada a las mismas; las medidas previstas a fin de evitar que se sigan, produciendo, dadas las consecuencias económicas negativas para los clientes».

A la vista de la postura sostenida por esa Consejería en la información que nos ha facilitado, consideramos oportuno dejar constancia de que en el citado informe monográfico hemos señalado que «no ha funcionado de forma correcta en la suscripción de este tipo de seguros, que no han tenido carácter voluntario para los clientes, sino que han supuesto una exigencia para la concesión del préstamo hipotecario. La prueba más evidente de que los ciudadanos han entendido que en caso de desempleo el seguro desplegaba su cobertura, es que llegado el siniestro, han intentado hacer valer su derecho, denunciando a las compañías cuando estas no han atendido su pretensión.

Puede entenderse que las entidades bancarias han visto una gran oportunidad de beneficio en los seguros vinculados, incrementando sus ingresos a través de sus entidades ase-

guradoras con la imposición de la contratación de las pólizas de seguros de amortización de préstamos, que en la gran mayoría de los casos no garantizan el pago de los préstamos por imponer en sus cláusulas limitativas numerosos inconvenientes para desplegar la cobertura, tanto por desempleo como por incapacidad. Pese a que no existe una obligación legal para el prestatario contratar ningún tipo de seguro. Esta circunstancia puede producir un enriquecimiento injusto para las compañías aseguradoras pertenecientes a las entidades financieras que no han corrido ningún riesgo, teniendo en cuenta que las primas de dichas pólizas son elevadas al estar calculadas en función del préstamo concedido o de las cuotas mensuales.

Por otra parte, es necesario abordar la nueva Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que permite, con carácter general, que las entidades bancarias proporcionen a los clientes servicios bancarios vinculados a la contratación de otros servicios financieros o no, como los seguros, sin restricciones de ningún tipo únicamente, exige a la entidad financiera que informe al cliente del coste separado de cada servicio, pero no siempre, sino en la medida en que este coste esté disponible para la entidad. Estas prácticas deberían haberse regulado con más limitaciones, porque pueden convertirse con facilidad en abusivas, pues con la concesión de préstamos se podrá obligar al cliente a contratar productos vinculados que no han sido solicitados. Cuando un cliente solicita un servicio no debería verse obligado a contratar otros productos que no desea, sin embargo el artículo 12 de la citada orden lo permite sin matices».

Tras el estudio e investigaciones desarrollados con ocasión de las quejas presentadas ante esta Institución y de los informes obtenidos de los diferentes órganos administrativos y entidades para la elaboración de ese informe monográfico, esta Defensoría ha efectuado diversas recomendaciones, en función de sus respectivas competencias, a los Ministerios de Justicia, Economía y Competitividad y de la Presidencia, al Banco de España, así como a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones dependiente del citado Ministerio de Economía y Competitividad.

Entre las recomendaciones incluidas está la siguiente de carácter preventivo:

> «4.2.4. El establecimiento de restricciones a la práctica generalizada de las entidades bancarias de imponer la contratación de los seguros de protección de préstamos, que como ha quedado expuesto anteriormente en la gran mayoría de los casos no garantizan el pago de los préstamos, dadas las numerosas limitaciones para desplegar la cobertura, tanto por desempleo como por incapacidad, evitando las consecuencias económicas negativas para los clientes por el elevado coste del seguro, y posibilitar la contratación voluntaria real de estos u otros seguros a los consumidores en el caso de que decidieran protegerse de esos riesgos, y evitar un enriquecimiento irregular de las entidades de crédito.
>
> Asimismo, se recomienda que se extremen las cautelas en la interpretación que se efectúa de estas pólizas, ya que está claro que los ciudadanos no han prestado su consentimiento libremente para su contratación y, desde luego, no han prestado su consentimiento informado».

Y es que, en relación con las actuaciones que vienen realizando las entidades financieras a la hora de otorgar los préstamos con garantía hipotecaria para la adquisición de una vivienda, esta Defensoría entiende que si, además de la rentabilidad ordinaria que ya obtienen esas

entidades de crédito preferentes en préstamos que contratan con los clientes que obtienen las ayudas oficiales reconocidas por las comunidades autónomas por reunir los requisitos establecidos, también consiguen los beneficios contemplados en el convenio de colaboración de julio de 2009, para la financiación del Plan de Vivienda, y si, a pesar de ello, observan una práctica restrictiva en la concesión de esos préstamos convenidos sin atender al espíritu que anima la finalidad de ese Plan, entonces, la Administración se debería plantear aumentar las garantías por las posibles dificultades de cobro de los préstamos en la línea que acabamos de exponer (establecimiento de un seguro para determinados clientes); o, por el contrario, excluir alguno de esos beneficios, como medida de presión.

Como esta Defensoría considera que todavía es posible adoptar nuevas medidas que hagan más eficaces las prestaciones para el pago de la vivienda actualmente existentes, las ayudas públicas destinadas al alojamiento de los colectivos con mayor riesgo de exclusión social, las garantías otorgadas por la Administración a los compradores de viviendas o los convenidos suscritos con las entidades financieras para la financiación del actual Plan, no podemos admitir sin más esa situación con la justificación de que es un problema derivado de las relaciones privadas entre entidades de crédito y sus clientes sobre las que, en su caso, entenderían los jueces y los tribunales de justicia.

La disparidad que se está produciendo entre el reconocimiento de ayudas por la Administración y la imposibilidad de poder disfrutar de ellas porque las entidades bancarias no conceden los préstamos necesarios, requiere una modificación de la situación, y ello pasa por un mayor compromiso y colaboración de los operadores del sector financiero.

Hay precedentes en los que ante situaciones menos graves se ha alcanzado un acuerdo político, asumido por el sector bancario y con buenos resultados. Así ocurrió, por ejemplo, con el problema de los medios electrónicos de pago. Las tasas de intercambio fijadas unilateralmente por las redes de tarjetas eran desproporcionadas, superaban con creces las medias europeas y estaban ahogando al pequeño y mediano comercio. Hubo iniciativas legislativas con el fin de solucionar el problema. Ninguna llegó a prosperar. Sin embargo, a través del Senado se llegó a un acuerdo político que fue asumido por la banca, que se comprometió a una reducción progresiva de las tasas de intercambio y, en consecuencia, de los descuentos aplicados a los comerciantes en el uso de tarjetas.

Una de las 20 recomendaciones contenidas en ese informe monográfico a los poderes públicos, para que estos las tomen en consideración al buscar soluciones a un problema cuya última consecuencia es la pobreza y la exclusión social, tiene relación con que el Ministro de Economía y Competitividad haya anunciado el pasado 22 de febrero en el Congreso de los Diputados que el Ejecutivo impulsará un «código de buenas prácticas» para las entidades financieras en la dación en pago, como fórmula con que se saldaría la deuda hipotecaria.

Dado que el artículo 12.1 apartado e) del Real Decreto 2066/2008 y el vigente Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012, establecen que los préstamos convenidos estarán garantizados con hipoteca, también se podría negociar con esas entidades de crédito que disminuyan las garantías complementarias o adicionales que ahora se exigen como condición para conceder un préstamo convenido a los beneficiarios de esas ayudas públicas: seguros de vida, tenencia de un contrato de trabajo, la domiciliación de las nóminas, la domiciliación de recibos, el seguro de amortización del préstamo incluso durante todo el período del prés-

tamo, un seguro de desempleo, un plan de pensiones, la admisión de tarjetas de crédito o de débito, la presentación de algún avalista solidario en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del préstamo, la pignoración de cantidades o la gestión de las escrituras por dichas entidades, la existencia de fiadores, etc. En suma, que la razonable reducción del riesgo no constituya una virtual inexistencia de riesgo.

Por último, hay que señalar que estas últimas exigencias de las entidades de crédito no solamente se vienen incluyendo en los préstamos convenidos otorgados a algunos de los integrantes de esos colectivos, que por ello son considerados en el Real Decreto 2066/2008 como beneficiarios con derecho preferente en el acceso a una vivienda, sino también a los otros destinatarios de dicha norma y que están dando lugar a que se produzcan numerosas renuncias de viviendas de protección pública que se le habían adjudicado tras los correspondientes procesos de selección.

A la vista de las consideraciones anteriormente expuestas, esta Institución entiende que, aunque como ya indicamos al principio de este escrito, desde el punto de vista estrictamente legal, las Administraciones competentes en el caso planteado en esta queja y en otros similares han aplicado la normativa vigente y, por tanto, no han incurrido en una vulneración de la legalidad que mereciera nuestro reproche jurídico, sin embargo, estimamos que nos encontramos ante uno de los supuestos previstos en el apartado 2 del artículo 28 de nuestra 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».

Consideramos que las situaciones injustas o perjudiciales para los ciudadanos a los que les sería de aplicación ese precepto de nuestra ley orgánica se están produciendo en quienes siendo personalmente unos clientes solventes, las entidades de crédito exigen el cumplimiento de unos requisitos extraordinarios para que se les pueda conceder un préstamo de acceso a una vivienda a pesar de que la normativa vigente les apoya.

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

> «Que, en el ejercicio de las competencias que tiene atribuidas, esa Consejería promueva la modificación de la normativa autonómica que se viene aplicando en esta materia y de los acuerdos alcanzados con las entidades financieras preferentes para la financiación del Plan de Vivienda, para que estas concedan los préstamos correspondientes a las ayudas reconocidas por esa Administración autonómica, sin exigir a los beneficiarios que sean solventes y pertenezcan a alguno de los colectivos con derecho a protección preferente enumerados en el artículo 1 del Real Decreto 2066/2008, tantos requisitos extraordinarios como hasta ahora vienen pidiendo.
>
> Del mismo modo, que esa Consejería inste la adopción de las medidas necesarias, bien aumentando los beneficios a obtener por las entidades de crédito, bien excluyendo algunos de los ya otorgados a estas, para que en la concesión de los préstamos cualificados no se apliquen sólo ni absolutamente criterios estrictamente bancarios, sino también los derivados de la finalidad del Plan de Vivienda, como

instrumento este que pretende posibilitar el acceso al bien social y básico que es la vivienda».

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.

Recomendación 39/2012, de 28 de marzo, formulada a la Dirección General de Arquitectura, Vivienda y Suelo del Ministerio de Fomento, sobre la modificación de la normativa y del convenio de colaboración con las entidades financieras para la financiación del Plan de Vivienda, para que estas concedan préstamos convenidos para compra de viviendas a mayores de 65 años aunque sean solventes (11011842). Pendiente.

Acusamos recibo de su escrito de 21 de noviembre de 2011 (s/ref...), relacionado con la queja formulada por doña (...), con domicilio en la avenida (...), la cual quedó registrada en esta Institución con el número arriba indicado, y en la que expuso lo siguiente:

1. A la vista de la información facilitada por la Delegación de Toledo de la Consejería de Ordenación del Territorio y Vivienda de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, en el mes de noviembre de 2009 formalizó la escritura de compra de una vivienda de segunda mano y en el mes de diciembre siguiente presentó su solicitud de las ayudas oficiales que se le habían indicado.

2. El 30 de junio de 2010 y, una vez comprobado que cumplía todos los requisitos establecidos para ello, la citada Consejería resolvió:

   a) Reconocerle el derecho a obtener un préstamo cualificado conforme a lo dispuesto en el Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, que regula el Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012, con una cuantía mínima de 34.200 euros y una máxima de 45.600 euros.

   b) Reconocerle el derecho a la subsidiación de la cuota del préstamo cualificado de 155 euros por cada 10.000 euros de valor del préstamo durante 5 años. Este período podía ser ampliado, en su caso, en 100 euros por cada 10.000 euros de valor del préstamo hasta un total de 10 años a solicitud suya.

   c) Reconocer el derecho a la Ayuda Estatal Directa a la Entrada (AEDE), condicionada a que ese Ministerio diera su conformidad a la concesión de un préstamo convenido en la cuantía de 12.000 euros.

3. Sin embargo, después de haber contactado con diferentes entidades bancarias para formalizar el préstamo convenido que se le exigía, la formulante de la queja se encontró con que ninguna de ellas aceptó concedérselo ya que, según argumentaban, al contar ya con 67 años de edad y tener el préstamo cualificado una duración mínima de 25 años, terminaría de pagarlo a los 92, lo cual superaba con creces las estadísticas en cuanto a los años de vida de una persona.

4. Ante ello, la formulante de la queja consideró que se encontraba inmersa en una situación paradójica, ya que si bien ella tenía concedidas esas ayudas porque reunía todos los requisitos establecidos en el citado real decreto y, además, estaba incluida en siete de los colectivos previstos en esa norma como beneficiario con derecho preferente en el acceso a una vivienda, sin embargo, no podía recibirlas por la actuación de unas entidades financieras que obedecían a sus intereses privados desconociendo el espíritu de tal norma.

Estudiado el informe remitido por ese Ministerio, que contesta nuestra cuestión sobre la posibilidad de modificar la normativa para que las entidades de crédito no puedan denegar las ayudas oficiales reconocidas a beneficiarios que sobrepasan una determinada edad, esta Defensoría ha estimado procedente recordar las consideraciones previas que expusimos a ese Ministerio el pasado 17 de octubre.

Resumidamente, indicábamos que, desde el punto de vista estrictamente legal, no se podía entender que en la situación de la interesada se hubiese producido una infracción del ordenamiento jurídico por las administraciones intervinientes, ni por las entidades de crédito que no quisieron contratar con ella el préstamo convenido. A esa conclusión llegábamos a la vista de los artículos 14.5, 15.2 y 40.2 del citado Real Decreto 2066/2008.

Por otro lado, también exponíamos que aunque el derecho de acceso a una vivienda digna y adecuada del artículo 47 de la Constitución no puede ser considerado como un derecho absoluto por el que se pueda exigir a las administraciones que obligatoriamente tengan que facilitar una vivienda a cualquier ciudadano que lo solicite, ni tampoco que sea a título gratuito, sin embargo sí tienen el imperativo constitucional de asegurar el acceso a ese bien mediante la articulación de prestaciones directas (como las subvenciones, subsidios y ayudas), así como otras indirectas (como la ordenación administrativa de las entidades de crédito y financiación, tanto públicas como privadas).

Reconocíamos entonces que al no tener las administraciones públicas recursos suficientes para atender todas las necesidades de vivienda de los ciudadanos, especialmente las de aquellos grupos sociales más desfavorecidos, se habían implantado instrumentos que contribuían al objetivo complementando lo que quedaba sin cubrir directamente por ellas. Entre esos instrumentos estaba la colaboración de las entidades financieras.

Gracias al pacto o convenio suscrito entre la Administración con las entidades financieras, se ha venido otorgando préstamos con garantía hipotecaria en condiciones más ventajosas que las habituales (ya que con ellos no se cobran comisiones, el tipo de interés puede ser variable o fijo, etc.) y ayudas financieras.

Pues bien, a la vista de los hechos que motivaron el inicio de esta investigación y del informe enviado por ese Ministerio plasmando su criterio respecto de las reflexiones previas que exponíamos, esta Defensoría ha estimado procedente realizar las siguientes consideraciones:

Primera. En el informe ministerial se argumenta, fundamentalmente, que aunque las entidades de crédito suscriban con ese Ministerio, libremente, convenios para financiar actuaciones protegidas, no por ello se les puede obligar a conceder un préstamo a todos y cada uno de los solicitantes, y menos en un momento de grave crisis económica. En concreto, señala que no puede obligarse a las entidades financieras en los casos en que no existan suficientes garantías sobre la solvencia del cliente o cuando éste pertenezca a un grupo de riesgo, como sucede con los de edad avanzada; y que tal decisión debe quedar al margen de la Administración al incidir en una relación jurídico privada como es la que se da entre una entidad de crédito y sus posibles clientes.

Como ya indicamos en nuestro anterior escrito, en principio hemos de admitir que las entidades de crédito deben tener un cierto margen de maniobra para el cálculo del riesgo empresarial y que, dada la grave crisis financiera, es comprensible que esa Administración

trate de mantener el delicado equilibrio para no interpretar con rigor la normativa vigente «ya que las entidades entran libremente en la mecánica de los planes, sin que nada, salvo su interés, las obligue a participar» porque, de no ser así, más de una abandonaría la colaboración.

Pero esta Institución entiende que una cosa es tener presente la grave realidad económica del momento actual y otra bien distinta es argumentar, como hace ese Ministerio, que dicho «sistema ha venido funcionando razonablemente bien» y que «el interés de las entidades por participar en los planes estatales parte de una libertad absoluta de aquellas, movidas por criterios estrictamente bancarios». La aceptación sin más de las decisiones que adoptan las entidades de crédito sobre los préstamos convenidos basada en tales argumentos supone ignorar que nos encontramos ante un sistema de ayudas para el acceso a un bien básico como es la vivienda, o sea ante un sistema propio y característico de un Estado Social (artículos 1.1 y 9.2 de la Constitución); y también supone considerar que no se puede mejorar la actual práctica bancaria en busca de disminuir el número de situaciones desfavorables que ahora se vienen produciendo para muchos ciudadanos.

En su informe afirma ese Ministerio que, «dentro de sus límites actúa, en lo posible, con el fin de favorecer que el mayor número de beneficiarios pueda obtener las ayudas», pero esta Defensoría considera que el desempeño es insuficiente ya que en su mano está, al menos, proponer la modificación de esos límites; por ello entendemos que esa Administración adopta una actitud conformista que, en la práctica, lleva en este caso a desconocer el derecho reconocido a la formulante de la queja por una resolución de la Consejería en aplicación de la ley y, por extensión, los derechos de otros muchos ciudadanos mayores de 65 años.

Esta Defensoría debe señalar que esa Administración ni siquiera ha reconocido en su informe que se están dando situaciones injustas en dicho colectivo ciudadano, ni que las decisiones –eminentemente privadas y que atienden principalmente al criterio del riesgo empresarial– adoptadas por las entidades de crédito colaboradoras están provocando que, de hecho, el sistema se esté desviando del principal objetivo de la normativa sobre vivienda social, cual es que los ciudadanos con menos ingresos o con más cargas sociales o familiares puedan acceder a una vivienda digna y adecuada.

Es más, por las mismas razones que las entidades de crédito no conceden los préstamos a los mayores de 65 años, tampoco se conceden a otros colectivos mencionados en el artículo 1 del Real Decreto 2066/2008, y que también tienen la consideración de beneficiarios con derecho a protección preferente:

a) Unidades familiares con ingresos que no excedan de 1,5 veces el Indicador público de renta de efectos múltiples a efectos del acceso en alquiler a la vivienda, y de 2,5 veces el mismo indicador, a efectos del acceso en propiedad a la vivienda.

b) Personas que acceden por primera vez a la vivienda.

c) Jóvenes, menores de 35 años.

d) Mujeres víctimas de la violencia de género.

e) Víctimas del terrorismo.

f) Afectados por situaciones catastróficas.

g) Familias numerosas.

h) Familias monoparentales con hijos.

i) Personas dependientes o con discapacidad oficialmente reconocida, y las familias que las tengan a su cargo.

j) Personas separadas o divorciadas, al corriente del pago de pensiones alimenticias y compensatorias, en su caso.

k) Personas sin hogar o procedentes de operaciones de erradicación del chabolismo.

l) Otros colectivos en situación o riesgo de exclusión social determinados por las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla.

Así, no puede extrañar que estén quedando vacantes tantas viviendas de protección pública, ya que muchos de los posibles destinatarios renuncian a ellas porque no llegan a recibir las ayudas sociales reconocidas; la causa resulta estar en que las entidades de crédito no les conceden los préstamos necesarios. Esto constituye un fracaso en la consecución de los objetivos de los planes de vivienda.

Y es que si, a pesar de las normas promulgadas por el Estado y completadas por las comunidades autónomas, por las que se ha procurado la promoción de las condiciones necesarias para hacer efectivo el derecho constitucional de disfrutar de una vivienda digna y adecuada; y si, a pesar de la garantía del apartado 2 del artículo 15 del Real Decreto, resulta que de hecho los ciudadanos no pueden percibir las ayudas que tienen reconocidas expresamente por reunir todos los requisitos porque las entidades bancarias colaboradoras no otorgan los préstamos con los que aquellos contaban, entonces esta Defensoría entiende que el convenio de colaboración para financiar actuaciones protegidas no está funcionando como se esperaba, y la causa de la disfunción reside en que se ha atribuido a las entidades colaboradoras un poder de decisión demasiado discrecional, «absoluto» es el término utilizado por ese Ministerio, basado eminentemente en el riesgo empresarial. Enseguida nos referiremos a la magnitud de ese «riesgo».

Por ello, esta Defensoría entiende que en financiación de viviendas de promoción pública o con algún tipo de protección oficial, no se tendría que haber incluido en las normas aprobadas y en los convenios suscritos un margen de discrecionalidad tan grande en la decisión por dichas entidades de otorgar o denegar los préstamos autorizados por la Administración.

Segunda. Esta Institución dijo a ese Ministerio el pasado mes de octubre que «si la razón de esa negativa de las entidades financieras a suscribir tales préstamos es que deben atender eminentemente al riesgo empresarial, entonces la Administración debería haber incluido en esas normas un sistema de cobertura de riesgos o haber introducido en los convenios suscritos mayores garantías por las posibles dificultades de cobro de los préstamos». Desconocemos si la Mesa de Seguimiento Financiero o esa Dirección General han estudiado cómo conseguir superar los obstáculos que se vienen presentando y que impiden acceder a una vivienda, como busca el artículo 47 de la Constitución.

Esta Institución ha podido comprobar cómo la Sociedad Pública del Alquiler y algunas comunidades autónomas y ayuntamientos han establecido seguros del alquiler frente a impagos y desperfectos. De la misma forma que con esa medida muchos propietarios de viviendas

vacías se animaron a arrendarlas superando las reticencias, esa Dirección General también podría introducir una medida que hiciera que, al menos, no fuesen considerados como grupo de riesgo por las entidades de crédito aquellos beneficiarios solventes que han obtenido las ayudas oficiales. En su informe remitido a esta Institución se hace referencia a los beneficios que obtienen las entidades de crédito que suscribieron el convenio de julio de 2009 para la financiación del nuevo Plan estatal de vivienda 2009-2012 tales como:

a) Prioridad en todas las líneas de apoyo financiero o económico del Ministerio de Fomento o que acuerde con terceros (ICO).

b) Utilización de un distintivo diferente.

c) Participación en la Mesa de Seguimiento Financiero.

d) Facilidades para la consecución de préstamos.

Esta Defensoría entiende que si, además de la rentabilidad ordinaria que obtienen esas entidades en préstamos que contratan con los clientes que obtienen las ayudas oficiales, también consiguen esos otros beneficios; y si, a pesar de ello, siguen una práctica restrictiva en la concesión de los préstamos sin atender a la finalidad del Plan, entonces a nuestro juicio esa Administración estatal debe plantearse aumentar las garantías por las posibles dificultades de cobro de los préstamos en la línea que acabamos de exponer (establecimiento de un seguro para determinados clientes), o, por el contrario, excluir alguno de esos beneficios, como medida de presión.

Tercera. Esa Dirección General dice no ser ajena a los problemas de los ciudadanos en obtener financiación, y pone como muestra la inclusión del artículo 18.2 del Real Decreto 2066/2008, con el que se pretende, «dentro de su escaso margen de maniobra, impulsar la concesión de financiación, en el sentido siguiente: El incumplimiento grave y reiterado de las obligaciones establecidas en el convenio, por parte de una entidad de crédito colaboradora, habilitará al Ministerio de Vivienda, actual Ministerio de Fomento, para resolver dicho convenio».

Esta Defensoría no puede aceptar tal argumento porque no es aplicable a la decisión de las entidades de crédito de conceder o no los préstamos convenidos ni a la gestión del pago de la subsidiación de dichos préstamos, ya que el mismo informe insiste en que no se les puede obligar a su concesión y que su participación «en los planes estatales parte de la libertad absoluta de aquéllas». Si en el convenio de colaboración no hay tal obligación, no podrá incumplirse y, por consiguiente, no podrá darse por resuelto.

Además, tampoco es aceptable que se reconozca que con ese apartado 2 del artículo 18 haya un «escaso margen de maniobra» en la concesión de la financiación, ya que, sin olvidar los innegables aciertos y avances que supuso la aprobación del real decreto, esta disposición fue propuesta por el Ministerio de Vivienda, antecesor del Ministerio de Fomento. Si es la redacción del precepto la que no está permitiendo que se cumplan los objetivos previstos, habría de modificarse el precepto. El fundamento de esta posibilidad es directo, figura en la Constitución:

– España busca establecer una sociedad democrática avanzada (Preámbulo), y no hay ninguna sociedad avanzada donde haya personas que no pueden acceder razonablemente al disfrute de una vivienda;

– España está constituida como Estado social (artículo 1), no como otra cosa;

– corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas; o sea, no meras entelequias ni píos deseos; no hay ninguna libertad ni igualdad predicable de personas que no logran acceder a un mínimo trozo de territorio español donde vivir bajo techo. Y también les corresponde remover los obstáculos que impidan o dificulten la plenitud de la libertad y la igualdad. En fin, les corresponde facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social, participación imposible sin una vivienda. Así lo dice el artículo 9.2, y lo deducimos a nuestro juicio sin necesidad de ningún razonamiento tortuoso;

– entre los fundamentos del orden político y de la paz social están la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, imposibles sin un lugar digno donde habitar (artículo 10).

Por supuesto que está reconocido el derecho a la propiedad privada, pero también que la función social de este derecho delimita su contenido, de acuerdo con las leyes. Por supuesto, también, que está reconocida la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, pero toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general, y esto incluye la riqueza bancaria. No parece necesario señalar lo vital que resulta en nuestra sociedad la actividad crediticia, es ello lo que justifica su especial posición en el ordenamiento jurídico y en la ordenación de la economía, a la vista está. Pero esta especial posición parece razonable pensar que debe reflejarse a todos los efectos y no sólo a algunos. Por tanto, puede deducirse que en los planes estatales de vivienda la libertad de las entidades de crédito no puede ser absoluta, como no lo es ninguna libertad ni derecho fundamental; y que el riesgo empresarial que dice asumirse debe ser verdadero riesgo, dadas unas condiciones mínimas de solvencia; es decir, el aseguramiento absoluto de la rentabilidad financiera no comporta riesgo, por tanto para asumir riesgo su aseguramiento no puede ser absoluto. Cabalmente, estamos hablando de las entidades de crédito propias de una sociedad democrática avanzada, constituida política y jurídicamente como Estado social.

En nuestro escrito del pasado mes de octubre ya señalábamos los perjuicios que estaban sufriendo algunos ciudadanos por la aplicación del apartado 3 del artículo 42 del Real Decreto 2066/2008: «El préstamo tendrá un plazo mínimo de amortización de 25 años, que podrá ampliarse previo acuerdo con la entidad de crédito». Indicábamos entonces que, en principio, con la fijación de ese plazo mínimo se pretendía facilitar a la mayoría de los interesados el acceso a la vivienda posibilitando, incluso, la prórroga del plazo de amortización cuando surgieran contratiempos económicos que aumentasen la dificultad de la devolución del préstamo. Es esta una posibilidad hoy más que evidente, la situación económica negativa sobrevenida forma parte actualmente, y lamentablemente, de nuestra realidad y no parece posible que no sea tenida en cuenta por la entidad financiera colaboradora, o al menos que esa Administración no se lo haga ver así.

También decíamos que al haberse establecido un plazo mínimo de 25 años se otorgaba una garantía a los sectores sociales con escasos recursos, ya que se evitaba que las entidades financieras pudieran presionarles para acordar plazos más cortos y, por consiguiente, cuotas mayores, que serían más perjudiciales para esos colectivos que pretendían

acceder a las viviendas sociales. Sin embargo, ya observábamos entonces que en la práctica la aplicación del plazo mínimo de amortización de 25 años estaba dando lugar a que los ciudadanos mayores de 65 años tengan más dificultades en acceder a una vivienda, ya que no pueden cobrar las ayudas públicas reconocidas porque las entidades financieras no les conceden el préstamo.

Cuarta. Sabido es que el programa de ayudas para el pago de la vivienda incluido en el Real Decreto 2066/2008 y en la Orden VIV/1290/2009, tiene por objeto ayudar a pagar el alquiler o las cuotas de préstamos hipotecarios a personas con ingresos bajos a quienes el coste de la vivienda puede situar en riesgo de exclusión social o dificultar el proceso de inserción social.

Consideramos que la política de vivienda debe compaginar la necesidad de contar con unas normas que den estabilidad y continuidad al sector productor de viviendas y a los colectivos antes citados, con la necesidad de introducir modificaciones y propuestas que sean fiel reflejo de la realidad cambiante de este sector para que no queden desvirtuados los objetivos buscados.

Este es el motivo por el que, desde hace décadas, se vienen aprobando los planes estatales de vivienda para períodos de cuatro años, en los que se introducen las adaptaciones de las líneas programáticas y más permanentes de intervención y de regulación de la oferta de viviendas para así atender las circunstancias y la realidad de los problemas que van apareciendo. Así se consigue más operatividad. Por ejemplo, ahora hay más incidencia en la política de fomento de la rehabilitación de edificios y viviendas, ya que ha envejecido el parque de viviendas afectadas por el último plan y sus habitantes no deben ver empeorar su calidad de vida. También se está fomentando el alquiler frente a la propiedad, observando que la población es menos reticente a cambiar de lugar y tiene más dificultades para acceder a una vivienda en propiedad.

Pues bien, dado que en los últimos años se ha incrementado el número de personas encuadrables en alguno de los colectivos más desfavorecidos, por la especial incidencia que en ellos tiene la crisis económica, se deberían tomar las necesarias medidas de adaptación a esa realidad, en las líneas generales de fomento de la vivienda con protección oficial, que contemplen una voluntad decidida y no meramente retórica de concertación entre el sector público y el sector privado para que esos colectivos no se vean aún más perjudicados.

Las administraciones ya han asumido en los últimos tiempos nuevas líneas de intervención en su política de vivienda mediante su plasmación en las nuevas normas aprobadas y en los compromisos sociales adquiridos. Así, ahora hay nuevos tipos de vivienda protegida (concertada, alquiler con opción de compra, alojamientos colectivos protegidos), nuevas formas de promoción u obtención de viviendas protegidas (derecho de superficie, copropiedad, conversión de viviendas libres existentes), programas sociales de vivienda, etcétera.

Por eso, esta Defensoría no puede compartir lo expresado en el informe de ese Ministerio, ni puede proceder ahora a la conclusión de esta investigación porque haya que asumir que la situación antes descrita no puede mejorarse. Al contrario, consideramos que todavía es posible adoptar nuevas medidas que hagan más eficaces las prestaciones para el pago de la vivienda actualmente existentes, las ayudas públicas destinadas al alojamiento de los colectivos con mayor riesgo de exclusión social, las garantías otorgadas por la Administración

a los compradores de viviendas o los convenios suscritos con las entidades financieras para la financiación del actual Plan.

La disparidad que se está produciendo entre el reconocimiento de ayudas por la Administración y la imposibilidad de poder disfrutar de ellas porque las entidades bancarias no conceden los préstamos necesarios, requiere una modificación de la situación, y ello pasa por un mayor compromiso y colaboración de los operadores del sector financiero.

Hay precedentes en los que ante situaciones menos graves se ha alcanzado un acuerdo político, asumido por el sector bancario y con buenos resultados. Así ocurrió, por ejemplo, con el problema de los medios electrónicos de pago. Las tasas de intercambio fijadas unilateralmente por las redes de tarjetas eran desproporcionadas, superaban con creces las medias europeas y estaban ahogando al pequeño y mediano comercio. Hubo iniciativas legislativas con el fin de solucionar el problema. Ninguna llegó a prosperar. Sin embargo, a través del Senado se llegó a un acuerdo político que fue asumido por la banca, que se comprometió a una reducción progresiva de las tasas de intercambio y en consecuencia de los descuentos aplicados a los comerciantes en el uso de tarjetas.

También hay precedentes como el convenio suscrito entre el Gobierno y la Asociación Española de la Banca, de 29 de abril de 2008, en cuya virtud se promovía que las entidades de crédito, de manera voluntaria, puedan renunciar a sus comisiones en el caso de una modificación hipotecaria relativa a la ampliación del plazo del préstamo.

En este punto, la Defensora del Pueblo en funciones ha presentado el pasado 25 de enero en el Congreso de los Diputados un informe monográfico sobre «Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo», que busca coadyuvar a dar una respuesta a la situación de miles de ciudadanos que no pueden afrontar el pago de sus hipotecas, como consecuencia de la crisis económica, el desplome de los precios inmobiliarios y el desempleo. Una de las 20 recomendaciones contenidas en esa monografía a los poderes públicos, para que estos las tomen en consideración al buscar soluciones a un problema cuya última consecuencia es la pobreza y la exclusión social, tiene relación con que el ministro de Economía y Competitividad haya anunciado el pasado 22 de febrero en el Congreso de los Diputados que el Ejecutivo impulsará un «código de buenas prácticas» para las entidades financieras en la dación en pago, como fórmula con que se saldaría la deuda hipotecaria.

De la misma forma que en los ejemplos anteriores, esta Defensoría entiende que esa Administración también podría hacer por conseguir un nuevo acuerdo con las entidades de crédito para facilitar préstamos y mejorar la gestión de la subsidiación de estos, una vez desparecida la gestión que habían asumido de la ayuda estatal directa a la entrada (AEDE) como consecuencia de la entrada en vigor del Real Decreto 1713/2010, que modificó el RD 2066/2008.

Además, y dado que el apartado e) del artículo 12.1 del Real Decreto 2066/2008 y el vigente Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012, establecen que los préstamos convenidos estarán garantizados con hipoteca, ese Ministerio podría negociar con las entidades de crédito para que reduzcan las garantías complementarias o adicionales que ahora exigen como condición para conceder un préstamo convenido: seguros de vida, tenencia de un contrato de trabajo, domiciliación de las nóminas, la domiciliación de recibos, el seguro de

amortización del préstamo incluso durante todo el período del préstamo, un seguro de desempleo, un plan de pensiones, la admisión de tarjetas de crédito o de débito, la presentación de algún avalista solidario en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del préstamo, la pignoración de cantidades o la gestión de las escrituras por dichas entidades, la existencia de fiadores, etc. En suma, que la razonable reducción del riesgo no constituya una virtual inexistencia de riesgo.

Hay que señalar que estas últimas exigencias de las entidades de crédito no solamente se vienen incluyendo en los préstamos convenidos otorgados a algunos de los integrantes de los colectivos desfavorecidos, que por ello son considerados en el Real Decreto 2066/2008 como beneficiarios con derecho preferente en el acceso a una vivienda, sino también a los otros destinatarios de dicha norma. Ello está dando lugar a que se produzcan numerosas renuncias de viviendas de protección pública que se habían adjudicado tras los correspondientes procesos de selección.

Aunque como ya indicamos al principio de este escrito, desde el punto de vista estrictamente legal las administraciones competentes en el caso planteado en esta queja y en otros similares han aplicado la normativa vigente y, por tanto, no han incurrido en ilegalidad que mereciera reproche, sin embargo estimamos que nos encontramos ante uno de los supuestos previstos en el apartado 2 del artículo 28 de nuestra Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, que dispone: «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».

Consideramos que las situaciones injustas o perjudiciales para los ciudadanos están dándose en quienes, siendo clientes solventes, no ven atendida por las entidades de crédito su necesidad de préstamo convenido u otra ayuda pública reconocida por la Administración para acceder a una vivienda. Y consideramos que la causa está en que las entidades de crédito consideran a tales personas como pertenecientes a un grupo de riesgo, siendo que el Real Decreto 2066/2008 atribuye a muchas de ellas la condición de beneficiario con derecho a protección preferente para obtener las ayudas reguladas en el Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012.

Por lo expuesto, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la mencionada Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, procede dirigir al Ministerio de Fomento la siguiente recomendación:

> «Que ese Ministerio promueva la modificación del Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, y de las cláusulas que rigieron el convenio de julio de 2009, de colaboración con las entidades financieras preferentes para la financiación del Plan de Vivienda, para que estas concedan las ayudas otorgadas cuando se reúnan todos los requisitos, al menos a quienes sean solventes y pertenezcan a alguno de los colectivos de beneficiarios con derecho a protección preferente».

Del mismo modo, que inste la adopción de las medidas necesarias, bien aumentando los beneficios a obtener por las entidades de crédito, bien excluyendo algunos de los ya otorgados a estas, para que en la concesión de los préstamos cualificados no se apliquen sólo ni absolutamente criterios estrictamente bancarios, sino también los derivados de la finalidad del Plan,

como instrumento este que pretende posibilitar el acceso al bien social y básico que es la vivienda.

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.

Recomendación 40/2012, de 28 de marzo, formulada a la Dirección General de Vivienda y Rehabilitación de la Comunidad de Madrid, sobre la modificación de la norma aplicable al cómputo del tiempo mínimo de empadronamiento para el acceso a una vivienda de protección oficial, de manera que no sean tenidas en cuenta las bajas del padrón cuando se deban a traslados a otro municipio de carácter forzoso y temporal (11019342). Pendiente.

Acusamos recibo de su escrito de 1 de febrero de 2012 (s/ref.: 10/039812.9/12), relacionado con la queja formulada por don (...), con domicilio en la calle del (...), de (...), la cual quedó registrada en esta Institución con el número arriba indicado, y que versa sobre la denegación de su solicitud de una vivienda de protección pública por especial necesidad.

Examinado el contenido del informe recibido, esta Defensoría estima procedente realizar las siguientes consideraciones:

Primera. De los datos que obran en el expediente de esta queja se desprende que la primera vez que el interesado se empadronó en el municipio de Madrid fue el 29 de junio de 1999, y así siguió empadronado salvo la interrupción que tuvo desde el 13 de marzo de 2002 hasta el 20 de octubre de 2005, debido a una circunstancia ajena a su voluntad cual fue su trasladado a Barcelona para seguir un tratamiento sanitario, y debido a que sus condiciones psicofísicas no le permitían tomar decisiones por sí mismo.

De la documentación facilitada por el formulante de la queja (Padrón Municipal de Habitantes – Volante de Inscripción Padronal) se desprende que el 20 de octubre de 2005 volvió a estar empadronado en el municipio de Madrid, concretamente en la calle (...), procedente de Barcelona.

Aquí hay que señalar que el interesado incurrió en un error en la queja que dirigió a esta Institución, y que trasladamos a esa Dirección General en nuestro escrito de iniciación de esta investigación, cuando señaló que el plazo de ausencia de Madrid por su tratamiento médico duró hasta el 5 de octubre de 2006, siendo que esa fecha se refiere a aquella en la que cambió de domicilio dentro de Madrid, desde la calle (...) a su residencia actual en la calle (...).

Segunda. Según afirma el interesado, la primera vez que presentó su solicitud de una vivienda de protección oficial por el cupo de especial necesidad fue en el año 2007, incoándose entonces el expediente (...).

En aquel momento estaba en vigor la primera redacción del 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 exigía como uno de los requisitos para solicitar una vivienda el de acreditar un período mínimo de empadronamiento o trabajo de «dos años inmediatamente anteriores a la fecha de finalización de presentación de solicitudes, en la Comunidad de Madrid, cuando se trate de viviendas adjudicadas en virtud del artículo 5.a) del presente Decreto», es decir, cuando finalizase la convocatoria acordada como reserva específica destinada a «a) situaciones de especial necesidad, que serán adjudicadas conforme a lo establecido en el artículo 21».

Esta Defensoría desconoce si esa Administración autonómica cumplió, en la tramitación de aquella solicitud de 2007, con lo que disponía el apartado 4 del artículo 21 de aquel decre-

to, según el cual, «a los efectos previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el plazo máximo para resolver y notificar la resolución del procedimiento será de seis meses» y si, por tanto, dictó antes de ese plazo la correspondiente resolución.

En el supuesto de que no hubiese dictado resolución expresa en el expediente (...), habría que recordar que la Ley 1/2001, de 29 de marzo, establece la duración máxima y los efectos del silencio administrativo de determinados procedimientos de la Comunidad de Madrid.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1 de dicha ley, en conexión con lo previsto en el punto 6.16 del anexo que se cita en el mismo, resulta que el plazo máximo para dictar y notificar la resolución expresa del procedimiento para la adjudicación de viviendas de la Comunidad de Madrid mediante baremo en situaciones de especial necesidad no podrá superar los seis meses, siendo que el vencimiento de dicho plazo máximo sin que se haya dictado y notificado la resolución expresa del procedimiento producirá un efecto desestimatorio.

Como en el caso que estamos estudiando nos encontramos ante un procedimiento reglado iniciado a instancia de un interesado que pretende la obtención de unos efectos jurídicos favorables, para poder determinar el régimen jurídico que se debe aplicar a la presentación de aquella solicitud, se podría tener presente lo que ha establecido la abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre las solicitudes de las licencias urbanísticas, ya que, aunque existe alguna diferencia jurídica como es la relativa a los efectos del silencio administrativo, sí existe una identidad en el aspecto concreto de la normativa que se ha de aplicar a la hora de resolver la petición de dicha vivienda.

Sabido es que la actual corriente jurisprudencial del Tribunal Supremo, asimismo muy consolidada, defiende la regla general de entender aplicable el régimen jurídico vigente en el momento de dictarse la resolución expresa sobre el contenido de la licencia urbanística (y, en este caso, solicitud de vivienda), siempre y cuando se haga dentro del plazo establecido, ya que el lapso de tiempo que media entre la solicitud y la terminación del plazo legal que tiene la Administración para resolver no puede ir en contra del interés público, por lo que no produce ningún tipo de derechos adquiridos por el solicitante, y si se produjese un cambio de la normativa urbanística, este corre por cuenta y riesgo del peticionario de la licencia.

Sin embargo, otra cosa totalmente distinta sucede cuando la resolución se produzca una vez transcurrido el plazo legalmente establecido para resolver. En este supuesto, la última doctrina del Tribunal Supremo sobre la licencia urbanística señala que el régimen legal aplicable deberá ser el existente en el momento en que se presentó la solicitud.

La razón de este criterio está en los efectos que tiene la aplicación del silencio administrativo en esta materia, ya que, como es positivo, se considera que la deficiente actuación administrativa producida por falta de resolución expresa dentro de plazo, no puede conculcar los intereses legítimos del solicitante en detrimento de unos derechos, ahora sí, adquiridos en base a una correcta petición formulada y no resuelta en plazo. Se ha de advertir aquí que este efecto estimatorio se produce cuando la actuación para la que se ha pedido la licencia no va contra el planeamiento urbanístico, ya que se hace prevalecer, en el conflicto entablado, el principio de legalidad urbanística sobre el principio de seguridad jurídica.

Hechas las anteriores aclaraciones, debemos insistir en que la norma que se debe aplicar a la solicitud que presentó el interesado es el Decreto 19/2006, es decir, la que estaba en vigor en 2007 y no la de su posterior modificación, ya que esa Dirección General no dictó ni notificó al interesado en plazo ni fuera de plazo resolución expresa alguna.

Eso significa que se examinará si aquella solicitud presentada reunía o no todos y cada uno de los requisitos previstos en la primera redacción del artículo 7, así como los otros establecidos en aquel decreto, por lo que no se exigirán los nuevos requisitos que se introdujeron con la modificación realizada a través de la disposición adicional séptima del Decreto 74/2009, de 30 de julio, por el que se aprobó el Reglamento de vivienda con protección pública, entre los que están la acreditación de un período mínimo de empadronamiento o trabajo de diez años en la Comunidad de Madrid, de los cuales los tres últimos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de solicitud.

Asimismo, como se trata de una vivienda destinada a situaciones de especial necesidad, según lo dispuesto en el artículo 5, aquella solicitud será tramitada teniendo también en cuenta lo establecido en el artículo 21 del Decreto que estaba en vigor en el año 2007, y no lo establecido en otra norma posterior.

Tercera. Como, según los datos que obran en esta queja, todavía no se ha dictado la resolución expresa de esa solicitud, persiste el silencio administrativo.

Aquí debemos recordar que en la exposición de motivos de la citada Ley 30/1992, se señala que «... el verdadero objetivo de la Ley, [que] es que los ciudadanos obtengan respuesta expresa de la Administración y, sobre todo, que la obtengan en el plazo establecido. El silencio administrativo, positivo o negativo, no debe ser un instituto jurídico normal, sino la garantía que impida que los derechos de los particulares se vacíen de contenido cuando su Administración no atiende eficazmente y con la celeridad debida las funciones para las que se ha organizado. Esta garantía, exponente de una Administración en la que debe primar la eficacia sobre el formalismo, sólo cederá cuando exista un interés general prevalente o, cuando realmente, el derecho cuyo reconocimiento se postula no exista».

De igual modo, hay que tener presente que, según ha declarado el Tribunal Constitucional, en Sentencias 6/1986, de 21 de enero, y 180/1991, de 23 de septiembre, el silencio administrativo de carácter negativo es una ficción legal que responde a la finalidad de que el administrado pueda, previos los recursos pertinentes, llegar a la vía judicial, superando los efectos de la inactividad de la Administración.

El silencio administrativo es, por tanto, una técnica dirigida a la protección de los intereses de los ciudadanos con la cual se pretende evitar que la inactividad formal de la Administración cierre el acceso del interesado a la vía jurisdiccional, provocando así su indefensión. Por ello, el silencio administrativo no es otra cosa que una ficción legal que habilita al interesado para acudir a dicha vía jurisdiccional, pero no excluye en ningún caso el deber inexcusable de la Administración de dictar una resolución expresa.

En consecuencia, la figura del silencio administrativo negativo actúa en el beneficio exclusivo del ciudadano y a los solos efectos procesales. A este respecto, el Tribunal Supremo ha declarado que dicho silencio «faculta al interesado para entender producida la desestimación presunta del recurso interpuesto por el mero transcurso del plazo fijado para resolverlo,

pero sin que ello implique que el recurso haya sido resuelto –sino una mera ficción legal para evitar que la impugnación de los actos administrativos sea fácilmente paralizada por la simple inactividad de la Administración– ni excluya tampoco del deber de esta de dictar resolución expresa, que aun siendo tardía podría, como es lógico, ser entonces impugnada en la vía pertinente» (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1980).

Por ello, ni esa Administración puede «aplicar el silencio administrativo» o, en otras palabras, optar entre resolver en forma expresa o dejar de hacerlo; ni, en consecuencia, ampararse en la pretendida «aplicación» de dicha técnica para justificar así la omisión del deber de dictar una resolución expresa, que le viene impuesto por el artículo 42.1 de la mencionada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que dice: «La Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación». Recuérdese además que el incumplimiento del deber de resolver expresamente está sujeto a responsabilidad de la autoridad o funcionario (art. 42.7 de dicha ley).

Si, como dice la normativa antes citada, el interesado tiene la posibilidad de presentar recursos tanto en la vía administrativa como en la judicial para que se le reconozca el derecho que le asiste a dictarse la resolución que proceda en Derecho, también ha de recordarse que el interesado tiene reconocido en el artículo 10.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, el derecho de dirigirse a esta Defensoría presentando una queja con el fin de que se investigue la actuación de esa Administración y para que se adopte la resolución que proceda.

Ha sido en el ejercicio de la competencia que tenemos atribuida por el artículo 54 de la Constitución de supervisar la actuación de las administraciones públicas para el esclarecimiento de sus actos y resoluciones en relación con los ciudadanos y a la luz de lo dispuesto en el artículo 103.1 de la Constitución, como hemos estado interviniendo.

Cuarta. Así pues, cuando esa Dirección General tenga que dictar la correspondiente resolución expresa en el citado expediente, deberá comprobar entre otros aspectos si el solicitante había cumplido con el requisito del apartado f) del artículo 7 del Decreto 19/2006, de 9 febrero, y tener también en cuenta a la hora de verificar si se había cumplido el período mínimo de empadronamiento exigido contando hasta la fecha en la que finalizó el plazo de la presentación de solicitudes de la convocatoria para viviendas del cupo de especial necesidad.

Además de ello, hemos de recordar que el artículo 14 del citado Decreto 19/2006, de 9 de febrero, todavía sigue disponiendo que las solicitudes de vivienda, por especial necesidad, podrán presentarse en cualquier momento, y que la documentación exigida, justificativa de la situación socioeconómica y familiar del solicitante tiene una vigencia y valor durante un año natural, salvo que varíen las circunstancias reflejadas en dicha documentación o sea requerida su actualización.

Pues bien, esta Defensoría considera que antes de que hubiese finalizado el plazo de presentación de solicitudes para la convocatoria de viviendas de especial necesidad del año 2007 o, en su defecto, antes de que hubiese transcurrido un año natural desde la presentación de aquella solicitud del año 2007 en que se hubiera producido su caducidad, ya se había cumplido el período mínimo de empadronamiento de dos años que entonces se exigía (dado que volvió a empadronarse en Madrid desde Barcelona el 20 de octubre de 2005), por lo que procedería la admisión de esa solicitud por cumplirse este requisito, así como realizar la co-

rrespondiente baremación intercalándola en el orden correspondiente de la lista de ciudadanos que están esperando a que se les adjudique una vivienda adecuada a sus circunstancias familiares y sociales. No entramos a valorar si también reunía los otros requisitos previstos para estos casos.

De acuerdo con ello, ya no sería necesario supervisar la tramitación desarrollada a raíz de la última solicitud de vivienda que presentó el 27 de junio de 2011, y las peticiones de documentación que se le ha requerido para acreditar que lleva más de diez años empadronado en la Comunidad de Madrid.

Quinta. Por otro lado, y tomando como punto de arranque la investigación desarrollada sobre esta queja, hemos sido conscientes de no sólo la situación que afectó al interesado sino de la que también pueden estar sufriendo otros muchos ciudadanos en casos similares.

Nos estamos refiriendo a las consecuencias que hubiera tenido para su pretensión de acceder a una vivienda, la interrupción que hubo en su empadronamiento en Madrid desde el 13 de marzo de 2002 hasta el 20 de octubre de 2005, debido a su traslado a Barcelona para iniciar un programa de logopedia y rehabilitación neuropsicológica con carácter preferente para recuperarse de un aneurisma cerebral que sufrió, y, al mismo tiempo, recibir cuidado personal por parte de la única persona que en ese momento se quiso hacer cargo de él, que residía en Barcelona.

De los datos que obran en el expediente de esta queja se desprende que esa Dirección General en ningún momento tuvo en cuenta la posibilidad de computar esa ausencia como si hubiese seguido estando empadronado en Madrid, y ello por aplicación de la normativa vigente, tanto en el año 2007, como en la actualidad.

En efecto, tanto en la primera redacción del mencionado artículo 7 del Decreto 19/2006, de 9 de febrero, como en la redacción dada por la disposición adicional séptima del Decreto 74/2009, de 30 de julio, se incluyeron unos supuestos excepcionales en los que no se aplicaría la exigencia de un período mínimo de empadronamiento o trabajo para acceder a una vivienda. En la actualidad está en vigor lo siguiente:

> «Se exceptuará del cumplimiento del requisito de empadronamiento a aquellas mujeres víctimas de violencia de género cuando como consecuencia de la misma se hayan visto obligadas a cambiar su residencia. En este caso, deberá acreditarse dicha situación mediante sentencia condenatoria a favor de la víctima.
>
> De igual modo, se exceptuará del requisito de empadronamiento a aquellas personas que tengan la condición de refugiado o asilado político en nuestro país, debidamente acreditada.
>
> Tampoco se exigirá el requisito de empadronamiento al peticionario emigrante, entendiendo por tal el que ha sido originario de la Comunidad de Madrid o antiguo residente en ella al tiempo de iniciarse la emigración».

En el informe que hemos recibido, se indica que estas situaciones son «verdaderamente excepcionales, pues la ratio legis sin duda, ha buscado el estar radicado en la Comunidad de Madrid por un plazo lo suficientemente amplio, es decir, con arraigo, para ser adjudicatario de una vivienda propiedad del Instituto de la Vivienda de Madrid».

Esta Defensoría debe mostrar su conformidad con la existencia en la normativa antes expuesta de unos casos excepcionales en los que no se aplica la exigencia del período mínimo de empadronamiento establecido para poder acceder a una vivienda por la razón de arraigo que se ha alegado. Por ello, si hubiésemos tenido que supervisar la desestimación de la última solicitud presentada por el interesado el pasado 27 de junio de 2011, porque no reunía el requisito de haber cumplido el período mínimo de empadronamiento, esta Institución habría considerado que esa Dirección General había actuado correctamente y conforme a la ley, ya que la baja en el padrón por traslado a otro municipio debido a razones de salud no está incluida entre esos supuestos de excepción expresamente enumerados.

Sin embargo, aunque desde el punto de vista estrictamente legal hubiera sido correcta esa actuación administrativa, esta Institución entiende que nos encontramos ante uno de los supuestos previstos en el apartado 2 del artículo 28 de nuestra 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».

Consideramos que las situaciones injustas o perjudiciales para los ciudadanos a los que les sería de aplicación ese precepto de nuestra ley orgánica se están produciendo en quienes llevan mucho tiempo empadronados en un municipio de la Comunidad de Madrid y tienen voluntad de seguir residiendo en el mismo pero, por circunstancias sobrevenidas no deseadas por ellos, se ven forzados a trasladarse a otro lugar durante un tiempo suficiente para tener que cumplir con la obligación de empadronarse en ese lugar nuevo.

Aquí hay que recordar que el Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de población y demarcación territorial de las entidades locales, establece en el apartado 1 de su artículo 54: «Toda persona que viva en España está obligada a inscribirse en el padrón del municipio en el que resida habitualmente. Quien viva en varios municipios deberá inscribirse únicamente en el que habite durante más tiempo al año».

Pues bien, entendemos que no es justo que no se compute como tiempo empadronado las ausencias que tienen en sus respectivos padrones aquellos ciudadanos que, en cumplimiento de esa obligación antes indicada, deben darse de baja del padrón de la localidad en la que ya tenían su arraigo porque se les exija su traslado a otra ciudad por prescripción facultativa, así como en aquellos casos en los que ciudadanos deban empadronarse durante un tiempo en otra localidad, no por voluntad propia sino por imperativo legal (como serían los casos de los condenados a penas de prisión, traslado de funcionarios) o por decisión empresarial, como ocurre con los trasladados forzosamente a otro centro de trabajo de la misma empresa por haber cerrado el que tenía abierto en la Comunidad de Madrid. La injusticia que se sufre es aún mayor en los casos en los que esas ausencias se producen dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud de una vivienda ya que conlleva su exclusión automática.

Si bien es verdad que aquí no nos encontramos ante unas situaciones de tan extrema gravedad como las tres excepciones previstas en la normativa antes transcrita, en las que no se requiere ningún período de empadronamiento previo para tramitar la solicitud de una vivienda, sin embargo sí dan lugar a unas consecuencias injustas que se podrían paliar fácil-

mente si las ausencias en el empadronamiento de quienes han sufrido casos como los antes expuestos no fuesen motivo de descuento en el período de diez años exigido y, menos aún, de exclusión si tales ausencias se producen en los tres años inmediatamente anteriores a la solicitud.

Para paliar esas consecuencias negativas se podría adoptar una solución similar a la que contempla el artículo 7 del citado Decreto 74/2009, de 30 de julio, en el que si bien se establece la norma general de que las viviendas con protección pública han de destinarse a domicilio habitual y permanente de sus ocupantes legales, sin embargo se prevé que puedan permanecer desocupadas durante más de tres meses seguidos al año, cuando medie justa causa debidamente autorizada por la Consejería competente en materia de vivienda.

Por lo expuesto, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la mencionada Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, procedemos a formular primero una resolución en forma de sugerencia destinada específicamente al caso del formulante de la queja, y otra resolución en forma de recomendación porque afecta a una modificación normativa con una pluralidad de destinatarios:

Sugerencia:

> «Que, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 42.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y con el fin de subsanar el silencio administrativo, esa Dirección General cumpla su obligación de dictar la resolución expresa que en Derecho proceda de la solicitud de una vivienda de protección pública que el interesado presentó en 2007, y que corresponde al expediente (...).
>
> Que, en el examen y tramitación de esa solicitud, se aplique el contenido que entonces tenía el apartado f) del 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, y no la versión que entró en vigor el 11 de agosto de 2009 cuando se produjo su modificación con el Decreto 74/2009, de 30 de julio.
>
> Que, en el supuesto de que la referida solicitud sea estimada por reunir todos los requisitos entonces previstos, se incluya al formulante de la queja en el orden que corresponda atendiendo a su baremación del cupo de especial necesidad que había pedido, y se tenga en cuenta el tiempo que habrá transcurrido desde que se le debió incluir en dicho cupo».

Recomendación:

> «Que se proceda a la modificación de la redacción que actualmente tiene la letra e) del apartado 1 del 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, para que, a efectos de computar el tiempo de empadronamiento mínimo exigido para acceder a una vivienda, no sean tenidas en cuenta las bajas del padrón producidas en el municipio en el que venían residiendo los solicitantes, cuando las mismas se deban a traslados a otro municipio de carácter forzoso y temporal, como cuando obedecen a una prescripción facultativa o una orden laboral por deslocalización de la empresa o al cumplimiento de una obligación legal.

Alternativamente, que se introduzca en el referido precepto normativo un párrafo en el que se disponga que no se exigirá el requisito de empadronamiento mínimo cuando medie justa causa debidamente comprobada por la Consejería competente en materia de vivienda».

Agradeciendo la remisión a esta Institución del preceptivo informe, en el que se ponga de manifiesto la aceptación de la sugerencia y de la recomendación antes transcritas 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.

Recomendación 41/2012, de 28 de marzo, formulada a la Consejería de Infraestructuras, Territorio y Medio Ambiente de la Comunitat Valenciana, para el establecimiento de un mayor control sobre la suficiencia de crédito en la concesión de ayudas financieras en materia de vivienda (11020782). Aceptada parcialmente.

Acusamos recibo de su informe de fecha 27 de febrero de 2012 (s/ref. [...]), en el que contesta en relación con la queja formulada por doña (...), registrada en esta Institución con el número arriba indicado.

Estudiado detenidamente su contenido, esta Defensoría estima procedente realizar las siguientes consideraciones:

Primera. La interesada presentó una queja en la que expuso que, el 6 de noviembre de 2009, el Servicio Territorial de Vivienda y Proyectos Urbanos de Alicante dictó una resolución por la que se le concedieron las ayudas financieras que había solicitado en junio de 2008, consistentes en: un cheque de acceso a la vivienda de 7.853,23 euros y una subsidiación de la cuota de GVA de 2.400 euros (...).

También manifestó entonces que hasta el momento de presentar su queja no se le habían pagado tales ayudas concedidas para la adquisición de una vivienda, y que, a pesar de las numerosas llamadas telefónicas que ha venido realizando a ese Servicio para conocer las razones de esa demora, tampoco se le ha informado de nada al respecto.

A la vista de las alegaciones formuladas por la interesada y con el fin de contrastar sus afirmaciones, solicitamos a esa Consejería que nos informara «sobre las razones por las que todavía no ha podido cobrar esas ayudas financieras concedidas para la subsidiación de la cuota de amortización del préstamo hipotecario y el cheque de acceso a la vivienda».

En el informe enviado por esa Administración autonómica se comunica que el referido expediente «está pendiente de disponibilidad de crédito adecuado y suficiente para su trámite» y que la interesada puede obtener la información que precise de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Segunda. Esta Defensoría no ha quedado plenamente satisfecha con la escueta información facilitada por esa Consejería, ya que no se exponen las razones jurídicas o de hecho que pretenden justificar el que la formulante de la queja no haya cobrado todavía la subvención que se le otorgó en noviembre de 2009, cuando ya han transcurrido tres presupuestos desde entonces y estamos a principios del cuarto en el que, teóricamente, se habrá consignado algún crédito para ese programa de ayudas, y porque se remite a la interesada a que haga uso del derecho que le asiste en virtud de ese artículo 35 de la Ley 30/1992, cuando lo ha estado invocando reiteradamente de forma infructuosa con las diversas llamadas telefónicas realizadas al Servicio competente.

Tercera. Evidentemente, tenemos presente la situación de crisis que actualmente vive España y las dificultades financieras que tienen las distintas administraciones públicas para pagar puntualmente las subvenciones y ayudas oficiales reconocidas a los solicitantes de los diversos programas que se han venido tramitando.

No obstante, la presencia de esa realidad no impide que tengamos que recordar a esa Consejería que el artículo 16 del Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana dispone: «La Generalitat garantizará el derecho de acceso a una vivienda digna de los ciudadanos valencianos. Por ley se regularán las ayudas para promover este derecho, especialmente a favor de los jóvenes, personas sin medios, mujeres maltratadas, personas afectadas por discapacidad y aquellas otras en las que estén justificadas las ayudas».

Aquí nos encontramos con un caso similar al de otros muchos interesados que no pueden cobrar la subvención concedida por falta de disponibilidad presupuestaria. Ante ello, esta Defensoría también debe recordar 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.

Por otro lado, esta Defensoría entiende que aunque se hubiera advertido a los interesados en las resoluciones favorables de concesión de esas subvenciones que, de conformidad con el artículo 28.2 y 28.3 del texto refundido de la Ley de Hacienda Pública de la Generalitat Valenciana, los importes de tales ayudas se les pagará en el momento en que exista crédito presupuestario que dé cobertura a la subvención, ello no puede suponer que se reconozcan todas las ayudas que se vayan solicitando por reunir los requisitos establecidos para ello, sin haber realizado una anterior labor de control de las ayudas que ya se han reconocido y de las cantidades presupuestarias que todavía queden sin comprometer. Dados los medios jurídicos y técnicos existentes, el que no se 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.

Desde el mismo momento en que se sepa que se ha agotado el crédito consignado en esa partida presupuestaria, se debería informar a los interesados de que, aunque reúnan los requisitos establecidos, ya no se aceptan más solicitudes de ayuda con cargo a ese ejercicio económico. Si, aún así, el solicitante de una de esas ayudas presentase su instancia dentro del plazo establecido, cuando ya sabe que se ha agotado el presupuesto, el órgano competente para resolver debería desestimarla 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 46 de Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria que 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 sobre concesiones de ayudas públicas que luego no se pagan, hemos podido observar que se tramitan solicitudes de ayudas y dictan resoluciones favorables a los interesados sin haber tenido en cuenta si existían o no los créditos suficientes para que pudieran percibir lo reconocido.

Para evitar esas consecuencias negativas para los interesados o para que no se dicten actos nulos de pleno derecho, se tendrían que realizar las necesarias labores de coordinación

y control presupuestario antes de estimar esas solicitudes de subvenciones. También se debería haber hecho público para que lo supiesen todos los posibles interesados que, una vez superados los objetivos programados, no se admitirían a trámite nuevas solicitudes de ayudas que ya no contasen con fondos suficientes.

La publicación de esa medida no solamente hubiera significado una actuación responsable por parte de esa Consejería gestora del referido programa, sino que también habría evitado que se generasen falsas expectativas respecto a expedientes que, una vez superados los límites, no iban a poder pagarse por no tener 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, la Administración vulnerará 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, en ocasiones, se procede 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 se difunden de forma desproporcionada en comparación con las limitaciones reales incluidas y más aún 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 la norma por la que se regula el programa que ampare esa subvención se indique que la misma está limitada por la disponibilidad presupuestaria, sin embargo la falta de coordinación 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 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 habían agotado los fondos disponibles o se habían modificado las normas hasta entonces vigentes.

Se 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 se asuma 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 ya 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 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 recomendación:

1ª. «Que en la tramitación de cada solicitud de subvención y ayuda relacionada con la vivienda, esa Consejería 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 presupuestarios.»

2ª. «Que cuando se superen los límites presupuestarios o los objetivos previstos en cada programa, se 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.»

3ª. «Cuando se 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, 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.»

4ª. «Que se proceda a realizar las mismas labores de difusión y publicidad cuando, por exigencias de nuevas necesidades surgidas, se modifiquen las previsiones de ayudas, para así evitar, especialmente, que los ciudadanos que tuvieran pensado acogerse a ellas puedan incurrir en gastos que no podrían recuperarse.»

Asimismo, le comunicamos que hemos considerado precedente formular a esa Consejería la siguiente sugerencia:

«Que, dado el largo tiempo que ha transcurrido desde que el 6 de noviembre de 2009 el Servicio Territorial de Vivienda y Proyectos Urbanos de Alicante le reconoció a la interesada esa subvención, esa Consejería adopte las medidas necesarias para que se le pague íntegramente, y lo más pronto posible, el cheque de acceso a la vivienda de 7.853,23 euros, y la subsidiación de la cuota de GVA de 2.400 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.

Recomendación 42/2012, de 28 de marzo, formulada a la Empresa Pública de Suelo de Andalucía (EPSA) de la Comunidad Autónoma de Andalucía, sobre el impago de las subvenciones concedidas para la instalación de ascensores (11012579). Aceptada.

Acusamos recibo de su nuevo informe de fecha 7 de febrero de 2012 (s/ref.:[...]), en el que nos vuelve a contestar en relación con la queja formulada por doña (...), en representación de la Comunidad de Propietarios del edificio sito en la calle (...), de (...), registrada en esta Institución con el número arriba indicado, la cual versa sobre el retraso en el abono de la subvención de 121.374,68 euros para la instalación de un ascensor en ese inmueble, dentro del programa de rehabilitación singular de edificios que se otorgó por Resolución dictada el 3 de julio de 2008 por el Delegado Provincial en Córdoba.

Estudiado detenidamente su contenido, esta Defensoría estima procedente realizar las siguientes consideraciones:

Primera. Hemos observado que los tres primeros párrafos de este nuevo informe que ahora nos ha enviado esa empresa pública tienen el mismo contenido que los del anterior informe que nos envió el 7 de noviembre pasado, y que el cuarto párrafo del escrito ahora recibido únicamente se diferencia respecto del anterior en que se ha procedido a la actualización de las estadísticas de las actuaciones llevadas a cabo con cargo al programa de Rehabilitación singular.

Por lo que se refiere al quinto y último párrafo de este nuevo informe que estamos analizando, también observamos que su contenido sí tiene una cierta incidencia en el problema concreto planteado en esta queja, toda vez que en él se manifiesta que «la disponibilidad que fijan para este programa los presupuestos de 2012 de la Comunidad Autónoma andaluza permitirá afrontar, a lo largo del presente año, las obras previstas en los convenios que ya se encuentran firmados entre comunidades de propietarios y Empresa Pública de Suelo de Andalucía, para la ejecución de los proyectos acogidos a este programa, los cuales no han podido iniciarse hasta ahora por falta de disponibilidad presupuestaria. Es el caso de la comunidad de propietarios de la calle (...) de (...), que recibió el pasado 26 de octubre de 2011 la confirmación de la aprobación para inicio de obras (se adjunta copia)».

Sin embargo, consideramos que esa incidencia, a la que acabamos de aludir, tiene dos aspectos contradictorios, toda vez que, mientras que al principio de ese párrafo transcrito se indica que en los presupuestos de 2012 se han incluido para ese programa unos créditos que permitirán afrontar, a lo largo del presente año, las obras previstas en los convenios firmados para la ejecución de los proyectos acogidos a este programa, lo cual es aplicable al caso de esta comunidad de propietarios, por otro lado, inmediatamente después se advierte que las ejecuciones de tales proyectos aprobados «no han podido iniciarse hasta ahora por falta de disponibilidad presupuestaria». Es decir, que, aunque en ese informe se asegura que hay créditos presupuestados para ese programa de Rehabilitación singular, sin embargo, se indica que su cuantía no será suficiente para atender todos los proyectos aprobados.

Segunda. Es verdad que en el párrafo segundo del informe ahora recibido, y del anterior de fecha 7 de noviembre, se indicaba que esas ayudas tramitadas al amparo del Programa de rehabilitación singular, que gestiona esa empresa pública, están sujetas a la existencia de

disponibilidad presupuestaria, tal y como establece el artículo 11 de la Orden de 9 de agosto de 2005.

Sin embargo, en el informe que esa entidad nos envió el 7 de noviembre pasado, se afirmó que, aunque entonces se encontraban pendientes de ejecutar las actuaciones previstas en los 571 convenios que estaban firmados, y cuyas obras no habían podido iniciarse por falta de disponibilidad presupuestaria, sin embargo, y gracias a las gestiones realizadas por esa empresa pública, se había conseguido «recientemente la financiación necesaria, mediante un préstamo de 60 millones de euros concedido por el Instituto de Crédito Oficial (ICO), que ya está disponible, para acometer estas obras, que se iniciarán de forma inminente».

También se nos informó entonces que, «con ese préstamo, la EPSA podrá hacer frente a todos los expedientes acogidos a este programa de Rehabilitación singular que tenían convenio de ejecución firmado con la Administración andaluza, entre los que se encuentra el de la comunidad de propietarios a la que usted pertenece. En este sentido, se han dado ya instrucciones a todas las Gerencias Provinciales de esa Empresa Pública para que comuniquen a las comunidades de propietarios firmantes de dichos acuerdos que ya pueden iniciar las obras previstas en los convenios».

Esta Defensoría debe mostrar su extrañeza sobre esa falta de disponibilidad presupuestaria que ahora se alega, siendo que a finales del año pasado se nos informó de que había 60 millones de euros disponibles para ese programa, y que únicamente había transcurrido un mes del presente ejercicio, por lo que habría que suponer que no se hayan agotado ya los créditos presupuestados para este año.

Tercera. Dado que al final del informe que esa empresa pública nos envió el 7 de noviembre pasado, se nos afirmó que se habían «dado ya instrucciones a todas las Gerencias Provinciales de esa Empresa Pública para que comuniquen a las comunidades de propietarios firmantes de dichos acuerdos que ya pueden iniciar las obras previstas en los convenios», se recordará que en nuestro escrito del 12 de diciembre último, solicitamos expresamente a esa entidad que nos remitiera «una copia del escrito que la Gerencia Provincial en Córdoba de esa Empresa Pública va a enviar a esa comunidad de propietarios que ha presentado esta queja, comunicándole que ya puede iniciar las obras previstas en el convenio suscrito y procedimiento que deben seguir para poder cobrar el importe de esa subvención».

Pues bien, en contestación a tal requerimiento, esa Empresa Pública nos comunica que la citada Comunidad de Propietarios «recibió el pasado 26 de octubre de 2011 la confirmación de la aprobación para inicio de obras (se adjunta copia)». Sin embargo, observamos que únicamente se nos ha facilitado el inicio de la referida carta a los interesados, por lo que falta la copia de «la comunicación sobre la aprobación del presupuesto de la constructora» que se les adjuntó. Por ello, no podemos saber si con tal información éstos tenían ya la suficiente seguridad de que no volverían a ver caducada la solicitud de licencia de obras otorgada por el Ayuntamiento para construir ese ascensor, ni tampoco podemos pronunciarnos sobre si en esos documentos cuyas copias nos faltan, la Gerencia Provincial en Córdoba de esa Empresa Pública les comunicó expresamente que ya podían iniciar las obras previstas en el convenio suscrito y el procedimiento que debían seguir para poder cobrar el importe de esa subvención.

Albergamos estas dudas a pesar de que en el anterior escrito que enviamos a esa empresa pública solicitamos que se enviara una comunicación a los interesados, no solamente para así contestar a las reclamaciones que habían presentado, sino para que así tuvieran «más seguridad de que no volverá a producirse una situación como las dos vividas anteriormente en que vieron caducada en dos ocasiones la solicitud de licencia de obras otorgada por el Ayuntamiento para construir ese ascensor».

Por todo ello, y basándonos en la información obrante en esta queja, esta Defensoría debe considerar que esa empresa pública no ha atendido de forma suficiente la nueva información que le habíamos solicitado el 12 de diciembre pasado. Es más, como esa carta que se envió a la citada comunidad de propietarios tiene fecha del 26 de octubre último, es decir, deducimos que lo que entonces se envió a los interesados probablemente no sirviera para tranquilizar la gran inquietud que venían mostrando, cuándo empezar las obras y cuándo cobrar la subvención otorgada.

Cuarta. En cuanto a que los interesados no puedan cobrar la subvención concedida por falta de disponibilidad presupuestaria, esta Defensoría estima oportuno recordar 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 la resolución que se dictó el 3 de julio de 2008 otorgando la subvención solicitada por la comunidad de propietarios no se dice expresamente, para que así lo supieran directamente los destinatarios, que la misma estaba supeditada a la disponibilidad presupuestaria según lo dispuesto en el artículo 11 de la Orden de 9 de agosto de 2005. A pesar de ello, hay que tener en cuenta que al estar amparado tal acto administrativo en la citada orden y al haberse invocado expresamente la misma en esa resolución, debemos entender que esa ausencia de información no supone una irregularidad grave.

No obstante, de la misma forma que se hace en otro tipo de subvenciones, hubiera estado mejor que en los fundamentos de derecho de la citada resolución se hubiese dejado constancia de la advertencia de que el reconocimiento de esa subvención se efectuaba condicionado a las disponibilidades presupuestarias existentes, al volumen de recursos financieros, a la cantidad de las actuaciones previstas en el programa, etcétera.

Por otro lado, esta Defensoría entiende que la mera existencia de ese artículo 11 no puede suponer que se reconozcan todas las ayudas que se vayan solicitando por reunir los requisitos establecidos para ello, sin haber realizado una anterior labor de control de las que ya se han reconocido y de las cantidades presupuestarias que todavía queden sin comprometer. Dados los medios jurídicos y técnicos existentes, el que no se 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.

Desde el mismo momento en que se sepa que se ha agotado el crédito consignado en esa partida presupuestaria, se debería informar a los interesados de que, aunque reúnan los requisitos establecidos, ya no se aceptan más solicitudes de ayuda con cargo a ese ejercicio económico. Si, aún así, el solicitante de una de esas ayudas presentase su instancia dentro del plazo establecido, cuando ya sabe que se ha agotado el presupuesto, el órgano competente para resolver debería desestimar 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 46 de Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, que 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 VII de esta ley».

Por la presente queja, y por otras que se han presentado ante esta Defensoría sobre concesiones de ayudas públicas que luego no se pagan, hemos podido observar que se tramitan solicitudes de ayudas y dictan resoluciones favorables a los interesados sin haber tenido en cuenta si existían o no los créditos suficientes para que pudieran percibir lo reconocido.

Para evitar esas consecuencias negativas para los interesados o para que no se dicten actos nulos de pleno derecho, se tendrían que realizar las necesarias labores de coordinación y control presupuestario antes de estimar esas solicitudes de subvenciones. También se debería haber hecho público para que lo supiesen todos los posibles interesados que, una vez superados los objetivos programados, no se admitirían a trámite nuevas solicitudes de ayudas que ya no contasen con fondos suficientes.

La publicación de esa medida no solamente hubiera significado una actuación responsable por parte de esa Empresa Pública gestora del referido programa, sino que también habría evitado que se generasen falsas expectativas respecto a expedientes que, una vez superados los objetivos, no iban a poder pagarse por no tener 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, 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, en ocasiones, se procede 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 se difunden de forma desproporcionada en comparación con las limitaciones reales incluidas y más aún 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 la norma por la que se regula el programa al que se adhiera esa subvención se indique que la misma está limitada por la disponibilidad presupuestaria, sin embargo la falta de coordinación 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 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 habían agotado los fondos disponibles o se habían modificado las normas hasta entonces vigentes.

Se 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 se asuma 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 ya 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 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:

1ª. «Que, en la tramitación de cada solicitud de subvención y ayuda, esa Empresa Pública del Suelo de Andalucía 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 presupuestarios.»

2ª. «Que, cuando se superen los límites presupuestarios o los objetivos previstos en cada programa, se 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.»

3ª. «Cuando se 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, 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.»

4ª. «Que se proceda a realizar las mismas labores de difusión y publicidad cuando, por exigencias de nuevas necesidades surgidas, se modifiquen las previsiones de ayudas, para así evitar, especialmente, que los ciudadanos que tuvieran pensado acogerse a ellas puedan incurrir en gastos que no podrían recuperarse.»

Asimismo, hemos considerado procedente formular a esa Empresa Pública de Suelo de Andalucía la siguiente sugerencia:

«Que esa Empresa Pública de Suelo de Andalucía comunique expresamente a la Comunidad de Propietarios del edificio sito en la (...), de (...), que ya pueden ejecutarse las obras proyectadas para la instalación de un ascensor en ese inmueble dentro del programa de rehabilitación singular de edificios, que se otorgó por Resolución dictada el 3 de julio de 2008 por el Delegado Provincial en Córdoba.

Que se adopten las medidas necesarias para que se pague a esa comunidad de propietarios la subvención de 121.374,68 euros, que se le concedió hace ya casi cuatro años, toda vez que existirá todavía alguna cantidad del préstamo de 60 millones de euros concedido por el Instituto de Crédito Oficial (ICO) a finales del año pasado para acometer las obras de ese programa o, supletoriamente, de los créditos presupuestados para el ejercicio presente en el que únicamente llevan transcurridos dos meses».

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

Recomendación 43/2012, de 28 de marzo, formulada al Banco de España, sobre los seguros de vida y de desempleo vinculados a los préstamos hipotecarios (11021077). Rechazada.

Agradecemos su atento escrito en el que nos traslada el criterio sostenido por ese centro directivo en relación a los seguros vinculados a los préstamos.

Asimismo nos indica que el informe solicitado fue remitido a esta Institución con fecha 28 de octubre de 2011. A este respecto, le informamos que se ha consultado el Registro General de esta Institución y no consta registrado en el mismo.

Por otro lado, en relación con el problema planteado, por considerar que es de su interés, le comunicamos que la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones indica en su informe que cuando se suscribe un préstamo no existe obligación legal para el prestatario de contratar ningún tipo de seguro. Sin embargo, las entidades de crédito pueden ofrecer unas mejores condiciones crediticias si se contratan simultáneamente determinados productos financieros a modo de paquete.

Asimismo, al analizar el perfil de riesgo del prestatario, pueden considerar necesario en función del mismo, reforzar las garantías sobre su capacidad financiera o sobre el bien hipotecado, mediante la suscripción de diferentes contratos de seguro, presentación de avales, etcétera.

Sin perjuicio de las competencias del Banco de España en materia de supervisión de las entidades de crédito, es criterio de la Dirección General que este tipo de actuaciones de reforzamiento de las garantías financieras en la operación debe completarse con una adecuada información y asesoramiento sobre los productos ofrecidos y dentro de un contexto de libertad de contratación.

Destaca que el contrato de seguro es un contrato de carácter voluntario que se rige por las condiciones generales y particulares que integran la póliza, por lo que para determinar el alcance de la cobertura y las posibles limitaciones o delimitaciones incorporadas a la definición del riesgo, habrá que proceder a un estudio particular y específico de las distintas situaciones.

En todo caso, indica que en el supuesto de que se hubiese suscrito un seguro que cubriera «la situación de desempleo del asegurado respecto al que está vigente un contrato laboral de carácter indefinido», si en el momento de conclusión del contrato no era posible que el asegurado alcanzara dicha condición de desempleo, podría concluirse que no existía riesgo y por lo tanto, de acuerdo con el artículo 4 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, el contrato sería nulo y la entidad aseguradora estaría obligada a la devolución de las primas pagadas.

No obstante lo anterior, normalmente en España no se comercializan seguros que cubran únicamente el desempleo, sino que tienen otras coberturas.

El seguro de protección de pagos más común es aquel cuya póliza, dependiendo de la situación laboral del asegurado, ofrece coberturas alternativas. Así, normalmente están cubiertos por la situación de desempleo los trabajadores por cuenta ajena con un contrato laboral de carácter indefinido y por incapacidad temporal, los trabajadores que se encuentren

en el resto de situaciones (trabajadores por cuenta ajena con contrato de carácter definido, trabajadores por cuenta propia, funcionarios, etc.).

En consecuencia, en estos casos, si así lo establecen las condiciones generales y particulares de la póliza, una persona con un contrato de obra o por plazo determinado, los funcionarios y todos aquellos sin contrato laboral de carácter indefinido, no están cubiertos por desempleo, sino por incapacidad temporal. De la misma forma los trabajadores con contrato laboral de carácter indefinido no están cubiertos por incapacidad temporal, sino únicamente por desempleo, es decir, las coberturas son alternativas. Así, en función de la declaración del riesgo realizada por el tomador se concreta la cobertura del riesgo y el contrato sería válido.

Tras el estudio de ambos informes, esta Institución considera que las condiciones impuestas en las pólizas de seguros de protección de préstamos son demasiado restrictivas para que se cubran los impagos, no protegiendo por tanto a los asegurados en la situación de desempleo. Los clientes, si hubieran conocido verdaderamente las restricciones, no habrían estado interesados en contratar dichos seguros, puesto que los inconvenientes son superiores a los beneficios.

En cuanto a las contingencias de incapacidad, a veces existen discrepancias entre lo que la empresa aseguradora y la Seguridad Social consideran como incapacidad, por lo que podrían existir problemas para que se reconozca tal situación. Por otro lado, normalmente no se cubren las situaciones más habituales como el parto o maternidad, enfermedades como depresión o estrés, enfermedades anteriores a la contratación de la póliza, accidente en la práctica de algún deporte, etcétera.

Tanto en su informe como en el de la Dirección General de Seguros, insisten en el carácter voluntario de los contratos de seguro, así como en la información como base de los mismos. A pesar de esta afirmación, lo cierto es que la información no ha funcionado de forma correcta en la suscripción de este tipo de seguros, que no han tenido carácter voluntario para los clientes, sino que han supuesto una exigencia para la concesión del préstamo hipotecario. La prueba más evidente de que los ciudadanos han entendido que en caso de desempleo el seguro desplegaba su cobertura, es que, llegado el siniestro, han intentado hacer valer su derecho, denunciando a las compañías cuando estas no han atendido su pretensión, y es cuando verdaderamente son conscientes de la cobertura real del seguro. De lo que se deduce que la información prestada a los asegurados no ha sido adecuada, por lo que habría que valorar si realmente el consentimiento dado cumple el requisito de validez para el contrato, lo que hace que estos seguros resulten inoperantes. Los prestatarios de haber tenido conocimiento cierto de la cobertura real de estos seguros de protección de los préstamos seguramente no los habrían contratado, o, al menos, habrían intentado negociar para ampliar las coberturas para cubrir efectivamente las necesidades reales de cada consumidor.

Puede entenderse que las entidades bancarias han visto una gran oportunidad de beneficio en los seguros vinculados, incrementando sus ingresos a través de sus entidades aseguradoras con la imposición de la contratación de las pólizas de seguros de amortización de préstamos, que en la gran mayoría de los casos no garantizan el pago de los préstamos por imponer en sus cláusulas limitativas numerosos inconvenientes para desplegar la cobertura, tanto por desempleo como por incapacidad. Pese a que no existe una obligación legal para el prestatario de contratar ningún tipo de seguro. Esta circunstancia puede producir un enrique-

cimiento injusto para las compañías aseguradoras pertenecientes a las entidades financieras que no han corrido ningún riesgo, teniendo en cuenta que las primas de dichas pólizas son elevadas al estar calculadas en función del préstamo concedido o de las cuotas mensuales.

Se debería observar una mayor diligencia por parte de las compañías aseguradoras a la hora de redactar las pólizas, dado que existen discrepancias al interpretar el contenido de las mismas, considerando los ciudadanos que lo que se había contratado eran dos coberturas, no una u otra dependiendo del contrato laboral que tenga el asegurado.

Por otra parte, es necesario abordar la nueva Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que permite con carácter general que, las entidades bancarias proporcionen a los clientes servicios bancarios vinculados a la contratación de otros servicios financieros o no, como los seguros, sin restricciones de ningún tipo, únicamente, exige a la entidad financiera que informe al cliente del coste separado de cada servicio, pero no siempre, sino en la medida en que este coste esté disponible para la entidad. Estas prácticas deberían haberse regulado con más limitaciones, porque pueden convertirse con facilidad en abusivas, pues con la concesión de préstamos se podrá obligar al cliente a contratar productos vinculados que no han sido solicitados. Cuando un cliente solicita un servicio no debería verse obligado a contratar otros productos que no desea, sin embargo el artículo 12 de la citada orden lo permite sin matices.

Hay que tener en cuenta que el poder negociador de los clientes bancarios es limitado o prácticamente nulo frente a las entidades bancarias, por lo que se han visto y se verán abocados a aceptar las condiciones que proponen las entidades si quieren acceder a los préstamos aunque tengan consecuencias negativas, o rechazarlo por no poder hacer frente al pago, ya que son la parte más débil de la relación contractual. De ahí nace la necesidad de extremar la interpretación de las cláusulas cuando se presenten reclamaciones por los asegurados, que están poniendo en evidencia la ausencia de información adecuada.

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 se valore la necesidad de establecer restricciones a esta práctica generalizada de las entidades bancarias de imponer la contratación de los seguros de protección de préstamos que, como ha quedado expuesto anteriormente, en la gran mayoría de los casos no garantizan el pago de los préstamos, dadas las numerosas limitaciones para desplegar la cobertura, tanto por desempleo como por incapacidad, evitando las consecuencias económicas negativas para los clientes por el elevado coste del seguro y posibilitar la contratación voluntaria real de éstos u otros seguros a los clientes, en el caso de que decidieran protegerse de esos riesgos, y evitar un enriquecimiento injusto».

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, así como la información complementaria solicitada.

Recomendación 44/2012, de 3 de abril, formulada a la Secretaría de Estado de Justicia del Ministerio de Justicia, para que se otorgue prioridad a la resolución de los recursos presentados ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, cuando se manifiesten circunstancias como la existencia de hijos comunes de los contrayentes o la falta de objeción del Registro Consular que denegó la inscripción inicialmente, para que se proceda a dicha inscripción (09022314). Pendiente.

Con ocasión de la queja formulada por don (...), ciudadano español, se inició la investigación correspondiente.

Del análisis del presente caso se desprende que el interesado contrajo matrimonio en la República Dominicana el 12 de noviembre de 2009 con doña (...), ciudadana dominicana. Posteriormente, inició los trámites para la inscripción del matrimonio en el Registro Civil de Santo Domingo. La entrevista reservada a ambos cónyuges tuvo lugar en el Consulado el día 18 de octubre de 2010 y la resolución se dictó en fecha 28 de enero de 2011, en sentido denegatorio.

Contra dicha resolución se interpuso recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en fecha 8 de febrero de 2011, asignándose al mismo el número de expediente (...). Con fecha 26 de julio de 2011 se aportó nueva documentación al recurso, sin que hasta la fecha se haya dictado la correspondiente resolución.

Una vez evaluado el asunto expuesto, desde esta Institución se han realizado consultas ante el Consulado General de España en Santo Domingo y se ha podido conocer que la mencionada Dirección General remitió oficio fechado el 16 de marzo de 2011 (...), en el que se solicitaba al Registro Civil Consular la remisión de todo lo actuado y el preceptivo informe.

El mencionado oficio fue respondido por el Registro Civil Consular con fecha 23 de abril de 2011. En el mismo se indicaba que, ante las nuevas pruebas aportadas por los contrayentes, no se oponía objeción alguna a una eventual inscripción del matrimonio.

Parece oportuno resaltar que desde el 23 de abril de 2011 hasta la fecha han transcurrido once meses sin que se haya dictado la correspondiente resolución.

Con relación al orden de resolución de los recursos, ese organismo ya puso de manifiesto, mediante escrito de fecha 27 de septiembre de 2010, en el marco del expediente de esta Institución n.º 09015930, que aún continúa en trámite, que la Dirección General de los Registros y del Notariado resuelve los recursos atendiendo a la normativa administrativa vigente y, por tanto, respetando su orden de entrada, salvo que del contenido de los mismos se deduzca que existen razones de índole humanitaria, afectación de terceros o conculcación de derechos fundamentales, que dé lugar a su tramitación prioritaria.

Teniendo en cuenta las graves demoras en la resolución de los recursos que se presentan ante la Dirección General de los Registros y del Notariado y el perjuicio que tal demora causa a los contrayentes y por extensión a su familia, parece evidente que la afectación a terceros y la conculcación de derechos fundamentales, en supuestos como el que nos ocupa, son claras. Debe recordarse que, según se indicaba en el escrito remitido por esa Secretaría de Estado, de fecha 8 de septiembre de 2011, en el expediente n.º 10034994, el plazo previsto para resolver los recursos oscila en torno a los veinticuatro meses.

Por otro lado, cuando el Registro consular correspondiente ha manifestado expresamente que no tiene objeciones para que se realice la inscripción, revisando su posición inicial, bien sea por la aportación de nuevas pruebas o por la concurrencia de nuevos hechos que, una vez ponderados, conducen a esa nueva posición favorable a la inscripción, parece razonable otorgar prioridad a la resolución de los recursos correspondientes.

Dicha actuación es acorde con el principio de eficacia y con los criterios de eficiencia y servicio a los ciudadanos a los que se refiere el artículo 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Por otro lado, la prioridad en la resolución de este tipo de recursos es posible, en aplicación del artículo 74 de la citada Ley 30/1992, que en su apartado 2 establece: «En el despacho de los expedientes se guardará el orden riguroso de incoación en asuntos de homogénea naturaleza, salvo que, por el titular de la unidad administrativa, se dé orden motivada en contrario, de la que quede constancia».

Ha de tenerse en cuenta, asimismo, que el asunto tratado en la presente queja, en concreto las solicitudes de inscripción matrimonial se refieren a relaciones entre personas y, en consecuencia, es habitual que mientras se dicta resolución en los recursos se produzcan hechos que, además de avalar la existencia de un verdadero consentimiento matrimonial, debieran motivar una rápida resolución del recurso, como ocurre en aquellos casos en los que las parejas tienen hijos antes de que se resuelva el recurso.

Por lo expuesto, esta Institución ha estimado procedente formular, al amparo del artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos, la siguiente recomendación:

> «Que se otorgue prioridad a la resolución de los recursos presentados ante la Dirección General de los Registros y del Notariado cuando se pongan de manifiesto nuevas circunstancias tales como la existencia de hijos comunes de los contrayentes o la falta de objeción para inscribir por parte del Registro consular, que denegó la inscripción inicialmente».

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

Recomendación 45/2012, de 3 de abril, formulada a la Agencia Española de Protección de Datos, sobre el cumplimiento de plazos de resolución y silencio positivo (11016654). Aceptada.

Se ha recibido su escrito de fecha 17 de enero de 2012 (Salida...), 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 Agencia las siguientes consideraciones como fundamento de la recomendación con la que finaliza esta comunicación.

Primera. El objeto de la presente queja versaba sobre el incumplimiento del principio del silencio administrativo positivo aplicable al caso durante la tramitación de un procedimiento de tutela del derecho de acceso seguido en esa Agencia Española de Protección de Datos, tramitación que había superado el plazo de seis meses establecido en el artículo 118.2 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, aprobado por el Real Decreto 1720/2007, y no obstante lo cual se dictó posteriormente una resolución desestimatoria de la solicitud. Según los datos aportados por la interesada, la reclamación inicial se había presentado el 25 de marzo de 2009 y la resolución desestimatoria llevaba fecha de 17 de febrero de 2010.

Segunda. Frente a dicha resolución desestimatoria presentó la interesada un recurso de reposición el 10 de marzo de 2010, fundado precisamente en el incumplimiento de la normativa vigente acerca de la consideración del silencio administrativo como positivo (artículo 43 de la Ley 30/1992, y artículo 118.2 del Reglamento de desarrollo antes citado), y no habiendo recibido resolución alguna, en agosto de 2010, solicitó una certificación de acto presunto para poder acudir a la vía jurisdiccional, recibiendo como respuesta que la Agencia había publicado por edictos la resolución, al no haber sido posible la notificación por correo. Dicha resolución fue asimismo desestimatoria, lo que infringiría de nuevo la regla del silencio administrativo.

Tercera. El informe recibido de esa Agencia venía a reconocer que la reclamación de la interesada fue desestimada por Resolución de 17 de febrero de 2010, dictada con posterioridad al plazo máximo de seis meses establecido para resolver, y que el motivo de haberse dictado la resolución con posterioridad al plazo citado había sido el incremento de la carga de trabajo de la unidad encargada de la tramitación de tutelas de derechos, cuyo número se había multiplicado en los últimos años.

Cuarta. Según el informe recibido, la resolución habría sido desestimatoria en atención al deber de la Administración de resolver expresamente todo procedimiento administrativo que se tramite, a lo que se añadiría el deber de hacerlo respetando el principio de legalidad, de tal forma que las resoluciones dictadas, aun las presuntas, no sean contrarias al ordenamiento jurídico y otorguen a los ciudadanos derechos y facultades cuando no reúnan los requisitos esenciales para su adquisición.

Quinta. Esta Institución no puede compartir dicho criterio, y más a la vista de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de junio de 2011, alegada precisamente en el informe de esa Agencia a favor de su postura, pero en la que a nuestro juicio se mantiene precisamente la tesis contraria a la que con ella se pretendería avalar.

Efectivamente, en el caso enjuiciado, similar al de la queja de que aquí se trata, se trataba de un procedimiento de tutela de derechos en el que la resolución desestimatoria se había dictado con posterioridad al transcurso del plazo de seis meses, a contar desde la fecha de entrada en la AEPD de la reclamación del afectado, fijado como tope para resolver expresamente por el artículo 18.3 de la LOPD), y en el artículo 118 número 1 del Reglamento de su desarrollo aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, contraviniendo, por tanto, lo dispuesto en el número 2, de este último precepto según el cual «si en dicho plazo no se hubiese dictado y notificado resolución expresa, el afectado podrá considerar estimada su reclamación por silencio administrativo positivo».

Pues bien, la Audiencia Nacional, aplicando la regulación legal y jurisprudencial al supuesto de autos, venía a establecer en la sentencia aquí traída a colación que no resultaba admisible la conducta de la Agencia que, tras haber transcurrido el plazo máximo establecido, y haber entrado en juego el silencio administrativo positivo, dicta después, a pesar de ello, una resolución expresa desestimatoria de la pretensión del recurrente y por ende contraria a dicho sentido positivo del silencio, pues ese modo de proceder implica una revocación ilegal de una resolución estimatoria tácita anterior, revocación para la que no tenía más opción que atenerse al procedimiento de revisión de oficio de los actos administrativos regulado en los artículos 102 y 103 de la Ley 30/1992.

Sexta. Hay que tener en cuenta, también, y así lo hace la Audiencia Nacional, la consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo (de la STS de 25 de febrero de 2009, entre otras), según la cual, la estimación por silencio produce un acto administrativo que pone fin al procedimiento que, además, tiene efectos desde el vencimiento del plazo máximo para resolver y notificar, siendo éste el único momento a tener en cuenta, por cuanto la nueva regulación prescinde de la necesidad de solicitud de certificación para que se produzca efectivamente el silencio positivo, de forma que, con posterioridad al vencimiento del plazo máximo para resolver, ya sólo puede dictarse una resolución expresa que sea confirmatoria del acto producido por silencio (art. 43.4.a) LRJAP-PAC).

Teniendo en cuenta cuantas consideraciones anteceden, 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 las medidas necesarias para que las reclamaciones de tutela presentadas ante esa Agencia se tramiten en los plazos establecidos, teniendo en cuenta que una vez transcurrido el plazo máximo para resolver se entenderán estimadas por silencio positivo, debiendo acudirse a los mecanismos ordinarios de la revisión de oficio en el supuesto de que la aplicación del silencio implique un reconocimiento de derechos contrario a la legalidad».

Agradeciéndole 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.

Recomendación 46/2012, de 18 de abril, formulada a la Consejería de Infraestructuras, Territorio y Medio Ambiente de la Comunitat Valenciana, para el establecimiento de un mayor control sobre la suficiencia de crédito en la concesión de ayudas financieras en materia de vivienda (11023982). Aceptada parcialmente.

Acusamos recibo de su informe de fecha 28 de febrero de 2012 (s/ref.: [...]), en el que contesta en relación con la queja formulada por don (...), registrada en esta Institución con el número arriba indicado.

A la vista de la escueta información facilitada por la Dirección General de Obras Públicas, Proyectos Urbanos y Vivienda de esa Consejería, esta Defensoría observa que nos encontramos ante una situación idéntica a la de la queja 11020782 y que ha motivado la exposición de una serie de consideraciones jurídicas que a continuación le volvemos a reproducir, puesto que tienen como objetivo modificar unas actuaciones administrativas que afectan a una pluralidad de ciudadanos entre los que se encuentran el formulante de esta queja. No obstante, procedemos a modificar los datos individuales que entonces se contenían sustituyéndolos por los del presente caso:

Primera. El interesado presentó ante esta Defensoría una queja que versaba sobre el impago de las ayudas financieras que el Servicio Territorial de Castellón de la Dirección General de Vivienda y Proyectos Urbanos de esa Consejería le reconoció el 10 de enero de 2010, en la resolución que dictó y que consistieron en: un cheque de acceso a la vivienda de 14.227,94 euros, equivalente al 7 por ciento del precio, y una subsidiación de la cuota de GVA de 4.860 euros equivalente al 25 por ciento de la cuota de los 3 primeros años del préstamo (...).

A la vista de las alegaciones formuladas por el interesado y con el fin de contrastar sus afirmaciones, solicitamos a esa Consejería que nos informara «sobre las razones por las que todavía no ha podido cobrar esas ayudas financieras concedidas para la subsidiación de la cuota GVA y el cheque de acceso a la vivienda».

En el informe enviado por esa Administración autonómica básicamente se expone que ese expediente «está pendiente de disponibilidad de crédito adecuado y suficiente para su trámite».

Segunda. Esta Defensoría no ha quedado plenamente satisfecha con la escueta información facilitada por esa Consejería, ya que no se exponen las razones jurídicas o de hecho que pretenden justificar el que el formulante de la queja no haya cobrado todavía la subvención que se le otorgó en enero de 2010, cuando ya han transcurrido dos presupuestos desde entonces y estamos a principios del tercero en el que, teóricamente, se habrá consignado algún crédito para ese programa de ayudas.

Tercera. Evidentemente, tenemos presente la situación de crisis que actualmente vive España y las dificultades financieras que tienen las distintas administraciones públicas para pagar puntualmente las subvenciones y ayudas oficiales reconocidas a los solicitantes de los diversos programas que se han venido tramitando.

No obstante, esa realidad no impide que tengamos que recordar a esa Consejería que el artículo 16 del Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana dispone que «la Generalitat garantizará el derecho de acceso a una vivienda digna de los ciudadanos valencianos. Por ley

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

Aquí nos encontramos con un caso similar al de otros muchos interesados que no pueden cobrar la subvención concedida por falta de disponibilidad presupuestaria. Ante ello, esta Defensoría también debe recordar 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.

Por otro lado, esta Defensoría entiende que aunque se hubiera advertido a los interesados en las resoluciones favorables de concesión de esas subvenciones que, de conformidad con el artículo 28.2 y 28.3 del texto refundido de la Ley de Hacienda Pública de la Generalitat Valenciana, los importes de tales ayudas se les pagará en el momento en que exista crédito presupuestario que dé cobertura a la subvención, ello no puede suponer que se reconozcan todas las ayudas que se vayan solicitando por reunir los requisitos establecidos para ello, sin haber realizado una anterior labor de control de las ayudas que ya se han reconocido y de las cantidades presupuestarias que todavía queden sin comprometer. Dados los medios jurídicos y técnicos existentes, el que no se 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.

Desde el mismo momento en que se sepa que se ha agotado el crédito consignado en esa partida presupuestaria, se debería informar a los interesados de que, aunque reúnan los requisitos establecidos, ya no se aceptan más solicitudes de ayuda con cargo a ese ejercicio económico. Si, aún así, el solicitante de una de esas ayudas presentase su instancia dentro del plazo establecido, cuando ya sabe que se ha agotado el presupuesto, el órgano competente para resolver debería desestimarla 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 46 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, que 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 sobre concesiones de ayudas públicas que luego no se pagan, hemos podido observar que se tramitan solicitudes de ayudas y dictan resoluciones favorables a los interesados sin haber tenido en cuenta si existían o no los créditos suficientes para que pudieran percibir lo reconocido.

Para evitar esas consecuencias negativas para los interesados o para que no se dicten actos nulos de pleno derecho, se tendrían que realizar las necesarias labores de coordinación y control presupuestario antes de estimar esas solicitudes de subvenciones. También se debería haber hecho público para que lo supiesen todos los posibles interesados que, una vez

superados los objetivos programados, no se admitirían a trámite nuevas solicitudes de ayudas que ya no contasen con fondos suficientes.

La publicación de esa medida no solamente hubiera significado una actuación responsable por parte de esa Consejería gestora del referido programa, sino que también habría evitado que se generasen falsas expectativas respecto a expedientes que, una vez superados los límites, no iban a poder pagarse por no tener 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, la Administración vulnerará 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, en ocasiones, se procede 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 se difunden de forma desproporcionada en comparación con las limitaciones reales incluidas y más aún 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 la norma por la que se regula el programa que ampare esa subvención se indique que la misma está limitada por la disponibilidad presupuestaria, sin embargo la falta de coordinación 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 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 habían agotado los fondos disponibles o se habían modificado las normas hasta entonces vigentes.

Se 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 soli-

citud 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 se asuma 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 ya 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 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:

1ª. «Que en la tramitación de cada solicitud de subvención y ayuda relacionada con la vivienda, esa Consejería 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 presupuestarios.»

2ª. «Que cuando se superen los límites presupuestarios o los objetivos previstos en cada programa, se 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.»

3ª. «Cuando se 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, 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.»

4ª. «Que se proceda a realizar las mismas labores de difusión y publicidad cuando, por exigencias de nuevas necesidades surgidas, se modifiquen las previsiones

de ayudas, para así evitar, especialmente, que los ciudadanos que tuvieran pensado acogerse a ellas puedan incurrir en gastos que no podrían recuperarse.»

Por la misma razón, también estimamos oportuno exponer de nuevo la sugerencia que formulamos a esa Consejería. No obstante, como dicha resolución iba dirigida particularmente al caso concreto que afectó a la formulante de aquella queja, procedemos a cambiar los datos que inciden en el caso del ciudadano que ha planteado la presente queja y ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de nuestra Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo:

> «Que, dado el largo tiempo que ha transcurrido desde que el 10 de enero de 2010 el Servicio Territorial de Castellón le reconoció al formulante de esta queja unas ayudas financieras, esa Consejería adopte las medidas necesarias para que se le pague íntegramente, y lo más pronto posible, el cheque de acceso a la vivienda de 14.227,94 euros, equivalente al 7 por ciento del precio, y la subsidiación de la cuota de GVA de 4.860 euros equivalente al 25 por ciento de la cuota de los 3 primeros años del préstamo (...)».

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.

Recomendación 47/2012, de 19 de abril, formulada al Ayuntamiento de O'Porriño (Pontevedra), sobre la ejecución de las medidas correctoras ordenadas a los establecimientos infractores (09019561). Pendiente.

Se ha recibido su escrito (s/ref. salida [...]), relativo a la queja arriba indicada, formulada por doña (...).

Una vez analizado su contenido, esta Institución debe indicar a ese Consistorio, en primer lugar, que no consideramos admisible que se atienda nuestra solicitud de información remitiendo, sin más, el expediente completo en dos volúmenes, sin explicación alguna. Como quiera que las actuaciones que efectúa esta Institución son sumarias (artículo 18.1 de la Ley 3/1981, del Defensor del Pueblo) la forma de proceder de ese Ayuntamiento podría interpretarse como hostil y entorpecedora de las actuaciones de esta Institución.

En cualquier caso, una vez estudiada la copiosa documentación aportada, se desprende, ante todo, que: 1) el local ha estado generando molestias sin disponer de las correspondientes licencias para ejercer su actividad; y 2) no se ha efectuado en la actualidad ninguna inspección sonométrica en el local (último informe de inspección de nivel sonoro remitido de fecha 8 de septiembre de 2009).

Por tanto, de dicha documentación se desprende que el establecimiento ha estado ejerciendo su actividad irregularmente, y generando molestias a los vecinos con el consentimiento de ese Ente local, pues a pesar de las reclamaciones efectuadas por el compareciente, e incluso la comprobación por los servicios técnicos de la no adecuación del local a la normativa, no se han ejecutado –durante años– medidas correctoras efectivas en ese establecimiento. De nada sirve ordenar el cese de una actividad molesta e irregular si no se ejecuta la orden.

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 las competencias que tiene reconocidas por los artículos 25 y 26 de la Ley de Bases del Régimen Local; la Ley 1/1995, de 2 de enero, de Protección Ambiental de Galicia; la regulación de la evaluación de incidencia ambiental aprobada por el Decreto 133/2008, de 12 de junio, y demás normativa ambiental general y local de aplicación, y en particular a lo previsto, en su caso, en su correspondiente ordenanza municipal de esa localidad, ejecute las medidas correctoras ordenadas en ese establecimiento por estar ejerciendo, durante años, la actividad sin disponer de la correspondiente licencia ambiental, según tiene comprobado y fehacientemente acreditado, pues en caso contrario se beneficiaría a los infractores de la normativa y perjudicaría a los ciudadanos que están padeciendo las molestias».

Además, el informe remitido continúa sin dar respuesta a las cuestiones planteadas en nuestras anteriores comunicaciones, pues se le solicitó un informe actualizado y concluyente sobre las molestias por ruido generadas en la vivienda por los equipos instalados, el sistema de ventilación y alarma del local (...). De su escrito se desprende que en la actualidad el local dispone de las correspondientes licencias, en caso contrario la irregularidad sería aún mayor,

lo cual tan solo corrobora que con anterioridad ese local ha estado ejerciendo su actividad irregularmente, no que el funcionamiento de dichos equipos sea inocuo.

Por todo lo anterior, como quiera que no son admisibles más demoras en solventar la situación, considero necesario, 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 sin más trámite a ese Ayuntamiento la siguiente sugerencia:

> «Que en virtud de las competencias que tiene reconocidas por los artículos 25 y 26 de la Ley de Bases del Régimen Local y la normativa ambiental general y local de aplicación, y en particular a lo previsto, en su caso, en la correspondiente ordenanza municipal de esa localidad: gire la oportuna inspección sonométrica en el establecimiento objeto de la queja para cumplir adecuadamente con sus funciones de vigilancia y control de las actividades que se ejercen en su municipio».

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.

Recomendación 48/2012, de 19 de abril, formulada a la Secretaría General de Agua de la Comunidad Autónoma de Andalucía, sobre la publicación completa de las concesiones de aguas en Andalucía (11009141). Pendiente.

Se ha recibido su informe (s/ref...), relativo a la queja arriba indica, formulada por don (...).

Una vez analizado su contenido, esta Defensoría ha de considerar suficientemente razonados los aspectos de la queja sobre la sustitución de la publicación en el BOP por la del *BOJA*; sobre que la inscripción de la concesión de aguas en el Registro del organismo da publicidad posterior suficiente de la concesión existente; y sobre que la incomodidad de los trámites de audiencia viene ya en muchos casos suavizada en los expedientes digitalizados. Cabe no obstante animar a la administración para que esta posibilidad se extienda a todos los expedientes cuanto antes, y de no ser así se testimonie una copia en las delegaciones provinciales, pues podemos estar no sólo ante casos de incomodidad sino de virtual disuasión de participación cuando los desplazamientos resultan más difíciles, generalmente por impedimentos imprevisibles o muy difíciles de superar.

Sin embargo, esta Defensoría ha de expresar su disconformidad en cuanto a las razones argüidas para sostener la validez de la no publicación de los detalles de la concesión en el momento de resolución. Con el objeto de evitar repercutir gastos innecesarios a los interesados, se repercute en otros, o sea en los demás, y no estamos por cierto ante gastos «innecesarios», sino que son necesarios. Cuando el Reglamento del dominio público hidráulico establece que la concesión se publicará en boletín oficial correspondiente, no puede entenderse que se refiere sólo al hecho del otorgamiento, no dice eso el Reglamento; se trata por tanto de una interpretación contraria al tenor literal de la norma. La concesión es necesariamente su contenido, y éste es el contenido final, y no lo cubre la exposición ni la publicación del expediente concesional en un estadio anterior; ello sólo valdría en los expedientes que no sufren cambios durante la tramitación, o sea si no hay cambios sobre la nota-anuncio que difunde las características, y ni siquiera es así del todo porque esa recoge únicamente las características principales (titular, caudal, volumen, uso, condiciones). La concesión de aguas, si no es íntegramente publicada, sólo es pues conocida íntegramente una vez inscrita en el Registro de Aguas, o sea tiempo después del otorgamiento. A nuestro entender, la administración con ese proceder en todo caso infringe el procedimiento, disconforme con los artículos 58 y 60 de la Ley 30/1992, de Procedimiento Común, y con el artículo 116 del Reglamento del dominio público hidráulico. La publicación es la del acto administrativo de resolución, y no sólo la publicidad de su otorgamiento y de su existencia. Estamos por tanto ante una interpretación de las leyes que vienen a evitar repercutir gastos necesarios a unos interesados (disminución de cargas) repercutiéndolos en todos los demás mediante el aumento de cargas (no poder conocer la concesión hasta tiempo después). En particular, puede estar obstaculizándose la acción de impugnación de la concesión, pues difícilmente ésta pueda decidirse sin un conocimiento completo de la decisión tomada; y ésta sólo es una decisión en cuanto adoptada con un objeto y unas condiciones determinadas, o sea con un contenido; la decisión no es sólo el hecho de haberse tomado. Tratándose de aguas, no parece difícil pensar en que la noción de «interesado» es considerablemente más amplia que la del beneficiario de la concesión.

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:

«De reconsiderar la práctica de que la concesión se publique en el boletín oficial sólo en cuanto al hecho del otorgamiento, y de reconducirla a la interpretación literal de la ley y del reglamento en el sentido de que la concesión comprende necesariamente todo su contenido, el contenido final, no sólo el hecho de su otorgamiento; y que, por tanto, ha de publicarse completa.

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.

Recomendación 49/2012, de 10 de mayo, formulada a la Delegación del Gobierno en la Comunidad Autónoma de Canarias del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, sobre el ejercicio del derecho fundamental de reunión (11012756). Aceptada.

En relación con la queja formulada por don (...), se ha recibido escrito en el que el interesado formula diversas alegaciones en relación con el contenido de la información remitida por esa Subdelegación del Gobierno.

Examinadas detenidamente las citadas alegaciones, esta Institución debe realizar las consideraciones que a continuación se exponen.

En primer lugar, esta Institución debe velar por que la Administración, en este caso, esa Delegación del Gobierno en Canarias, ejerza adecuadamente las labores que la legislación reguladora del derecho de reunión le asigna a la autoridad gubernativa, en cuanto al examen de las circunstancias que concurren en la reunión que se pretende celebrar y que constituyen el contenido de la previa comunicación que ha de dirigirse a la autoridad gubernativa para que se tenga conocimiento de la celebración de la misma, y, en su caso, la adopción de medidas por esta autoridad para garantizar el desarrollo de las reuniones en lugares de tránsito público.

En este contexto, debe ponerse de relieve que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por vía de diversas sentencias en recursos de amparo, ha cumplido de forma extraordinariamente eficaz la función de precisar y definir el contenido del derecho constitucional de reunión del artículo 21 de la Constitución española.

Es cierto que la característica fundamental de la jurisprudencia constitucional sobre este derecho consiste en determinar el principio de la interpretación restrictiva de los límites del derecho de reunión, con objeto de dotar de la máxima amplitud a este derecho, fundamental y básico en un Estado democrático. Por eso, el Tribunal Constitucional utiliza un concepto muy preciso de lo que ha de entenderse por «alteración del orden público», a efectos de una eventual prohibición de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones. Se trata de una situación de desorden material que impide el normal desarrollo de la convivencia ciudadana provocando una situación de peligro o de lesión para la integridad de las personas.

Así, la Sentencia núm. 163/2006, de 22 de mayo, del Tribunal Constitucional, expresa, efectivamente, que este derecho no es ilimitado o absoluto, pero precisa de manera bastante detallada qué se puede entender por «producir alteraciones del orden público con peligro para personas y bienes».

El Tribunal Constitucional manifiesta: «... el mantenimiento del orden en sentido material en lugares de tránsito público, no al orden como sinónimo de respeto a los principios y valores jurídicos y metajurídicos que están en la base de la convivencia social y son fundamento del orden social, económico y político. El contenido de las ideas o las reivindicaciones que pretenden expresarse y defenderse mediante el ejercicio del derecho de manifestación y concentración pública no puede ser sometido a controles de oportunidad política ni a juicios en los que se emplee como canon el sistema de valores que cimientan y dan cohesión al orden social en un momento histórico determinado».

De hecho, según esta doctrina constitucional..., «las concentraciones tan solo pueden prohibirse, en aplicación del límite previsto en el artículo 21.2 de la Constitución española,

cuando existan razones fundadas para concluir que de llevarse a cabo, se producirá una situación de desorden material en el lugar de tránsito público afectado, entendiendo por tal desorden material el que impide el normal desarrollo de la convivencia ciudadana en aspectos que afectan a la integridad física o moral de personas o a la integridad de bienes públicos o privados».

De igual modo, y por lo que afecta al tráfico rodado, sólo en supuestos muy concretos podrá concluirse que la afectación del tráfico conlleva una alteración del orden público con peligro para personas o bienes, por lo que los poderes públicos deberán adoptar las medidas necesarias para que el espacio urbano sea no sólo un ámbito de circulación, sino también un espacio de participación, haciendo compatible el derecho de reunión con el derecho a circular libremente por la ciudad.

Respecto de la facultad de proponer modificaciones de fecha, lugar o duración de la reunión, dicha facultad de la Administración no se puede ejercer de forma discrecional. El Tribunal Constitucional reconoce que «en realidad, en ciertos tipos de concentraciones el lugar de celebración es para los organizadores la condición necesaria para poder ejercer su derecho de reunión en lugares de tránsito público, puesto que del espacio físico en el que se desenvuelve la reunión, depende que el mensaje que se quiere transmitir llegue directamente a sus destinatarios principales».

Todo lo anterior hace que la utilización de esta facultad de introducir modificaciones resulte vedada o, cuando menos, sometida a importantes condicionamientos.

Por lo anterior, y al objeto de que se valoren los anteriores criterios en cuantas futuras comunicaciones se reciban en esa Administración para el ejercicio del derecho de reunión, se ha estimado oportuno formular a V. E. la siguiente recomendación:

> «Que se pondere de manera especialmente cuidadosa el caso concreto planteado por los promotores de la reunión de que se trate, en orden a permitir el efectivo ejercicio de este derecho fundamental, estableciendo únicamente las restricciones o modificaciones de itinerario en aquellos casos en los que existan unas razones fundadas y no una mera sospecha de alteración real del orden público en el sentido que a este concepto jurídico ha venido dando la jurisprudencia constitucional».

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

Recomendación 50/2012, de 10 de mayo, formulada al Ayuntamiento de Madrid, sobre la señalización vial en una calle (11023573). Aceptada.

Se acusa recibo a su atento escrito, de fecha 9 de abril del presente año, en el que nos contesta a la queja planteada por doña (...) y registrada con el número arriba indicado.

En dicho informe se comunica que la calle Sarriá de Madrid, pese a ser una vía sin salida, sí es considerada vía de circulación de vehículos, por lo que está incluida en el ámbito de aplicación de la Ley sobre Tráfico, de lo que se deriva que la infracción denunciada se ajusta a la legalidad vigente, así como el procedimiento tramitado por ese ayuntamiento.

Ahora bien, y sin perjuicio de dar por válida la información facilitada, es cierto que al no estar debidamente señalizada dicha vía, ni mediante señalización vertical ni horizontal, ni existir en la misma ninguna señal de prohibición en cuanto al estacionamiento de vehículos, son muchos los ciudadanos, además de la compareciente en la presente queja, que por desconocimiento de dicha prohibición, están siendo denunciados por estacionamiento indebido en la misma, debiendo esa Administración, en cumplimiento de las obligaciones que le impone la normativa vigente sobre tráfico, adecuar la señalización de la misma a las prohibiciones existentes en dicha calle, en orden a evitar las continuas infracciones que se están produciendo en la actualidad para dotar de transparencia la actuación administrativa, máxime si se tiene en cuenta que cualquier ciudadano pudiera entender que una calle sin salida pudiera no tener la consideración de carril de circulación, a los efectos previstos en la normativa sobre tráfico.

Así, y como esa Administración conoce, el artículo 57 de la Ley sobre Tráfico dispone que corresponde al titular de la vía la responsabilidad del mantenimiento de la misma en las mejores condiciones posibles de seguridad para la circulación y la instalación y conservación en ella de las adecuadas señales y marcas viales. Igualmente se añade que la autoridad encargada de la regulación del tráfico será responsable de la señalización de carácter circunstancial en razón de las contingencias del mismo y de la señalización variable necesaria para su control.

Por ello y teniendo en cuenta lo expuesto, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, se ha valorado la conveniencia de formular a V. E. la siguiente recomendación:

> «Que ese Ayuntamiento proceda a señalizar debidamente la calle Sarriá, instalando en la misma las señales y marcas viales necesarias que informen a los ciudadanos sobre las normas de utilización de la misma, las prohibiciones de estacionamiento existentes y cuantas otras contingencias le afecten, para evitar las continuas denuncias en la misma por incumplimiento de la normativa sobre tráfico en dicha vía de circulación».

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

Recomendación 51/2012, de 24 de mayo, formulada a la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio del Interior, sobre medidas de seguridad en las literas de los centros penitenciarios (06049793). Pendiente.

Se ha recibido en esta Institución su último informe relativo al expediente registrado con el número de referencia arriba indicado.

Esta Defensoría en su escrito de fecha 21 de septiembre de 2010, se interesó por la implantación de un sistema de protección de las literas superiores de aquellos centros que pudieran construirse en el futuro, renunciado al planteamiento maximalista que implicaba la modificación de las literas existentes en todos los centros penitenciarios gestionados por esa Administración, asumiendo como deseable que al menos los nuevos establecimientos penitenciarios que estuviera previsto construir, dispusieran de estos elementos de seguridad.

Si esta Institución ha proseguido tramitando el presente expediente es porque considera que corresponde a esa Secretaría General adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad e integridad física de las personas privadas de libertad, cuya custodia le ha sido confiada y a esta Institución la supervisión de que son llevadas a cabo las medidas necesarias para reducir los riesgos conocidos que afectan directamente a los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos.

En un sentido más amplio que el propuesto por esta Institución se pronuncia el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo número 6, en su Sentencia número 84/2011, con fundamento de derecho único, se puede leer:

> «En la misma resolución dictada se recoge un informe de la directora del centro penitenciario en el que da cuenta de que ya se había producido una caída de otro interno y que, con motivo de la misma, se estuvo valorando la posibilidad de colocar quitamiedos en la litera superior de las celdas, sin que al final se optara por su colocación, dado que ello dificultaría tanto el hacer la cama como el acceso a la misma, al tener que ir soldado a la estructura».

De este informe y del hecho de que las literas superiores se encuentren elevadas del suelo de las celdas, y también de que el propio recurrente relata otros casos en los que se han producido caídas en el centro penitenciario, a los que nada se ha respondido, resulta que tales caídas se vienen produciendo con cierta frecuencia, y que entonces no cabe eludir la cuestión con la referencia a que se trata de un hecho fortuito, sino que esa Administración, en la misión tuitiva que tiene sobre los penados, debe tomar las medidas necesarias para evitar las lesiones que los mismos padecen mientras permanecen presos.

En consecuencia hay que estimar que si las literas superiores de las celdas no tienen un sistema adecuado para evitar que se produzcan caídas accidentales mientras los internos duermen, entonces concurre una relación causal con el funcionamiento del servicio público, pues ante ese hecho de que una persona inconsciente sumida en el sueño gire su cuerpo y caiga al vacío, resulta exigible que por la Administración competente se adopten las medidas necesarias para evitar ese daño, medidas que deberán ser concretadas por la persona o la empresa que acredite los conocimientos necesarios para que se adopten sin merma o paliando las dificultades a las que se refiere la directora en su informe.

Por todo lo anterior, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, se ha valorado la conveniencia de formular a V. I. la siguiente recomendación:

> «Que se adopten las medidas necesarias para que de forma paulatina, las literas superiores de las celdas de los centros penitenciarios gestionados por esa Administración, dispongan de un sistema adecuado para evitar que se produzcan caídas accidentales al suelo, en ejercicio de la función tuitiva que corresponde a esa Administración respecto de las personas privadas de libertad, cuya custodia tiene atribuida».

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

Recomendación 52/2012, de 24 de mayo, formulada a la Dirección General de Españoles en el Exterior y de Asuntos Consulares y Migratorios del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, con el fin de que se estudie la posibilidad de incorporar a la documentación que el Ministerio de Asuntos Exteriores entrega al Ministerio de Justicia para la tramitación de un expediente de traslado de españoles condenados en el extranjero, una hoja de observaciones elaborada por el personal del Consulado, en la que puedan anotarse cuestiones relevantes para la agilización del traslado (11018009). Aceptada.

Nos dirigimos de nuevo a V. I. retomando la investigación que dimos por conclusa en relación con el fallecimiento de don (...), interno en el Centro Penitenciario El Renacer, en Panamá.

De la investigación incoada con el Ministerio de Justicia, a fin de conocer las razones por las cuales se aprobó su traslado a España para el cumplimiento de su condena en fecha posterior a la de su fallecimiento, nos comunicaron, al margen de dar cumplida información sobre la tramitación de su expediente, que en ningún momento se les informó de que el señor (...) tuviera graves problemas de salud, ni tampoco se recibió información sobre el hecho de que el señor (...) hubiera fallecido en el mes de agosto.

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. I. de la siguiente recomendación:

> «Que por parte de ese departamento se estudie la posibilidad de incorporar a la documentación que el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación entrega al Ministerio de Justicia para la tramitación de un expediente de traslado de españoles condenados en el extranjero, una hoja de observaciones elaborada por el personal del Consulado que tiene contacto con el solicitante del traslado, en la que puedan apuntarse aspectos que pudieran ser tenidos en cuenta a la hora de agilizar un traslado, como en este caso, en el que el solicitante se encontraba en tratamiento antidepresivo, tuvo un intento de suicidio en la prisión por el que tuvo que ser trasladado al hospital, sufrió varios infartos y padecía una insuficiencia cardíaca por edema pulmonar».

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

Recomendación 53/2012, de 24 de mayo, formulada a la Dirección General de la Policía del Ministerio del Interior, sobre los derechos de los detenidos (11021075). Rechazada.

En relación con la queja formulada por don (...), se ha recibido un nuevo escrito del interesado, en el que realiza alegaciones al informe remitido por ese centro directivo.

En las mismas, el compareciente afirma que, si bien en el informe de esa Dirección General se expresaba que «ninguno de los detenidos manifestaron padecer enfermedad ni precisar medicación alguna, toda vez que con ocasión de su información de derechos como detenidos ninguno de ellos expresó su deseo de recibir asistencia médica», dicha afirmación no parece, a juicio de los comparecientes, ser acorde con la realidad de los hechos toda vez que al ser insulinodependiente, fue necesario llevar la insulina y los útiles para su dispensación a la Comisaría, donde les fueron requisados antes de entrar en los calabozos.

La observación de tales hechos por los agentes que custodiaban a los detenidos, así como la avanzada edad del señor (...) habría aconsejado, por lo menos, la prestación de la debida atención médica al detenido, antes de su ingreso en los calabozos o para su traslado a la autoridad judicial, tras el que se hubiera emitido el correspondiente certificado o parte facultativo, de acuerdo con lo previsto en la Instrucción tercera, 10, de la Instrucción 12/2007 de la Secretaría de Estado de Seguridad, como más adelante se expone.

En este sentido, el compareciente afirma que ignoraba que tuviera derecho a la asistencia médica, de lo que se desprende que la información de los derechos al detenido no se realizó de la forma comprensiva y clara que exige el artículo 520.2 de la LECrim, cuando establece que «toda persona detenida o presa será informada, de modo que le sea comprensible y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan y las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten».

En este ámbito ha de recordarse igualmente 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 o bajo custodia policial, donde, en relación con el tema que nos ocupa, en la instrucción primera, apartado segundo, se concretan los siguientes principios de actuación: «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 efectuarla, ponderando, para ello, el interés de la investigación, la peligrosidad del delincuente y la urgencia del aseguramiento personal».

Por su parte, la instrucción novena, referida al esposamiento del detenido, dispone que «el agente que practique la detención o conducción, en atención a factores como las características del delito o la 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», así como que «para preservar la intimidad del detenido, se evitará prolongar innecesariamente su exposición al público más allá de lo imprescindible». A su vez la instrucción décima preceptúa que «los traslados –de personas detenidas– se realizarán proporcionando al detenido un trato digno y respetuoso con los derechos fundamentales que sea compatible con las incomodidades que puede requerir la seguridad de la conducción».

En este contexto, la Instrucción 3/2009, de 23 diciembre, de la Fiscalía General del Estado sobre el control de la forma en que ha de practicarse la detención: momento ponderado con protección respecto de la curiosidad pública y respeto a la presunción de inocencia: impartición de directrices a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, dispone, respecto de la necesidad de esposamiento del detenido, que «tanto la detención como el traslado han de practicarse de manera que se garantice el respeto a la dignidad de la persona detenida, debiéndose adoptar las oportunas cautelas para proteger a las personas trasladadas de la curiosidad del público y de todo tipo de publicidad. Asimismo ha de evitarse, en la medida de lo posible, que aparezcan esposados o engrilletados frente a los fotógrafos y las cámaras de televisión».

Si bien en el caso planteado en la presente queja, las personas detenidas no eran objeto de un interés específico de los medios de comunicación, sí en cambio eran de edad avanzada y de salud quebradiza, lo que hubiera aconsejado evitar la medida de aseguramiento personal al no existir un riesgo de fuga ni tratarse de personas de carácter peligroso o agresivo.

Por ello, no parece aceptable la afirmación de esa Dirección General de que el esposamiento del detenido para su traslado a sede judicial forma parte del protocolo de seguridad, seguido por todos los agentes del Cuerpo Nacional de Policía encargados de las conducciones, y que tiene por objeto evitar fugas y garantizar la integridad física del detenido, agentes y terceras personas, pues si bien, ese principio ha de tenerse en cuenta con carácter general, su aplicación ha de matizarse en cada caso concreto, valorándose la necesidad del esposamiento en función del carácter agresivo o peligroso del delincuente, la gravedad del delito cometido y la existencia o no de riesgo de fuga, circunstancias que, a juicio de esta Institución, no concurrían en absoluto en el asunto planteado en la presente queja.

Teniendo en cuenta que esta Institución ya tuvo la oportunidad de dirigirse a ese centro directivo trasladando su planteamiento en torno a la necesidad de esposamiento de los detenidos, cuando se formuló la recomendación con número de queja 10015014, se ha estimado oportuno reiterar el contenido de la misma nuevamente con el objeto de que sea tenida en cuenta en futuras actuaciones que se lleven a cabo por agentes del Cuerpo Nacional de Policía, cuyo tenor era el siguiente:

> «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».

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

Recomendación 54/2012, de 24 de mayo, formulada al Ayuntamiento de Quintana de la Serena (Badajoz), sobre el cobro de tasas por el acondicionamiento de caminos cuando debería utilizarse la figura tributaria de contribuciones especiales (06042217). Aceptada.

Se ha recibido su escrito (s/ref.: Registro de salida núm...), en relación con la queja formulada por don (...), que fue registrada en esta Institución con el número arriba indicado, en el que manifiesta que desde el propio Ayuntamiento se albergan dudas acerca de la legalidad de la tasa, y que está estudiando su posible sustitución por una contribución especial.

Debemos recordar a ese Ayuntamiento que si desea actuar dentro del más estricto marco de legalidad, y le caben dudas sobre si la Tasa objeto de esta queja la cumple, es su deber proceder con la máxima rapidez a resolver la situación, dejando en suspenso la aplicación de la misma, devolviendo, si ello fuere pertinente, los ingresos cobrados en su virtud, por cuanto que serían nulos de pleno Derecho, y establecer la figura tributaria que corresponda a la situación.

Además, no se trata de devolver los importes a los ciudadanos que presenten alegaciones contra la medida, sino que si se reconoce que se ha aplicado indebidamente un tributo, es la propia Administración la que debe, de oficio, devolver las cuantías que ha recaudado indebidamente, y sin que sea necesario que los ciudadanos lo soliciten. Así se dispone en los artículos 32 y 121 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General 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 emita un informe acerca de la acomodación de la tasa por el mantenimiento de caminos al Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, que aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, así como de las medidas que para el restablecimiento de la legalidad tributaria se vayan a adoptar acerca de la citada figura tributaria, incluyendo la devolución de cuantías indebidamente recaudadas de acuerdo con los procedimientos del artículo 32 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria».

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.

Recomendación 55/2012, de 24 de mayo, formulada al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, en relación con la información sobre los espacios reservados para personas con discapacidad en las webs de venta de entradas a través de internet (10000791-01). Rechazada.

Ha comparecido ante esta Institución, don (...), con DNI (...) y domicilio en (...), presentando escrito que ha quedado registrado con el número arriba indicado.

El señor (...) pone de manifiesto que en la página web de internet de venta de entradas para espectáculos y cines <www.entradas.com> no se facilita información sobre los espacios y butacas habilitados para personas con discapacidad física, por lo que la única posibilidad con la que cuentan, debido a sus necesidades específicas, es la de adquirir sus entradas en las taquillas, circunstancia que de un lado resulta poco adecuada con el desarrollo tecnológico de la sociedad actual y de otro no salvaguarda los derechos ni aporta solución a las incidencias que afectan a los colectivos con necesidades especiales.

A este respecto ha de indicarse en primer lugar que la Constitución española en su artículo 49 establece que los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales o psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que el Título I otorga a todos los ciudadanos.

Esta previsión de nuestra norma fundamental se ha visto respaldada por la promulgación de legislación complementaria. En un principio se promulgó la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, sin embargo y tal y como se establece en la exposición de motivos de la Ley 51/2003, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de los discapacitados (actualmente vigente), transcurridos más de veinte años desde la promulgación de la Ley de integración referida, se considera necesario aprobar una nueva norma que la complemente y que sirva de renovado impulso a las políticas de equiparación de las personas con discapacidad. Esta última ley tiene por objeto establecer medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad. 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 o social.

En el artículo 3.a) de la norma se establece que de acuerdo con el principio de transversalidad de las políticas en materia de discapacidad ésta se aplicará entre otros ámbitos en el de las telecomunicaciones y sociedad de la información. Se prevé igualmente a través del artículo 5 que con el fin de garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades a las personas con discapacidad, los poderes públicos establecerán medidas contra la discriminación y medidas de acción positiva.

De otro lado, la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine, en el primer punto de su disposición adicional tercera dispone que las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, promoverán la accesibilidad al cine de las personas con discapacidad física o sensorial, velando por su uso regular, normalizado y sin discriminaciones de

medios audiovisuales. En el punto 5 de esa misma disposición se incide en que las empresas titulares de salas de exhibición de obras cinematográficas y audiovisuales que dispongan de página o sitio de internet informarán a través de ese medio de las condiciones de accesibilidad tanto de las salas como de las obras audiovisuales que exhiba, de modo que los potenciales usuarios con discapacidad puedan conocer esa información con la antelación suficiente.

De todo ello se deduce que en la actualidad únicamente se prevé el supuesto de que el usuario conozca las condiciones de los locales a través de la página web habilitada por parte de la empresa titular de la sala. Sin embargo, en los últimos años es cada vez más frecuente que los usuarios compren sus localidades a través de las diferentes empresas en internet que en ocasiones ofertan entradas a un precio más reducido, por lo que se estima que estas empresas que prestan a los usuarios un servicio similar al previsto para las empresas titulares de las salas de exhibición deberían cumplir igualmente la obligación normativa prevista para estas últimas. Esta circunstancia repercutiría en beneficio de los usuarios discapacitados puesto que en la actualidad no pueden beneficiarse de manera real, al carecer de la información específica y completa que precisan por su deficiencia, del uso de otras páginas web prestadoras de los mismos servicios.

Por todo 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, procede formular a V. E. la siguiente recomendación:

> «Que se promueva la modificación normativa oportuna a fin de que la obligación legal prevista en la disposición adicional tercera, apartado 5, de la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine, se amplíe a los intermediarios en la venta de las localidades o a otros sistemas de información sobre las salas de exhibición cinematográfica gestionados por sujetos distintos de los titulares de las mismas».

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.

Recomendación 56/2012, de 29 de mayo, formulada a la Consejería de Educación y Empleo de la Comunidad de Madrid, para la supresión de determinado requisito de participación en las convocatorias de los premios extraordinarios de educación secundaria obligatoria (11017372). Rechazada.

Con ocasión de la tramitación de una queja cuya promovente, doña (...), madre de una alumna de Educación Secundaria Obligatoria (ESO), cuestionaba el hecho de que las bases reguladoras de los Premios extraordinarios de educación secundaria obligatoria, y de otros diplomas y reconocimientos a los alumnos que hayan obtenido resultados sobresalientes en la referida etapa educativa configuren, como requisito de participación en las convocatorias de los citados premios, la obtención de una determinada nota media en las pruebas de conocimientos y destrezas indispensables (CDI) que realiza esa Consejería a los alumnos de tercer curso de la referida etapa educativa, el Defensor del Pueblo expuso ante ese departamento las reservas que le merecía el establecimiento del requisito mencionado.

La reclamante se refería al considerable esfuerzo que a lo largo de los cuatro cursos de la ESO había realizado su hija y efectúan muchos otros alumnos de la citada etapa que obtienen resultados excelentes y acreditan la elevada nota media que también se exige como requisito de participación en las convocatorias, y entiende que la dedicación académica demostrada por estos alumnos debería reconocerse, de cara a futuras convocatorias de los premios y diplomas mencionados, estableciendo, en su caso, las modificaciones necesarias en las bases reguladoras de las mismas, a efectos de hacer posible su participación en las convocatorias cuando por razones justificadas, como las que en su momento afectaron a su hija, no hubiesen podido participar en las pruebas CDI.

Por su parte, esta Institución sometió a la consideración de ese Departamento el hecho de que la vigente Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, al contemplar en su título VI la regulación de la evaluación del sistema educativo, que constituye el marco de referencia de las evaluaciones generales de diagnóstico para cada etapa educativa que se contemplan en el título I de la ley, establece de forma taxativa que, dada la finalidad de las evaluaciones del sistema educativo, los resultados de las mismas no pueden ser utilizados «para valoraciones individuales de los alumnos o para establecer clasificaciones de los centros».

El Defensor del Pueblo manifestó a V. E. que, a su juicio, el establecimiento, para optar a los diplomas y premios ya mencionados, del requisito de que los alumnos hayan obtenido una determinada nota media mínima en las citadas pruebas de evaluación, implica, en último término, una forma de utilización de los resultados de las mismas con la finalidad de excluir a unos alumnos y de admitir a otros a las convocatorias de los diplomas o premios y, en definitiva, una clasificación de los alumnos en función de los resultados obtenidos en las pruebas CDI que podría contravenir la prescripción legal transcrita más arriba.

En el informe emitido a instancias de esta Institución con fecha 26 de marzo de este año, ese departamento alude a prescripciones del Decreto 23/2007, de 10 de mayo, por el que se establece para la Comunidad de Madrid el currículo de la Educación Secundaria Obligatoria, para fundamentar la conclusión de que el establecimiento del requisito cuestionado resulta acorde con las normas legales reguladoras de las enseñanzas a las que se viene haciendo referencia.

En efecto, en el referido informe se señala que esa Consejería «es competente para elaborar su propio plan de evaluación, en el que se integran las evaluaciones externas en cualquiera de los cursos de la educación secundaria obligatoria, según establece el artículo 16 del Decreto 23/2007, de 10 de mayo, del Consejo de Gobierno, por el que se establece para la Comunidad de Madrid el currículo de educación secundaria obligatoria.

Se puntualiza que la prueba de conocimientos y destreza indispensables en tercer curso de educación secundaria obligatoria se incluye en ese plan propio de evaluación y las calificaciones obtenidas por el alumno se consignan en la documentación académica, aunque no se tienen en cuenta en su evaluación ordinaria.

Asimismo, se señala que esa Consejería es competente para establecer actuaciones para reconocer el esfuerzo y el mérito de los alumnos que se hayan distinguido en sus estudios en las distintas enseñanzas del sistema educativo, entre las que se sitúa la creación de los premios extraordinarios de educación secundaria obligatoria.

Concluye esa Consejería manifestando que, a su juicio, incluir entre los requisitos para la obtención de reconocimientos y honores las calificaciones obtenidas por los alumnos en una prueba obligatoria propia no los excluye ni clasifica, sino que los incentiva a esforzarse en el estudio a lo largo de dicha etapa».

En el artículo 16 del citado Decreto 23/2007, de 10 de mayo, al que más se hace referencia en su mencionada comunicación, bajo el epígrafe «La evaluación de la etapa», se contempla, además de la evaluación de diagnóstico regulada en el artículo 29 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, que deben realizar todos los alumnos al concluir el segundo curso de la ESO, la posibilidad de que por esa Consejería, de acuerdo con su propio plan de inspección, se efectúen evaluaciones externas a los alumnos al finalizar cualquiera de los cursos de la etapa.

Según se señala en el informe de V. E., la prueba CDI a que hace referencia el requisito de participación en las convocatorias de premios para alumnos de la ESO se ha introducido en uso de la habilitación que la citada norma reglamentaria atribuye a esa Consejería, que, según se puntualiza, está igualmente autorizada para efectuar actuaciones dirigidas a reconocer el esfuerzo y méritos de los alumnos, y a establecer en los términos que estime procedentes los requisitos para la obtención de los reconocimientos o premios correspondientes cuyo establecimiento, entiende V. E., en ningún caso implica exclusión o clasificación de los alumnos.

Sin embargo, el ya citado Decreto 23/2007, de 10 de mayo, contiene otras prescripciones que, según entiende esta Institución, no se avienen con la utilización de los resultados obtenidos por los alumnos en la prueba CDI, también mencionada, como requisito de participación en convocatorias de diplomas y premios extraordinarios como los que se realizan en la Orden 750/2005, de 25 de febrero, destinados a alumnos de educación secundaria obligatoria.

En efecto, en el artículo 16 de la norma reglamentaria mencionada, tal y como señala en el informe remitido por V. E., se autoriza a esa Consejería para realizar evaluaciones externas a todos los alumnos al finalizar cualquiera de los cursos de la educación secundaria obligatoria, de acuerdo con su propio plan de evaluación, y al margen de la evaluación de diagnóstico que se regula en el artículo 29 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

No obstante, en el apartado 3 del mismo artículo, al puntualizar los fines para los que se utilizarán los resultados de las citadas evaluaciones externas, se precisa que las mismas se emplearán para organizar medidas de refuerzo dirigidas a garantizar que todo el alumnado alcance las correspondientes competencias básicas, «entre otros fines dentro de los legalmente establecidos».

La citada remisión legal únicamente puede entenderse referida al ya mencionado título VI de la Ley Orgánica 2/2006, de Educación, que en su artículo 140, al definir la finalidad de la evaluación del sistema educativo, contempla una serie de finalidades tasadas –contribuir a mejorar la calidad y equidad de la educación; orientar las medidas educativas; aumentar la transparencia y eficacia del sistema educativo; ofrecer información sobre el grado de cumplimiento de los objetivos de mejora establecidos y proporcionar información sobre el grado de consecución de los objetivos educativos españoles y europeos que en ningún caso autorizan, a juicio de esta Institución, la utilización de los resultados obtenidos en las pruebas por los alumnos como requisito para optar a la concesión de los diplomas y premios correspondientes a la educación secundaria obligatoria a que viene haciéndose referencia.

Por todo lo anterior, esta Institución conforme a lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, procede a formular a V. E. la siguiente recomendación:

> «Que por esa Consejería se proceda a suprimir, entre las condiciones que deben acreditar los alumnos para optar a la concesión de diplomas y premios extraordinarios de educación secundaria obligatoria, el requisito consistente en la obtención de determinada nota media y en la superación de las dos partes de las pruebas CDI de tercer curso de educación secundaria obligatoria, por entender que su establecimiento excede las finalidades legales para las que dichos resultados son utilizables, de acuerdo con la regulación contenida en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación».

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.

Recomendación 57/2012, de 29 de mayo, formulada al Banco de España, sobre la obligación de contratación de productos de permuta financiera vinculados a los préstamos hipotecarios (*swaps*) y sobre la inclusión de cláusulas suelo en las hipotecas (11024350). Rechazada.

Se ha recibido su escrito (s/ref...), en el que contesta a la investigación iniciada de oficio por esta Institución que fue registrada con el número arriba indicado.

La actual situación es que los clientes tienen que acudir a la justicia que es lenta y costosa para ver amparados sus intereses, sin que esa entidad ni el Ministerio de Economía pongan freno a la forma de actuar de las entidades bancarias. Siendo que ante unas circunstancias como las que se han dado se debería reaccionar dejando la comercialización de este tipo de productos al mínimo. En primer término porque estos productos se comercializaron bajo el paraguas del artículo decimonoveno del Real Decreto-ley 2/2003, de 25 de abril, de medidas de reforma económica, cuyo apartado segundo disponía que las entidades de crédito ofrecerán, a quienes soliciten préstamos hipotecarios a tipo de interés variable, al menos un instrumento de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés, no de descenso del tipo que es como han funcionado en realidad las permutas financieras. Ello lleva a pensar que las normas son y han sido insuficientes pues al amparo de las mismas lo que se ha comercializado es precisamente lo contrario que estas pretendían, que era proteger a la parte más débil de la relación.

El debate que se ha despertado en torno a esta clase de productos de cobertura del tipo de interés no está zanjado, por lo que sería deseable una normativa más precisa respecto a la información que se ha de facilitar en su comercialización, sin que la Orden EHA/2899/2011 haya solucionado los problemas suscitados, ya que al contrario permite la comercialización de los mismos y es muy tibia en cuanto a la información a facilitar al cliente. En este punto hay que tener en cuenta que la información sólo es útil cuando es accesible y fácilmente comprensible, además las exigencias que hace la orden a las entidades de crédito sobre la explicación del coste de estos productos al cliente son exiguas, permitiendo que la entidad oponga en todo caso su desconocimiento, lo que no es admisible pues el banco cuenta con profesionales cualificados que siempre podrán explicar distintos ejemplos en función de la evolución del mercado, para que el cliente entienda claramente la obligación que contrae.

La mencionada orden corrobora la opinión del Banco de España y de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de la existencia de una duplicidad de regímenes jurídicos aplicables a los instrumentos de cobertura financiera, lo que complica aún más la situación. En este punto no se alcanza a comprender cómo los inversores cuentan con una protección muy superior a la que se establece para los clientes de las entidades de crédito, ya que el artículo 79quater de la Ley del Mercado de Valores impone unas obligaciones de información y valoración de riesgos que no existen para las entidades de crédito, lo que evidentemente no da satisfacción a los consumidores, sobre todo cuando se trata de productos que revisten igual o superior complejidad.

Una solución adecuada sería modificar la Orden EHA/2899/2012 incluyendo de forma expresa que en los casos de comercialización de productos de cobertura de tipo de interés vinculados a los préstamos hipotecarios, además de las obligaciones de información estable-

cidas en la misma, se impusiesen las obligaciones de información y valoración de riesgos dispuestas en la Ley del Mercado de Valores, a las entidades de crédito.

La flexibilidad de la Orden EHA/2899/2011, respecto de las obligaciones que pesan sobre las entidades de crédito, se pone de manifiesto en el artículo 23 cuando establece que la oferta vinculante se facilita al cliente en caso de solicitud de este y no se imponen deberes de explicación al respecto, lo que llevará al desconocimiento de este derecho.

A ello hay que añadir el problema probatorio que existe hoy sobre la información efectivamente explicitada a los clientes, al menos esa ha sido la principal objeción planteada por el Banco de España en las reclamaciones presentadas por los clientes, por lo que para evitar esta situación se podría establecer algún tipo de mecanismo de inscripción y control en el Banco de España de las ofertas vinculantes dadas a los clientes, que con la ayuda de las nuevas tecnologías no ha de resultar costoso, y a la que sólo sería necesario acudir en caso de conflicto.

En definitiva, se trata de la creación de las cautelas necesarias que prevengan el surgimiento de estos conflictos y, en su caso, para que los ciudadanos no se encuentren desamparados en situaciones como la que ha provocado la comercialización de los productos de cobertura de tipo de interés.

Por último, no se alcanza a comprender la resistencia a la creación de un mercado financiero más equilibrado, y no parece justificado en que ello supondría restricciones a la libertad y a la autonomía de las partes, existen numerosas limitaciones en el ordenamiento jurídico que han supuesto una novedad en el mismo y los poderes públicos no han tenido estos prejuicios a la hora de abordar las modificaciones normativas.

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:

> «El establecimiento y creación de algún tipo de mecanismo de inscripción y control en el Banco de España de las ofertas vinculantes dadas a los clientes, que con la ayuda de las nuevas tecnologías no ha de resultar costoso, y a la que sólo sería necesario acudir en caso de conflicto, así como la exigencia a las entidades de crédito de facilitar dicha oferta a los clientes o como mínimo informar del derecho de acceso a la misma por escrito».

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.

Recomendación 58/2012, de 29 de mayo, formulada a la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa del Ministerio de Economía y Competitividad, sobre la obligación de contratación de productos de permuta financiera vinculados a los préstamos hipotecarios (*swaps*) y sobre la inclusión de cláusulas suelo en las hipotecas (11024350). Pendiente.

Se ha recibido su escrito (s/ref...), en el que contesta a la investigación iniciada de oficio por esta Institución que fue registrada con el número arriba indicado.

En el informe emitido se indica, en primer término, que existen suficientes mecanismos en el ordenamiento jurídico para dar protección a los clientes bancarios ante la comercialización de los productos de cobertura de tipos de interés vinculados a los préstamos hipotecarios. Pero la realidad ha demostrado que no son suficientes porque lo cierto y verdad es que los clientes han suscrito unos productos financieros no solicitados por ellos, de los que no se les había facilitado información ni precontractual ni al momento de suscripción de los contratos.

Una de las cuestiones que se opone al establecimiento de restricciones en la comercialización de estos productos financieros radica en que esta modificación vulneraría la autonomía de la voluntad de las partes en la contratación contenida en el artículo 1255 del Código Civil. Sin embargo, difícilmente se puede hablar de voluntad de las partes cuando una de ellas es la que impone todas las condiciones de los contratos y la otra únicamente puede aceptar o no. A ello hay que añadir que también el Código Civil establece como elemento esencial de los contratos el consentimiento (art. 1261), y para que este sea válidamente emitido es preciso que sea voluntario y consciente, lo que no parece darse en la práctica del mercado financiero. Del mismo modo las cláusulas oscuras no pueden beneficiar a quien las introduce en los contratos (art. 1288), siendo esto precisamente lo que está sucediendo con los productos de permuta financiera que están beneficiando a la banca en detrimento de los intereses de quien no sabía siquiera que había suscrito otro negocio jurídico que no fuera el hipotecario.

Esta Institución considera que cuando se invoca el Código Civil para no adoptar una medida, habría que valorar si el resto de la normativa aplicable está adaptada a la totalidad de sus mandatos. Además, en un mercado tan regulado como el financiero no parece que existan obstáculos a la imposición de restricciones en algunos casos.

La actual situación es que los clientes tienen que acudir a la justicia que es lenta y costosa para ver amparados sus intereses, sin que el Banco de España ni el Ministerio de Economía pongan freno a la actuación de las entidades bancarias. Siendo que ante unas circunstancias como las que se han dado, se debería reaccionar dejando la comercialización de este tipo de productos al mínimo. En primer término porque lo que dice la normativa es que los bancos pueden ofrecer algún tipo de producto de cobertura de riesgo de incremento de tipo de interés, no de descenso del tipo, que es como han funcionado en realidad las permutas financieras. Ello lleva a pensar que las normas son y han sido insuficientes, pues al amparo de las mismas lo que se ha comercializado es precisamente lo contrario que estas pretendían, que era proteger a la parte más débil de la relación.

El debate que se ha despertado en torno a esta clase de productos de cobertura del tipo de interés no está zanjado, por lo que sería deseable una normativa más precisa respecto a la información que se ha de facilitar en su comercialización, sin que la Orden EHA/2899/2011

haya solucionado los problemas suscitados, ya que al contrario permite la comercialización de los mismos y es muy tibia en cuanto a la información a facilitar al cliente. En este punto hay que tener en cuenta que la información sólo es útil cuando es accesible y fácilmente comprensible, además las exigencias que hace la orden a las entidades de crédito sobre la explicación del coste de estos productos al cliente son exiguas, permitiendo que la entidad oponga en todo caso su desconocimiento, lo que no es admisible pues el banco cuenta con profesionales cualificados que siempre podrán explicar distintos ejemplos en función de la evolución del mercado, para que el cliente entienda claramente la obligación que contrae.

La mencionada orden corrobora la opinión del Banco de España y de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de la existencia de una duplicidad de regímenes jurídicos aplicables a los instrumentos de cobertura financiera, lo que complica aún más la situación. En este punto no se alcanza a comprender cómo los inversores cuentan con una protección muy superior a la que se establece para los clientes de las entidades de crédito, ya que el artículo 79quater de la Ley del Mercado de Valores impone unas obligaciones de información y valoración de riesgos que no existen para las entidades de crédito, lo que evidentemente no da satisfacción a los consumidores, sobre todo cuando se trata de productos que revisten igual o superior complejidad.

Una solución adecuada sería modificar la Orden EHA/2899/2012 incluyendo de forma expresa que en los casos de comercialización de productos de cobertura de tipo de interés vinculados a los préstamos hipotecarios, además de las obligaciones de información establecidas en la misma, se impusiesen las obligaciones de información y valoración de riesgos dispuestas en la Ley del Mercado de Valores, a las entidades de crédito.

La flexibilidad de la Orden EHA/2899/2011, respecto de las obligaciones que pesan sobre las entidades de crédito, se pone de manifiesto en el art. 23 cuando establece que la oferta vinculante se facilita al cliente en caso de solicitud de este y no se imponen deberes de explicación al respecto, lo que llevará al desconocimiento de este derecho.

A ello hay que añadir el problema probatorio que existe hoy sobre la información efectivamente explicitada a los clientes, al menos esa ha sido la principal objeción planteada por el Banco de España en las reclamaciones presentadas por los clientes, por lo que para evitar esta situación se podría establecer algún tipo de mecanismo de inscripción y control en el Banco de España de las ofertas vinculantes dadas a los clientes, que con la ayuda de las nuevas tecnologías no ha de resultar costoso, y a la que sólo sería necesario acudir en caso de conflicto.

En definitiva se trata de la creación de las cautelas necesarias que prevengan el surgimiento de estos conflictos y, en su caso, para que los ciudadanos no se encuentren desamparados en situaciones como la que ha provocado la comercialización de los productos de cobertura de tipo de interés.

Por último, no se alcanza a comprender la resistencia a la creación de un mercado financiero más equilibrado, y no parece justificado en que ello supondría restricciones a la libertad y a la autonomía de las partes, existen numerosas limitaciones en el ordenamiento jurídico que han supuesto una novedad en el mismo y los poderes públicos no han tenido estos prejuicios a la hora de abordar las modificaciones normativas.

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 modificación de la Orden EHA/2899/2012, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, incluyendo de forma expresa que en los casos de comercialización de productos de cobertura de tipo de interés vinculados a los préstamos hipotecarios, además de las obligaciones de información incluidas en la misma, se imponga la obligación de información y valoración de riesgos dispuesta en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, modificada por la Ley 7/2007, de 19 de diciembre, a las entidades de crédito.
>
> Igualmente se recomienda un cambio en el artículo 23 de la citada Orden EHA/2899/2011 para que se establezca el deber de entrega de la oferta vinculante a los clientes o como mínimo la obligación de explicar la existencia del derecho por escrito.
>
> El establecimiento y creación de algún tipo de mecanismo de inscripción y control en el Banco de España de las ofertas vinculantes dadas a los clientes, que con la ayuda de las nuevas tecnologías no ha de resultar costoso, y a la que sólo sería necesario acudir en caso de conflicto».

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.

Recomendación 59/2012, de 13 de junio, formulada a la Dirección General de Carreteras del Ministerio de Fomento, para que se consulte al «Consejo Jacobeo» en los proyectos que afecten al Camino de Santiago (09001356). Aceptada.

Como V. I. recordará, esta Institución inició actuaciones en el año 2009, a fin de determinar si en las obras realizadas entre los años 2008 y 2009 en la Nacional 120 entre las localidades de Santo Domingo de la Calzada y Grañón (La Rioja), se había tomado en la debida consideración la necesidad de conservar la continuidad del Camino de Santiago y el carril peatonal paralelo a dicho tramo de carretera.

Mediante escrito de fecha 26 de junio de 2009 esta Institución dio por conclusas las actuaciones seguidas ante la entonces Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental con motivo de esta queja, prosiguiendo las actuaciones que se estimaron oportunas ante la Dirección General de Carreteras (Ministerio de Fomento) y ante la Dirección General de Bellas Artes y Bienes Culturales (Ministerio de Cultura) con la finalidad de determinar si en el estudio informativo para la modificación de la autovía examinada se había tomado debidamente en consideración la necesidad de proteger este tramo del Camino de Santiago.

Como V. I. conoce, el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental, y su Reglamento de ejecución, aprobado por Real Decreto 1131/1988, de 30 de septiembre, en vigor cuando se realizó el estudio informativo para el acondicionamiento del tramo de carretera objeto de la presente queja, obligaba a realizar consultas a las administraciones afectadas y a evacuar el trámite de información pública. Estos trámites se encuentran actualmente regulados por el Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Impacto Ambiental, que recoge y armoniza las sucesivas disposiciones aprobadas para adecuar la normativa interna a la Directiva 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003.

La consulta a las administraciones afectadas y el trámite de información pública constituyen el cauce esencial para asegurar el ejercicio del derecho de participación en los procedimientos que requieren declaración de impacto ambiental. A este respecto, la Ley de Impacto Ambiental define en su artículo 2 «Administraciones afectadas», como «aquellas Administraciones Públicas que tienen competencias específicas en materia de población, fauna, flora, suelo, agua, aire, clima, paisaje, bienes materiales y patrimonio cultural» y regula en su articulado la obligación del órgano sustantivo de determinar el alcance del estudio de impacto ambiental previa consulta a dichas administraciones afectadas, así como someter el estudio de impacto ambiental al trámite de información pública.

La investigación realizada ha permitido determinar que en el estudio informativo para la modificación de dicho tramo de carretera se realizó el preceptivo estudio de impacto ambiental y la consiguiente declaración de impacto ambiental. En el período de consultas, algunas de las Administraciones consultadas hicieron referencia en sus informes a la necesidad de que se protegiera el Camino de Santiago, así como la Sierra de Atapuerca. Así lo hicieron varios de los ayuntamientos consultados y la Consejería de Educación, Cultura, Juventud y Deportes del Gobierno de La Rioja. En atención a las respuestas emitidas por estos organismos, la Declaración de Impacto Ambiental (Resolución de 23 de enero de 2001, de la Secretaría General de Medio Ambiente, *BOE* de 15 de febrero de 2001) determinó que el Proyecto

de construcción debía incluir en coordinación con la Dirección General de Patrimonio Cultural de La Rioja, un Estudio Histórico, Arqueológico y Paleontológico.

La importancia del Camino de Santiago como conjunto histórico-artístico y como bien declarado Patrimonio Mundial por la Unesco, ha determinado la creación del Consejo Jacobeo como órgano específico de colaboración entre la Administración del Estado y las comunidades autónomas para canalizar las actuaciones que se realicen en este ámbito.

El Real Decreto 1095/1997, de 4 de julio, en vigor cuando se emitió la declaración de impacto ambiental que ahora se examina, por el que se regulaba el Consejo Jacobeo, ha sido derogado por el Real Decreto 1431/2009, de 11 de septiembre. No obstante, en lo que aquí interesa, las sucesivas regulaciones coinciden: se trata de un órgano adscrito al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. Su órgano principal es el Pleno, cuyo presidente es el ministro de Educación, Cultura y Deporte.

La función del Pleno es el estudio y propuesta de distintos asuntos para su elevación a los órganos correspondientes de las administraciones públicas representadas en el mismo. Los dos reales decretos enumeran estas funciones y recogen como la primera de tales funciones «Actuaciones para la delimitación, señalización, trazado y mantenimiento del Camino de Santiago en todos sus ramales históricos». Además, el Real Decreto 1431/2009, de 11 de septiembre, crea el Comité de cooperación en la gestión del bien Patrimonio Mundial para intensificar las funciones del Consejo como órgano de cooperación en lo que se refiere a las actuaciones de gestión del trazado del Camino de Santiago.

En nuestro ordenamiento jurídico existe, por tanto, el Consejo Jacobeo como órgano específico para la protección del Camino de Santiago con competencias para estudiar y proponer actuaciones para el mantenimiento y conservación de su trazado. Por ello, a juicio de esta Institución, para cualquier modificación de un tramo de carretera que afecte al Camino de Santiago debe considerarse al Consejo Jacobeo Administración afectada a efectos de evacuar el trámite de consultas en el preceptivo estudio de impacto ambiental.

Tomando en consideración lo anterior, esta Institución ha considerado necesario dirigir a V. I., al amparo de lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, la siguiente recomendación:

> «Que se considere al órgano «Consejo Jacobeo» como Administración afectada en los proyectos que afecten al Camino de Santiago a efectos del trámite de consultas regulado en el Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Impacto Ambiental, en el ámbito de competencias de ese Ministerio».

Por último, cúmplenos poner en su conocimiento que se ha dirigido esta misma recomendación a la Dirección General de Carreteras del Ministerio de Fomento, en su condición de órgano sustantivo en el caso examinado en la presente queja. Asimismo, se ha dado traslado de este criterio a la Dirección General de Bellas Artes y Bienes Culturales y de Archivos y Bibliotecas del Ministerio de Educación, Cultura Deporte, y se le ha recordado su obligación de estudiar los proyectos de modificación de carreteras que afecten al trazado del Camino de Santiago y emitir los pertinentes informes, utilizando a estos efectos en su caso el trámite de información pública.

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.

Recomendación 60/2012, de 13 de junio, formulada a la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental y Medio Natural del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, para que se consulte al «Consejo Jacobeo» en los proyectos que afecten al Camino de Santiago (09001356). Aceptada.

Como V. I. conoce, esta Institución inició actuaciones en el año 2009, a fin de determinar si en las obras realizadas entre los años 2008 y 2009 en la Nacional 120 entre las localidades de Santo Domingo de la Calzada y Grañón (La Rioja), se había tomado en consideración la necesidad de conservar la continuidad del Camino de Santiago y el carril peatonal paralelo a dicho tramo de carretera.

Mediante escrito de fecha 29 de octubre de 2010 esta Institución suspendió las actuaciones seguidas ante esa Dirección General con motivo de esta queja, prosiguiendo las actuaciones que se estimaron oportunas ante la entonces Dirección General de Bellas Artes y Bienes Culturales (Ministerio de Cultura), con la finalidad de determinar si en el estudio informativo para la modificación de la carretera examinada se había tomado en consideración debidamente la necesidad de proteger este tramo del Camino de Santiago.

Como V. I. conoce, el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental, y su Reglamento de ejecución, aprobado por Real Decreto 1131/1988, de 30 de septiembre, en vigor cuando se realizó el estudio informativo para el acondicionamiento del tramo de carretera objeto de la presente queja, obligaba a realizar consultas a las administraciones afectadas y a evacuar el trámite de información pública. Estos trámites se encuentran actualmente regulados en el Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Impacto Ambiental, que recoge y armoniza las sucesivas disposiciones aprobadas para adecuar la normativa interna a la Directiva 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003.

La consulta a las administraciones afectadas y el trámite de información pública constituyen el cauce esencial para asegurar el ejercicio del derecho de participación en los procedimientos que requieren declaración de impacto ambiental. A este respecto, la Ley de Impacto Ambiental define en su artículo 2 «Administraciones afectadas» como «aquellas Administraciones Públicas que tienen competencias específicas en materia de población, fauna, flora, suelo, agua, aire, clima, paisaje, bienes materiales y patrimonio cultural» y regula en su articulado la obligación del órgano sustantivo de determinar el alcance del estudio de impacto ambiental previa consulta a dichas administraciones afectadas, así como someter el estudio de impacto ambiental al trámite de información pública.

La investigación realizada ha permitido determinar que en el estudio informativo para la modificación de dicho tramo de autovía se realizó el preceptivo estudio de impacto ambiental y la consiguiente declaración de impacto ambiental. En el período de consultas, algunas de las administraciones consultadas hicieron referencia en sus informes a la necesidad de que se protegiera el Camino de Santiago, así como la Sierra de Atapuerca. Así lo hicieron varios de los ayuntamientos consultados y la Consejería de Educación, Cultura, Juventud y Deportes del Gobierno de La Rioja. En atención a las respuestas emitidas por estos organismos, la Declaración de Impacto Ambiental (Resolución de 23 de enero de 2001, de la Secretaría General de Medio Ambiente, *BOE* de 15 de febrero de 2001) determinó que el Proyecto de Cons-

trucción debía incluir en coordinación con la Dirección General de Patrimonio Cultural de La Rioja, un Estudio Histórico, Arqueológico y Paleontológico.

La importancia del Camino de Santiago como conjunto histórico-artístico y como bien declarado Patrimonio Mundial por la Unesco ha determinado la creación del Consejo Jacobeo como órgano específico de colaboración entre la Administración del Estado y las comunidades autónomas para canalizar las actuaciones que se realicen en este ámbito.

El Real Decreto 1095/1997, de 4 de julio, en vigor cuando se emitió la Declaración de Impacto Ambiental que ahora se examina, ha sido derogado por el Real Decreto 1431/2009, de 11 de septiembre. No obstante, en lo que aquí interesa, las sucesivas regulaciones coinciden: se trata de un órgano adscrito al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. Su órgano principal es el Pleno, cuyo Presidente es el Ministro de Educación, Cultura y Deporte.

La función del Pleno es el estudio y propuesta de distintos asuntos para su elevación a los órganos correspondientes de las administraciones públicas representadas en el mismo. Los dos reales decretos enumeran estas funciones y recogen como la primera de tales funciones «Actuaciones para la delimitación, señalización, trazado y mantenimiento del Camino de Santiago en todos sus ramales históricos».

En nuestro ordenamiento jurídico existe, por tanto, el Consejo Jacobeo como órgano específico para la protección del Camino de Santiago con competencias para estudiar y proponer actuaciones para el mantenimiento y conservación de su trazado. Por ello, a juicio de esta Institución, para cualquier modificación de un tramo de carretera que afecte al Camino de Santiago debe considerarse al Consejo Jacobeo Administración afectada, a efectos de evacuar el trámite de consultas en el preceptivo estudio de impacto ambiental.

Tomando en consideración lo anterior, esta Institución ha considerado necesario dirigir a V. I. al amparo de lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, la siguiente recomendación:

> «Que se considere al órgano «Consejo Jacobeo» Administración afectada en los proyectos que afecten al Camino de Santiago, a efectos del trámite de consultas regulado en el Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Impacto Ambiental, en el ámbito de competencias de ese Ministerio».

Por último, cúmplenos poner en su conocimiento que se ha dirigido esta misma recomendación a la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental y Medio Natural del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, en su condición de órgano competente para la emisión de la Declaración de Impacto Ambiental. Asimismo, se ha dado traslado de este criterio a la Dirección General de Bellas Artes y Bienes Culturales y de Archivos y Bibliotecas del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, y se le ha Recordado su obligación de estudiar los proyectos de modificación de carreteras que afecten al trazado del Camino de Santiago y emitir los pertinentes informes, utilizando a estos efectos en su caso el trámite de información pública.

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.

Recomendación 61/2012, de 13 de junio, formulada al Ayuntamiento de Cobisa (Toledo), para que procure el bienestar de los vecinos y progrese hacia una concepción de la celebración de las fiestas adecuada a la sociedad actual (10014203). Pendiente.

Ha tenido entrada en esta Institución su informe de 14 de marzo pasado, referente a la queja arriba indicada, formulada por don (...).

Una vez analizado su contenido, considera esta Institución que lo afirmado por ese Ayuntamiento corrobora la denuncia que en su día hizo el interesado, en cuanto a la realización del concierto y el elevado nivel de ruido que ocasionaba.

Siendo que esa Corporación municipal autorizó el evento, parece que no tuvo en cuenta las molestias que dicha celebración ocasionaba a los vecinos, aun cuando se tratara de la celebración dentro de las actividades culturales organizadas con motivo de las Fiestas Patronales. En esta línea, debemos manifestar que debe ser ese Ayuntamiento el encargado de velar por el cumplimiento de la ley en el municipio, y no el que la transgreda o ampare la transgresión de la norma ni aun cuando fuera de forma puntual. Así, para esta Institución, eventos como el denunciado por el señor (...) dejan de ser algo extraordinario y puntual, para convertirse en algo que afecta de manera evidente a la vida cotidiana de los vecinos de la zona y requiere de ese Consistorio, además de una exhaustiva organización para minimizar los efectos, un control mayor sobre ciertas costumbres y usos cívicos, para evitar males que en otras circunstancias no aparecen. De esta forma, durante estas celebraciones ha de exigirse ser más estricto de lo normal en el cumplimiento de las normas elementales de convivencia, por lo que ese Ayuntamiento debe durante esos días intentar reducir el impacto de las fiestas y no acentuarlo.

Por eso, es preciso que ese consistorio busque soluciones donde, aparte de establecerse horarios más racionales, existan unos límites a las emisiones sonoras, especialmente en los amplificadores de sonido, que ocasionan muchísimo ruido; en suma, que busque que los actos de las Fiestas dejen de suponer un perjuicio para quienes no desean participar en ellas.

Por otra parte, no hace falta decir que esta Institución califica positivamente el intento municipal de organizar fiestas pero procurando el menor número de inconvenientes a los vecinos; esto es, si es de sobra conocido que durante los días de fiestas se produce un nivel de ruido y de actividades muy superior al ordinario, entonces el nivel de prevención ha de ser proporcional y, también, coherentemente mayor.

En consecuencia, considerando que esa Corporación local debe procurar el bienestar de los vecinos en todo momento, lugar y ocasión, con la intención de progresar hacia una concepción de las fiestas adecuadas a la sociedad actual, esta Institución considera procedente, 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, formular la siguiente recomendación:

> «Que por parte de ese Ayuntamiento se incrementen las exigencias ambientales y organizativas ante eventos que no son ordinarios, en los términos expuestos en el cuerpo del presente escrito. Asimismo, que al preparar las bases anuales de las fiestas se incluya en las licencias y resoluciones de adjudicación un condicionado ambiental sobre contaminación acústica, control y vigilancia de los horarios de inicio

y finalización de los eventos musicales, así como todo lo referido a garantizar el orden, la seguridad y la salubridad».

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.

Recomendación 62/2012, de 19 de junio, formulada al Ayuntamiento de Matillas (Guadalajara), sobre la publicidad de los Plenos municipales (12000513). Pendiente.

Se acusa recibo de su escrito de fecha 16 de marzo de 2012 (...), en el que informa sobre la queja planteada por doña (...), registrada con el número arriba indicado.

Del contenido de su referido informe se desprenden los siguientes hechos:

Primero. Que la interesada presentó una solicitud para grabar la sesión del Pleno municipal del 26 de octubre de 2011, lo que le fue denegado mediante resolución de esa Alcaldía, según la cual únicamente se permitían las grabaciones por parte de la Secretaria, si así lo considerase ésta conveniente para la posterior elaboración de las actas, y también por parte de los profesionales de la información en general. Dicha decisión se justificaba para evitar determinadas situaciones conflictivas que se venían produciendo sobre el particular y, fundamentalmente, para evitar posibles transgresiones respecto de los derechos amparados en la protección de datos de carácter personal.

Segundo. No obstante lo anterior, la interesada, haciendo caso omiso de dicha resolución, grabó de forma camuflada la sesión, alardeando de ello públicamente a posteriori, a lo que se unió que en la siguiente sesión otra vecina intentó hacer lo mismo, lo que obligó a esa Alcaldía a suspender la sesión, ante su negativa a dejar de grabar y a abandonar la Sala de Plenos, debiendo intervenir la Guardia Civil para que se normalizase la situación.

A la vista de los hechos expuestos, esta Institución ha de deslindar, en primer lugar, la situación de alteración del orden público y de la convivencia vecinal como consecuencia de las actuaciones denunciadas, cuya resolución efectivamente corresponde a esa Alcaldía en el ejercicio de las competencias que tiene atribuidas para dirigir el gobierno y la administración municipal, así como para convocar y presidir las sesiones de los órganos de gobierno y, por tanto, la policía de las mismas, que le otorgan los artículos 21.1.a) y 21.1.c) de la Ley reguladora de las bases del régimen local, y el artículo 41.2 y 41.4 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Corporaciones Locales, acudiendo para ello a cuantas medidas prevé la ley para restablecer el orden.

Dicho esto, el problema de fondo que se plantea en la queja, sobre el que esta Institución ha de pronunciarse, es el de la posibilidad u obligación de autorizar por parte de las corporaciones locales la grabación de los Plenos municipales para la posterior reproducción y traslado de su contenido a los vecinos, asunto que debe ser tratado en relación con la posible colisión del derecho de información en que tal práctica se ampararía con las obligaciones derivadas de las previsiones de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Sobre este particular, teniendo en cuenta los antecedentes expuestos, esta Institución se ve en la obligación de someter a su señoría las siguientes consideraciones como fundamento de la resolución con la que se concluye la presente comunicación.

1ª. Hay que decir, en primer lugar, que el artículo 20 CE, por lo que aquí se trata, reconoce y protege los derechos a «expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción», así como a «comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión» (art. 20.1.a)

y d) CE), añadiéndose a continuación que «el ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa» (art. 20.2 CE), para terminar disponiendo que estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en el propio Título I de la Constitución, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente, «en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia» (art. 20.4 CE).

2ª. Este precepto ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional para puntualizar los derechos fundamentales que se contienen en el mismo en los siguientes términos:

2.1. Las libertades del artículo 20 de la Constitución no son solo derechos fundamentales de cada ciudadano, sino que significan el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático. Dicho en otros términos, los derechos reconocidos por el artículo 20 no solo protegen un interés individual, sino que son garantía de la opinión pública libremente formada e indisolublemente ligada con el pluralismo político.

2.2. El ejercicio de los derechos de información y participación de los ciudadanos en el ámbito político y administrativo se funda, en un extremo esencial, en la libertad de información, que se desarrolla fundamentalmente a través de los medios de comunicación independientes, por lo que cualquier limitación o censura en la obtención de información, se convierte en una vulneración de los principios informadores de estas libertades, esenciales para el funcionamiento del sistema democrático y, en particular, de los derechos fundamentales de los informadores, garantes del sistema.

2.3. El ejercicio de la libertad de expresión y del derecho a la información no tiene otros límites que los fijados, explícita o implícitamente, en la Constitución, por lo que se prohíbe cualquier interferencia y, en especial, la censura previa en las distintas formas en que puede plantearse.

2.4. La prohibición o limitación, siquiera sea temporal, y no justificada en razones de espacio o en razones de alteración del orden, restringe de manera injustificada el derecho a la obtención y difusión de información de interés general.

2.5. Las sesiones de los plenos municipales son públicas y, como tal, son susceptibles de ser grabadas y difundidas en medios de comunicación, salvo que de forma puntual se establezca lo contrario justificado en razones de las anteriormente expuestas.

3ª. Esta línea jurisprudencial establecida por el Tribunal Constitucional, ha sido recogida en diversas sentencias de los tribunales superiores de justicia, sirviendo como ejemplo de todas las demás la número 42/2009, de 27 de enero de 2009, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, que venía a enjuiciar la adecuación a derecho de una decisión verbal del alcalde-presidente del Ayuntamiento de Manises de no permitir la grabación a través de videocámaras del Pleno que se estaba celebrando, y contra la resolución de la misma Alcaldía que desestimó el recurso de reposición planteado frente a aquella denegación verbal.

En la fundamentación jurídica de esta sentencia, se hace referencia a los argumentos esgrimidos por el mismo tribunal en su Sentencia de 2 de enero de 2003, y al fallo del Tribunal

Supremo que desestimó el recurso de casación interpuesto contra la misma, y ello ateniéndose a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre las libertades del artículo 20 de la carga magna a que se ha hecho mención con anterioridad. En concreto, dice la Sentencia del TSJCV en su fundamento de derecho cuarto lo siguiente:

«Estos elementos *mutatis mutandis* son perfectamente extensibles al caso de autos, en la medida en que:

a) La negativa del alcalde, carece de toda razonabilidad, y está absolutamente inmotivada porque no se ha producido ninguna alteración del orden público, que merezca ser restaurado para el desarrollo de la sesión.

b) Quienes pretendían la grabación eran perfectamente conocidos por el señor alcalde, en la medida en que formaban parte de una asociación con la que el Ayuntamiento había suscrito un convenio, y en diversas ocasiones había solicitado la grabación de los plenos, lo que le había sido sistemáticamente negado.

c) La publicidad de las sesiones del Pleno implica en esencia que, cualquier ciudadano, pueda conocer pormenorizadamente todo cuanto en un Pleno municipal acontece.

d) La transmisión de información en nuestra sociedad no está restringida ni mucho menos sólo a quienes sean periodistas, de manera que, cualquier ciudadano puede informar, trasladar datos, por cualquiera de los medios técnicos que permiten su tratamiento y archivo, y por supuesto, cualquiera puede mostrar su opinión respecto de los datos que transmite.

e) La función de policía del Pleno no quiere decir que pueda prohibirse cualquier grabación, sino solo aquellas que manifiestamente impliquen una alteración del orden, que impida el desarrollo de la sesión, y solo en el momento en que, a resultas de dicha grabación devenga imposible la continuación de la misma. Circunstancias estas difícilmente producibles, si el que graba simplemente se limita a grabar.

f) Los poderes públicos en democracia se caracterizan por su coherencia, y su transparencia; lo primero implica racionalidad; y lo segundo, que sus decisiones no solo pueden, sino que deben ser conocidas por todos los ciudadanos.

Así las cosas, la sala debe concluir que la decisión del alcalde, prohibiendo la grabación del Pleno, es nula de pleno derecho por violar el derecho fundamental reconocido en el artículo 20.1.d) de la Constitución».

4ª. Por otro lado, hay que traer a colación los pronunciamientos de la Agencia Española de Protección de Datos referidos a la publicidad de los plenos municipales, en este caso en relación con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

4.1. Así, por ejemplo, en su informe de 20 de diciembre de 2004, reiterado en varios posteriores, la Agencia mantiene que del tenor del artículo 70 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, en la redacción dada al mismo por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, respecto de la publicidad de las actividades municipales, se desprende que la ley determina la publicidad del contenido de las sesiones del Pleno, pero en ningún caso de la Junta de

Gobierno, añadiendo el régimen de publicación de los acuerdos adoptados en los boletines oficiales.

De este modo, únicamente sería conforme con lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999 la comunicación de datos, mediante su inclusión en internet, cuando dichos datos se refieran a actos debatidos en el Pleno de la Corporación o a disposiciones objeto de publicación en el correspondiente boletín oficial, dado que únicamente en estos supuestos la cesión se encontraría amparada, respectivamente, en una norma con rango de ley o en el hecho de que los datos se encuentren incorporados a fuentes accesibles al público. En los restantes supuestos, y sin perjuicio de lo dispuesto en otras leyes, la publicación únicamente sería posible si se contase con el consentimiento del interesado o si los datos no pudieran, en ningún caso, vincularse con el propio interesado, cuestión esta que puede resultar sumamente compleja, dadas las características de una gran mayoría de los municipios, por cuanto un número reducido de datos, incluso sin incluir los meramente identificativos, podría identificar a aquel.

4.2. En otro informe posterior, la Agencia Española de Protección de Datos añadía a sus argumentos que sería conforme con lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999 la emisión de las sesiones plenarias del Ayuntamiento, pues se trataría de una cesión amparada en el artículo 11.2.a) de la Ley Orgánica 15/1999, en virtud de lo establecido en el artículo 70 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, siempre que la Corporación en el uso de sus competencias no decidiese aplicar la excepción contenida en el artículo 70 de la Ley reguladora de las bases del régimen local, esto es, que no se trate de asuntos cuyo debate y votación pudiera afectar al derecho fundamental de los ciudadanos reconocido en el artículo 18.1 de la norma fundamental. Por último, se señalaba la conveniencia de informar a los afectados de que las sesiones plenarias de la Corporación irían a ser publicadas en internet.

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 esa Alcaldía la siguiente recomendación:

> «Que en atención al ejercicio de los derechos fundamentales previstos en el artículo 20 de la Constitución, en los términos reflejados en las consideraciones que anteceden, se autoricen las solicitudes para la grabación de los Plenos y la difusión de lo grabado, siempre con respeto a la normativa en materia de protección de datos de carácter personal y restante normativa que resulte de aplicación, y ello previa advertencia a todos los participantes en los Plenos de que se trate de que las sesiones pueden ser grabadas en formato no solo sonoro sino audiovisual, para su posterior difusión en medios de 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 la recomendación formulada o, en su caso, las razones que estime para su no aceptación.

Recomendación 63/2012, de 19 de junio, formulada a la Consejería de Fomento y Medio Ambiente de la Comunidad de Castilla y León, sobre la legitimación activa de las asociaciones para recurrir resoluciones recaídas en asuntos denunciados por ellas (12009170). Rechazada.

Ha comparecido ante esta Institución, don (...), presidente de la Asociación Nacional (...), presentando queja que ha quedado registrada con el número arriba reseñado.

El promotor de la queja, en la representación que ostenta, pone de manifiesto la anómala postura de esa Administración al considerar que la asociación que preside no goza de legitimación activa a la hora de recurrir las resoluciones recaídas en los procedimientos sancionadores iniciados a raíz de sus denuncias en asuntos propios de su objeto social.

En concreto, nos remite una copia de la Resolución de 9 de febrero de 2012 de la Agencia de Protección Civil, por la que se inadmite el recurso de alzada contra el escrito del secretario de la Delegación Territorial de la Junta de Castilla y León en Valladolid, de 3 de noviembre de 2011, relativo al Toro de Vega 2011.

En dicha resolución se dice en su fundamento de derecho segundo lo siguiente:

> «Salvo en los supuestos excepcionales en que está expresamente reconocido por la ley el carácter público de la acción (en materia de urbanismo, de costas y de defensa del patrimonio artístico) la promoción de un nuevo procedimiento administrativo o la participación en un procedimiento ya iniciado requiere en el particular una cualificación específica, es decir una especial relación con el objeto del procedimiento, la legitimación que la Ley 30/1992 concreta en la titularidad, al menos, de un interés legítimo que pueda resultar afectado por la resolución que se dicte. Por ello, el denunciante debe acreditar que ostenta un derecho o interés legítimo para que se le pueda reconocer legitimación a los efectos de interponer el correspondiente recurso administrativo contra la resolución que ponga término al procedimiento que se inició como consecuencia de su denuncia (SSTS 02/07/1999, 15/12/1999, 07/03/2000).
>
> La mera presentación de una denuncia no atribuye, por sí sola, al denunciante la condición de interesado en el procedimiento, ni tampoco legitimación para recurrir la resolución sancionadora o su archivo, no ostentando otro derecho que el de ser notificado de la iniciación o no del procedimiento sancionador (art. 11.2 del Real Decreto 1398/1993).
>
> Por tanto, como en este caso concreto no se reconoce en esta materia acción pública y el denunciante (ANPBA) carece de un interés legítimo en el objeto de la denuncia, fuera del mero interés en el cumplimiento de la legalidad, insuficiente a juicio de la jurisprudencia para reconocerle la legitimación activa para recurrir la resolución dictada, debe inadmitirse el recurso interpuesto».

Y, en consecuencia, se resuelve: «inadmitir por falta de legitimación activa el recurso de Alzada interpuesto por don (...) en nombre y representación de la Asociación Nacional para la (...), y confirmar el sobreseimiento adoptado por la Delegación Territorial de la Junta de Castilla y León en Valladolid el 3 de noviembre de 2011, relativo al Toro de Vega de 2011».

A la vista del contenido de la referida resolución, acerca de la no concurrencia en la Asociación denunciante de la condición de interesada, esta Institución se ve en la obligación de someter a V. E. las siguientes consideraciones como fundamento de la resolución con la que se concluye esta comunicación.

Primera. La postura mantenida por esa Consejería se basa en un criterio restrictivo de la legitimación en el procedimiento sancionador, actualmente superado, que no diferencia entre la figura del denunciante simple (aquel que se limita a poner en conocimiento de la Administración unos hechos presuntamente constitutivos de infracción) que en ningún caso tiene la condición de interesado, del denunciante cualificado, el cual tiene un interés directo en la resolución que finalmente ponga fin al procedimiento sancionador, normalmente para poder reaccionar en caso de que considere que se ha producido una aplicación defectuosa de la norma.

Segunda. La evolución de la jurisprudencia sobre la legitimación en el ordenamiento jurídico español tiene su principal exponente en la Sentencia del Tribunal Constitucional 34/1994, de 31 de enero, que viene a reinterpretar el concepto de legitimación, partiendo del concepto de interés legítimo, considerado más amplio que el de interés directo (STC 60/1982, de 11 de octubre), y que es definido como aquel que «equivale a la titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar esta» (STC 143/1994, de 9 de mayo).

Tercera. El reconocimiento que se hace en la sentencia de referencia del carácter personal y legítimo del interés colectivo en el ejercicio correcto de las potestades administrativas, supera la jurisprudencia tradicional que reconocía legitimidad impugnatoria únicamente cuando concurrían intereses colectivos de carácter profesional, para admitir como legítimos los intereses colectivos propiamente sociales, desvinculados de los correspondientes intereses individuales de los miembros de la asociación.

La legitimación va a tener su principal punto de referencia en los fines de la asociación denunciante reconocidos estatutariamente, bastando con la correspondiente determinación estatutaria de los fines asociativos para entender cumplido el requisito legal necesario para la obtención de la tutela judicial efectiva, de manera que queda defendida la operatividad de un interés difuso derivado de los fines de la asociación.

Cuarta. Esta interpretación amplia del concepto de legitimación presupone, por tanto, que la resolución administrativa puede repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega esa legitimación, sin que baste una mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento. La utilidad jurídica se concretará en la pretensión de que sea sancionado quien haya contravenido la legislación vigente, logrando medidas preventivas para acciones posteriores de igual signo.

Y todos estos requisitos concurren en el presente caso si se tiene en cuenta la propia finalidad social e institucional de la Asociación promotora de la queja (el fomento de la protección y bienestar del mundo animal), lo que confiere a la Asociación una consideración especial en todas aquellas actuaciones encaminadas a la defensa y protección de los animales y, en consecuencia, a la depuración de los casos concretos en que existan indicios de irregularidades como lo es el que ha dado lugar a la presente queja.

Por todo cuanto queda expuesto, esta Institución, al amparo de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora de la institución del Defensor del Pueblo, se ve en la obligación de formular a V. E. la siguiente recomendación:

> «Que se proceda a reconocer la condición de interesados a las asociaciones representativas de intereses colectivos denunciantes, cuando las actuaciones administrativas objeto de denuncia coincidan, como en el presente caso, con los fines establecidos en sus respectivos estatutos, y ello a todos los efectos, incluido lógicamente el de la legitimación activa para recurrir las resoluciones que recaigan en los procedimientos que se inicien a raíz de sus denuncias».

Agradeciéndole 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.

Recomendación 64/2012, de 19 de junio, formulada a la Secretaría General Técnica de Sanidad de la Comunidad de Madrid, para la aplicación de la técnica de fecundación in vitro a todas aquellas personas con problemas de fertilidad (12001280). Aceptada.

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

Mediante su escrito ponía de relieve, a modo de resumen, que, en el ámbito del hospital de Valdemoro, las parejas con un hijo biológico, pero con problemas de fertilidad, son excluidas directamente de la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida.

Iniciada la oportuna investigación, esa Administración, sin desvirtuar la alegación de la interesada, en el sentido de que se le ha denegado la prestación fecundación in Vitro con fundamento en la existencia de un hijo biológico, ha dado traslado a esta Institución del criterio emitido por el Servicio Madrileño de Salud, según el cual existe un procedimiento común de actuación, cuyas conclusiones se recogen en el documento «criterios para la utilización de los recursos del Sistema Nacional de Salud en la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida», elaborado por el Grupo de Interés de Centros de Reproducción Humana Asistida del Sistema Nacional de Salud, constituido en 1999. Añade también que este documento «recoge como prioridad absoluta el tratamiento de las mujeres con esterilidad primaria frente a la esterilidad secundaria (con un hijo sano), excluyendo, por tanto, esta prestación de la Cartera de Servicios Comunes».

Esta Institución no puede compartir, en modo alguno, la razón esgrimida por el mencionado Servicio de Salud para justificar la exclusión de una prestación sanitaria que, a tenor del marco legal vigente en la materia, debe ser facilitada directamente a las personas y financiada con cargo a fondos estatales adscritos a la Sanidad, con base en el reseñado documento, elaborado hace no pocos años y que ha sido objeto de modificaciones y revisiones como consecuencia de la posterior publicación de normas con rango de ley.

En este sentido, y por lo que se refiere al contenido de la acción protectora del Sistema Nacional de Salud, cabe comenzar señalando que la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, establece que «la cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud comprende todas las actividades asistenciales de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación que se realicen en centros sanitarios o sociosanitarios, así como el transporte sanitario urgente, cubiertos de forma completa por financiación pública». Según se refleja en la exposición de motivos de este texto legal, el mencionado catálogo incorpora las prestaciones contempladas en el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, de ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, derogado y sustituido por el 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. Sobre ello, cabe añadir que la disposición transitoria segunda del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, determina que «en tanto no se elabore la normativa de desarrollo de la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud, permanecerá en vigor el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre».

En conexión con lo anterior, y respecto al alcance y extensión de la atención sanitaria, es importante tener presente que el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, detalla las

concretas prestaciones sanitarias que deben ser facilitadas directamente por el Sistema Nacional de Salud y financiadas con cargo a la Seguridad Social, o a fondos estatales adscritos a la Sanidad. Entre estas prestaciones figuran el diagnóstico y el tratamiento de la infertilidad.

En un plano de mayor concreción, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, determina las técnicas que reúnen las condiciones de acreditación científica y clínica, citando, expresamente y entre ellas, la fecundación in vitro.

Por lo que se refiere a los usuarios de las mencionadas técnicas, este último texto legal establece, en su artículo 6, que toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa; que la mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas con independencia de su estado civil y orientación sexual; y que las técnicas de reproducción asistida se realizarán cuando haya posibilidades razonables de éxito y no supongan riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o de la posible descendencia.

De lo anteriormente expuesto cabe extraer, a modo de conclusión, las dos siguientes consideraciones: en primer lugar, que la técnica fecundación in vitro es una de las prestaciones que debe facilitar el Sistema Nacional de Salud; y, en segundo término, que el marco legal en la materia no excluye de esta prestación a las personas con un hijo biológico, pero con problemas de fertilidad. Ello con independencia de los criterios de prioridad que puedan establecer las administraciones con responsabilidad en la gestión de la asistencia sanitaria.

En esta línea de exposición, hay que dejar constancia de que, en el curso de las investigaciones llevadas a cabo por el Defensor del Pueblo, se ha constatado la existencia de extraordinarias listas de espera para el acceso a las técnicas a las que se viene haciendo referencia, como consecuencia del insuficiente número de centros y servicios donde se llevan a cabo, extremo este que ha sido reconocido ante esta Institución por el Ministerio de Sanidad. Esta disfunción ha dado lugar a que los servicios de salud hayan establecido criterios de indicación, a través de listas de espera con diferente prioridad, sin que ello implique, obviamente, la exclusión de personas por razones ajenas a las estrictamente asistenciales.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, esta Institución ha acordado dirigir a V. E. las siguientes

Recomendación:

> «Que por esa Consejería se valore la oportunidad de dictar instrucciones precisas en orden a la aplicación de la técnica fecundación in vitro a todas aquellas personas con problemas de fertilidad y que reúnan las condiciones personales establecidas en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida», y

Sugerencia:

> «En consonancia con la anterior recomendación, que por esa Administración se valore la conveniencia de adoptar las medidas pertinentes para la inclusión de la señora (...) en la correspondiente lista de espera para la aplicación de la técnica fe-

cundación in vitro. Ello con independencia de los criterios que puedan establecerse en relación con la prioridad de la esterilidad primaria sobre la secundaria (con hijo sano)».

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 se aceptan o no la recomendación y sugerencia formuladas, así como, en caso negativo, las razones que se estimen para su no aceptación.

Recomendación 65/2012, de 19 de junio, formulada a la Consejería de Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid, para que se adopten las medidas oportunas para informar a los solicitantes de valoración de la situación de dependencia que no reúnan el requisito de residencia mínima en la fecha de presentación de la solicitud (12001380). Rechazada.

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

De acuerdo con la información que obra en el expediente, doña (...) solicitó el reconocimiento de la situación de dependencia de su hija, menor de edad, el 19 de junio de 2009. Dieciocho meses más tarde, y previo requerimiento de subsanación, presentó certificado de empadronamiento, así como certificado en el que se acredita su residencia legal desde el 26 de julio de 2005.

El 24 de marzo de 2011, se dicta resolución desestimando la solicitud de reconocimiento de la situación de dependencia de (...) al no acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el articulo 5.1.c) de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, procediéndose al archivo de la misma.

El 27 de abril de 2011 se remite notificación de la resolución a una dirección que no coincide con la que figura en el certificado del padrón municipal, calle (...), en lugar de la calle (...). La interesada, al comparecer ante esta Institución, manifiesta que no ha recibido ninguna resolución y que al comunicarle un funcionario de la oficina de información de la dependencia que su pretensión se había desestimado, solicitó que constase su disconformidad y solicitud de que fuera revisada.

A la vista de estos datos esta Institución estima necesario trasladar a V. E. las siguientes consideraciones:

En primer lugar subrayar los perjuicios que el incumplimiento de los plazos ha causado a la interesada. De los datos facilitados se desprende que la solicitud de valoración de la situación de dependencia fue desestimada por carecer del requisito de residencia durante cinco años. Se da la circunstancia de que la interesada efectivamente no cumplía dicho requisito en la fecha de la solicitud, pero sí a partir de julio de 2010, de modo que dicho requisito se cumplía cuando le fue requerido el cerificado del Ministerio del Interior, y 8 meses antes de dictarse la resolución. En consecuencia, si la resolución se hubiera dictado en el plazo legal de seis meses la interesada podría haber presentado una nueva solicitud en julio de 2010.

Pero además, la resolución no tiene salida en el plazo de 10 días previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sino un mes más tarde. Cabe significar también que la dirección a la que se remite la resolución no coincide con la que figura en el certificado de empadronamiento aportado por la interesada, motivo por el cual la misma nunca recibió la preceptiva notificación.

A pesar de lo anterior, la interesada acudió el 11 de octubre de 2011 y manifestó que no había recibido la notificación y que, en todo caso, solicitaba la revisión del expediente, al considerar que no se había tenido en consideración que la persona en situación de depen-

dencia es menor de edad y por tanto debía aplicársele la previsión más favorable que contempla el apartado 2 del antes citado artículo 5 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

El mencionado apartado 2 señala: «Para los menores que carezcan de la nacionalidad española se estará a lo dispuesto en las Leyes del Menor vigentes, tanto en el ámbito estatal como en el autonómico, así como en los tratados internacionales».

En este sentido, como usted conoce, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España contiene constantes referencias a los menores dotándoles de una mayor protección y eliminando restricciones que sí se dan para los extranjeros adultos. Así, el artículo 9.1 que regula el derecho a la educación, da a los menores de 18 años un derecho pleno, a diferencia de lo que ocurre con los extranjeros adultos; el artículo 12, que regula precisamente la asistencia sanitaria a extranjeros, establece que los menores la tienen en iguales condiciones que los españoles, sin que tengan que cumplir ningún tipo de requisito complementario, como los adultos. Y finalmente el apartado 4º del artículo 35 subraya que se considerará regular a todos los efectos la residencia de los menores que sean tutelados por una administración pública.

Esta normativa especial y más favorable responde al principio del interés superior del menor, principio reconocido tanto en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, ratificada por España, como en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

En el asunto que nos ocupa tiene especial relevancia la redacción dada al artículo 14 de la Ley Orgánica 4/2000, por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre. Este artículo, relativo al derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales, contempla de forma expresa, frente a las posibles limitaciones que se pudieran establecer para los adultos lo siguiente: «En cualquier caso, los extranjeros con discapacidad, menores de dieciocho años, que tengan su domicilio habitual en España, tendrán derecho a recibir el tratamiento, servicios y cuidados especiales que exija su estado físico o psíquico».

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 se adopten las medidas oportunas para informar a los solicitantes de valoración de la situación de dependencia que no reúnan el requisito de residencia mínima artículo 5.1.c) de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, en la fecha de presentación de la solicitud, de la posibilidad y conveniencia de presentar una nueva solicitud cuando haya transcurrido el plazo previsto en el citado artículo, a fin de evitar el perjuicio que les causa esperar la notificación de la resolución desestimatoria por venir referida a la fecha en que se presentó la solicitud».

Al mismo tiempo, se ha considerado necesario remitir a V. E. la siguiente sugerencia:

> «Que se den las órdenes oportunas para que el expediente de solicitud de valoración de la situación de dependencia de (...) sea revisado y actualizado, y se dicte nueva resolución, ajustada a derecho, ya que al tratarse de una menor de edad no es de aplicación el requisito de acreditar cinco años de residencia legal, previsto en el art.

5.1.c) de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, sino el apartado 2 de dicho artículo 5 en relación con el artículo 14 de la Ley Orgánica 4/2000, modificado por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre».

Agradeciendo a V. E. la atención que estamos seguros prestará a estas resoluciones, y quedando a la espera de su 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 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.

Recomendación 66/2012, de 22 de junio, formulada a la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior, sobre el tamaño de los números de identificación personal de los agentes del Cuerpo Nacional de Policía y de la Guardia Civil (11015483). Rechazada.

En relación con la queja que tramita esta Institución planteada por doña (...), esta Institución ha llevado a cabo recientemente una investigación ante la Dirección General de la Policía sobre la aplicación de las previsiones contenidas en la Instrucción 13/2007, de la Secretaría de Estado de Seguridad, relativa al uso del número de identificación personal en la uniformidad de los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, a todos los componentes de los mismos, incluidos los de las Unidades especiales de intervención policial.

En el transcurso de la tramitación de la queja, la Dirección General de la Policía informó de que conjugando el derecho de los ciudadanos con el grado de reserva necesario para la seguridad personal de los funcionarios y la función que desempeñan, la citada Instrucción de la SES establece, en su punto segundo, que «todos los componentes de la Guardia Civil y Cuerpo Nacional de Policía que vistan uniforme y/o equipo de trabajo, incluidas las unidades especiales que en la actualidad no portan número identificativo deberán llevar el número de identidad personal en lugar bien visible y de forma que a la distancia de respeto (un metro y veinte centímetros aproximadamente) pueda ser leído sin dificultad», señalando en el punto tercero que «los Centros Directivos de ambos Cuerpos elaborarán el diseño, así como su situación en las diferentes prendas para que aquellas unidades que no lo porten en su uniformidad sean dotadas de los mismos, estableciendo un plazo que no podrá exceder de seis meses a partir de la publicación de la Instrucción».

Por otra parte, la Orden INT/1376/2009, del Ministerio del Interior, complementa la regulación de los distintivos en el Cuerpo Nacional de Policía estableciendo en su punto 2: «El distintivo de identificación personal consistirá en un soporte en el que irá grabado el número de identidad personal correspondiente al del carné profesional de cada funcionario, siendo incompatible su uso con la utilización de la placa-emblema.

Su exhibición será obligatoria para todos los funcionarios que vistan uniforme, equipo de trabajo o ambos».

Actualmente, a los componentes de las Unidades de Intervención Policial (UIP), se les proporciona un soporte de las dimensiones citadas en la Orden INT/1376/2009 para que lo porten debajo de la placa-emblema situada encima del bolsillo derecho del uniforme de trabajo. No obstante, existen prendas de uso colectivo, como chalecos de protección antigolpes y chalecos antibalas, usadas esporádicamente en dispositivos con respuesta de extrema violencia que pueda poner en riesgo la vida de los funcionarios, que no disponen de soporte para colocar el número identificativo.

Por lo que respecta a las Unidades de Intervención Policial, la Dirección General de la Policía informa que el Servicio de Armamento y Equipamiento Policial con el objeto de cumplir las previsiones de la Orden INT/1376/2009, de 25 de mayo, respecto de las prendas de uso colectivo y en relación a los miembros de las unidades de intervención policial, ha incluido en los pliegos de prescripciones técnicas para la adquisición de chalecos de protección antigolpes, la obligatoriedad de que incorporen el «emblema de pecho del Cuerpo Nacional de Po-

licía que será el oficial e irá cosido al chaleco centrado en la parte superior delantera derecha, e inmediatamente debajo del lugar de ubicación del emblema un espacio para ubicar el número de identificación personal correspondiente al de carné profesional de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía con unas dimensiones de 30 x 10 mm».

Igualmente se expresa que en junio de 2011 ya se tramitó un expediente de compra de 499 chalecos de protección antigolpes, para la UIP, cumpliendo ya las previsiones de la Orden INT/1376/2009.

Efectivamente, esta Institución considera un gran avance que en determinadas prendas de uso colectivo de las UIP en las que anteriormente no figuraba ninguna identificación del agente en las distintas intervenciones en las que actuaba, se haya procedido a incorporar dicha identificación como parte esencial del vestuario y prendas que deben ser portadas por estos agentes. Dicho proceso forma parte, como ya expresó esta Defensoría a la Dirección General de la Policía, de la necesaria transparencia que debe presidir la actuación de los agentes de seguridad y del derecho de los ciudadanos a identificar a las autoridades y personal al servicio de la Administración.

Ahora bien, queda aún algún extremo por clarificar en este proceso definitivo de identificación de todos los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y no solo los pertenecientes a las unidades de intervención policial, como es el tamaño del distintivo en el que figura el número de identificación personal correspondiente al del carné profesional.

Efectivamente, la Orden INT/1376/2009, de 25 de mayo, respecto de los distintivos de uso preceptivo, establece que el distintivo de identificación personal consistirá en un soporte en el que irá grabado el número de identidad personal correspondiente al del carné profesional de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, con unas dimensiones de 30 × 10 mm, siendo incompatible su uso con la utilización de la placa-emblema, al llevar ya esta el número de identificación grabado.

Esta Institución ha podido comprobar, por la recepción de numerosas quejas de los ciudadanos, que la tipografía empleada para grabar los números de la placa no resulta de fácil lectura, sobre todo desde la denominada «distancia de respeto» que establece la Instrucción 13/1007 de la Secretaría de Estado de Seguridad, que está marcada en 120 cm, ya que el tamaño de 30 x 10 mm impide el reconocimiento visual de los números, máxime si se trata de actuaciones de agentes de las UIP en las que habitualmente se producen situaciones caracterizadas por su inmediatez y fugacidad.

Teniendo en cuenta que el tamaño del distintivo de identificación personal viene regulado en la citada orden ministerial, por lo que respecta al Cuerpo Nacional de Policía, y por lo que afecta a la Guardia Civil, es la Orden de 31 de agosto de 1990 la que fija las dimensiones de la tarjeta de identidad profesional en 85 x 54 mm, algo mayores que las del Cuerpo Nacional de Policía, esta Institución estima que el proceso de dotar de transparencia a la actuación profesional de los agentes encargados de la seguridad pública pasa, en última instancia, por la necesaria modificación de dichas normas, al objeto de establecer un mayor tamaño de la placa y de la tipografía empleada que permita su fácil lectura por los ciudadanos.

En consecuencia, 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:

> «Para que ese departamento inicie los trabajos de modificación normativa necesarios, en lo relativo a aumentar las dimensiones de los números de identificación personal de los agentes del Cuerpo Nacional de Policía, incluidos los que forman parte de las Unidades de Intervención Policial en todas sus prendas, y se establezcan asimismo las mismas dimensiones para el Cuerpo de la Guardia Civil, de acuerdo con lo dispuesto en la Instrucción 13/2007, de la Secretaría de Estado de Seguridad, aplicable a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, al objeto de que se permita su fácil lectura por los ciudadanos desde una distancia prudencial que permita la debida identificación de los agentes de la Policía Nacional y de la Guardia Civil, incluidos los miembros de las Unidades de Intervención Policial en todas sus prendas».

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

Recomendación 67/2012, de 22 de junio, formulada al Ayuntamiento de Guijo de Coria (Cáceres), sobre el deber de las administraciones públicas de garantizar la libertad y el acceso a las licitaciones y la eficiente utilización de los fondos destinados a la contratación de sus servicios (10019592). Pendiente.

Acusamos recibo de su escrito de 21 de marzo de 2012, salida número (...), en relación con la queja número 10019592, formulada por doña (...).

En el mismo nos comunican que los dos o tres ágapes anuales que ofrece el Ayuntamiento a sus vecinos se contratan con el arrendatario de las instalaciones municipales que existen en la piscina municipal o con el bar de (...) sin mediar trámite de información pública debido al importe que suponen.

Siendo así, esta Institución no puede apreciar en la decisión municipal mencionada ninguna irregularidad, toda vez que no superándose las cantidades que se establecen en el artículo 122.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, vigente en esas fechas, en relación con el artículo 120 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, que aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, la contratación por la Administración Pública se puede llevar a cabo de forma directa sin publicidad ni concurrencia.

No obstante, esta Institución estima que no se encuentra totalmente justificada tal decisión, sobre todo cuando causa malestar entre los vecinos al considerarse discriminados.

Esa demostración tiene mayor relevancia para administraciones públicas como ese Ayuntamiento, ya que posiblemente por el presupuesto que se maneja y el importe de sus gastos y contrataciones se pueda recurrir con frecuencia al modo de contratación directa y sin el trámite de información pública.

En definitiva, que lo que ha sido concebido en la normativa de contratos de las administraciones públicas como una excepción, puesto que salvo esos casos el contrato, se ha de celebrar tras seguirse un procedimiento para la selección de adjudicatarios, que defienda los intereses públicos y evite la discriminación, podría constituirse en la práctica como modelo habitual de adjudicación.

En base a ello, se ha acordado realizar a ese Ayuntamiento de Guijo de Coria, la siguiente recomendación:

> «De conformidad con el artículo 1 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, mediante la que se pretenden garantizar los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, además de una eficiente utilización de los fondos destinados a la contratación de servicios, salvaguardando la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa, ese Ayuntamiento debería aprobar la alternancia en la contratación de los ágapes motivo de la queja entre los establecimientos hosteleros existentes en el municipio que se hayan mostrado dispuestos a ello».

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.

Recomendación 68/2012, de 25 de junio, formulada a la Agencia Estatal de Administración Tributaria, sobre concreción de los medios de prueba que pueden aportar los ciudadanos con el fin de acreditar que su vivienda cumple los requisitos exigidos en la normativa vigente para ser considerada como habitual (10017425). Pendiente.

Se ha recibido escrito de V. I. (s/ref...), en el que emite informe relacionado con la queja número 10017425, formulada ante esta Institución por doña (...), en el que concluyen que no corresponde a esa Administración tributaria señalar los medios de prueba que los ciudadanos pueden aportar para acreditar que una vivienda tiene la condición de habitual.

Esta Institución inició las investigaciones relativas a esta queja con fecha 15 de noviembre de 2010 solicitando un informe a esa Agencia Tributaria sobre el criterio mantenido, según el cual la vivienda transmitida por la interesada no constituía su vivienda habitual dado que no se había empadronado en la misma hasta el año 2004, a pesar de la documentación aportada que acreditaba que dicho inmueble constituía su vivienda habitual desde el año 2002.

Esa Agencia remitió un informe alegando que los suministros no desvirtuaban el certificado de empadronamiento, de acuerdo con las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 10 de junio de 2004 y 5 de junio de 2008.

Sin embargo, desde esta Institución se indicó que el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en Sentencia de 26 de enero de 2006, y el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en Sentencia de 7 de mayo de 2009, concluyen, respectivamente, que si bien el empadronamiento implica una presunción de residencia, no supone ni prueba la situación real o de hecho de permanencia o de ocupar la vivienda, y que el carácter de vivienda habitual no lo otorga el certificado de empadronamiento. Además, en otras ocasiones, esa misma Agencia Tributaria no ha considerado prueba suficiente de la residencia habitual el padrón municipal.

Esa Administración tributaria remitió nuevo informe indicando que el certificado de empadronamiento no era el único elemento relevante a la hora de valorar el lugar de residencia habitual del contribuyente, pudiendo haber otros elementos que deberían ser valorados por esa Agencia a la hora de determinar la residencia habitual. Asimismo, señalaron que, a su juicio, los consumos y gastos aportados por la interesada no desvirtuaban la presunción contenida en el certificado de empadronamiento, pero no motivaron razonadamente esa decisión, por lo que desde esta Institución se solicitó la remisión de un nuevo informe.

En dicho informe alegaron que la existencia de consumos y el pago de los mismos no implicaba necesariamente que la contribuyente hubiera residido en la vivienda a la que corresponden los citados suministros, al considerar que, aun en el caso de que la vivienda no hubiese estado habitada, en la misma se originarían unos suministros mínimos si los mismos no son dados de baja y que, además, para que existieran suministros no era necesario que fuera la propia contribuyente la que habitara de forma efectiva la vivienda controvertida, aun cuando los pagos fueran cargados en su cuenta corriente. En consecuencia, estimaban que para apartarse de lo que resulta de los certificados de empadronamiento tenía que acreditarse suficientemente, por cualquiera de los medios generalmente admitidos en Derecho, que los datos del empadronamiento no se ajustaban a la realidad.

A la vista de la rigidez del criterio de esa Agencia, y ante la impotencia alegada por la interesada para poder acreditar el carácter habitual de su vivienda, se solicitó un nuevo informe en el que se concretaran los medios de prueba admitidos en Derecho que la interesada, y los contribuyentes con carácter general, podían aportar para desvirtuar la presunción del certificado de empadronamiento.

Sin embargo, tal y como se ha indicado anteriormente, esa Agencia ha concluido que no le corresponde señalar los medios de prueba que los ciudadanos pueden aportar para acreditar que una vivienda tiene la condición de habitual.

En este sentido, es preciso señalar que el artículo 9.3 de la Constitución española garantiza el principio de seguridad jurídica, siendo este uno de los objetivos primordiales del Estado y fundamental en el ámbito tributario. Este principio conlleva la expectativa de que el marco legal es y será confiable, estable y predecible, para lo que es indispensable que las decisiones se tomen según el sentido lógico de la norma y no según la lógica de la discrecionalidad.

Asimismo, el artículo 34.1.a) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, reconoce a los obligados tributarios el derecho a ser informados y asistidos por la Administración tributaria sobre el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones tributarias.

Esta Institución considera que se debe facilitar a los contribuyentes la información más completa posible para que puedan ejercer sus derechos y, por ello, esa Agencia debería concretar los distintos medios de prueba que los obligados tributarios pueden aportar para acreditar el carácter de habitual de su vivienda.

Por todo lo expuesto, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, reguladora de la Institución, se procede a formulara la siguiente recomendación:

> «Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Constitución española y 34.1.a) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, se concreten los medios de prueba que pueden aportar los ciudadanos con el fin de acreditar que su vivienda cumple los requisitos exigidos en la normativa vigente para ser considerada como habitual».

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.

Recomendación 69/2012, de 27 de junio, formulada a la Secretaría de Estado de Justicia del Ministerio de Justicia, para que se estudien los tiempos medios de resolución de los diferentes recursos por la Dirección General de los Registros y del Notariado, y saber si los cambios en la dotación de medios y organización laboral han redundado en la reducción de los tiempos de resolución (09015930). Pendiente.

Se acusa recibo a su atento escrito (s/ref...), en el que se da respuesta a la queja planteada por doña (...) y registrada con el número arriba indicado.

En dicho informe se da respuesta a la solicitud de información acerca del número de funcionarios dedicados a la resolución de recursos en materia de estado civil. No obstante, no se informa del tiempo medio de resolución de los recursos concernidos que actualmente debe ser muy superior a los dieciocho meses que se estimaban en informes anteriores, a tenor de lo que se desprende de las quejas que se siguen recibiendo.

Esta investigación se inició en septiembre de 2009, sin que desde entonces se hayan producido mejoras sustanciales en la reducción de los tiempos que se emplean en la resolución de los recursos, pese a las medidas que se hayan podido adoptar.

En virtud de tales consideraciones y, pese a las actuales circunstancias que abocan a restricciones presupuestarias en múltiples ámbitos de la Administración, 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:

«1. Que se realicen los estudios pertinentes para conocer los tiempos medios de resolución de los diferentes recursos, a fin de saber con exactitud si los cambios en la dotación de medios y organización del trabajo han redundado en la reducción de los tiempos de resolución.

2. Que se arbitren las medidas necesarias para mejorar la dotación de medios humanos destinada a la resolución de recursos, a fin de que se reduzcan sustancialmente los tiempos empleados en la misma».

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

Recomendación 70/2012, de 27 de junio, formulada a la Dirección General de Españoles en el Exterior y de Asuntos Consulares y Migratorios del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, para que se impartan instrucciones a los Consulados para que en los visados solicitados por la pareja de un ciudadano miembro de un país de la Unión Europea, no se exija certificación de las autoridades del país de origen acreditativa de la estabilidad de la relación de pareja (11018415). Aceptada.

Se ha recibido en esta Institución escrito de V. I., con relación a la queja formulada por doña (...), ciudadana española.

Una vez evaluado su contenido, procede efectuar las siguientes consideraciones:

1) La posición de esta Institución respecto a la necesidad de tramitar una reagrupación familiar en régimen general y no un visado de estancia, en los casos comprendidos en la disposición adicional vigésimo tercera del Reglamento de extranjería, ha sido reflejada en el escrito remitido a V. I. de fecha 7 de mayo de 2012, correspondiente al expediente n.º 09001021, por lo que no procede reiterar la misma.

2) Por lo que se refiere al asunto planteado en la presente queja, hemos de manifestar que esta Institución no comparte la interpretación que efectúa el Consulado General de España en Casablanca, sobre los requisitos exigidos por la disposición adicional vigésima tercera para acreditar la existencia de una relación de pareja estable entre un ciudadano de la Unión Europea y un ciudadano extranjero.

La citada disposición contempla dos situaciones distintas: la de los familiares [apartado a)] y la de las parejas [apartado b)]. Respecto a los primeros se exige, además de un determinado grado familiar, que estén a cargo o que vivan con el ciudadano de la Unión o bien que existan motivos graves de salud o discapacidad. Respecto a los segundos, se exige la prueba de la estabilidad de la pareja.

La disposición adicional vigésimo tercera detalla también cómo se puede acreditar que el ciudadano extranjero se encuentra en una de esas circunstancias, señalando:

> «Las autoridades exigirán la presentación de acreditación, por parte de la autoridad competente del país de origen o procedencia, que certifique que está a cargo del ciudadano de la Unión o que vivía con él en ese país, o la prueba de la existencia de motivos graves de salud o discapacidad que requieran estrictamente que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia. Igualmente se exigirá prueba suficiente de la existencia de una relación estable con el ciudadano de la Unión».

De la propia redacción del precepto parece razonable deducir que los requisitos exigibles en cada caso [apartado a) y apartado b)] del precepto son distintos y, por lo que se refiere a la pareja, se exige aportar «prueba suficiente de la existencia de una relación estable con el ciudadano de la Unión», sin precisar cuál es la forma de probar la relación, entendiéndose que dicha prueba tiene un carácter abierto.

Por tanto, a juicio de esta Institución, la exigencia de una certificación emitida por las autoridades del país de procedencia del extranjero para acreditar la estabilidad de la pareja no viene exigida por la norma y, en consecuencia, no debe ser exigida por el Consulado.

Sin perjuicio de lo anterior, el Consulado podrá requerir a los interesados que presenten todas aquellas pruebas que estimen convenientes para acreditar su relación o incluso puede utilizar otros instrumentos para evaluar si dicha relación existe, antes de dictar resolución. En este sentido, cabe recordar que, tanto en los expedientes previos al matrimonio entre ciudadano español y extranjero como en los expedientes de inscripción de matrimonios celebrados en el extranjero, el Registro Civil Consular utiliza herramientas tales como entrevistas o documentos privados presentados por los cónyuges o futuros cónyuges para evaluar la realidad de la relación entre la pareja que pretende contraer matrimonio, o que ya lo ha contraído y solicita la inscripción.

3) Con independencia de que en el presente caso no fuera posible acreditar la paternidad del solicitante de visado hasta que tuviera lugar el nacimiento del hijo, a juicio de esta Institución, la utilización de las herramientas mencionadas hubiera servido para que el Consulado evaluara en profundidad el caso. También se estima que en dicho análisis global debe tomarse en consideración la declaración responsable efectuada por la compareciente, sin perjuicio de que una vez valoradas todas las pruebas, el Consulado hubiera determinado que no quedaba acreditada la relación.

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 instrucciones a los Consulados para que en los supuestos de visados solicitados por la pareja de un ciudadano miembro de un país de la Unión Europea, al amparo de la disposición adicional vigésimo tercera del Real Decreto 557/2011, no se exija certificación de las autoridades del país de origen acreditativa de la estabilidad de la relación de pareja, informando al solicitante de visado de la posibilidad de acreditar tal extremo con cualquier medio de prueba válido en Derecho».

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

Recomendación 71/2012, de 27 de junio, formulada al Instituto Nacional de la Seguridad Social del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, para que se adopten medidas de seguimiento y control en orden a que las Direcciones Provinciales del INSS comuniquen inmediatamente a los interesados las previsiones de curación, sin esperar a la notificación de la resolución correspondiente (11021590). Rechazada.

Se ha recibido la ampliación de 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 aportaciones que puedan mejorar los términos para la resolución de la cuestión.

No obstante, dado el contenido de los informes recibidos 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 necesarias de seguimiento y control en orden a que las Direcciones Provinciales del INSS comuniquen inmediatamente a los interesados las previsiones de curación, sin esperar a la notificación de la resolución correspondiente, en el supuesto de que el derecho al subsidio se extinga por el transcurso del plazo máximo establecido en el apartado a) del número 1 del artículo 128 y el trabajador hubiese sido dado de alta médica sin declaración de incapacidad permanente (previsto en el artículo 131 bis de la Ley General de la Seguridad Social), de forma que se garantice la seguridad de las actuaciones de los trabajadores en la reincorporación al puesto de trabajo en el plazo legal establecido».

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.

Recomendación 72/2012, de 27 de junio, formulada al Departamento de Justicia de la Comunidad Autónoma de Cataluña, para que se establezca un sistema de cita previa que evite la duplicación de citas en diferentes registros, dando lugar a incomparecencias que distorsionen la eficacia en la gestión de los recursos limitados de que se dispone en el Registro Civil de Barcelona (12001736). Pendiente.

Se acusa recibo a su atento escrito (s/ref...), en el que se da respuesta a la queja planteada por doña (...), y registrada con el número arriba indicado.

En dicho informe se reconoce que, una vez examinada la situación del Registro Civil de Barcelona y, según manifestaciones de funcionarios adscritos al servicio, se ha apreciado que el principal problema es la falta de un sistema de cita previa que evite la duplicación de citas en diferentes registros del territorio, que provoca que no comparezcan un alto porcentaje de los citados, por haber tramitado ya su expediente en otro registro civil, limitando gravemente la capacidad de trabajo del Registro Civil de Barcelona.

En consecuencia, 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 establezca un sistema de cita previa que evite la duplicación de citas en diferentes registros, dando lugar a incomparecencias que distorsionen la eficacia en la gestión de los recursos limitados de que se dispone en el Registro Civil de Barcelona».

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

Recomendación 73/2012, de 3 de julio, formulada a la Dirección General de la Policía del Ministerio del Interior, sobre el cumplimiento del marco regulador de la provisión de puestos mediante concurso general de méritos en la Dirección General de la Policía (11024552). Aceptada.

Agradecemos su informe (s/ref. registro de salida...), en relación con la queja planteada por don (...), en representación de la Confederación Española de Policía, respecto a la omisión, en las convocatorias de los concursos generales de méritos, de los parámetros que deben contemplarse en la provisión de puestos de trabajo mediante concurso general de méritos.

Analizado detenidamente su contenido, estimamos necesario realizar unas consideraciones al respecto.

En primer lugar, cabe recordar que el marco normativo que rige la provisión de puestos de trabajo en la Dirección General de la Policía se basa en el artículo 6 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que establece que los poderes públicos promoverán las condiciones más favorables para una adecuada promoción profesional, social y humana de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, de acuerdo con los principios de objetividad, igualdad de oportunidades, mérito y capacidad.

La norma de directa e inmediata aplicación del citado mandato es el 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, en su artículo 2, apartado 1, señala: «Los procedimientos para la provisión de los puestos de trabajo, a desempeñar por funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, se regirán por la convocatoria respectiva, que se ajustará en todo caso a lo dispuesto en este reglamento, en la relación de puestos de trabajo, y en las demás disposiciones que resulten aplicables. Las convocatorias expresarán el procedimiento de provisión, denominación, nivel, complemento específico, sede de los puestos, escala y categoría a que correspondan, el baremo y puntuación mínima exigida, en su caso, y los requisitos para el desempeño de cada uno de ellos».

A este respecto, y en relación con los concursos generales de méritos, la norma reglamentaria obliga en el apartado 1 del artículo 3 a que la Dirección General de la Policía convoque los concursos generales de méritos conforme a lo previsto en el catálogo de puestos de trabajo del Cuerpo Nacional de Policía.

De lo anterior se desprende que el contenido del artículo 2.1, párrafo segundo, del mencionado cuerpo legal, es un requisito obligatorio y común a las convocatorias para la provisión de puestos de trabajo, cualquiera que sea su procedimiento, ya sea concurso general de méritos, concurso específico o libre designación.

Sin embargo, en el informe remitido por ese centro directivo se afirma que en las convocatorias de los concursos generales de méritos, actualmente se ofertan vacantes genéricas de las plantillas sin reflejar la denominación del puesto, el nivel de complemento de destino y el complemento específico que tiene asignado, es decir, se convocan destinos o plantillas, no puestos de trabajo, señalando que el origen de este modo de proceder se debe a la circunstancia de que, en los catálogos de puestos de trabajo anteriores a 2002, los puestos de concurso general de méritos tenían la misma denominación, nivel y complemento específico para

cada una de las categorías del Cuerpo Nacional de Policía, siendo indiferente publicar esos datos dado que no variaban de unos puestos a otros, y que es a partir del catálogo de 2002 y, principalmente, con el catálogo de 2008, actualmente en vigor, cuando se catalogaron puestos de concurso general de méritos para la misma categoría, con denominación propia y complemento específico distinto.

Del argumento esgrimido se desprende que esa Administración reconoce que actualmente las convocatorias de los concursos generales de méritos no cumplen los requisitos normativos exigidos para la provisión de puestos y, por tanto, no se respeta el mandato contenido en el artículo 2.1 de la norma que constituye el límite infranqueable en el ejercicio por esa Administración de sus competencias de autoorganización en la gestión de personal.

En este sentido, la Administración goza en materia organizativa de un amplio poder discrecional que le permite configurar las unidades y servicios de que está dotada y, en especial, los puestos de trabajo sobre los que se organiza, todo ello dirigido al cumplimiento del interés público (art. 103.1 de la Constitución española), pero el margen de apreciación de la Administración en el ejercicio de la potestad organizatoria no es plenamente libre y debe someterse a ciertos límites, como el cumplimiento del interés general, manifestado en el principio de eficacia y eficiencia administrativa, o los derechos de los funcionarios públicos.

Así, como ha señalado el Tribunal Supremo en Sentencia de 28 de mayo de 1980, «la potestad de la Administración no es omnímoda, sino que está condicionada en todo caso por la norma general imperativa del cumplimiento de sus fines, al servicio del bien común y del respeto al ordenamiento jurídico, ya que nunca es permitido, y menos en el terreno del Derecho, confundir la discrecionalidad con lo arbitrario y, para ello, esta jurisdicción, al enjuiciar actos dictados en ejercicio de la facultad administrativa calificada de discrecionalidad, no debe detenerse en la periferia de dichos actos, entendiendo por tal, las cuestiones relativas a la competencia y procedimiento, sino que, como se dijo por esta sala en la Sentencia de 28 de mayo de 1979, hay que adentrarse en la entraña de dichos actos, «penetrando en la forma de ejercitarse la discrecionalidad, a través del control de los hechos sobre los que se mueve», así como también «sobre su uso proporcionado y racional».

Por otra parte, en relación con las posibles consecuencias que este modo de actuar pueda producir en los funcionarios policiales participantes en los concursos generales de méritos, ese centro directivo afirma que no tiene un efecto negativo, pues la asignación final de las vacantes se realiza en función de la puntuación obtenida por el adjudicatario, de manera que cuando se procede a la adjudicación final del puesto, primero se asigna el de mayor complemento al que tiene mayor puntuación y así sucesivamente hasta la adjudicación de todos ellos.

Sin embargo, esta Institución no comparte estas conclusiones pues, a juicio del Defensor del Pueblo, en los funcionarios participantes en un concurso general de méritos no prima sólo el componente retributivo para la elección de un puesto concreto, sino que pueden primar otros intereses de carácter personal o privado, por lo que, al convocar plantillas y no puestos del catálogo concretos, se está impidiendo a los funcionarios el libre ejercicio del derecho a solicitar cuantos puestos de trabajo se convoquen en el concurso general donde muestren interés de participar, como establece el artículo 18 del citado Real Decreto 997/1989, debiendo resaltarse, a pesar de su evidencia, que no todos los puestos son iguales aunque vayan a

ser cubiertos por una determinada categoría de funcionarios, pues éstos no van a desempeñar ni siquiera las mismas funciones dado que hay distintas divisiones, unidades y brigadas todas con funciones y competencias específicas y cada una de ellas sede de unos determinados puestos de trabajo.

En este orden de cosas, el no poder elegir el puesto concreto del catálogo puede también ocasionar una pérdida de baremo a los funcionarios policiales al ocupar, de forma ajena a su voluntad, un determinado puesto que otorga un baremo inferior a otros, de acuerdo con las premisas de la Orden del Ministerio del Interior de 5 de octubre de 1989, por la que se establece el baremo de méritos para la provisión de puestos de trabajo por el procedimiento del concurso general de méritos en el Cuerpo Nacional de Policía, perjuicio que se evidenciaría en los posteriores procedimientos de provisión en los que tuviesen intención de participar.

Por último, el informe concluye que la herramienta informática de la que se dispone para gestionar la resolución de estos procedimientos de provisión no está diseñada técnicamente para la elección personal del puesto de trabajo, señalando que las escasas diferencias retributivas y de funciones que pudieran darse entre los puestos no justifican las especiales dificultades técnicas y de gestión que conllevaría la posibilidad de elección de puesto de trabajo en los concursos generales de méritos.

Sin embargo, y tal como se ha plasmado a lo largo de este escrito, el modo de proceder actual no respeta el marco legal regulador de la provisión de puestos mediante concurso general de méritos, por lo que esta Institución considera que esa Dirección General ha de reparar en los perjuicios que en la práctica se están ocasionando a los funcionarios policiales y, por otra parte, en que los mecanismos informáticos han de estar al servicio de la Administración y no viceversa.

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 se dicten las instrucciones oportunas y se habiliten los medios necesarios para que en todas las convocatorias de provisión de puestos de trabajo por concurso general de méritos se cumplan las previsiones establecidas en el Real Decreto 997/1989, de 28 de julio, señalando de manera precisa y clara los puestos de catálogo que se convocan conforme se definen en el catálogo de puestos de trabajo del Cuerpo Nacional de Policía, indicándose la denominación, nivel, complemento específico, sede de los puestos, escala y categoría a que correspondan, el baremo y puntuación mínima exigida, en su caso, y los requisitos para el desempeño de cada uno de ellos, a efectos de garantizar la objetividad e imparcialidad en el procedimiento de provisión de puestos de trabajo por concurso general».

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.

Recomendación 74/2012, de 3 de julio, formulada al Ayuntamiento de Barcelona, sobre las indicaciones bilingües escritas en los paneles de señalización de vías urbanas (11006565). Pendiente.

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

En dicho escrito se señala que el artículo 3 de la Constitución española establece en su apartado segundo que también son oficiales en las respectivas comunidades autónomas las demás lenguas española, de acuerdo con lo dispuesto en sus Estatutos y que el artículo 6.2 del Estatuto de Cataluña determina que el catalán es la lengua oficial de Cataluña, por lo que siendo constitucionalmente el catalán un idioma español, que además, es oficial a nivel del Estado en Cataluña, es obvio que se da con ello cumplimiento a lo citado en el artículo 56 de la Ley sobre Tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial.

En relación con el contenido de dicho informe, conviene recordar que el artículo 56 de la Ley sobre Tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial dispone que las indicaciones escritas de las señales se expresarán al menos en el idioma español oficial del Estado y que, según lo dispuesto en el artículo 3 de la Constitución española, el castellano es la lengua española oficial del Estado.

Como se señala acertadamente en el informe que nos ha remitido, el artículo 6.2 del Estatuto de Cataluña dispone que el catalán es la lengua oficial de Cataluña. La misma norma dispone, a continuación, que también lo es el castellano, que es la lengua oficial del Estado español.

En el mismo sentido se pronuncia la Constitución cuando en su artículo 3, después de establecer que el castellano es la lengua española oficial del Estado, señala que las demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas comunidades autónomas de acuerdo con sus Estatutos.

Por tanto, el castellano es la lengua oficial del Estado y el catalán, junto con el castellano, es la lengua oficial de Cataluña, y en consecuencia, aun siendo las dos lenguas, el castellano y el catalán, lenguas españolas, sólo el castellano es la lengua oficial del Estado, como se indica de forma expresa tanto en la Constitución como en el Estatuto de Cataluña.

Cuando el artículo 56 de la Ley sobre Tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial dispone que las indicaciones escritas de las señales se expresarán al menos en el idioma español oficial del Estado se está refiriendo a la lengua castellana, sin perjuicio de que también se expresen en catalán, que si bien es una lengua española no es la lengua oficial del Estado, sino la lengua oficial, junto con el castellano, de Cataluña.

Abundando en el mismo criterio, el artículo 138 del Reglamento general de circulación dispone que las indicaciones escritas que se incluyan o acompañen a los paneles de señalización de las vías públicas, e inscripciones, figurarán en idioma castellano y, además, en la lengua oficial de la comunidad autónoma reconocida en el respectivo estatuto de autonomía, cuando la señal esté ubicada en el ámbito territorial de dicha comunidad.

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. E. la siguiente recomendación:

> «Que proceda a adoptar las medidas oportunas para que las indicaciones escritas que se incluyan o acompañen a los paneles de señalización de las vías urbanas de su titularidad figuren no sólo en lengua catalana sino también en idioma castellano».

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

Recomendación 75/2012, de 3 de julio, formulada a la Universidad Complutense de Madrid, sobre el establecimiento de criterios para las adaptaciones curriculares a favor de alumnos de dicha universidad afectados de discapacidad (11017881). Aceptada.

Se agradece el informe remitido por la vicerrectora de Atención a la Comunidad Universitaria en el expediente arriba referenciado, y relativo a la conveniencia de regular adecuadamente determinados aspectos de la atención a alumnos con cualquier tipo de discapacidad que cursen estudios en esa universidad.

Este expediente se inició de oficio al tener conocimiento esta Institución de un acuerdo del Consejo del Departamento de Didáctica de la Lengua y la Literatura de la Facultad de Educación, en el que se expresaba la preocupación de dicho departamento por la ausencia de criterios específicos para la atención de alumnos que aleguen cualquier tipo de discapacidad, así como para su evaluación, y para la toma en consideración de las acreditaciones presentadas, de los plazos en que tales alegaciones deben presentarse y los efectos que las mismas deban tener sobre la docencia y la evaluación.

En su informe la vicerrectora mencionada afirma compartir la preocupación expresada por el también mencionado departamento, si bien precisa que tal preocupación no se extiende a los requisitos de las acreditaciones y certificaciones de discapacidad, que están perfectamente regulados en la legislación general, y que la garantía de igualdad de oportunidades para los alumnos en esta situación no cabe extenderla a la realización en su favor de adaptaciones curriculares significativas, ya que los contenidos académicos superiores que facultan para el ejercicio profesional no pueden ser rebajados, sino únicamente a las adaptaciones curriculares no significativas, esto es, las que no afectan a los contenidos académicos recogidos en la programación docente y en el plan de estudio correspondiente.

En este sentido, se menciona que los criterios que se siguen en esa Universidad se fundamentan en lo previsto en la Resolución de 10 de marzo de 2010, de la Dirección General de Educación Secundaria y Enseñanzas Profesionales, por la que se establece el modelo y procedimiento para la elaboración del informe propuesta de adaptación de la prueba de acceso a las enseñanzas universitarias de los estudiantes que presentan discapacidad (BOCM de 12 de abril de 2010) y en cuanto a las adaptaciones de tiempos en lo dispuesto en la Orden PRE/1822/2006, de 9 de junio, por la que se establecen criterios generales para la adaptación de tiempos adicionales en los procesos selectivos para el acceso al empleo público de personas con discapacidad (*BOE* de 13 de junio de 2006).

Sin embargo, cabe apreciar que el acuerdo del Consejo de Departamento, al que antes se ha hecho referencia, tiene su origen en los supuestos concretos de alumnos que, disconformes con la calificación obtenida en determinada materia impugnaron la misma y, tras ser atendidas sus reclamaciones, de acuerdo con lo previsto al efecto en el Estatuto del Estudiante, sin obtener el resultado por ellos esperado, sólo entonces trasladaron sus reclamaciones a la Oficina de Integración de Personas con Discapacidad de esa Universidad, la cual resolvió entonces que debían producirse en favor de estos alumnos determinadas adaptaciones curriculares y la ampliación en 30 minutos del período otorgado para la realización de sus exámenes y pruebas finales.

Esta Institución ignora si la situación descrita se ha producido exclusivamente en este caso o acontece con cierta frecuencia. Pero con independencia de ello, parece poco razonable que las adaptaciones curriculares, aun siendo no significativas, y las adaptaciones de tiempos y medios se determinen cuando los alumnos han cursado las correspondientes materias y se han presentado a las evaluaciones, exámenes o pruebas correspondientes. Por otra parte, la existencia de situaciones de este tipo no se compadece con las normas ya citadas que según el informe recibido inspiran los criterios aplicados por esa Universidad, ya que, a tenor de dichas normas, tanto la acreditación de la minusvalía o discapacidad como el informe sobre las adaptaciones curriculares y de tiempos y medios que procedan han de realizarse en plazos predeterminados y en todo caso anteriores a la evaluación o examen.

Entiende en definitiva esta Institución que la preocupación del departamento que dio origen al inicio de este expediente trae causa de la inexistencia de criterios específicos, con determinación de la documentación acreditativa exigible y previsión de los plazos en que las actuaciones deben llevarse a cabo, para que los alumnos afectados por cualquier tipo de discapacidad planteen su situación al órgano competente, que en el caso de esa universidad sería la Oficina de Integración de las Personas con Discapacidad, y este resuelva lo que estime pertinente trasladando su propuesta al personal docente responsable de los alumnos que en cada caso se trate. Sería deseable, por tanto, que mediante las correspondientes instrucciones, o a través del medio que ese Rectorado juzgue conveniente, se aclarasen estos extremos fijándose y haciendo público el procedimiento, los requisitos y los plazos mediante los cuales los alumnos afectados por minusvalía o discapacidad puedan alegar tal condición y ser beneficiarios de las adaptaciones que en cada caso procedan.

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 se aprueben y hagan públicos los criterios y el procedimiento a seguir, así como los trámites y plazos, para las adaptaciones curriculares y de tiempos y medios que puedan adoptarse en favor de los alumnos de esa universidad que padezcan cualquier tipo de discapacidad o minusvalía».

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.

Recomendación 76/2012, de 12 de julio, formulada a la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio del Interior, sobre los derechos de los internos en centros penitenciarios (11016686). Pendiente.

Se ha recibido su último informe relativo al expediente registrado con el número de referencia arriba indicado.

Del mismo se desprende que no es práctica habitual de esa Administración notificar las autorizaciones concedidas para que los internos disfruten de salidas de carácter extraordinario en régimen de autogobierno.

De esta práctica se deriva que, en casos como el que ejemplifica el presente expediente, los internos que han de acudir a consulta médica no puedan planificar adecuadamente su traslado del centro penitenciario al centro sanitario de destino y, en el peor de los casos, que la salida autorizada no pueda realizarse en tal régimen de autogobierno.

El sistema de gestión de solicitudes de salida extraordinaria en régimen de autogobierno que la legislación penitenciaria contempla y que actualmente es el habitual en los centros penitenciarios, según confirma esa Administración, no contempla que los internos reciban la oportuna indicación de la resolución que necesariamente se ha de unir a aquellas peticiones formuladas al amparo del artículo 50 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 53.3 del vigente Reglamento penitenciario.

Estimamos que tal situación ha de ser corregida con carácter general, pues además de resultar potencialmente inadecuada para la correcta programación por parte del interno de sus salidas del centro, la práctica de la que informó esa Administración y que considera como normal, a criterio de esta Institución, no se acomoda a lo previsto en las normas referidas en materia de notificación de las resoluciones, pues no puede estimarse que la notificación verbal hecha el día anterior por el funcionario del módulo, goce de la eficacia y garantía que han de poseer estos actos de naturaleza administrativa indudable.

Efectivamente, el artículo 53 del Reglamento penitenciario establece en su apartado tercero: «Las peticiones y quejas que formulen los internos quedarán registradas y las resoluciones que se adopten al respecto se notificarán por escrito a los interesados con expresión de los recursos que procedan, plazos para interponerlos y órganos ante los que se han de presentar».

En consecuencia, no puede estimarse que el empleo de la denominada «orden de salida», sea el medio ni el documento idóneo para que el interno solicitante reciba la resolución a su solicitud de salida extraordinaria en régimen de autogobierno. Tal documento puede poseer el carácter acreditativo de autorización de la salida, pero exclusivamente a efectos internos de la propia Administración cuya finalidad es controlar las salidas que se producen de un concreto establecimiento penitenciario, pero pretender que con él se dé cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 50 de la LOGP y artículo 53.3 del Reglamento penitenciario, no resulta posible. A criterio de esta Institución constituye una interpretación forzada por parte de esa Administración que no puede ser compartida.

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. I. de la siguiente recomendación:

> «Que se modifique la práctica administrativa actual vigente en materia de tramitación, resolución y notificación de las solicitudes de salidas extraordinarias formuladas por los internos de centros penitenciarios para que sus beneficiarios puedan programarlas adecuadamente, al tiempo que se adapte a las previsiones contenidas en los artículos 50 de la LOGP y 53.3 del vigente Reglamento penitenciario».

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

Recomendación 77/2012, de 12 de julio, formulada a la Comisaría General de Extranjería y Fronteras del Ministerio del Interior, para evitar que se dicten resoluciones de denegación de entrada a ciudadanos extranjeros que se encuentren en el marco de aplicación del Real Decreto 240/2007, por el único motivo de que les conste prohibición de entrada (11022779). Aceptada.

Se ha recibido en esta Institución escrito de V. I. (s/ref.: Secretaría General, Servicio de Recursos e Informes, registro de salida...), con relación a la queja formulada por doña (...), en representación de don (...), de nacionalidad dominicana.

En el mismo se comunica, en síntesis, que al interesado se le denegó la entrada a territorio nacional debido a que pretendió tal acceso, pese a conocer que constaba en su contra una prohibición de entrada y a que la solicitud de revocación presentada ante el órgano competente aún no había sido resuelta. Se indica textualmente en el escrito remitido por V. I.: «Por tanto, las especiales circunstancias del caso determinaron la adopción de una resolución que de haber concurrido otras circunstancias (tales como la presentación en puesto fronterizo una vez dictada resolución de revocación de la prohibición de entrada) habrían supuesto el acceso a España sin más trámites».

Es preciso señalar, en primer lugar, que la denegación de entrada a familiares de ciudadanos españoles ha motivado la intervención de esta Institución en distintas ocasiones. Tal y como se indicaba en nuestro escrito anterior, una de estas intervenciones fundamentó la recomendación formulada en fecha 20 de abril de 2006, a fin de que se impartieran las instrucciones necesarias para que se permitiera la entrada a los familiares de ciudadanos de la Unión Europea a los que les resultara de aplicación la normativa comunitaria, a menos que existieran razones fundadas para considerar que la documentación que aporta el viajero es falsa o, en su caso, el comportamiento personal del individuo constituya una amenaza real, actual y grave para la sociedad.

En respuesta a dicha recomendación, esa Comisaría General mediante escrito de 11 de mayo de 2006, con entrada en esta Institución el 17 del mismo mes y año, comunicaba:

> «Esta Comisaría General informa que, con anterioridad a su escrito, recibido el pasado día 3 de mayo, se había elaborado por parte de este centro, la Circular n.º 6/06, de 20 de abril, remitida a las diferentes Jefaturas Superiores de Policía para su traslado a las unidades policiales de extranjería dependientes de las mismas, en particular a los puestos fronterizos, por la que se imparten instrucciones a seguir por los puestos fronterizos sobre entrada en territorio nacional de familiares de ciudadanos comunitarios, nacionales de terceros Estados, beneficiarios del régimen comunitario, entre los que se hallan los cónyuges.
>
> En dicha circular las normas de actuación impartidas se extendían, además, a los supuestos en los que exista, respecto de estos familiares, una prohibición de entrada grabada en el Sistema de Información Schengen (SIS), en los que, partiendo del criterio de facilitar la entrada, solamente se les podría impedir el acceso a territorio español, cuando el motivo de esa prohibición de entrada estuviese fundamentada por razones de salud pública u orden público o seguridad pública y que, para estos

dos supuestos, represente una amenaza real y grave para el interés fundamental de la sociedad.

De este modo se entiende que con dicha circular ya se había dado cumplimiento, prematuramente a la recomendación propuesta, clarificándose la aplicación de la normativa de la Unión Europea que regula la libre circulación de personas, así como las disposiciones del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, relativas a la entrada en el territorio de los Estados miembros de los nacionales de terceros países que son beneficiarios del derecho comunitario».

La Circular n.º 6/06 de esa Comisaría General aclaraba que las instrucciones que contenía se dictaban con el fin de dar cumplimiento a la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto C-503/03. Dicha Sentencia de 31 de enero de 2006 declaró que el Reino de España había incumplido las obligaciones que le incumben, ya que las autoridades españolas no tenían justificación alguna para denegar la entrada a territorio nacional a un cónyuge de nacional de un Estado miembro, por la sola razón de estar incluido en la lista de no admisibles del Sistema de Información de Schengen (SIS), sin haber comprobado previamente si su presencia constituía una amenaza real, actual y suficientemente grave que afectase a un interés fundamental de la sociedad.

El apartado 2º de dichas instrucciones dispone expresamente que cuando un familiar (al que le resulte aplicable el Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, actual 240/2007) se presente en un puesto fronterizo y su inscripción en el SIS la haya realizado España, se realizará la correspondiente comprobación en el Registro Central de Extranjeros (Adextra) o, en su defecto, contactando con la dependencia policial que instruyó el expediente, y sólo se le podrá denegar la entrada si la inscripción se realizó por motivos de orden público, seguridad pública o salud pública, por suponer una amenaza real y suficientemente grave que afecta al interés fundamental de la sociedad.

Continúa dicho apartado señalando: «Si la inscripción en el SIS y la prohibición de entrada es por causa distinta de las indicadas en el párrafo anterior (por ejemplo, estancia irregular), además de permitirle la entrada, se deberá instar de oficio, a través de la citada dependencia policial instructora, la revocación de la medida a la autoridad que la decretó».

Con ocasión de otra intervención de esta Institución, esa Comisaría General, mediante escrito de fecha 9 de enero de 2009, comunicó que se había procedido a la difusión de la Circular n.º 11/08, mediante la cual se reiteraba el cumplimiento de la Circular n.º 6/06, respecto a las actuaciones en puestos fronterizos sobre nacionales de terceros países beneficiarios del derecho comunitario.

En el presente caso, la inscripción en el SIS se produjo como consecuencia de la sanción de prohibición de entrada aparejada a la expulsión dictada por la Subdelegación del Gobierno en León, siendo la causa de ambas sanciones la estancia irregular del interesado. Es decir, nos hallamos precisamente en el supuesto al que se refiere la Circular n.º 6/06, en su apartado 2º, segundo párrafo.

En consecuencia, a juicio de esta Institución las circunstancias mencionadas en su escrito, referidas exclusivamente a que al interesado le constaba una prohibición de entrada que no había sido revocada, no justificaban la denegación de entrada y tales motivos son, además,

claramente contrarios a las instrucciones impartidas por esa Comisaría mediante las circulares antes mencionadas.

En consonancia con lo expuesto, y de conformidad con lo establecido en el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora de esta Institución, hemos estimado procedente formular a V. I. la siguiente recomendación:

> «Que se recuerde a los funcionarios de los controles de fronteras el contenido de la Circular n.º 6/06, de esa Comisaría General, reiterada con posterioridad por la Circular n.º 11/08, con el fin de evitar que se dicten resoluciones de denegación de entrada a ciudadanos extranjeros que se encuentran en el marco de aplicación del Real Decreto 240/2007, por el único motivo de que conste en su contra una prohibición de entrada, a menos que concurran razones de orden público, seguridad pública o salud pública y su entrada suponga una amenaza real y suficientemente grave que afecte al interés fundamental de la sociedad».

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

Recomendación 78/2012, de 12 de julio, formulada a la Consejería de Presidencia y Justicia de la Comunidad de Madrid, para que se establezca por el Registro Civil de Torrejón de Ardoz (Madrid) un sistema de cita previa telefónica y telemática que permita atender las solicitudes que se le dirijan (11020390). Pendiente.

Se acusa recibo a su atento escrito (s/ref. [...]), en el que se da respuesta a la queja planteada por doña (...) y registrada con el número arriba indicado.

En dicho informe se comunica que en lo referente a los medios personales, se ha creado una plaza del Cuerpo de Tramitación Procesal y Administrativa, y, además, se cuenta con un funcionario del Servicio de Apoyo del Tribunal Superior de Justicia, perteneciente también al Cuerpo de Tramitación Procesal y Administrativa.

Por otra parte, se comunica que la implantación del sistema de números de atención diaria y la limitación del horario de atención al público resultan imprescindibles para el buen funcionamiento del Registro Civil, como ocurre en otros órganos judiciales. Esto hace que los ciudadanos formen turno de espera antes de la apertura de la oficina con el fin de asegurarse de obtener uno de los números que se dispensan diariamente para ser atendidos. Habitualmente pueden ser 5 o 6 personas las que esperan minutos antes de las 9 horas, en que abre sus puertas el Registro Civil. Asimismo señala que, por otra parte, el elevado número de ciudadanos que acuden al Registro Civil motiva que la atención presencial tenga carácter preferente, si bien se procura atender todas las llamadas telefónicas.

Con independencia de lo anterior, a juicio de esta Institución, la atención exclusivamente presencial, limitada al reducido número que se reparten cada mañana, no permite evaluar de manera suficiente las necesidades y demandas reales del servicio, motivando las numerosas quejas que ese y otros registros de la Comunidad de Madrid han suscitado.

Tras un análisis de los datos estadísticos se puede concluir que los incrementos de medios materiales y personales en esos registros no ha guardado proporción con los incrementos de las necesidades, motivados no solo por el incremento de población, sino también por la mayor demanda de actuaciones que genera la población inmigrante desde el exterior, cuando inician expedientes de solicitud de nacionalización. La falta de adecuación entre medios y necesidades se arrastra desde las dos últimas décadas, aunque es en los últimos años cuando esa desproporción se pone de manifiesto con la mayor claridad.

La implantación de un sistema efectivo de cita previa telefónica y telemática permite conocer cuáles son las demandas reales de atención, y supone, además, un considerable ahorro de tiempo para los ciudadanos.

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 establezca un sistema de cita previa telefónica y telemática que permita atender las solicitudes que se dirigen al Registro Civil de Torrejón de Ardoz».

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

Recomendación 79/2012, de 12 de julio, formulada a la Consejería de Presidencia y Justicia de la Comunidad de Madrid, para que se establezca un sistema de cita previa telefónica y telemática que no demore la misma más de dos meses en el Registro Civil de Getafe (11024507). Pendiente.

Se acusa recibo a su atento escrito (s/ref.:[...]), en el que se da respuesta a la queja planteada por don (...) y registrada con el número arriba indicado.

En dicho informe se comunica entre otros datos: «En el caso de los trámites para el inicio de expedientes registrales, no existe un servicio de cita previa por vía telemática o telefónica, aunque sí sería deseable su implantación al igual que ocurre en otros registros civiles. En cuanto a la implantación de un servicio de cita previa por internet, también permitiría que el servicio se prestara de manera más eficaz y rápida, lo cual redundaría en beneficio de los ciudadanos y del servicio prestado».

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 establezca un sistema de cita previa telefónica y telemática que no demore la misma más de dos meses en el Registro Civil de Getafe (Madrid)».

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

Recomendación 80/2012, de 12 de julio, formulada al Ayuntamiento de San Fernando de Henares (Madrid), sobre el derecho de acceso a los expedientes (11017974). Aceptada.

Esta Institución agradece su informe (s/ref...), en relación con la queja formulada por doña (...), registrada con el número arriba indicado.

Analizado su contenido, no queda totalmente clara la razón por la cual no se considera posible el acceso al expediente de selección y, concretamente, al examen, conforme a la solicitud formulada por la interesada, que también solicitó el acceso a la plantilla correctora, así como una copia de esos documentos.

Según parece desprenderse del informe remitido, tras recordar que la plaza convocada quedó desierta al no alcanzar ningún aspirante la nota mínima requerida, la causa de aquella negativa no responde a ningún interés en ocultar información, sino a un problema de gestión; bien debido a la composición del tribunal de selección con personal externo a la entidad local, bien por razones de confidencialidad y gestión de un número presumiblemente elevado de solicitudes de acceso al examen entre un importante colectivo de aspirantes a diferentes plazas del ayuntamiento, lo que haría inviable el ejercicio de esa facultad. Se alude también a la ausencia de previsión de la entrega de la plantilla correctora tanto en las bases generales como en las específicas de la convocatoria, sin que existan precedentes de ese modo de actuación en esa corporación municipal.

El estudio de las razones alegadas para fundamentar la negativa de acceso al examen de la promotora de la queja no permite que pueda compartirse esa argumentación.

Debemos comenzar adelantando que, como consecuencia de otras quejas que reflejan una identidad sustancial, esta Institución ya recibió del entonces Ministerio de Administraciones Públicas un informe favorable respecto a que los tribunales de oposiciones alcancen un nivel de transparencia adecuado, respetando el derecho de audiencia y el de obtención de las copias de los documentos contenidos en los procedimientos, en el contexto en que deben interpretarse los artículos 105 de la Constitución y 3.5 y 35.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Por lo que respecta a la posibilidad de que los opositores puedan acceder a ver el examen, la citada Administración expresó que debe diferenciarse en función del tipo de pruebas que deban realizarse. Así, por ejemplo, el acceso al examen en un proceso masivo realizado a través de preguntas con respuestas alternativas tipo test será más fácil de gestionar si se proporciona papel autocopiativo al interesado en el momento de celebración de los ejercicios.

Esta Institución ya ha tenido ocasión de apreciar que, en procesos selectivos convocados por otras administraciones públicas, los correspondientes tribunales seleccionadores han aceptado dicha solicitud de acceso a los exámenes, lo que se considera que debería convertirse en una práctica generalizada, toda vez que resulta beneficioso para los aspirantes, que así controlarían mejor cómo han hecho el examen, además de servir para aumentar su formación para futuras pruebas. Igualmente sería beneficiosa esa práctica para la Administración, ya que evitaría posibles reclamaciones y peticiones de información, a la vez que serviría para que la selección de los mejores candidatos se haga en un proceso más transparente.

En este sentido, profundizando en el asunto objeto de la queja, debe traerse a colación la posibilidad real y efectiva del aspirante de ejercitar el derecho contenido en el artículo 37.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por el cual se establece el acceso a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen, o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud.

En efecto, no se condiciona el derecho al acceso enunciado en este precepto, salvo en los supuestos excepcionales a que hace mención el apartado n.º 5 del mismo artículo, donde no puede ejercerse el derecho de acceso, entre los cuales no cabe encuadrar este caso.

Sin perjuicio de lo anterior, ha de recordarse, no obstante, que este derecho de acceso será ejercido por los particulares de forma que no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos, para lo cual la ley regula la forma de acceso al tener que formular, a tal fin, petición individualizada de los documentos que se pretendan consultar y que, evidentemente, en este caso, no supone entrar a revisar nuevamente el examen y su valoración, sino tener a la vista el expediente, interesándose por la obtención de las copias del documento concreto que se crea oportuno, como consta en la solicitud interpuesta por la interesada.

En consecuencia, parece posible que, una vez concluido el procedimiento, como es el caso, resulte posible solicitar el acceso al expediente personal de selección así como copia de los documentos que estime convenientes, toda vez que concurrirían entonces las condiciones establecidas en el mencionado artículo para el acceso a su expediente personal.

Como ha tenido ocasión de declarar la jurisprudencia del Tribunal Supremo siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional (así, STS de 14 de noviembre de 2000, fundamento de derecho 5º), el derecho de acceso a los registros y documentos administrativos constituye un derecho de los ciudadanos enraizado en el principio de transparencia administrativa, el cual responde a una nueva configuración de las relaciones entre la Administración y los ciudadanos.

Este derecho está reconocido en la Constitución en su artículo 105, desarrollado básicamente en el artículo 37 de la Ley 30/1992 y exige, con el fin de salvaguardar su núcleo esencial integrado por un conjunto de facultades, que se lleve a efecto de un modo razonable asequible a los particulares, superando las limitaciones derivadas de su posición de inferioridad material frente a los poderes públicos, adquiriendo los datos y documentos que puedan legítimamente interesarles sin otras limitaciones que las establecidas en el precepto constitucional y el artículo mencionados, conforme a los principios de proporcionalidad, racionalidad y buena fe a los que está sujeto el ejercicio de todo derecho.

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, se valore la oportunidad de acomodar las pruebas selectivas de modo que se facilite el acceso al ejercicio y a la plantilla correctora, de acuerdo con los criterios de transparencia y acceso a los registros y documentos administrativos,

contenidos en los artículos 3.5, 35.a y 37.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común».

Y la siguiente sugerencia:

«Para que, conforme al derecho de acceso a los documentos administrativos comprendido en los preceptos indicados, ese ayuntamiento proceda a revocar, conforme al artículo 105.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, la resolución por la que se desestimó la solicitud de acceso al examen y a la plantilla correctora, y resuelva nuevamente y de forma favorable su concesión, estableciendo la forma en que deba producirse el acceso a esa documentación por la interesada».

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.

Recomendación 81/2012, de 17 de julio, formulada al Ayuntamiento de Córdoba, sobre el horario establecido por las entidades bancarias para el pago de los recibos del agua (11024599). Aceptada.

Se ha recibido informe elaborado por la Empresa Municipal de Aguas de Córdoba (EMACSA) en el que nos contesta a la queja planteada por don (...) y registrada con el número arriba indicado, en el que informa respecto a las restricciones del horario de pago de los recibos de agua de Cajasur, indicando que dicha cuestión excede de las actuales competencias de esa entidad municipal, pues obedece a criterios organizativos de la propia entidad crediticia. Asimismo, señala que actualmente se están llevando a cabo negociaciones con otras entidades financieras, con el objetivo de facilitar el pago en efectivo de los recibos de agua de EMACSA sin restricciones horarias en sus oficinas.

A este respecto, parece conveniente recordar que, de acuerdo a la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, y al Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento general de recaudación, las entidades financieras que colaboran con las administraciones públicas o que ofrecen servicio de caja por parte de organismos públicos, lo hacen mediante autorización de las distintas administraciones públicas. Ello supone que dichas entidades se someten a un régimen disciplinario en caso de mal funcionamiento o incumplimiento de sus obligaciones como entidad colaboradora.

Entre las obligaciones que se recogen en el artículo 19 del Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento general de recaudación, figura la del párrafo 3, que establece la obligación de admitir los ingresos todos los días laborables durante las horas de caja. El incumplimiento de esta obligación supone la vulneración del reglamento y, por tanto, debe suponer también la apertura del correspondiente procedimiento disciplinario.

Por su parte el artículo 17.6 del Reglamento general de recaudación establece que si dichas entidades incumplen las obligaciones establecidas en este reglamento y demás normas aplicables, las obligaciones de colaboración con la Hacienda pública o las normas tributarias en general, se podrá suspender temporalmente o revocar definitivamente la autorización otorgada a las entidades de crédito para actuar como colaboradoras en la recaudación, restringir temporal o definitivamente el ámbito territorial de su actuación o excluir de la prestación del servicio de colaboración a alguna de sus oficinas, sin perjuicio de la responsabilidad que en cada caso proceda.

En consecuencia, Cajasur como entidad colaboradora no puede llevar a cabo la decisión de restringir el horario de pago en detrimento de los ciudadanos.

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 tomen las medidas oportunas para que la entidad Cajasur, en cumplimiento del convenio de colaboración en el marco de las previsiones del artículo 19.3 Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento general de recaudación, admita los ingresos en efectivo de los ciudadanos para pagar los recibos de agua, todos los días que sean laborables durante las horas de caja, evitán-

dose de este modo la eventual adopción de las medidas restrictivas de la condición de colaboradoras que recoge el artículo 17.6 del Reglamento general de recaudación respecto de aquellas entidades o sucursales que puedan incurrir en este tipo de conductas».

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.

Recomendación 82/2012, de 20 de julio, formulada al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, tras el examen sobre la constitucionalidad del Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones (12011311). Pendiente.

Desde la perspectiva de la actuación de los poderes públicos en materia de salud y, más en concreto, de los servicios sanitarios, es evidente que, en estos momentos, nos hallamos inmersos en un período de profundos cambios. Y no sólo en lo que afecta al sistema asistencial considerado en sí mismo, sino también en el de los valores sociales y en el de las expectativas que los ciudadanos y la sociedad demandan, valores y expectativas que giran en torno a la mejor atención posible dentro de unos criterios de incremento de la calidad como manifestación del perfeccionamiento progresivo del derecho constitucional a la protección de la salud.

En este escenario de cambios, un representativo número de ciudadanos se han dirigido a esta Institución manifestando su inquietud en torno a las posibles limitaciones en el acceso, nivel y calidad de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud que pudieran derivarse de la aprobación del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, por lo que han solicitado la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra dicha norma, al considerar que podría vulnerar principios fundamentales recogidos en la Constitución española.

Pues bien, una vez examinadas las solicitudes de inconstitucionalidad recibidas y valoradas las alegaciones que en ellas se contienen, esta Defensora del Pueblo (e. f.), oída la Junta de Coordinación en su reunión del día 20 de julio de 2012, ha decidido no acudir al Tribunal Constitucional en demanda de recurso de inconstitucionalidad contra la referida disposición, por considerar que no se dan razones suficientes en el presente caso para adoptar dicha medida.

Sin embargo, desde la óptica de una Institución constitucional como el Defensor del Pueblo, encargada de supervisar la actividad de las distintas administraciones para garantizar que esa actividad se ajusta a los derechos fundamentales de las personas, es preciso resaltar, a modo de primera conclusión, que, a pesar de las no pocas dificultades que presentan los nuevos tiempos como consecuencia de la crisis económica actual, la protección de la salud debe constituir una prioridad en las políticas de los países avanzados, en consonancia con el hecho de que una de las cuestiones que más preocupan a los ciudadanos es el de su seguridad y protección en términos de salud.

Por ello, y no obstante la decisión de no interponer recurso de inconstitucionalidad contra el repetido Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, he estimado conveniente realizar algunas consideraciones en torno a determinados contenidos de la disposición objeto de nuestro análisis.

Como es sobradamente conocido, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha reiterado que los extranjeros gozan en nuestro país de una serie de derechos, comprendidos en el título I de la Constitución, que no pueden ser objeto de tratamiento desigual respecto de los

españoles. Son los derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y nos hemos referido a ellos como derechos inherentes a la dignidad del ser humano, como, por ejemplo, el derecho a la vida, la integridad física, la intimidad, etcétera.

Y, en otro nivel distinto, se encontrarían los derechos que corresponden a los extranjeros, que pueden ser objeto de restricciones y limitaciones conforme establece el artículo 13 de la CE, y entre esos derechos habría que citar, a los efectos que aquí interesan, el derecho a la salud. La cuestión fundamental sería entonces delimitar qué criterios deben regir a la hora de establecer las limitaciones que restringen estos últimos derechos. Es decir, partiendo de la base de que el Gobierno tiene legitimidad para fijar el contenido, límites y alcance de la asistencia sanitaria, cabe plantearse si son adecuados, en todo caso, los criterios utilizados por el legislador de urgencia para imponer a los extranjeros en situación administrativa irregular las limitaciones que recoge el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril.

A este respecto, conviene traer a colación la opinión de la Organización Mundial de la Salud (OMS) que reconoce el derecho a la salud «como un derecho humano que impone a los Estados ciertas obligaciones para darle una efectividad mínima, aunque aceptando el denominado «principio de realización progresiva», lo que supone avanzar lo más eficazmente posible, hasta el máximo de los recursos disponibles». Y concluye la OMS fijando unas obligaciones básicas que resultarían imprescindibles a la hora de hacer efectiva esta protección de la salud. Entre ellas, cabe destacar la atención primaria de salud esencial, los aspectos relacionados con la salud pública y la prevención, y el acceso a la medicación básica.

Reconocer esta atención sanitaria básica tendría consecuencias prácticas relevantes: en términos de salud pública, porque se conseguirían más garantías de protección para el resto de la sociedad en relación con enfermedades infectocontagiosas potencialmente transmisibles; en términos organizativos, porque se evitaría el colapso de los servicios de urgencia, y, por último, en términos de eficiencia económica, porque disminuiría el gasto mayor que supone derivar toda la atención sanitaria a los dispositivos urgentes, siempre más caros que la atención primaria o la prevención.

En otro orden de cosas, esta Institución viene prestando una especial atención, y así ha quedado expuesto en los informes anuales ante las Cortes Generales, al transporte sanitario en el Sistema Nacional de Salud, una de las modalidades de atención que mejor define y caracteriza a los servicios en una comunidad.

En este contexto, preocupa especialmente al Defensor del Pueblo la nueva regulación del transporte sanitario de carácter no urgente, establecida en el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, que debe ser financiado, en parte, por los propios pacientes.

La mencionada inquietud adquiere todavía una mayor dimensión en aquellos supuestos de pacientes sometidos a tratamientos periódicos y de larga duración (quimioterapia, radioterapia, diálisis y rehabilitación, entre otros), cuya materialización requiere, ineludiblemente, frecuentes desplazamientos a centros hospitalarios en transporte sanitario. La frecuencia de estos desplazamientos y el significativo coste económico del transporte sanitario pueden dar lugar a que, en ocasiones, las economías familiares no puedan asumir la financiación de dicho transporte, con el consiguiente riesgo para la salud, la vida o la integridad física de aquellos

pacientes que, por carecer de medios económicos suficientes, pueden verse obligados a renunciar al tratamiento preciso para los procesos de enfermedad que les afectan.

Por otra parte, también preocupan a esta Institución otros aspectos de índole farmacéutica, relacionados con el principio de equidad o con las garantías éticas y legales de su prescripción.

Así pues, la Defensora del Pueblo (e. f.) ha considerado la conveniencia de formular a ese Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad las siguientes recomendaciones:

1ª. «Que se adopten las medidas complementarias necesarias que aseguren la coherencia global del Sistema Nacional de Salud, de modo que se produzca el acceso efectivo a la protección de la salud para colectivos en situación vulnerable, que han quedado excluidos del concepto de asegurado o beneficiario, con objeto de garantizar el cumplimiento por parte de las administraciones de la obligación que les compete en materia de protección de la salud pública.»

2ª. «Que se dicten instrucciones acordadas en el marco del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud con el fin de habilitar la adecuada atención de aquellas personas con padecimientos graves, para evitar la posible responsabilidad de España por el incumplimiento de obligaciones internacionales, entre otras, las derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y otros instrumentos que establecen obligaciones positivas.»

3ª. «Que por ese Ministerio, en coordinación con las autoridades competentes en materia de servicios sociales, se adopten las medidas oportunas para asumir la totalidad del coste del transporte sanitario no urgente, en aquellos supuestos de pacientes sometidos a tratamientos periódicos y de larga duración, cuya efectividad exige frecuentes desplazamientos a centros hospitalarios en medios de transporte sanitario, y que acrediten insuficiencia de medios económicos.»

4ª. «Que, asimismo, se valore la necesidad de revisar el nuevo sistema de fijación de precios para medicamentos financiados, dado que la nueva regulación contenida en el citado Real Decreto-ley 16/2012, permite comercializar un medicamento a precio libre en tanto se decida el precio de financiación, lo que supone en la práctica que todos los medicamentos innovadores, así como las últimas alternativas para las enfermedades más graves, estarían a disposición solo de quienes tengan mayores recursos para pagarse íntegramente el tratamiento, lo que puede no ser conforme con el principio de equidad.»

5ª. «Que, finalmente, se valore la conveniencia de elaborar una nueva regulación en materia de prescripción de medicamentos para indicaciones diferentes a las autorizadas, habida cuenta de los peligros que encierra la posibilidad de abrir esta vía con carácter general, ya que ello supone, en la práctica, investigar con pacientes en indicaciones que no han sido suficientemente evaluadas y carecen, por tanto, de las garantías éticas y legales de los adecuados ensayos clínicos.»

En la confianza de que estas recomendaciones habrán de ser objeto de la atención y estudio que requieren, por parte de los servicios especializados de ese Ministerio, a fin de valorar su posible aceptación.

Recomendación 83/2012, de 20 de julio, formulada a la Dirección General de Españoles en el Exterior y de Asuntos Consulares y Migratorios del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, para que se impartan instrucciones a los Consulados, para que en la tramitación de los visados de reagrupación familiar no se requiera a los solicitantes que aporten copia del informe de adecuación de la vivienda del reagrupante (12000106). Aceptada.

Mediante la presente, acusamos recibo al escrito de V. I. (s/ref...), sobre la queja formulada por la entidad (...) de (...), y referida a la exigencia de aportar determinada documentación para la tramitación de visados de reagrupación familiar.

En el mismo se justifica la exigencia de presentar documentos emitidos por autoridades españolas y, en concreto, informes municipales o de las comunidades autónomas para contrastar la documentación emitida por el país de origen de los solicitantes de visado, en este caso, Gambia, debido a la poca fiabilidad de tal documentación y, en cumplimiento de lo establecido en la Instrucción sobre prevención del fraude documental en materia de estado civil, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Se añade que, en muchos casos, esta documentación permite contrastar los datos, por ejemplo, de las fechas de nacimiento de hijos de la misma madre, reagrupados con anterioridad.

En su escrito se comunica, asimismo, que los tres visados a los que se refería la presente queja fueron expedidos.

Una vez evaluado el contenido del informe de V. I., hemos estimado procedente realizar las siguientes consideraciones:

En primer lugar, esta Institución no cuestiona que los consulados se vean obligados a revisar con especial cuidado la documentación aportada a los expedientes. No obstante, entendemos que la decisión adoptada por el Consulado General de Dakar (Senegal) de que se aporte al expediente de visado un informe sobre la capacidad de la vivienda del reagrupante para albergar a los reagrupados es excesiva y ajena a las competencias que atribuye la normativa a los consulados para la tramitación y resolución de visados.

En efecto, el requerimiento para la subsanación y mejora de su solicitud, entregado a los solicitantes del visado de reagrupación citados en la presente queja, exigía que los hermanos (...) aportasen «informe del Ayuntamiento (Servicios Sociales) indicando que la vivienda (se entiende que la del reagrupado) tiene capacidad para dos personas más». En el supuesto del hijo del señor (...) se indicaba lo mismo, pero, en este caso, que el informe indicara que la vivienda tenía capacidad para una persona más.

El citado requerimiento, por tanto, nada tiene que ver con el hecho de que el consulado necesite contrastar la documentación gambiana con la española para asegurar que existen vínculos familiares entre los solicitantes de visado y el reagrupante, cuestión que subyace en el hecho de contrastar las fechas de nacimiento de los hijos de la misma madre que se hubieran reagrupado con anterioridad. Para contrastar tal información se podría haber solicitado únicamente un certificado de empadronamiento en el que figuraran todas las personas registradas en la vivienda, aun cuando en la resolución del visado tal información únicamente debería servir para contrastar las fechas de nacimiento de otros hijos reagrupados con anterio-

ridad, y dicha información debería constar en los archivos del propio consulado, si se hubieran tramitado visados de reagrupación de hijos de la misma persona o familia.

Esta Institución ya ha tenido la ocasión de manifestar a V. I., al hilo de la tramitación de quejas anteriores, que es improcedente requerir a los solicitantes de visado documentos que han sido objeto de análisis por la autoridad gubernativa, en la tramitación de la autorización de residencia previa a la solicitud de visado, especialmente cuando la competencia para evaluar tales documentos no reside en el consulado sino en dicha autoridad gubernativa.

Conviene recordar en este sentido, que el artículo 55 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, atribuye la competencia para emitir el informe sobre adecuación de la vivienda del reagrupado a la Comunidad Autónoma y al Ayuntamiento, cuando aquélla así lo determine, previa comunicación a la Secretaría General de Inmigración y Emigración. Dicho informe deberá ser aportado por el reagrupante a la solicitud de autorización de residencia para la reagrupación de sus familiares.

Por su parte, el artículo 57 del citado real decreto establece los documentos que deben ser acompañados a la solicitud del visado, y entre los mismos no se encuentra el informe de adecuación de la vivienda.

En conclusión, si bien es cierto que, según establece la disposición adicional décima, apartado 3, del citado real decreto, el Consulado puede requerir los informes que resulten necesarios para resolver las solicitudes de visado, debe hacerlo «si mediara causa que lo justifique» y, a juicio de esta Institución, no existe justificación alguna para que el Consulado solicite e informe sobre adecuación de la vivienda mencionada, que nada aporta para acreditar la identidad del solicitante, la validez de los documentos que presenta o la veracidad de los motivos alegados para solicitar el visado.

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 instrucciones a los Consulados para que en la tramitación de los visados de reagrupación familiar no se requiera a los solicitantes que aporten copia del informe de adecuación de la vivienda del reagrupante, por tratarse de una circunstancia ya valorada por la autoridad gubernativa, de conformidad con lo establecido en los artículos 55 y 56 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril».

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

Recomendación 84/2012, de 20 de julio, formulada a la Consejería de Presidencia y Justicia de la Comunidad de Madrid, para la implantación de un sistema de cita previa en el Registro Civil de Collado Villalba (Madrid) (12002820). Pendiente.

Se acusa recibo a su atento escrito (s/ref.: [...]), en el que se da respuesta a la queja planteada por doña (...) y registrada con el número arriba indicado.

En dicho informe se comunica, entre otras consideraciones, que las necesidades del servicio son atendidas diariamente aunque limitadas a un cupo diario, del que no se indica la cantidad. Tampoco se exponen las razones por las que no se ha implantado en el Registro Civil de Collado Villalba un sistema de cita previa que facilite conocer las necesidades reales del servicio en virtud de la demanda del mismo, lo que permitiría calcular con más precisión las necesidades de reforzarlo para evitar dilaciones indebidas, ya que el sistema actual de atención no permite conocer el número de los que ven frustrada su pretensión, muchos de los cuales vienen quejándose en los últimos años ante esta Institución, según ha quedado recogido reiteradamente en nuestro informe anual a las Cortes.

Todos los interesados que en éste y otros expedientes han manifestado sus quejas respecto de la atención que reciben en el Registro Civil de Collado-Villalba coinciden en manifestar la practica imposibilidad de contactar telefónicamente, que el reparto de números para la atención presencial se limita a doce y que la situación mejoraría sustancialmente si se implantase un sistema de cita previa.

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 implante un sistema de cita previa en el Registro Civil de Collado Villalba».

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

Recomendación 85/2012, de 20 de julio, formulada a la Consejería de Educación y Empleo de la Comunidad de Madrid, sobre el establecimiento de plazos en términos que permitan a los interesados tener un conocimiento previo de las fechas de inicio y conclusión de los mismos (12007260). Aceptada.

Se ha recibido su escrito de fecha 13 de junio último, 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.

En su citada comunicación se señala que la necesidad de modificar la Orden 1848/2005, de 4 de abril, por la que se establece el procedimiento para la admisión de alumnos en centros docentes sostenidos con fondos públicos de segundo ciclo de educación infantil, educación secundaria y educación especial, determinó que hasta el día 15 de marzo de este año no pudieran dictarse las instrucciones sobre la participación en el proceso de admisión de alumnos en centros docentes sostenidos con fondos públicos para el próximo curso escolar 2012-2013.

En dichas instrucciones anuales se fija, habitualmente, la fecha en la que se da por concluido el proceso extraordinario de admisión del curso anterior, que en esta ocasión no pudo conocerse con anticipación por los interesados, al coincidir la fecha de finalización del citado proceso extraordinario con la de publicación de las mencionadas instrucciones.

La respuesta aportada por V. E., confirma la descripción de los hechos que se exponía en escrito de esta Institución de 4 de mayo último, a través del que se dio comienzo a la tramitación de la presente queja, en el que se expresaba ya la valoración negativa que merece al Defensor del Pueblo el hecho de que se fije como término final de un plazo la misma fecha en la que se hace pública su conclusión.

Tal forma de actuación no se aviene con la propia finalidad a que responde el establecimiento de plazos para la realización de determinadas actuaciones por los particulares, que no es otra que la de que estos tengan conocimiento previo y cierto del tiempo del que disponen para efectuar el trámite de que se trate ante la Administración Pública.

En el supuesto que ha dado lugar a la presente tramitación, la falta de conocimiento previo de la fecha de conclusión del plazo para la presentación de solicitudes de plaza en el proceso extraordinario de admisión para el curso 2011-2012, determinó que se proporcionase al interesado una información administrativa que le llevó a decidir un cambio de domicilio a la Comunidad de Madrid antes de la conclusión del citado curso escolar, al indicársele por distintas instancias de esa Consejería que no había obstáculo para que su hija de tres años continuase su escolarización en Madrid, por existir vacantes de su edad y estar abiertos los plazos para la formulación de solicitudes en el mencionado proceso extraordinario de escolarización.

Sin embargo, no le fue posible formalizar su solicitud ni obtener plaza escolar para la alumna ya que, antes de intentar presentar su solicitud, el plazo se dio por concluido mediante norma publicada en la fecha de finalización del mismo, sin posibilidad alguna de que el interesado y otros ciudadanos en la misma situación tuvieran conocimiento previo de su finalización.

Todo ello resulta objetable desde las consideraciones ya efectuadas, basadas en la finalidad a que responde el establecimiento de los plazos en el ámbito administrativo, y también desde el punto de vista del principio de seguridad jurídica garantizada en el artículo 9.3 de la Constitución española, en virtud del cual resulta exigible que todos, tanto los poderes públicos como los ciudadanos, sepan a qué atenerse respecto de las condiciones de tiempo y forma a que deben ajustarse al actuar ante las administraciones públicas.

En base a cuanto queda expuesto, esta Institución considera preciso formular a V. E. la siguiente recomendación:

> «Que por esa Consejería, atendiendo al principio de seguridad jurídica, se evite en ocasiones sucesivas recurrir al establecimiento de plazos en términos que impidan a los interesados tener un conocimiento previo cierto de la fecha de conclusión de los mismos y del tiempo de que disponen para la realización del trámite o actuación correspondientes».

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 Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora 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.

Recomendación 86/2012, de 7 de agosto, formulada a la Dirección General del Catastro del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, sobre el derecho de los ciudadanos a obtener de la Gerencia Territorial del Catastro en Alicante/Alacant la notificación en lengua valenciana de las actuaciones a que dé lugar la tramitación de los expedientes en los que tengan la condición de interesados (12012797). Aceptada.

Ha comparecido ante esta Institución, mediante escrito, don (...), formulando queja que ha quedado inscrita en el registro del Defensor del Pueblo con el número arriba indicado.

Examinado el mencionado escrito de queja y la documentación que con el mismo adjunta su promovente, esta Institución ha resuelto someter a V. I. las siguientes consideraciones como fundamento de la resolución con la que concluye la presente comunicación.

En efecto, el interesado acredita que, pese a haber solicitado de la Gerencia Territorial del Catastro en Alicante/Alacant que las comunicaciones a que diese lugar determinado expediente tramitado por aquella le fuesen notificadas en lengua valenciana, la gerencia territorial mencionada ha continuado enviándole las correspondientes comunicaciones en castellano y, finalmente, en una última comunicación ha denegado de forma expresa su citada solicitud, en base a lo que el interesado califica como una interpretación sui géneris del artículo 36 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC).

Se adjuntan copias de los escritos en los que el interesado formula su referida solicitud, así como de las comunicaciones de la gerencia territorial, la primera de ellas redactada de nuevo en castellano pese a la solicitud del interesado de relacionarse con la administración instructora del expediente en la lengua cooficial en la Comunitat Valenciana, y la segunda, dictada con fecha 26 de marzo de 2012, expresamente denegatoria de la citada pretensión.

Entiende el interesado que la citada forma de actuación supone una vulneración por parte de la Gerencia Territorial del Catastro en Alicante/Alacant de los derechos lingüísticos reconocidos a los ciudadanos de la Comunitat Valenciana por la Ley 4/1983, de 23 de noviembre, de Uso y Enseñanza del Valenciano, y, en concreto, el derecho a relacionarse con las distintas administraciones públicas en la lengua que elijan de entre las dos oficiales en dicha comunidad.

Considera, asimismo, que la referencia a la prescripción legal que se contiene en el apartado 1 del artículo 36 de la LRJPAC, alegado en la ya mencionada Resolución de 26 de marzo de este año, aunque, en efecto, matiza el contenido del mencionado derecho cuando se trata de órganos de la Administración General del Estado, no puede entenderse y aplicarse haciendo abstracción de otras prescripciones contenidas en el mismo precepto legal.

En el artículo 36.1 se dispone, en efecto: «La lengua de los procedimientos tramitados por la Administración General del Estado será el castellano. No obstante, 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», concluyéndose en la repetida resolución que la utilización del castellano por la Gerencia del Catastro, no obstante la petición expresa del interesado de utilización de la otra lengua cooficial en la Comunitat Valenciana, resulta acorde con la citada prescripción legal, sin

perjuicio del derecho que asiste a aquel de continuar dirigiéndose a la Gerencia en lengua valenciana.

Dicha conclusión no puede admitirse, toda vez que ignora contenidos del propio precepto alegado en la resolución que, en un segundo párrafo de su apartado 1, viene a disponer literalmente que en el supuesto de que los interesados utilicen la lengua que sea cooficial en el territorio de una comunidad autónoma «el procedimiento se tramitará en la lengua elegida por el interesado».

En base a cuanto antecede, y al amparo de las facultades conferidas a esta Institución por los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, procedemos a formular a V. I. la siguiente recomendación:

> «Que se dicten las instrucciones precisas a la Gerencia Territorial del Catastro en Alicante/Alacant para que por la misma se actúe en lo sucesivo en una línea respetuosa con el derecho que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 36.1 de la Ley 30/1994, de 26 de noviembre, asiste a los ciudadanos de la Comunitat Valenciana a relacionarse con los órganos de la Administración General del Estado, presentes en la referida comunidad, en la lengua cooficial que elijan, y a que los procedimientos en los que sean parte se tramiten en la lengua cooficial elegida».

Agradeciendo de antemano a V. I. la remisión a esta Institución de cuanta información considere pertinente al respecto, 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, así como la aceptación de la recomendación formulada o, en su caso, las razones que estime para su no aceptación.

Recomendación 87/2012, de 21 de agosto, formulada a la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa del Ministerio de Economía y Competitividad, sobre la comercialización por las entidades bancarias de participaciones preferentes y deuda subordinada a inversores minoristas sin la debida información (12001843). Pendiente.

El 8 de febrero de 2012, se inició una investigación de oficio ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), con ocasión de la recepción de numerosas quejas de pequeños ahorradores, muchos de ellos de la tercera edad, que manifestaban su disconformidad con la actuación de las entidades bancarias y cajas, que les habían vendido participaciones preferentes y deuda subordinada sin informarles adecuadamente sobre las características y naturaleza de los productos. Los ahorradores invirtieron asesorados por el personal que presta sus servicios en las entidades de las que eran clientes, por lo que eran depositarias de su confianza.

Se ha comprobado que se trata de instrumentos financieros complejos, de riesgo elevado, y no cubiertos por fondo de garantía alguno. Sin embargo en el momento de realizar la inversión, las entidades financieras promovieron la creencia de los inversores minoristas de que se trataba de un producto similar a un depósito a plazo fijo, que permitía retirar el dinero antes de la finalización del plazo contratado asumiendo una pérdida, pero sin limitaciones para esta disposición.

Los ciudadanos afirman haber tenido conocimiento de la verdadera naturaleza del producto contratado cuando han solicitado el rembolso de su depósito como medida de seguridad, al publicarse que el valor del capital había disminuido. Las entidades financieras han denegado la disposición de la inversión alegando que el Banco de España y CNMV habían paralizado la tramitación de las órdenes de venta en el mercado intermediario.

La CNMV observó que a partir del año 2008 los inversores institucionales dejaron de mostrar interés en la comercialización de las participaciones preferentes y la deuda subordinada, por lo que las entidades financieras incrementaron la comercialización de estos productos entre la clientela minorista, a pesar de que la MiFID calificaba las participaciones preferentes como productos complejos. La citada normativa obliga a las entidades emisoras a realizar un test de la experiencia de los inversores y con los resultados obtenidos calificar la tipología, y, en su caso, advertir de la no conveniencia de realizar contratación de productos cuya comprensión no pudiera alcanzar, y ello con independencia de que el inversor manifestara su deseo de contratarlo. Además, es obligación de las entidades entregar a los clientes un tríptico-resumen del folleto de emisión cuyo objeto es comunicarles los riesgos que iban a asumir. En el tríptico deben figurar las características del producto, la perpetuidad, la remuneración condicionada a la existencia de beneficios y la fluctuación en el precio nominal, lo que podría conllevar pérdidas en su venta.

En respuesta a esta tendencia, la CNMV con fecha 17 de febrero de 2009, y en el ámbito de sus funciones de protección al inversor, comunicó a las entidades emisoras de estos productos de renta fija (participaciones preferentes y deuda subordinada, entre otros), que si solo eran comercializados entre inversores minoristas debían incluir un informe de valoración de un experto independiente, con objeto de determinar si las condiciones de emisión destinadas a minoristas eran equiparables a las que debería de tener para colocarse adecuadamente una emisión similar

lanzada en mercado mayorista. También señalan que han publicado diferentes guías sobre las características de las participaciones y sus riesgos. Haciendo especial hincapié en la posibilidad de pérdida de la inversión y las dificultades de liquidez que tienen este tipo de emisiones.

La CNMV ha revisado un volumen significativo de las participaciones preferentes, con el objeto de verificar la adecuada aplicación de la normativa de evaluación previa de los conocimientos y experiencia de los inversores. Su conclusión es que, con carácter general, su colocación por las entidades emisoras se ajusta a la normativa aplicable, sin perjuicio de que han detectado situaciones de incumplimiento, en cuyo caso se han iniciado medidas disciplinarias contra la entidad correspondiente.

De esta información parece deducirse que las entidades bancarias que han incumplido la normativa aplicable únicamente han tenido interés en captar los ahorros de estos clientes conservadores, pero sin conocimientos financieros necesarios para comprender los riesgos que asumían. La finalidad de las emisoras era que computasen como fondos propios de primera categoría a los efectos de ratios de solvencia, interés que disminuyó a raíz de la modificación de la disposición adicional 2.ª de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros, por la Ley 6/2011, de 11 de abril, así como por el Acuerdo de Basilea III, dejando en evidencia su falta de criterios éticos en la comercialización masiva de estos productos, sin tener en cuenta además el necesario equilibrio entre los intereses acordes al perfil inversor de los clientes y los suyos propios.

El control preventivo de las entidades que prestan servicios de inversión por parte de la CNMV ha devenido ineficaz, así como las guías de actuación, consideradas como adecuadas según la normativa aplicable. Ello se evidencia del hecho de que las entidades han continuado comercializando las participaciones preferentes y la deuda subordinada, contactando con los clientes sin recabar la información sobre el inversor, y sin entregar a los suscriptores la información sobre las características y riesgos del producto, contraviniendo así las normas de conducta establecidas en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, modificada por la Ley 7/2007, de 19 de diciembre.

El alto número de quejas recibidas, las reclamaciones presentadas ante la propia CNMV, y algunos de los pronunciamientos judiciales que se han hecho públicos, han evidenciado la insuficiencia de la información reglada y registrada, así como la actuación de la Comisión, ya que no se ha valorado adecuadamente la falta de consentimiento de los contratos suscritos por quienes han realizado la inversión en productos tan sofisticados. Los inversores han visto quebrada su buena fe y la confianza que habían depositado en las entidades.

La investigación ha revelado que las entidades no facilitaron información idónea y adecuada sobre el tipo de inversión que proponían a sus clientes, así como sobre los riesgos que esta conllevaba, tampoco realizaron, con carácter previo a la oferta, un estudio sobre el perfil del cliente, ya que se ha constatado que muchos de los inversores habrían sido rechazados pues su calificación hubiera requerido la asistencia de un asesor que velara por sus intereses. Tampoco se les comunicó si los instrumentos que se adquirían estaban cubiertos por alguno de los fondos de garantía.

Los clientes deben acudir a la justicia como única vía para obtener protección, cuando ésta es lenta y costosa, por lo que sería conveniente que la CNMV dispusiera de mayores com-

petencias para proteger a los inversores o que subsidiariamente creara algún mecanismo de reclamación extrajudicial efectivo, en sede administrativa, cuya finalidad sea la resolución de conflictos para evitar la vía judicial.

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 las siguientes recomendaciones:

1ª. «Que se promuevan actuaciones eficaces de información dirigidas a los usuarios financieros para que, antes de formalizar cualquier contrato de productos de inversión, tengan conocimiento pleno de qué producto se está contratando, del riesgo de la inversión, y si están cubiertos por alguno de los fondos de garantía.

Un sistema efectivo podría ser que en los contratos se incorporasen, por ejemplo, un código de colores sencillo e intuitivo, como los que utilizan los semáforos, en el que el verde indicara un riesgo bajo, el amarillo un riesgo medio y el rojo un riesgo alto. Aunque esta recomendación se ha efectuado en otra investigación se reitera, por parecernos conveniente para salvaguardar los intereses de los clientes.

En aras de las buenas prácticas se debería unir el estudio del perfil del inversor y la adecuación del instrumento financiero a sus circunstancias al contrato de inversión.»

2ª. «Que se reitere a las entidades bancarias la conveniencia y buena práctica de llegar a acuerdos con los inversores de estos productos para evitar la necesidad de acudir a procedimientos judiciales.»

Estas recomendaciones también han sido remitidas a la Comisión Nacional del Mercado de Valores para su valoración.

Agradeciendo la remisión a esta Institución de la preceptiva información, en la que se ponga de manifiesto la aceptación de estas 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.

Recomendación 88/2012, de 21 de agosto, formulada a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre la comercialización por las entidades bancarias de participaciones preferentes y deuda subordinada a inversores minoristas sin la debida información (12001843). Aceptada parcialmente.

Acusamos recibo de su escrito en relación con la investigación iniciada de oficio, registrada en esta Institución con el número arriba indicado, sobre la comercialización por las entidades financieras de productos complejos como las participaciones preferentes y la deuda subordinada.

Según afirma en su escrito, las informaciones o datos que esa Comisión recibe en el ejercicio de sus funciones de supervisión e inspección son confidenciales, por lo que no informa sobre sus actuaciones ni sobre los expedientes sancionadores en tramitación ni facilita el nombre de las entidades de crédito afectadas.

Hay que advertir de la obligación de colaboración con esta Institución que pesa sobre esa Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), de acuerdo con el artículo 19 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, que establece que todos los poderes públicos están obligados a auxiliar, con carácter preferente y urgente, al Defensor del Pueblo en sus investigaciones e inspecciones. El párrafo 3 dispone que no se puede negar el acceso a ningún expediente o documentación administrativa o que se encuentre relacionada con la actividad o servicio objeto de la investigación. De acuerdo con el artículo 22 de la misma ley, el Defensor del Pueblo tiene acceso a documentos reservados, incluidos aquellos clasificados con el carácter de secretos de acuerdo con la ley, para lo cual su personal tiene obligación de guardar la más absoluta reserva sobre los datos que se refieran a la tramitación de las quejas. A ello añade el artículo 18.2 de la misma ley orgánica: «La negativa o negligencia del funcionario o de sus superiores responsables al envío del informe inicial solicitado podrá ser considerada por el Defensor del Pueblo, como hostil y entorpecedora, haciéndola pública de inmediato y destacando tal calificación en su informe anual o especial, en su caso, a las Cortes Generales».

En cuanto al fondo del asunto, relativo a la actividad desarrollada por las entidades de crédito en la comercialización de las participaciones preferentes, los hechos ponen en evidencia que el control preventivo por parte de ese centro directivo, al elaborar las guías de actuación dirigidas a las entidades que prestan servicios de inversión, ha devenido ineficaz. Ello porque las entidades han continuado comercializando estos productos, sin recabar la información necesaria sobre el inversor, y sin entregar a los clientes la información sobre las características y riesgos del producto. En realidad las entidades bancarias han buscado captar los ahorros de clientes conservadores, sin conocimientos financieros precisos para comprender los riesgos que asumían. Esta práctica como esa Comisión conoce es contraria a las Normas de conducta previstas en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, modificada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que impone a las entidades de crédito unas obligaciones de información y valoración de riesgos. Entre éstas se encuentra la clasificación de los clientes y el deber de suministrar información comprensible, ya que la información en el ámbito del cliente minorista no es la de servir como eventual eximente de responsabilidad civil del emisor y demás intervinientes en la colocación de los valores, sino la de procurar que los eventuales inversores dispongan de un sistema que les permita evaluar el

índice de seguridad, rentabilidad y liquidez de la inversión que se propone, sin que sea suficiente la información reglada y registrada en la CNMV.

En lugar de facilitar una información comprensible, las entidades crediticias han vendido estos productos como si se trataran de depósitos a plazo fijo, consiguiendo así la suscripción por parte de pequeños ahorradores que no inversores, sin formación financiera que, de haber conocido los verdaderos riesgos, no los habrían contratado.

La gran mayoría de los adquirentes de estos instrumentos financieros, al menos los que han planteado queja ante el Defensor del Pueblo, son ciudadanos que efectuaron su inversión asesorados por el personal que presta sus servicios en las citadas entidades, de las que eran clientes, y debido a la confianza que el mismo les merecía. Por ello aceptaron la oferta de estos productos pensando que la entidad velaba por el mejor interés del cliente y no han conocido su verdadera naturaleza hasta que se les ha denegado la disposición de sus ahorros.

De lo actuado se deduce que las entidades no han facilitado información idónea y adecuada sobre el tipo de inversión que proponían a sus clientes, así como sobre los riesgos que esta conllevaba. Tampoco se ha realizado, con carácter previo a la oferta un estudio sobre el perfil del cliente, ya que se ha constatado que muchos de los inversores habrían sido rechazados pues su calificación hubiera requerido la asistencia de un asesor que velara por sus intereses.

El riesgo que se asume debe ser conocido con carácter previo a la inversión resaltando si los instrumentos financieros que se adquieren están cubiertos por alguno de los fondos de garantía.

Los clientes deben acudir a la justicia como única vía para obtener protección, cuando ésta es lenta y costosa, por lo que sería conveniente que la CNMV dispusiera de mayores competencias para proteger a los inversores o que subsidiariamente creara algún mecanismo de reclamación extrajudicial efectivo, en sede administrativa, cuya finalidad sea la resolución de conflictos para evitar la vía judicial.

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 las siguientes recomendaciones:

1ª. «Que se promuevan actuaciones eficaces de información dirigidas a los usuarios financieros para que, antes de formalizar cualquier contrato de productos de inversión, tengan conocimiento pleno de qué producto se está contratando, del riesgo de la inversión, y si están cubiertos por alguno de los fondos de garantía.

Un sistema efectivo podría ser que en los contratos se incorporasen, por ejemplo, un código de colores sencillo e intuitivo, como los que utilizan los semáforos, en el que el verde indicara un riesgo bajo, el amarillo un riesgo medio y el rojo un riesgo alto. Aunque esta recomendación se ha efectuado en otra investigación se reitera, por parecernos conveniente para salvaguardar los intereses de los clientes.

En aras de las buenas prácticas se debería unir el estudio del perfil del inversor y la adecuación del instrumento financiero a sus circunstancias al contrato de inversión.»

2ª. «Que se reitere a las entidades bancarias la conveniencia y buena práctica de llegar a acuerdos con los inversores de estos productos para evitar la necesidad de acudir a procedimientos judiciales.»

Estas recomendaciones también serán remitidas a la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa para su valoración.

Se reitera la petición de que se identifique a las entidades de crédito que han actuado incorrectamente; que informen de las sanciones que les hayan impuesto o que se les vayan a imponer, así como las actuaciones que esa Comisión tiene previsto realizar para evitar que se reiteren estas prácticas.

El Defensor del Pueblo, por su parte, guardará la más absoluta reserva sobre la información que se remita y los datos obtenidos no se comunicarán a los interesados hasta tanto sean publicados por esa Comisión.

También se solicita que se informe sobre la aceptación de las recomendaciones formuladas y de las medidas que en su desarrollo se adopten o se pretendan adoptar. En caso contrario, deberán informar de las razones que se arguyan para no aceptarlas.

Recomendación 89/2012, de 23 de agosto, formulada al Ministerio de Justicia, sobre el «despilfarro» del dinero público y su tipificación penal (11019414). Pendiente.

Quiero trasladar a V. E. mi satisfacción por la reforma emprendida a través del proyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, que responde a preocupaciones y necesidades sociales evidentes. Criterios como el del rigor en el tratamiento jurídico-penal, la exclusión del ánimo de lucro como elemento determinante del tipo o la inhabilitación para cargo público como consecuencia jurídica del delito han sido incorporados, entre otros, a la reforma propuesta, todos ellos recogidos en nuestra recomendación de 10 de enero pasado.

No obstante lo dicho, quiero expresar a V. E. la conveniencia de estudiar la posible tipificación penal de otras conductas, de ir más allá de la tipificación de la falsedad contable en sus diversas formas.

En su virtud, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, vengo en formular a V. E. la siguiente recomendación:

> «Que, en el ámbito de sus competencias, adopte las medidas que tenga a bien considerar para extender la tipificación relativa a las cuentas públicas prevista en el proyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, a otras conductas dolosas relativas a decisiones sobre el gasto público tales como:
>
> La iniciación de proyectos sin las sucesivas dotaciones presupuestarias necesarias así como su correspondiente evaluación de rentabilidad social».

En espera de la oportuna respuesta.

Recomendación 90/2012, de 23 de agosto, formulada a la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP), sobre la prevención y control de fuentes de contaminación acústica (12022730). Aceptada.

Como continuación a las comunicaciones sobre la posibilidad de realizar una campaña contra el ruido (nuestra referencia: 11022915), considero conveniente dirigirme de nuevo a esa Federación para formular unas recomendaciones más generales, que derivan de las conclusiones obtenidas en las investigaciones realizadas por esta Institución en los últimos años sobre contaminación acústica.

No parece necesaria una exposición detallada sobre las premisas constitucionales y legales sobre la prevención y reducción del ruido excesivo, que consideramos una agresión a la calidad de la vida. En efecto, unánimemente se tiene por insalubre y dañino, fuente de molestias y enfermedades, y también fuente de injusticia porque quien lo produce no tiene derecho a producirlo ni a beneficiarse con el padecimiento de los demás.

Como el ruido es un obstáculo a las aspiraciones ciudadanas, por eso los poderes públicos están obligados a tratar de evitarlo. El ruido trasciende la esfera individual, no se trata solo de lo que molesta a un vecino, también distorsiona la vida comunitaria. De ahí las reglas de que está prohibido molestar al vecino y de que quien promueve una obra o actividad ha de prever sus efectos y corregir los perjuicios que ocasione. Las actividades ruidosas (molestas, insalubres) son típicamente una cuestión municipal, aunque no exclusivamente. El ruido es casi siempre asunto local, próximo al origen y a quienes lo padecen; y por eso mismo me parece que la carga sobre la Administración local es excesiva. Las diputaciones provinciales y las comunidades autónomas han de apoyar y colaborar, especialmente en los municipios más pequeños. La ley no ampara a quien desarrolla una actividad ruidosa en cuanto supera los límites que regulan la actividad, entre ellos los límites acústicos. Tampoco hay ley que reconozca el derecho a hacer ruido; una autorización o licencia no reconocen el derecho a hacer ruido.

La Administración Pública interviene de varias formas reactivas, una vez que resulta insuficiente el autocontrol por los promotores de las actividades ruidosas, que son los primeros llamados a intervenir y los primeros responsables. No es necesario referir aquí los variados mecanismos de intervención pública (de prevención, de vigilancia y comprobación, incluso sancionadoras). Los problemas que las investigaciones de los últimos años detectan están comúnmente en los controles previos a la puesta en marcha de una actividad, en la no imposición por los ayuntamientos de medidas correctoras, en la tardía comprobación de denuncias, en la falta de impulso de oficio, en la preferencia por las formalidades en detrimento de la actuación material. Pero también encontramos serias deficiencias por la falta de medios de intervención –personales y materiales–, incluidos los formativos, en la falta de equipos de medida y en operaciones de medición defectuosas.

Para una referencia técnica más detallada y precisa esta Institución ha contado y cuenta, entre otros, con los siguientes documentos: Defensor del Pueblo, *Contaminación acústica*, presentado a las Cortes Generales en marzo de 2005; Defensor del Pueblo Andaluz, *Contaminación acústica en Andalucía derivada de actividades recreativas y consumo de bebidas en la vía pública,* 1996 y posteriores; Síndic de Greuges de Cataluña, *Contaminación acústica,* informe extraordinario, enero 2007.

Lo anterior, y conforme a los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, me aconseja dirigir las siguientes recomendaciones a esa Federación Española de Municipios y Provincias, para que conforme a sus funciones tenga a bien pronunciarse al respecto y, ulteriormente, trasladarlas a las entidades locales, tanto municipales como provinciales:

1ª. «Que las comprobaciones y mediciones de ruido tengan lugar en los momentos de máxima actividad (máxima emisión sonora o de vibraciones) de los establecimientos ruidosos.»

2ª. «Que la compatibilidad o coexistencia entre el ambiente adecuado y ciertas actividades ruidosas no se venza del lado de la protección del evento o actividad, que nunca alcanza a «tener derecho a» producir ruido excesivo. No se da la deseable compatibilidad si quien nada tiene que ver con el evento o actividad no puede disfrutar de un ambiente silencioso; y no hay ninguna compatibilidad si nada ha sido hecho por los organizadores, promotores, titulares de las instalaciones o por quienes van a beneficiarse de su desarrollo o son simples usuarios, para prever el riesgo ni paliar la contingencia. Estas asimetrías deben ser evitadas por las administraciones públicas.»

3ª. «La anticipación del inicio de una actividad ruidosa a la comprobación de funcionamiento es sancionable; la presentación tardía de documentación puede ser atenuante pero no eximente de responsabilidad. Se recomienda incoar expediente sancionador a quien incurra en anticipación indebida del inicio de una actividad previsiblemente ruidosa a la comprobación de funcionamiento, mediante autorización previa o acta de verificación. La proporcionalidad y razonabilidad de la decisión sobre medidas urgentes, cautelares y correctoras, o sobre la imposición de multas e indemnizaciones, debe predicarse también respecto de los afectados por el ruido y según el grado de las molestias; los afectados también deben percibir que las medidas municipales son «proporcionadas» respecto de ellos, y no solo respecto de quienes hacen ruido.»

4ª. «Una actividad ruidosa que viene funcionando indebidamente puede ser clausurada cautelarmente sin más trámite que la previa audiencia al titular del establecimiento. No suele ser suficiente que el ayuntamiento se limite a advertir al titular sobre las molestias. Se recomienda, en todo caso, levantar acta y cursar inmediatamente un requerimiento con apercibimiento de cierre cautelar; si sigue desarrollando su actividad en las mismas condiciones entonces se recomienda la clausura sin más trámite.»

5ª. «Lo que la ley dice es que la intervención administrativa debe cerciorarse de que el emisor de ruido adopta todas las medidas adecuadas de prevención; si es preciso, mediante las técnicas de menor incidencia acústica, elegidas de entre las que son menos contaminantes, en condiciones técnicas y económicas viables. Pues bien, se recomienda entender por «viabilidad» no la aplicable solo a las condiciones técnicas y económicas del emisor, sino que la solución objetivamente viable lo sea para todos, es decir viabilidad también para quienes padecen el ruido.»

6ª. «Que se entienda por ruido molesto aquel que no es preciso medir para constatar que es excesivo e intolerable, para lo cual basta un acta levantada por el agente de la autoridad donde así quede plasmado. Algo así como «Se percibe ruido de estas ca-

racterísticas... A juicio del agente n.º (...), que suscribe, el nivel de ruido es imperceptible/perceptible moderado/molesto/intolerable/alcanza el umbral de dolor» o similar. A continuación se clausura o precinta la actividad cautelarmente.»

7ª. «Que no se dé por terminada la actuación municipal con los controles sobre las actividades ruidosas (licencia, autorización, exigencia de declaración responsable), sino que haya también controles ulteriores y verificación del mantenimiento de las circunstancias iniciales. Determinados núcleos habitados y otras zonas requieren patrullas de vigilancia o un sistema de sensores.»

8ª. «La intervención municipal más inmediata y rápida suele provenir de los agentes de la policía municipal, cuya formación y preparación en labores de control de ruidos debe mejorarse. Un agente policial siempre puede, como agente de la autoridad, decidir con carácter cautelar y urgente la clausura de un establecimiento ruidoso, una vez apercibido su titular o la persona encargada del local, persona que siempre ha de estar presente en un establecimiento abierto y en funcionamiento.»

Agradeceré la remisión a esta Institución de la preceptiva respuesta, en que ponga de manifiesto la aceptación de estas 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.

Recomendación 91/2012, de 30 de agosto, formulada a la Dirección General de la Policía del Ministerio del Interior, para que se impartan instrucciones al puesto fronterizo de Barajas, con el fin de que no se autoricen entrevistas de solicitantes de protección internacional con funcionarios de su representación consular en España (12003180). Aceptada.

Mediante la presente, acusamos recibo al escrito remitido por la Comisaría General de Extranjería y Fronteras (s/ref...), en relación con la queja formulada por doña (...), letrada de CEAR, referida a la entrevista privada mantenida por un funcionario del Consulado marroquí con doña (...), solicitante de asilo en dependencias del puesto fronterizo de Barajas-Madrid.

Según se desprende de su comunicación, la propia interesada, de nacionalidad marroquí, solicitó que se contactara con el Consulado de su país, tras ser informada de que se había desestimado el recurso contencioso-administrativo formulado contra la denegación del reexamen de su solicitud de protección internacional y que, en consecuencia, iba a ser retornada a Moscú (Rusia), lugar del que procedía.

Se indica, asimismo, que la solicitud de la interesada fue trasladada al Consulado marroquí, que designó a un funcionario para que mantuviera una entrevista privada con la interesada. También se comunica que ésta no manifestó en ningún momento disconformidad con tal entrevista ni con su contenido, una vez realizada. Finalmente, se asegura que los funcionarios policiales españoles no informaron al funcionario marroquí de que la interesada había solicitado protección internacional en España.

Pese a ello, se estima relevante manifestar lo siguiente:

1) El hecho de que la interesada solicitara que se contactara con su Consulado, tras conocer el sentido desfavorable de su demanda de asilo y su inminente retorno no implicaba necesariamente que estuviera de acuerdo en celebrar una entrevista en privado con un funcionario consular. Por otra parte, el desacuerdo de la interesada con la realización de la entrevista y con el contenido de la misma fue expresamente manifestado ante los letrados de la organización no gubernamental que le prestaba asesoramiento. En concreto, la señora (...) manifestó claramente que durante la entrevista se sintió intimidada, por lo que no parece razonable dudar de ello. Por otro lado, tras conocer el contenido de la entrevista, resulta comprensible que produjera tales efectos en la interesada. La cuestión de si la interesada ha reflejado correctamente el contenido de la entrevista, tampoco puede ser contrastada, dado que, al tratarse de una entrevista privada, ninguna persona puede corroborar o contradecir las manifestaciones de la solicitante de asilo.

2) Según el informe, la decisión de celebrar la entrevista en privado fue adoptada de forma unilateral por el Consulado de Marruecos, sin que, al parecer, tal decisión fuera cuestionada por los funcionarios policiales españoles. No consta, sin embargo, que la interesada fuera consultada con anterioridad a la celebración de la entrevista para conocer si estaba de acuerdo con la misma y con las condiciones de privacidad impuestas por el Consulado marroquí.

Como V. I. conoce, el artículo 22 de la Directiva 2000/85/CE, de 1 de diciembre, establece que a efectos del examen de los casos individuales, los Estados miembros:

«a) No revelarán directamente la información relativa a las solicitudes individuales de asilo, o relativa a que se ha presentado una solicitud, a los presuntos agentes de persecución del solicitante.

b) Obtendrán cualquier información de los presuntos agentes de la persecución de tal forma que no se les informe directamente de que el solicitante en cuestión ha presentado una solicitud, ni que se ponga en peligro la integridad física del solicitante ni de las personas a su cargo, ni la libertad ni la seguridad de sus familiares que aún viven en el país de origen».

Asimismo, el artículo 41 de la citada directiva establece que los Estados miembros asegurarán que las autoridades encargadas de la aplicación de la directiva estén obligadas por el principio de confidencialidad, definido en el Derecho nacional, en relación con la información que obtengan en el curso de su trabajo.

Por su parte, la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, que incorpora la directiva mencionada, según establece su preámbulo, dispone en su artículo 16, apartado 4: «Toda información relativa al procedimiento, incluido el hecho de la presentación de la solicitud, tendrá carácter confidencial».

Del informe remitido se desprende que la entrevista tuvo lugar cuando ya había finalizado el procedimiento de asilo. No obstante, a juicio de esta Institución, el principio de confidencialidad debe ser respetado incluso en estos supuestos para garantizar la seguridad del solicitante de protección internacional. Los preceptos antes aludidos pretenden proteger al solicitante de la reacción de su propio país de origen, que puede entender como un desprestigio ante otros Estados el hecho de que sus nacionales soliciten asilo, lo que implica necesariamente que el solicitante muestra absoluta desconfianza ante la protección que le puede dar su propio país. Debe recordarse que la inadmisión de estas solicitudes implica que o bien el solicitante no cumple los requisitos exigidos para obtener la protección internacional o bien no ha podido acreditar que los reúne.

En estas circunstancias se debe extremar la cautela, con el fin de evitar perjuicios a los interesados.

Así pues, entendemos que en el presente caso se debería haber informado a la interesada de las condiciones fijadas por el Consulado marroquí, con el fin de que manifestara su acuerdo o desacuerdo respecto a la entrevista, y en el supuesto de que se aceptara celebrar la misma, deberían haber estado presentes el letrado de la interesada y un traductor. Todo ello con el fin de garantizar la confidencialidad propia del derecho de asilo y evitar que durante las entrevistas el solicitante de asilo pueda verse sometido a presiones indeseables o sentirse intimidado.

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 instrucciones al puesto fronterizo para que no se autoricen entrevistas de solicitantes de protección internacional (aun cuando se haya denegado o inadmitido su solicitud) con funcionarios de su representación consular en España, con excepción de aquellos supuestos en los que los interesados dejen constancia

por escrito de su consentimiento para la realización de dichas entrevistas y, en todo caso, deberán realizarse en presencia de letrado y traductor, con el fin de garantizar la confidencialidad del procedimiento de asilo y la seguridad de los demandantes de protección internacional».

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

Recomendación 92/2012, de 4 de septiembre, formulada a la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP), sobre la actuación municipal en las actividades molestas (12022734). Aceptada.

Como complemento de las comunicaciones sobre la posibilidad de realizar una campaña contra el ruido (nuestra referencia: 11022915) y sobre ruido en las ciudades (nuestra referencia: 12022730), considero conveniente dirigirme a esa Federación para formular unas recomendaciones generales en la actuación administrativa, generalmente municipal, sobre actividades molestas. Estas propuestas, como las anteriores, derivan también de las conclusiones obtenidas en las investigaciones realizadas por esta Institución en los últimos años sobre establecimientos donde se realizan o tienen lugar actos insalubres o peligrosos.

En la tendencia a suprimir obstáculos al desarrollo económico se encuentra la reciente eliminación de la licencia previa a la apertura de establecimientos comerciales, en principio de los menos molestos. La nueva regla proviene del Real Decreto-ley 19/2012, de 25 de mayo (*BOE* del 26), de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios. Con esto se sustituye la intervención o control previo mediante licencia de apertura o de actividad por una «declaración responsable y comunicación previa» para las actividades «que no necesitaban someterse al régimen de protección ambiental», salvo que afecten al patrimonio histórico-artístico o al dominio público. Ello ha de suponer una más rápida puesta en marcha de los establecimientos inocuos, es decir, una mejora en la gestión de las actividades en principio no molestas.

Pero al facilitar la implantación de establecimientos comerciales, la nueva legislación no exime de responsabilidad ambiental a los agentes (administraciones públicas, promotores de actividad), sino que simplemente modifica la forma de exigirla.

Por ello, esta Institución seguirá, como hasta ahora, supervisando el grado de cumplimiento de las normas sobre responsabilidad ambiental, que en ningún caso han quedado modificadas por la citada disposición de urgencia. La responsabilidad ambiental surge de la producción de daños y perjuicios al entorno y a las personas afectadas, sea con régimen de licencia previa o sin ella. Sigue pues en vigor y sin cambios la prohibición de molestar al vecino y la obligación de que quien promueve una obra o actividad prevea sus efectos y corrija los perjuicios que ocasione.

Por lo anterior, y conforme a los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, considero conveniente dirigir las siguientes recomendaciones a esa Federación Española de Municipios y Provincias, para que conforme a sus funciones tenga a bien pronunciarse al respecto y, ulteriormente, trasladarlas a las entidades locales, tanto municipales como provinciales:

1. «Debe tenerse en cuenta que la nueva legislación de exención de necesidad de licencia previa, si bien es un paso decisivo en la eliminación de trámites para la obtención de licencias, no debe considerarse como exención de responsabilidad ambiental. Las nuevas disposiciones eliminan trámites, pero no garantías.»

2. «Debe valorarse siempre la posibilidad de implantación de actividades en principio inocuas que después resultan molestas, insalubres, nocivas y peligrosas.»

3. «Debe valorarse, en la declaración responsable sustitutoria de la licencia previa, y conforme al Derecho europeo, la calidad técnica de esa declaración, sin tolerancia ni amparo de declaraciones meramente formales, inconsistentes o directamente contrarias a la ordenación de usos del suelo o a las reglas sobre límites máximos de contaminación.»

4. «Debe interpretarse la nueva legislación como exención de licencia previa a los promotores de actividades comerciales inocuas; pero no como exención del control por los ayuntamientos de supervisar, a posteriori, el efectivo y real cumplimiento de las normas ambientales, que no han quedado modificadas ni derogadas por las nuevas disposiciones liberalizadoras.»

5. «Debe seguirse interpretando, conforme a nuestra tradición jurídica, que la responsabilidad ambiental no surge de la asunción por cada uno de un umbral máximo por encima del cual ya no se es responsable, sino que surge de la producción de daños y perjuicios al entorno y a las personas, independientemente del régimen de licencia previa o de declaración responsable. Y que sigue en vigor y sin cambios la prohibición de molestar al vecino y la obligación de que quien promueve una obra o actividad ha de prever sus efectos y corregir e indemnizar los perjuicios.»

6. «Debe entenderse que la compatibilidad entre ambiente adecuado y desarrollo económico (desarrollo sostenible) solo es auténtica compatibilidad si las actividades molestas no predominan sobre la protección ambiental. No existe el «derecho a producir daños ambientales».

7. «El principio de proporcionalidad de una decisión municipal sobre medidas urgentes, cautelares y correctoras en actividades molestas, o sobre la imposición de multas e indemnizaciones, debe aplicarse también respecto de los afectados por las molestias.»

Agradeceré la remisión a esta Institución de la preceptiva respuesta, en que ponga de manifiesto la aceptación de estas 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.

Recomendación 93/2012, de 14 de septiembre, formulada a la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa del Ministerio de Economía y Competitividad, sobre la ampliación de la vigencia y ámbito de aplicación de la Línea Ico-Moratoria Hipotecaria (09009222). Rechazada.

Esta Institución viene recomendando desde hace tiempo la necesidad de ampliar la Línea Ico-Moratoria Hipotecaria y el ámbito de aplicación, dado que la vigencia de la citada línea ya finalizó, teniendo en cuenta el preocupante crecimiento del desempleo y de las ejecuciones hipotecarias, así como la baja utilización de los recursos financieros inicialmente estimados para esta vía de financiación.

Hasta el presente las modificaciones aprobadas mediante el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, que tratan de proteger a las personas hipotecadas que ven ejecutada su vivienda, han sido la elevación del salario inembargable, que se eleva hasta el 150 por ciento del SMI y un 30 por ciento adicional por cada familiar de su núcleo que no perciba ingresos superiores a dicho SMI; el importe de la adjudicación al acreedor del inmueble embargado, que se realizará por un precio nunca inferior al 60 por ciento del valor de tasación, y la reducción del importe del depósito para concurrir a subasta, que se reduce hasta un 20 por ciento.

Esta Institución considera que estas medidas no son suficientes porque, si bien se reduce la cantidad que continúen debiendo los clientes a los bancos, el problema subsiste, ya que el 40% de la deuda más las costas judiciales que son elevadas han de asumirlas las familias ejecutadas, condenando a la pobreza y a la exclusión social a millones de personas, ante la elevada tasa de desempleo que se sitúa en casi cinco millones de personas.

Por otra parte, esta precaria situación tendrá un coste económico y social para el Estado, las Comunidades Autónomas y los Ayuntamientos, dado que estos ciudadanos y sus familias tienen que cubrir sus necesidades básicas para subsistir dignamente.

Según la información estadística ofrecida por el Consejo General del Poder Judicial, el número de ejecuciones hipotecarias por años ha sido el siguiente:

Año 2007, 25.943

Año 2008, 56.686

Año 2009, 93.319

Año 2010, 93.636

En el primer semestre de 2011 se presentaron ante los juzgados más de 32.000 procesos de desahucio y, en el tercer trimestre, los juzgados ingresaron 14.894 ejecuciones.

De dichos datos se infiere el elevado incremento de las ejecuciones hipotecarias cada año desde que se inició la crisis en el año 2007.

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 de nuevo a esa Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa la recomendación remitida en su día a la anterior Secretaría de Estado de Economía.

> «Que se valore la oportunidad de ampliar la vigencia y el ámbito de aplicación de la Línea Ico-Moratoria Hipotecaria, 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 de la preceptiva información, en la 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.

Recomendación 94/2012, de 19 de septiembre, formulada a la Fiscalía General del Estado, para crear mecanismos de coordinación entre las fiscalías provinciales y las entidades autonómicas de protección de menores, aplicables cuando los menores tutelados víctimas de trata tengan la condición de testigos protegidos (12027065). Pendiente.

Esta Institución ha elaborado el informe monográfico *La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles*, que ha sido remitido a las Cortes Generales, cuya copia íntegra me complace enviarle.

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. las siguientes recomendaciones:

1. «Impulsar la creación de mecanismos de coordinación y seguimiento entre las fiscalías provinciales y las entidades autonómicas de protección de menores en aquellos supuestos en los que los menores tutelados víctimas de trata se encuentren incursos en procedimientos penales como testigos protegidos. Los citados mecanismos deberán tener como objetivo principal la protección efectiva del menor durante la tramitación del procedimiento penal, evitando su revictimización y arbitrando los medios necesarios para que la adopción de cualquier medida tenga en cuenta su interés superior.»

2. «Al detectar menores de edad indocumentados, acompañados o no de adultos, en los intentos de entrada irregular de embarcaciones por puestos no habilitados en territorio español, activar un protocolo que deberá contemplar medidas inmediatas de identificación policial de cada uno de los menores, con indicación en su caso del vínculo de filiación del adulto que lo acompañe. Asimismo, se deberán poner en inmediato conocimiento del Ministerio Fiscal y de la entidad de protección de menores los datos del menor y del adulto, así como el lugar donde serán trasladados. Una vez derivados al centro de acogida humanitaria, la entidad de protección de menores con competencia en esa provincia, bajo la supervisión del fiscal, deberá iniciar un expediente de riesgo del menor hasta tanto: se acrediten los vínculos de filiación con el adulto que le acompaña; que el nacimiento del menor se encuentra inscrito en un registro, instando en su caso la inscripción de su nacimiento; así como la adopción de todas aquellas medidas necesarias en su interés.»

En la seguridad de que estas recomendaciones serán objeto de atención por parte de V. E., y a la espera de la preceptiva respuesta sobre la aceptación o no de las mismas.

Recomendación 95/2012, de 19 de septiembre, formulada a la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior, para que se cree una base de datos con los menores de edad indocumentados e interceptados por la policía al intentar acceder irregularmente a territorio nacional (12027192). Aceptada.

Esta Institución ha elaborado el informe monográfico *La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles*, que ha sido remitido a las Cortes Generales, cuya copia íntegra me complace enviarle.

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. las siguientes recomendaciones:

1. «Establecer una base de datos específica en la que deberán ser registrados todos aquellos menores de edad indocumentados que sean interceptados por la policía al intentar acceder de manera irregular a territorio nacional, y adoptar, en su caso, con la autorización del Ministerio Fiscal, las medidas necesarias para comprobar el vínculo de filiación con los adultos que los acompañan.»

2. «Dictar instrucciones conjuntas con la Subsecretaría de Interior destinadas a subsanar las deficiencias de coordinación apreciadas en dos supuestos: aquellos en los que durante la sustanciación de una solicitud de protección internacional se aprecien indicios razonables de trata de personas; así como en los casos en los que, en aplicación del Reglamento (CE) 343/2003, se traslada a España a un solicitante de protección internacional potencial víctima de trata.»

3. «Incrementar los esfuerzos para la inclusión, entre los objetivos operativos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado con competencias en el control de fronteras, de la persecución del delito de trata de personas; con especial atención a las potenciales víctimas que sean interceptadas con ocasión de su entrada a territorio nacional y la persecución de los autores, con independencia de que éstos no se encuentren en España, reforzando para ello la cooperación policial internacional.»

4. «Revisar el procedimiento establecido para el ofrecimiento del período de restablecimiento y reflexión, a la vista de los resultados obtenidos, y valorar la necesidad de incluir la intervención de organizaciones especializadas, de reconocida solvencia, en el proceso de identificación de las víctimas de trata. Estudiar el diferenciar dos fases dentro del procedimiento: una primera en la que el objetivo fundamental se centre en facilitar los medios necesarios para que la potencial víctima de trata se restablezca; y, sólo cuando se haya conseguido este primer objetivo, una segunda fase en la que la víctima deberá decidir si desea cooperar con las autoridades.»

5. «Incrementar los módulos de formación acerca de la trata de personas dirigidos a los funcionarios de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, teniendo en cuenta un enfoque multidisciplinar.»

6. «Establecer los mecanismos necesarios a fin de mejorar la calidad de los datos sobre víctimas de trata de personas ofrecidos por el Centro de Inteligencia contra el Crimen Organizado.»

7. «Reforzar los protocolos de coordinación existentes entre las Direcciones Generales de la Policía y de la Guardia Civil, así como con las policías autonómicas con competencias en la investigación de delitos de trata de personas, a fin de subsanar las deficiencias detectadas en aquellos supuestos en los que existan víctimas de trata, nacionales de terceros Estados en situación documental irregular.»

En la seguridad de que estas recomendaciones serán objeto de su atención, y a la espera de la preceptiva respuesta sobre la aceptación o no de las mismas.

Recomendación 96/2012, de 19 de septiembre, formulada a la Subsecretaría del Ministerio del Interior, para la revisión de los criterios de la Oficina de Asilo y Refugio en las solicitudes de protección internacional en las que el ACNUR manifieste indicios de que el interesado sea víctima de trata o en las que el interesado alegue dicha condición (12027194). Pendiente.

Esta Institución ha elaborado el informe monográfico *La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles*, que ha sido remitido a las Cortes Generales, cuya copia íntegra me complace enviarle.

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. I. las siguientes recomendaciones:

1. «Revisar los criterios de actuación que sigue la Oficina de Asilo y Refugio en las solicitudes de protección internacional en las que el interesado alegue la condición de víctima de trata, o en las que el ACNUR pone de manifiesto la existencia de tales indicios.»
2. «Dictar instrucciones conjuntas con la Secretaría de Estado de Seguridad, destinadas a subsanar las deficiencias de coordinación apreciadas en dos supuestos: aquellos en los que durante la sustanciación de una solicitud de protección internacional se aprecien indicios razonables de trata de personas; así como en los casos en los que, en aplicación del Reglamento (CE) 343/2003, se traslade a España a un solicitante de protección internacional potencial víctima de trata.»

En la seguridad de que estas recomendaciones serán objeto de atención por parte de V. I., y a la espera de la preceptiva respuesta sobre la aceptación o no de las mismas.

Recomendación 97/2012, de 19 de septiembre, formulada a la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, para que se elabore un protocolo nacional para la detección y atención de menores víctimas de trata de personas (12027190). Aceptada.

Esta Institución ha elaborado el informe monográfico *La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles*, que ha sido remitido a las Cortes Generales, cuya copia íntegra me complace enviarle.

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:

> «En el marco de los organismos de coordinación existentes entre las comunidades autónomas y la Administración General del Estado, impulsar los trabajos para la elaboración de un protocolo nacional para la detección y atención de los menores víctimas de trata de personas que incluya, entre otras cuestiones, un catálogo común de los indicios de trata de personas adaptados a las especiales circunstancias de los menores de edad. También, establecer un procedimiento ágil que permita que, una vez detectado el menor y siempre que razones de seguridad lo aconsejen, pueda trasladarse dentro del territorio nacional al recurso residencial más adaptado a sus necesidades».

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.

Recomendación 98/2012, de 19 de septiembre, formulada al Ministerio de Empleo y Seguridad Social, para que se modifique el artículo 140 del Reglamento de extranjería, a fin de desarrollar las condiciones de colaboración de las autoridades con las organizaciones no gubernamentales sin ánimo de lucro dedicadas a la acogida y protección de las víctimas de trata (12027198). Pendiente.

Esta Institución ha elaborado el informe monográfico *La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles*, que ha sido remitido a las Cortes Generales, cuya copia íntegra me complace enviarle.

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:

> «Modificar el artículo 140 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, a fin de dar cumplimiento al mandato legal del artículo 59 bis, apartado 6, y desarrollar las condiciones de colaboración de las autoridades competentes con las organizaciones no gubernamentales sin ánimo de lucro que tengan por objeto la acogida y la protección de las víctimas de trata de seres humanos».

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.

Recomendación 99/2012, de 19 de septiembre, formulada a la Secretaría General de Inmigración y Emigración del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, para que se dicten instrucciones relativas a la concesión de autorizaciones de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales basadas en la situación personal de las víctimas de trata (12027195). Pendiente.

Esta Institución ha elaborado el informe monográfico *La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles*, que ha sido remitido a las Cortes Generales, cuya copia íntegra me complace enviarle.

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. I. la siguiente recomendación:

> «Dictar instrucciones que desarrollen los supuestos para la tramitación y concesión de autorizaciones de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales basadas en la situación personal de la víctima. Las citadas instrucciones deberán regular la participación de las entidades especializadas que asistan a la víctima de trata, mediante la emisión de un informe acerca de su situación personal».

En la seguridad de que esta recomendación será objeto de atención por parte de V. I., y a la espera de la preceptiva respuesta sobre la aceptación o no de la misma.

Recomendación número 100/2012, de 19 de septiembre, formulada a la Subsecretaría del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, para que se agilice la publicación del Plan de lucha contra la trata con fines de explotación laboral y la Instrucción conjunta sobre colaboración entre la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en materia de vigilancia laboral, inmigración y Seguridad Social (12027197). Pendiente.

Esta Institución ha elaborado el informe monográfico *La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles*, que ha sido remitido a las Cortes Generales, cuya copia íntegra me complace enviarle.

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. I. la siguiente recomendación:

> «Agilizar los trabajos para la publicación del Plan de lucha contra la trata con fines de explotación laboral, y la Instrucción conjunta de la Secretaría de Estado de Seguridad y esa Subsecretaría, sobre colaboración entre la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en materia de vigilancia laboral, inmigración y Seguridad Social».

En la seguridad de que esta recomendación será objeto de atención por parte de V. I., y a la espera de la preceptiva respuesta sobre la aceptación o no de la misma.

Recomendación 101/2012, de 19 de septiembre, formulada a la Dirección General de la Policía del Ministerio del Interior, para que al detectarse menores de edad indocumentados, acompañados o no de adultos, en la entrada irregular de embarcaciones por puestos no habilitados, se active un protocolo que contemple medidas de identificación (12027064). Pendiente.

Esta Institución ha elaborado el informe monográfico *La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles*, que ha sido remitido a las Cortes Generales, cuya copia íntegra me complace enviarle.

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. I. la siguiente recomendación:

> «Que, al detectar menores de edad indocumentados, acompañados o no de adultos, en los intentos de entrada irregular de embarcaciones por puestos no habilitados en territorio español, activar un protocolo que deberá contemplar medidas inmediatas de identificación policial de cada uno de los menores, con indicación en su caso del vínculo de filiación del adulto que lo acompañe. Asimismo, se deberán poner en inmediato conocimiento del Ministerio Fiscal y de la entidad de protección de menores los datos del menor y del adulto, así como el lugar donde serán trasladados. Una vez derivados al centro de acogida humanitaria, la entidad de protección de menores con competencia en esa provincia, bajo la supervisión del fiscal, deberá iniciar un expediente de riesgo del menor hasta tanto: se acrediten los vínculos de filiación con el adulto que le acompaña; que el nacimiento del menor se encuentra inscrito en un registro, instando en su caso la inscripción de su nacimiento; así como la adopción de todas aquellas medidas necesarias en su interés».

En la seguridad de que esta recomendación será objeto de su atención, y a la espera de la preceptiva respuesta sobre la aceptación o no de la misma.

Recomendaciones 102/2012 a 120/2012, de 19 de septiembre, formuladas a distintas consejerías de Comunidades y Ciudades Autónomas, para que se elabore un protocolo nacional para la detección y atención de menores víctimas de trata de personas que contemple indicios de este delito adaptados a las circunstancias de los menores de edad, para que se establezca un procedimiento ágil para su traslado a recursos residenciales adaptados a sus necesidades y para impulsar la creación de mecanismos de coordinación entre las fiscalías provinciales y las entidades autonómicas de protección de menores cuando estos sean testigos protegidos, con el fin de que su protección sea efectiva durante la tramitación del procedimiento penal.

Recomendación número 102/2012, de 19 de septiembre, formulada a la Consejería de Salud y Bienestar Social de la Comunidad Autónoma de Andalucía (12027188). Pendiente.

Recomendación número 103/2012, de 19 de septiembre, formulada al Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia de la Comunidad Autónoma de Aragón (12027187). Pendiente.

Recomendación número 104/2012, de 19 de septiembre, formulada a la Consejería de Bienestar Social y Vivienda del Principado de Asturias (12027186). Pendiente.

Recomendación número 105/2012, de 19 de septiembre, formulada a la Consejería de Cultura, Deportes, Políticas Sociales y Vivienda de la Comunidad Autónoma de Canarias (12027183). Pendiente.

Recomendación número 106/2012, de 19 de septiembre, formulada a la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales de Cantabria (12027181). Pendiente.

Recomendación número 107/2012, de 19 de septiembre, formulada a la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (12027177). Pendiente.

Recomendación número 108/2012, de 19 de septiembre, formulada a la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades de la Comunidad de Castilla y León (12027175). Aceptada.

Recomendación número 109/2012, de 19 de septiembre, formulada al Departamento de Bienestar Social y Familia de la Comunidad Autónoma de Cataluña (12027173). Pendiente.

Recomendación número 110/2012, de 19 de septiembre, formulada a la Consejería de Salud y Política Social de la Comunidad Autónoma de Extremadura (12027169). Pendiente.

Recomendación número 111/2012, de 19 de septiembre, formulada a la Consejería de Trabajo y Bienestar de la Comunidad Autónoma de Galicia (12027168). Pendiente.

Recomendación número 112/2012, de 19 de septiembre, formulada a la Consejería de Salud, Familia y Bienestar Social de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears (12027184). Aceptada.

Recomendación número 113/2012, de 19 de septiembre, formulada a la Consejería de Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid (12027165). Aceptada.

Recomendación número 114/2012, de 19 de septiembre, formulada a la Consejería de Sanidad y Política Social de la Región de Murcia (12027164). Pendiente.

Recomendación número 115/2012, de 19 de septiembre, formulada a la Consejería de Salud y Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de La Rioja (12027069). Aceptada.

Recomendación número 116/2012, de 19 de septiembre, formulada al Departamento de Empleo y Asuntos Sociales de la Comunidad Autónoma del País Vasco (12027066). Pendiente.

Recomendación número 117/2012, de 19 de septiembre, formulada a la Consejería de Justicia y Bienestar Social de la Comunitat Valenciana (12027172). Aceptada.

Recomendación número 118/2012, de 19 de septiembre, formulada a la Consejería de Asuntos Sociales de la Ciudad Autónoma de Ceuta (12027068). Pendiente.

Recomendación número 119/2012, de 19 de septiembre, formulada a la Consejería de Bienestar Social y Sanidad de la Ciudad Autónoma de Melilla (12027067). Aceptada.

Recomendación número 120/2012, de 19 de septiembre, formulada al Departamento de Políticas Sociales de la Comunidad Foral de Navarra (12027162). Pendiente.

Esta Institución ha elaborado el informe monográfico *La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles*, que ha sido remitido a las Cortes Generales, cuya copia íntegra me complace enviarle.

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. las siguientes recomendaciones:

1. «En el marco de los organismos de coordinación existentes entre las comunidades autónomas y la Administración General del Estado, impulsar los trabajos para la elaboración de un protocolo nacional para la detección y atención de los menores víctimas de trata de personas que incluya, entre otras cuestiones, un catálogo común de los indicios de trata de personas adaptados a las especiales circunstancias de los menores de edad. También, establecer un procedimiento ágil que permita que, una vez detectado el menor y siempre que razones de seguridad lo aconsejen, pueda trasladarse dentro del territorio nacional al recurso residencial más adaptado a sus necesidades.»

2. «Impulsar la creación de mecanismos de coordinación y seguimiento entre las fiscalías provinciales y las entidades autonómicas de protección de menores en aquellos supuestos en los que los menores tutelados víctimas de trata se encuentren incursos en procedimientos penales como testigos protegidos. Los citados mecanismos deberán tener como objetivo principal la protección efectiva del menor durante la tramitación del procedimiento penal, evitando su revictimización y arbitrando los medios necesarios para que la adopción de cualquier medida tenga en cuenta su interés superior.»

3. «Al detectar menores de edad indocumentados, acompañados o no de adultos, en los intentos de entrada irregular de embarcaciones por puestos no habilitados en las costas andaluzas, activar un protocolo que deberá contemplar medidas inmediatas de identificación policial de cada uno de los menores, con indicación en su caso del

vínculo de filiación del adulto que lo acompañe. Asimismo, se deberán poner en inmediato conocimiento del Ministerio Fiscal y de la entidad de protección de menores los datos del menor y del adulto, así como el lugar donde serán trasladados. Una vez derivados al centro de acogida humanitaria, la entidad de protección de menores con competencia en esa provincia, bajo la supervisión del Fiscal, deberá iniciar un expediente de riesgo del menor hasta tanto: se acrediten los vínculos de filiación con el adulto que le acompaña; que el nacimiento del menor se encuentra inscrito en un registro, instando en su caso la inscripción de su nacimiento; así como la adopción de todas aquellas medidas necesarias en su interés.»

En la seguridad de que estas recomendaciones serán objeto de su atención, y a la espera de la preceptiva respuesta sobre la aceptación o no de las mismas.

Recomendación 121/2012, de 21 de septiembre, formulada al Instituto Nacional del Consumo, sobre el ejercicio de su legitimación para formular la acción judicial de cesación para declarar nula, por abusiva, la cláusula del contrato de transporte de una compañía aérea que autoriza a no reembolsar al pasajero el importe de un billete no utilizado cuando no se ha realizado el otro trayecto contratado (12003440). Aceptada.

Hemos recibido su escrito de 27 de junio de 2012, n.º registro salida (...), en relación con la queja n.º 12003440, formulada por don (...), en el que indican que algunas resoluciones judiciales han declarado abusiva la cláusula de los contratos de la compañía de transporte aéreo Iberia Líneas Aéreas de España, S. A., que le permite, en ofertas de viajes de ida y vuelta, cancelar el trayecto no realizado. En cuanto a la acción de cesación, que permitiría una declaración judicial de nulidad de la cláusula con carácter general, se refieren únicamente a la competencia de las comunidades autónomas para su ejercicio, de acuerdo con el artículo 46 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 26 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Esas manifestaciones constan realizadas también en la investigación de esta Institución de la queja n.º 11003716, por la cláusula de los contratos de la compañía aérea Ryanair que obliga al pasajero a pagar una cantidad si no lleva impresa la tarjeta de embarque, la cual se había declarado abusiva en un proceso judicial. Se recordó al Instituto Nacional de Consumo su competencia para ejercer la acción de cesación ante cláusulas generales consideradas abusivas, y 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.

Contestaron que se habían planteado el ejercicio de la citada acción judicial, pero no sería formulada tras la Sentencia de 5 de octubre de 2011 de la Audiencia Provincial de Barcelona, que había declarado no abusiva la cláusula en cuestión.

En la investigación actual las diversas sentencias dictadas coinciden en considerar abusiva la cláusula de Iberia Líneas Aéreas de España, S. A., mediante la que se deniega al viajero el reembolso de un billete no utilizado cuando no ha realizado el otro trayecto contratado y el Comité Económico y Social Europeo ha propuesto una reforma del Reglamento (CE) 261/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, mediante la que se prohíba tal práctica de las compañías aéreas.

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:

> «Dado que se ha declarado judicialmente, a instancia de particulares, el carácter abusivo de la cláusula establecida en los contratos de transporte de viajeros por la compañía aérea Iberia Líneas Aéreas de España, S. A., que le autoriza a cancelar un trayecto cuando no se ha utilizado el otro en una oferta de viaje de ida y vuelta, 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».

Agradeciendo la remisión a esta Institución del preceptivo informe, en el que 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.

Recomendación 122/2012, de 26 de septiembre, formulada a la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera del Ministerio de Economía y Competitividad, sobre los seguros de vida y de desempleo vinculados a los préstamos hipotecarios (11021077). Pendiente.

Esta Institución inició una investigación de oficio ante el Banco de España y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, sobre la exigencia de las entidades bancarias, como requisito fundamental para la concesión de un préstamo hipotecario, de la suscripción de un seguro de vida o de desempleo con sus propias compañías aseguradoras a los clientes.

Los ciudadanos, al quedarse sin empleo, han solicitado a las compañías la aplicación de la cobertura de dicha contingencia, siéndoles denegada alegando que no tienen derecho a la indemnización por carecer de contrato indefinido, que constituye un requisito imprescindible en la póliza. Las primas de dicha póliza son elevadas al estar calculadas en función del préstamo concedido o de las cuotas mensuales.

Las entidades bancarias conocen la situación laboral de sus clientes, puesto que entre la documentación necesaria para conceder los préstamos hipotecarios se encuentra el contrato de trabajo o similar, saben antes de obligar a suscribir las pólizas de seguro que no se cumple el requisito fundamental para desplegar la cobertura, el contrato laboral indefinido, lo que provoca la ausencia de interés asegurable.

A los funcionarios y militares las entidades bancarias también les han obligado a suscribir un seguro de vida y de desempleo vinculado al préstamo hipotecario, a sabiendas de que no es probable que se queden sin trabajo. En el caso de los militares al tener un empleo de riesgo se les excluye de la cobertura de fallecimiento del seguro de vida.

Los clientes al conocer que no existe la posibilidad de cubrir la contingencia de desempleo, y la de fallecimiento en el caso de los militares, consideran que no ha existido una información clara, ajustada y transparente por parte de las entidades bancarias, por la falta de interés asegurable. Por lo que proceden a solicitar a las compañías de seguros la anulación de la póliza y la devolución de las primas abonadas, solicitud que es rechazada, produciéndose un enriquecimiento injusto de las compañías aseguradoras que pertenecen a las mismas entidades bancarias, que no han corrido riesgo alguno.

Las entidades crediticias han incrementado sus ingresos a través de sus entidades aseguradoras con la imposición de la contratación de los seguros. El poder negociador de los clientes bancarios es limitado o prácticamente nulo frente a las entidades bancarias, por lo que se han visto y se verán abocados a aceptar las condiciones que proponen las entidades si quieren acceder a los préstamos aunque tengan consecuencias negativas, o rechazarlo por no poder hacer frente al pago, al ser la parte más débil de la relación contractual.

Estas razones han llevado a esta Institución a recomendar a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones y al Banco de España:

> «Que valore la necesidad de establecer restricciones a esta práctica generalizada de las entidades bancarias, de imponer la contratación de productos vinculados a los préstamos, como los seguros, y que se observe una mayor diligencia por parte de las compañías aseguradoras a la hora de redactar las pólizas, así como que se ex-

tremen las cautelas en la interpretación que se efectúa de estas pólizas, ya que está claro que los ciudadanos no han prestado su consentimiento libre e informado».

El Banco de España en respuesta a las recomendaciones señala que nada impide que una entidad pueda ofrecer la suscripción de un préstamo en determinadas condiciones si el prestatario cumple uno o varios requisitos adicionales, como puede ser la contratación de un seguro de unas determinadas características. Pero se exige a las entidades el cumplimiento de unas obligaciones y, entre ellas, las de información al cliente que, en el concreto ámbito de los contratos vinculados, la Orden EHA/2899/2011 pretende reforzar.

El citado organismo ha venido estableciendo criterios de buenas prácticas en la comercialización de estos productos, que imponen a las entidades de crédito la necesaria armonización de sus intereses con los de su cliente, procurando que el producto de aseguramiento comercializado se adapte a las circunstancias y características del prestatario a la vez que sirva de cobertura para la propia entidad.

Esta Institución considera que no se ha procedido con rotundidad frente al incumplimiento de las buenas prácticas y se ha permanecido impasible ante el abuso de las entidades bancarias frente a los clientes que no dieron su consentimiento voluntario a la suscripción de los seguros, y que, además, estos seguros no se adaptaban a las circunstancias y características del prestatario.

La Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones ha aceptado nuestras recomendaciones, informando que la Ley de contrato de seguro se encuentra en un procedimiento de reforma, que se aprovechará para introducir medidas para dotar de mayor transparencia a los contratos con el objeto de hacer más comprensible el contenido de la póliza, aclarar ciertas contradicciones y conformar un proceso contractual equitativo, con la finalidad de reforzar la protección de los asegurados.

En lo que respecta a la Recomendación sobre la necesidad de establecer restricciones a la práctica de las entidades bancarias de imponer en la contratación de los seguros de protección de préstamos, comunica que han dado traslado de nuestro escrito a esa Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, órgano competente en materia de regulación de entidades de crédito, así como a la Asociación Empresarial del Seguro (UNESPA) para su conocimiento y valoración.

Le solicitamos información sobre el problema planteado, en la 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.

Recomendación 123/2012, de 2 de octubre, formulada a la Entidad Pública Empresarial Renfe-Operadora del Ministerio de Fomento, sobre los requisitos para la obtención de la tarjeta dorada para jubilados de clases pasivas (12008324). Aceptada.

Se ha recibido su escrito de 6 de julio de 2012, salida 333, en relación con la queja número 12008324, formulada por don (...), indicando que este no cumple los requisitos de la oferta comercial «tarjeta dorada», pues justifica una minusvalía en grado del 33 por ciento, conforme a la Ley 51/2003, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, en lugar del 65 por ciento, y porque en el documento adjunto a la solicitud sólo consta inutilidad permanente para el servicio y no incapacidad permanente total.

Al recibir la queja del interesado se apreció con claridad el requisito de minusvalía de la oferta comercial, pero no el relativo a que los pensionistas de clases pasivas o retirados militares deban encontrarse en situación de incapacidad física o psíquica permanente total, pues el artículo 28, apartado 2.b) del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Clases Pasivas, no establece una clasificación de la incapacidad como en el régimen general de la Seguridad Social, pues solo existe la incapacidad total y no la absoluta, ni la gran invalidez.

Siendo así, no procedería denegar la solicitud de pensionistas de clases pasivas y retirados militares sin haber dado la oportunidad de demostrar una incapacidad física o psíquica permanente total (además de las otras situaciones) conforme al régimen general de la Seguridad 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, procede formular a Renfe-Operadora la siguiente recomendación:

> «En la resolución de solicitudes de la denominada «tarjeta dorada» por parte del personal jubilado de clases pasivas o retirados militares, al valorar el requisito de encontrarse en situación de incapacidad física o psíquica permanente total, se ha de tener en cuenta que en el artículo 28.2.b) y c) del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, que aprueba el texto refundido de la Ley de Clases Pasivas, se regula la incapacidad permanente para el servicio o inutilidad sin establecer los grados de invalidez permanente contemplados en el artículo 137 de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por el texto refundido de 20 de julio de 1994».

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.

Recomendación 124/2012, de 2 de octubre, formulada al Servicio Cántabro de Salud, para que se preste directamente, y se asuma como integrada en la cartera de servicios, la atención bucodental en los procedimientos que afecten a personas con discapacidad y que deban realizarse con anestesia general en centros hospitalarios (11019639). Pendiente.

Hemos recibido su escrito (s/ref: registro de salida número...), en relación con la queja planteada ante esta Institución por doña (...), registrada con el número arriba indicado.

En el mencionado escrito se pone de relieve, entre otros extremos, que «el niño (...) fue derivado por su odontóloga y pediatra de atención primaria al Centro de Salud Bucodental, donde se detectaron varias caries en piezas temporales, indicándose que, dadas sus características, precisaría anestesia general para su tratamiento» y que «se informó a la familia de que esta prestación no está incluida en la cartera de servicios del centro».

Esta Institución no puede compartir el criterio expuesto por ese Servicio de Salud para justificar la exclusión de una prestación que debe ser facilitada directamente por el Sistema Nacional de Salud. Y ello, con base en los razonamientos que seguidamente se expresan.

En primer lugar, porque algunas personas con discapacidad, como es el caso del citado menor, precisan tratamientos de salud bucodental que sólo se pueden llevar a cabo en centros hospitalarios, debido precisamente a la discapacidad que padecen. De ahí, se desprende que estas personas se encuentran en una situación bien distinta respecto al resto de la población en general, en cuanto al procedimiento necesario para acceder a determinadas prestaciones de salud.

En segundo término, porque el artículo 49 del texto constitucional consagra que los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de las personas con discapacidad, a quienes amparará especialmente para el disfrute de los derechos que la Constitución otorga a todos los ciudadanos. De ello, se infiere que, desde la perspectiva constitucional, las mencionadas personas no solo son acreedoras al conjunto de derechos del resto de los ciudadanos, sino que también son beneficiarias del plus de atención pública que se deriva de los principios rectores de la política social y económica por la que se deben regir los poderes públicos.

En tercer lugar, porque la no inclusión, entre las prestaciones facilitadas directamente por el sistema público sanitario, de aquellos tratamientos bucodentales que precisan las personas con discapacidad y que deben aplicarse en centros hospitalarios, puede obstaculizar, si no impedir, que estos ciudadanos accedan a prestaciones sanitarias imprescindibles para su salud.

Y, en cuarto y último lugar, porque el apartado 9.6 del anexo II del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, determina: «En el caso de personas con discapacidad que, a causa de su deficiencia, no son capaces de mantener, sin ayuda de tratamientos sedativos, el necesario autocontrol que permita una adecuada atención a su salud bucodental, para facilitarles los anteriores servicios serán remitidas a aquellos ámbitos asistenciales donde se les pueda garantizar su correcta realización».

Con fundamento en lo expuesto, y en uso de las facultades conferidas por el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, esta Institución ha acordado dirigir a V. I. la siguiente recomendación:

> «Que, por el Servicio Cántabro de Salud, se valore la oportunidad de adoptar las medidas oportunas para garantizar, en su ámbito territorial, que el sistema público sanitario preste directamente la atención bucodental en los procedimientos que afecten a personas con discapacidad y que deban realizarse con anestesia general en centros hospitalarios».

Y la siguiente sugerencia:

> «Que –dado el criterio sustentado por los especialistas médicos del servicio de salud, en el sentido de que el reseñado menor precisaba anestesia general para la aplicación del tratamiento odontológico– se valore la viabilidad de dictar las instrucciones pertinentes, en orden a que el Servicio Cántabro de Salud, tras la revisión de oficio de la resolución dictada en relación con la solicitud de reintegro de gastos formulada por la señora (...), asuma directamente el coste del tratamiento financiado por la interesada y efectuado en un centro del sector privado, ante su denegación en la sanidad pública».

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 se acepta o no la recomendación y la sugerencia formuladas, así como, en caso negativo, las razones que se estimen para su no aceptación.

Recomendación 125/2012, de 11 de octubre, formulada al Ministerio de Justicia, sobre los derechos de las víctimas del terrorismo (12036015). Aceptada.

La Historia de la España contemporánea debe dejar constancia de todo un período en el que los españoles se han sentido sacudidos de manera muy grave por el terrorismo.

Durante décadas el terrorismo ha causado un profundo dolor a cientos de familias que han sufrido atentados con pérdida de vidas y secuelas para siempre. Además, miles de personas han vivido y todavía viven bajo esa amenaza por la que se han visto obligadas a cambiar sus vidas, su residencia y sus hábitos.

A la vista de que el Ministerio de Justicia va a presentar un Estatuto de la Víctima, formulo a V. E., de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, para su incorporación al mismo, las siguientes recomendaciones:

Generales

1ª) «Que se dote a las víctimas del terrorismo de un tratamiento específico en el Estatuto de la Víctima que tenga en cuenta la condición de las víctimas de estos delitos y desarrolle los principios de memoria, dignidad, justicia y verdad establecidos en la Ley de reconocimiento y protección integral.»

2ª) «Que se establezca un «sistema permanente de comunicación», bien en la Dirección General de Apoyo a las Víctimas del Terrorismo, bien en la Oficina de Atención a las Víctimas del Terrorismo de la Audiencia Nacional, con todas las víctimas del terrorismo para que estas conozcan las decisiones de ámbito general que se adoptan en materia antiterrorista y tengan voz ante las administraciones con respecto a las cuestiones que les afectan.»

3ª) «Que el Estado ejercite todas las acciones civiles que sean posibles contra los autores de delitos de terrorismo con posterioridad a subrogarse en los derechos de las víctimas. De tal modo que los autores de los delitos asuman no solo las responsabilidades penales, sino también las civiles, teniendo en cuenta que es el Estado, y en última instancia el conjunto de la sociedad, quien ha adelantado las indemnizaciones por razones de solidaridad.»

4ª) «Que el Estado refuerce las acciones que lleva a cabo actualmente para evitar la impunidad de los delitos de terrorismo, e impida en la medida de lo posible la prescripción; asimismo, que adopte todas las decisiones necesarias, incluso legislativas, para que no se produzca tal impunidad, teniendo en cuenta en particular el elevado número de asesinatos en los que no se han depurado responsabilidades.»

5ª) «Que se aborde progresivamente el igualar el trato en materia de indemnizaciones a todas las víctimas del terrorismo, teniendo en cuenta la evolución de la jurisprudencia sobre la cuantía de las mismas y las dificultades existentes para que un elevado número de víctimas obtenga las reparaciones que se derivarían de una sentencia condenatoria.»

6ª) «Que los exiliados por causa del terrorismo gocen de reconocimiento y plenitud de derechos, con particular atención a los derechos electorales que les fueron privados por la acción criminal del terrorismo.»

7ª) «Que se refuercen las acciones que se llevan a cabo en materia de becas de estudio no universitarias y universitarias y de apoyo educativo a las víctimas del terrorismo en todos los niveles de enseñanza.»

Procesales

8ª) «Que las víctimas del terrorismo sean informadas con suficiente antelación de la celebración de las vistas en los procesos penales en que estuviesen concernidas, y reciban toda la ayuda necesaria para asistir a los procesos penales, si así lo desean, durante su desarrollo. En particular, no deben compartir espacios en los edificios judiciales con personas del entorno de los autores de los delitos y tendrán preferencia absoluta para asistir a la vista con respecto a otras personas.»

9ª) «Que las víctimas del terrorismo tengan la condición de parte en el ámbito de la jurisdicción del juez central de vigilancia penitenciaria, cuando deba adoptarse una decisión con respecto al autor del delito.»

10ª) «Que las asociaciones de víctimas del terrorismo legalmente reconocidas puedan ejercitar la acusación popular sin ninguna restricción en los procesos penales, de modo que la imposición de fianzas no limite sus posibilidades de actuación procesal.»

11ª) «Que las víctimas del terrorismo estén exentas del pago de las costas procesales derivadas del ejercicio de acciones civiles y penales en defensa de sus derechos.»

Penitenciarias

12ª) «Que las víctimas del terrorismo sean informadas con precisión de la situación penitenciaria del autor del delito en cada momento mediante un procedimiento ágil y fácilmente accesible. En particular, en los supuestos de finalización de la condena, acceso al tercer grado o a la libertad condicional, que sean informadas, con suficiente antelación, de la fecha de salida de la prisión o de inicio del tercer grado de tratamiento penitenciario.»

13ª) «Que las víctimas del terrorismo sean oídas con carácter previo a la adopción por la Administración penitenciaria de cualquier medida relativa a la clasificación del autor del delito (progresiones y regresiones de grado).»

14ª) «Que el arrepentimiento del autor del delito, manifestado por escrito, sea presupuesto para cualquier medida que mejore su situación penitenciaria y que tal arrepentimiento se objetive también mediante la colaboración con las autoridades en el esclarecimiento de los delitos que hubiera cometido o de los que tuviera conocimiento.»

Función Pública

15ª) «Que se adopten medidas específicas incluida la reserva de plazas en las pruebas de acceso a la función pública –en cuanto puedan ser aplicables–, de acuerdo con la línea establecida sobre derechos laborales de las víctimas del terrorismo en la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.»

16ª) «Que se garantice un trato efectivo igualitario a todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad víctimas del terrorismo en materia de honores y condecoraciones.»

En espera de la preceptiva respuesta a estas recomendaciones.

Recomendación 126/2012, de 15 de octubre, formulada a la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, sobre el devengo de la paga extra suprimida correspondiente al mes de diciembre de 2012, y sobre el destino futuro de las cantidades correspondientes a dicha supresión (12086851). Rechazada.

A lo largo de los últimos meses se han venido recibiendo en esta Institución numerosos escritos solicitando del Defensor del Pueblo el ejercicio de su legitimación para la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad. Además de cuestionar otros contenidos del real decreto-ley, la práctica totalidad de los escritos mencionados, que son varias decenas de miles, muestran su desacuerdo con la supresión de la paga extraordinaria así como de la paga adicional de complemento específico, o pagas adicionales equivalentes, del próximo mes de diciembre de este año, fundamentando su queja en argumentaciones diversas relativas a la desigualdad de trato entre los empleados públicos y los del sector privado y al carácter expropiatorio de la medida en tanto en cuanto en el momento de publicación del real decreto-ley ya se habría devengado total o parcialmente esta retribución.

Para la toma en consideración de estos escritos esta Institución ha tenido en cuenta la reciente doctrina del Tribunal Constitucional en relación con anteriores recortes retributivos aplicados al personal del sector público por idéntico vehículo normativo sobre los que se ha pronunciado en varios autos recientes como se recoge en el 184/2011, donde se dice:

> «... procede descartar la duda de constitucionalidad planteada en cuanto a la pretendida vulneración del artículo 33 CE en cuanto que el Real Decreto-ley 8/2010 recortaría derechos económicos adquiridos de los funcionarios públicos reconocidos para toda la anualidad presupuestaria por la Ley 26/2009 de Presupuestos Generales del Estado para 2010. En efecto, como ya señalamos en el ATC 179/2011, FJ 7.c) «tal argumento carece de fundamento, por cuanto la reducción de retribuciones impuesta por el artículo 1 del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, mediante la modificación de los artículos 22, 24 y 28 de la Ley 26/2009, de Presupuestos Generales del Estado para 2010, lo es con efectos de 1 de junio de 2010 respecto de las retribuciones vigentes a 31 de mayo de 2010, esto es, afecta a derechos económicos aún no devengados por corresponder a mensualidades en las que aún no se ha prestado el servicio público y, en consecuencia, no se encuentran incorporados al patrimonio del funcionario, por lo que no cabe hablar de derechos adquiridos de los que los funcionarios hayan sido privados sin indemnización (art. 33.3 CE), ni de una regulación que afecta retroactivamente a derechos ya nacidos»».

No puede dejar de observarse, como hacen muchos de los escritos recibidos, que el Real Decreto-ley 20/2012 se publicó en el *BOE* correspondiente al día 14 de julio de 2012, entrando en vigor al día siguiente de su publicación, lo que plantea alguna duda respecto a si en esa fecha alguno de los derechos económicos afectados eran tales por haberse ya consolidado o si eran meras expectativas no susceptibles de ser tomadas aquí en consideración. Las pagas extraordinarias, como afirma una reiterada doctrina jurisprudencial (por todas, Sentencia de 21 de abril de 2010 de la Sala de lo Social, Sección Primera, del Tribunal Supremo) «cons-

tituyen una manifestación del llamado salario diferido, se devengan día a día, aunque su vencimiento tiene lugar en determinados meses del año, y su importe debe equipararse al salario regularmente percibido por el trabajador, salvo que por norma convencional de carácter prioritario se establezcan exclusiones, o bien, importes específicos». La indudable naturaleza salarial de las pagas o gratificaciones extraordinarias, tanto en el ámbito del Derecho laboral (art. 31 ET) como en el ámbito de la función pública (art. 22 del Estatuto Básico del Empleado Público), han llevado a concluir a la jurisprudencia, como ya se ha mencionado, que responden al trabajo efectivamente realizado durante el período al que las mismas hagan referencia, ya sea éste anual o semestral, en razón de lo que puede variar el período de cómputo, pero que no altera la naturaleza propia de estas pagas o gratificaciones extraordinarias.

En el presente caso, el artículo 2 del Real Decreto-ley 20/2012, si bien con carácter excepcional suprime la paga extraordinaria correspondiente al mes de diciembre para el personal del sector público, decisión normativa que entra en vigor el día 15 de julio de 2012 cuando, ya sea en cómputo semestral o anual, el personal afectado había prestado parte de los servicios que retribuye dicha paga. Como antes se ha visto, el Tribunal Constitucional no aceptó la alegación relativa al carácter expropiatorio de alguno de los preceptos del Real Decreto-ley 8/2010, que imponían reducciones retributivas para este personal sobre la base de que tales reducciones afectaban a retribuciones futuras y no a las ya devengadas en razón del período de tiempo trabajado, distinguiendo así lo que eran derechos adquiridos del personal y lo que eran meras expectativas, para concluir que respecto de las segundas y por su propia naturaleza no era admisible la alegación sobre el carácter expropiatorio de la medida. La aplicación de esta misma doctrina al presente caso podría apuntar hacia una solución diversa de la entonces alcanzada, con lo que ello implica, si se entendiera como parece que al menos una parte de la paga o gratificación extraordinaria suprimida correspondería a un período de trabajo que la hubiera ya devengado.

Esta conclusión podría matizarse al tomar en consideración la previsión contenida en el número 4 del artículo 2 del Real Decreto-ley, a tenor de la cual las cantidades derivadas de la supresión de la paga extraordinaria y de las pagas adicionales de complemento específico, o pagas adicionales equivalentes, habrán de destinarse en ejercicios futuros a realizar aportaciones a planes de pensiones o contratos de seguro colectivo que incluyan la cobertura de la contingencia de jubilación. Se trataría entonces no tanto de una supresión cuanto de una suspensión de la retribución diferida que ya es de por sí la paga extraordinaria, al preverse su ulterior ingreso en los planes de pensiones o contratos de seguro a que acaba de hacerse referencia.

Sin embargo, la inconcreción del precepto no permite deducir si las cantidades a ingresar serán las correspondientes a la paga extraordinaria de cada afectado por su supresión y en su favor, o si, más genéricamente, lo previsto es destinar la cuantía global ahorrada con la supresión a esas aportaciones, aunque sin correspondencia con las detracciones realizadas a cada empleado público.

Si esta última interpretación del precepto es la correcta, no quedan despejadas las dudas antes referidas ni cabe excluir tampoco taxativamente que la previsión examinada suponga una restricción o limitación de derechos con carácter retroactivo de incierta compatibilidad con el artículo 9.3 de la Constitución. Además, pueden plantearse problemas en relación con el principio de igualdad dado que no todos los empleados públicos, ni siquiera todos los fun-

cionarios públicos, son titulares de esos fondos de pensiones o contratos de seguro colectivo en los que en algún momento compensar la pérdida económica que supone la supresión de la paga extraordinaria de diciembre de este año 2012.

A todo ello hay que añadir que la previsión de la norma está sometida sin mayores concreciones «a lo establecido en la Ley Orgánica 2/2012, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera» y que se aplicará cuando proceda «en los términos y con el alcance que se determine en las correspondientes leyes de presupuestos». Como resulta de todo punto evidente, los aspectos hasta aquí reseñados ponen de manifiesto la fragilidad, la debilidad y la inconcreción de esta incierta garantía en relación con la certeza inmediata de la pérdida de la paga extraordinaria o equivalente del personal al servicio del sector público.

En este punto, y antes de tomar una decisión respecto de la procedencia o no de interponer el recurso de inconstitucionalidad solicitado, se ha tenido conocimiento de que el Parlamento de Navarra, en sesión celebrada el día 27 de septiembre de 2012, aprobó la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 2 del Real Decreto-ley donde se prevé la supresión de la paga, además de contra otros preceptos de la norma, si bien estos últimos por razones estrictamente competenciales. Al respecto, debe recordarse que desde el comienzo de sus actividades y sin perjuicio de su libertad de acción en cada supuesto planteado, el Defensor del Pueblo, de acuerdo con la Junta de Coordinación y Régimen Interior, ha venido manteniendo el criterio general de no ejercitar la legitimación que le confiere el artículo 162.1.a) de la Constitución española, el artículo 32.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, y el artículo 29 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, cuando la acción sea iniciada por cualquiera de los restantes sujetos legitimados para ello. Este criterio, al margen de evidentes razones de economía procesal, tiene relación directa con la preservación de la neutralidad política que debe caracterizar la actuación del Defensor del Pueblo. El rango constitucional de la Institución, su carácter de Comisionado parlamentario y la autoridad moral de la que gozan sus resoluciones, parecen aconsejar la inhibición del Defensor del Pueblo, en cualquier pugna procesal en la que su intervención no resulte imprescindible para cumplir adecuadamente su misión de garantizar los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos.

Lo anterior no implica que el Defensor del Pueblo deje de tomar en consideración las quejas recibidas y menos aún teniendo en cuenta las dudas que suscita la regulación contenida en el Real Decreto-ley y que antes han quedado expresadas. Dudas estas que, por otra parte, llevan a considerar que el cumplimiento riguroso de la norma puede provocar situaciones injustas o perjudiciales para los ciudadanos, lo que autoriza a esta Institución, de acuerdo con lo establecido en el artículo 28.2 de su Ley Orgánica reguladora, a sugerir su modificación.

En concreto, la previsión contenida en el número 4 del artículo 2º sobre el destino futuro de las cantidades derivadas de la supresión de la paga extraordinaria o pagas equivalentes es susceptible de generar un trato desigual entre aquellos empleados públicos que disponen de planes de pensiones o contratos de seguro colectivo que incluyan la cobertura de la contingencia de jubilación y los que no disponen de los mismos. Por otra parte, está justificada la duda respecto a la posible existencia de derechos adquiridos en función del trabajo ya realizado y que debe ser retribuido cuando se publicó este real decreto-ley. Adicionalmente, cabe mencionar que la norma carece de criterios de progresividad para su aplicación, más allá de la exclusión de aquellos empleados públicos que no alcancen en cómputo anual 1,5

veces el salario mínimo interprofesional, criterios estos que hubieran sido sin duda deseables dado que el impacto económico de la supresión de la paga extraordinaria o equivalente es desigual en razón de las retribuciones percibidas por los afectados y de las obligaciones económicas a las que deban hacer frente.

Por todo ello, 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. las siguientes recomendaciones:

> «Que se interpreten las previsiones del real decreto-ley en lo referido a la supresión de la paga extraordinaria o equivalente del mes de diciembre de 2012, de acuerdo con la doctrina constitucional a que antes se ha hecho referencia, restringiendo su aplicación a la cuantía no devengada de la misma referida al momento en que se publicó la medida».
>
> «Que se concrete el destino de las cantidades derivadas de la supresión de la paga extraordinaria o equivalente en ejercicios futuros habilitando fórmulas adicionales a las aportaciones a planes de pensiones y contratos de seguro colectivos, de modo que puedan beneficiarse de tales retornos la totalidad de empleados públicos afectados por la medida.»

Todo ello sin perjuicio de cualesquiera otras actuaciones que se juzguen convenientes para la mejor aplicación de la medida, sopesándose la posibilidad de introducir modificaciones en el real decreto-ley para concretar su alcance y para ampliar las fórmulas de resarcimiento futuro ofertando a los afectados la posibilidad de optar entre las mismas.

Agradeciendo de antemano a V. E. la remisión a esta Institución de la preceptiva información, 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.

Recomendación 127/2012, de 15 de octubre, formulada a la Secretaría de Estado de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, efectuada con ocasión del examen sobre la constitucionalidad del artículo 21 del Real Decreto-ley 20/2012, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, relativas al Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre que regula la Renta Activa de Inserción (12013551). Aceptada parcialmente.

Ante esta Institución se han presentado diversas quejas en las que se plantean la disconformidad con el artículo 21 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, modifica el Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de Renta Activa de Inserción (RAI) para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo.

Dicha modificación añade dos párrafos a la letra b) y modifica la letra c) del apartado 1 del artículo 2, que quedan redactados en los términos siguientes:

> «Artículo 2
>
> 1. (...)
>
> b) Durante la inscripción como demandante de empleo a que se refiere el párrafo anterior deberá buscarse activamente empleo, sin haber rechazado oferta de empleo adecuada ni haberse negado a participar, salvo causa justificada, en acciones de promoción, formación o reconversión profesionales u otras para incrementar la ocupabilidad. La salida al extranjero, por cualquier motivo o duración, interrumpe la inscripción como demandante de empleo a estos efectos.
>
> En los supuestos en que se interrumpa la demanda de empleo, se exigirá un período de 12 meses ininterrumpidos desde la nueva inscripción.
>
> c) Haber extinguido la prestación por desempleo de nivel contributivo y/o el subsidio por desempleo de nivel asistencial establecidos en el título tercero del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, salvo cuando la extinción se hubiera producido por imposición de sanción, y no tener derecho a la protección por dicha contingencia.
>
> Este requisito no se exigirá en los supuestos previstos en las letras b) y c) del apartado 2 de este artículo».

En cuanto al último inciso del párrafo 1, en tanto que «la salida al extranjero, por cualquier motivo o duración, interrumpe la inscripción como demandante de empleo a estos efectos», las quejas se centran en la posible vulneración de la libertad de circulación garantizada por la Constitución y que constituye también una de las dimensiones básicas de la ciudadanía europea.

Al mismo tiempo las quejas ponen de manifiesto que la lectura aislada del mencionado requisito induce a confusión, dado que no se clarifica suficientemente si la limitación de salida al extranjero se refiere a un requisito previo para acceder al Programa o supone una obligación *ex novo* para los perceptores de la Renta Activa de Inserción.

Igualmente se han recibido quejas en las que se pone de manifiesto una discrepancia con la no aplicación al colectivo de personas discapacitadas de la excepción prevista a favor de otros colectivos, respecto del requisito de haber extinguido la prestación o el subsidio de desempleo, para el acceso al referido programa.

En cuanto a la primera de las cuestiones planteadas, al tener conocimiento esta Institución de que el Servicio Público de Empleo Estatal ha dictado «Instrucciones provisionales para la aplicación del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, en aspectos relativos a la protección por desempleo», se solicitó de la entidad gestora la remisión de las mismas a fin de conocer los términos exactos en que la Administración pretendía aplicar dicha norma.

La lectura de las instrucciones remitidas permite comprobar que la salida al extranjero por cualquier motivo y duración durante los doce meses previos a la solicitud de la RAI, implica la interrupción de la demanda de empleo y, en consecuencia, la imposibilidad de acceder al programa.

No obstante, las instrucciones precisan que se considera cumplido el requisito cuando el solicitante acredite que la salida ha estado motivada por alguna de las siguientes causas y no ha superado el período señalado en cada caso:

a. Búsqueda o realización de trabajo, cuando la estancia sea por un período inferior a 90 días.

b. Perfeccionamiento profesional, cuando la estancia sea por un período inferior a 90 días.

c. Cooperación internacional, cuando la estancia sea por un período inferior a 90 días.

d. Matrimonio o nacimiento de hijo, cuando la estancia sea por un período igual o inferior a 15 días naturales.

e. Fallecimiento o enfermedad grave del cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, cuando la estancia sea un período igual o inferior a 15 días naturales.

f. Cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, por un período de estancia igual o inferior a 15 días naturales.

Las citadas instrucciones añaden que, una vez aprobado el acceso al programa de Renta Activa de Inserción, a los trabajadores admitidos les serán de aplicación las mismas normas que al resto de perceptores de prestaciones o subsidios, en cuanto al traslado al extranjero. Dichas normas se encuentran recogidas en el anteriormente citado Real Decreto 625/1985, según redacción del Decreto 1369/2006. Así, el traslado al extranjero para la búsqueda o realización de trabajo o perfeccionamiento profesional o cooperación internacional por un período inferior a 6 meses, supone la baja temporal en el programa y posibilita su reanudación, previa solicitud en los 15 días hábiles siguientes al retorno.

Esta Institución entiende que los términos exactos en que se expresa la norma salida del real decreto-ley resultan innecesariamente categóricos, inducen a equívocos y no contemplan adecuadamente la duración y las circunstancias que pueden justificar la salida al extranjero del demandante de empleo. Es cierto que la Administración ha atemperado por la vía de la

práctica y con carácter provisional la rotundidad del postulado normativo. De hecho, examinados los criterios que la Administración ha fijado para apreciar cuándo se ha producido un traslado al extranjero, esta Institución considera que no suponen una vulneración de la Constitución, siempre que los mismos se mantengan en iguales o similares términos.

No obstante, una instrucción no parece el cauce adecuado para regular los derechos y obligaciones de los ciudadanos. En efecto, las instrucciones, previstas en el artículo 21 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, tal como recoge la jurisprudencia, entre otras la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2006, son manifestaciones de las potestades que la ley otorga a los órganos jerárquicos superiores para asegurar un funcionamiento coherente en el seno de una organización administrativa determinada. No estamos, por tanto, ante normas jurídicas y por ello carecen de eficacia jurídica constitutiva y habilitante, ya que solo vinculan a los órganos a los que se dirigen y no tienen eficacia sobre terceros, sin que puedan innovar el ordenamiento jurídico o modificar e introducir requisitos no previstos en un precepto legal, dado que ello vulneraría el principio de seguridad jurídica.

En el caso que nos ocupa, a la vista de los términos en los que la norma ha quedado redactada, parece necesario proceder a una modificación de la misma, en la que si se mantiene la alusión a los efectos que lleva aparejado la salida del territorio nacional, se precise igualmente qué situaciones se entenderán incluidas dentro de dicho concepto y cuáles no.

Tal modificación, salvo que impusiera ex novo alguna obligación de carácter personal no prevista por la ley, puede abordarse por vía reglamentaria, circunstancia que no queda impedida por el hecho de que la modificación que se viene examinando se haya adoptado por decreto-ley, dado que la disposición final séptima del propio Real Decreto-ley 20/2012 permite que la reforma de los preceptos reglamentarios modificados por dicha norma con valor de ley pueda realizarse a través de normas reglamentarias de rango adecuado, en este caso un decreto.

Al mismo tiempo, al objeto de salvaguardar la seguridad jurídica y mejorar la información que la Administración ofrece a los ciudadanos, parece necesario velar por que los instrumentos informativos dirigidos a los solicitantes de Renta Activa de Inserción y a las personas que se encuentran incluidas en dicho programa resulten claros sobre los términos, circunstancias y límites temporales que se fijen para los desplazamientos al extranjero. Ha de tenerse especialmente en cuenta que la lectura de los términos de la norma, tal y como ha quedado en el Real Decreto-ley 20/2012, puede llevar a la creencia de que existe una prohibición radical de salir de España, por cualquier motivo o duración, lo que resulta no ser cierto, pero esta información no está plenamente accesible para los ciudadanos. Ello no resulta acorde con principios constitucionales reconocidos en el artículo 9.3, como la seguridad jurídica o la publicidad de las normas.

En segundo lugar, en lo que afecta a la modificación de la letra c) del artículo 2 del Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, el término de comparación sobre el que se sustentan las quejas para defender la inclusión de de las personas discapacitadas entre los colectivos a cuyos miembros no se exige haber extinguido una prestación o subsidio por desempleo para acceder a esta renta de inserción, se basa en que los tres colectivos figuran aludidos en el texto del precepto, concretamente en su párrafo segundo, como merecedores de un trato más

favorable, que deriva de su consideración como colectivos con especiales dificultades para su inserción o permanencia en el mercado laboral. Sin embargo, al introducir un nuevo requisito se ha excepcionado de la necesidad de cumplir con el mismo únicamente a dos (emigrantes retornados y víctimas de violencia de género o de violencia doméstica) y no a los tres colectivos contemplados.

Esta Institución entiende que la especial dificultad de acceso al empleo, que puede padecer una buena parte del colectivo de personas con discapacidad, aconseja una regulación más específica de los requisitos a exigir a este colectivo o, al menos, a determinados grupos de personas encuadradas en el mismo.

Según los resultados del estudio «El empleo de las personas con discapacidad» (EDP), publicados por el Instituto Nacional de Estadística en junio de 2012, la baja participación laboral del colectivo se encuentra muy determinada por la variable género y el tipo e intensidad de la discapacidad. En efecto, son constatables los altos índices de desempleo, inactividad y déficit de formación de las mujeres con discapacidad, así como la disminución de la tasa de actividad a medida que aumenta el grado de la discapacidad, y que resulta especialmente preocupante en el segmento de grado de discapacidad igual o superior al 75 por ciento. En el caso de las mujeres con discapacidad sus niveles de dependencia económica institucional son mucho mayores y los datos de la citada encuesta una generalizada falta de incorporación al mercado de trabajo y un nivel de vida medio por debajo, o en el límite, del umbral de la pobreza.

Por otra parte, la EDP destaca que, en el año 2010, el sistema público de prestaciones benefició a casi 60 de cada 100 personas discapacitadas, de las cuales el 82 por ciento recibió la prestación debido a una incapacidad, y tan solo un 3,2 por ciento prestación exclusivamente en términos no contributivos, es decir, sin haber cotizado previamente por ellas.

Esta situación no es desconocida por los poderes públicos que en su día aprobaron la llamada Estrategia global de acción para el empleo de personas con discapacidad 2008-2012. Dicho programa desarrolla el mandato de la Ley 43/2006, de 29 de noviembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, establecido en la disposición adicional duodécima que identificaba las prioridades en la promoción del acceso de las personas con discapacidad al mercado de trabajo, mejorando su empleabilidad e integración laboral, para lo que debía prestarse especial atención a las mujeres y a las personas con dificultades severas de acceso al mercado de trabajo. Sin embargo, según se recoge en el informe conjunto al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de mayo de 2012, a pesar de la aprobación de la citada estrategia global de acción no se han alcanzado muchos de los objetivos perseguidos.

Esta Institución considera que la medida que se viene examinando aumentará las dificultades para que las personas con discapacidad puedan encontrar vías para su acceso o reintroducción en el mercado de trabajo. Si la exigencia de una presencia previa en dicho mercado puede suponer una limitación para el acceso a la Renta Activa de Inserción para muchos ciudadanos, los datos demuestran que dicha previsión ha de tener forzosamente una mayor incidencia negativa en el colectivo de personas con discapacidad, que aumentará con el grado de discapacidad.

La existencia de una situación de especial dificultad en lo tocante al empleo para las personas discapacitadas justifica, a criterio de esta Institución, que se dé un trato más favorable

a este colectivo para el acceso a una renta cuya finalidad es facilitar a los beneficiarios el acceso al empleo, al menos en términos equivalentes al que se ha ofrecido a otros colectivos.

Por cuanto antecede, esta Institución, en uso de las facultades que le confiere los artículos 28.2 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, formula a esa Secretaría de Estado la siguiente recomendación:

> «Determinar en el Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, que regula la Renta Activa de Inserción, en qué supuestos se considera que se ha producido la salida del extranjero y, de lo contrario, qué salidas al extranjero no implican la interrupción de la inscripción de los interesados como demandantes de empleo. Dicha regulación puede seguir los criterios establecidos en la instrucción sexta de las Instrucciones Provisionales para la aplicación del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, emitida en su día por el Servicio Público de Empleo Estatal.
>
> Incluir en las guías informativas de acceso al programa de renta activa de inserción realizadas por el Servicio Público de Empleo Estatal todas las causas anteriormente reseñadas.
>
> Detallar en las referidas guías los supuestos en los que los perceptores de la Renta Activa de Inserción pueden trasladarse al extranjero, sin que ello suponga la extinción de la ayuda contemplada.
>
> Extender a las personas discapacitadas la excepción prevista a favor de otros colectivos, del requisito contemplado en la letra c) del apartado primero del artículo 2 del Real Decreto 1369/2006.
>
> Para el caso de que no se acepte la anterior recomendación, excepcionar del requisito de haber extinguido la prestación por desempleo de nivel contributivo o el subsidio por desempleo de nivel asistencial, a determinados grupos de personas discapacitadas con dificultades severas de acceso al mercado de trabajo, por razón de edad, género o tipo e intensidad de la discapacidad».

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

Recomendación 128/2012, de 15 de octubre, formulada a la Secretaría de Estado de la Seguridad Social del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, efectuada como resultado del examen del artículo 22 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, en materia de atención a las personas en situación de dependencia (12086933). Rechazada.

Ante esta Institución se han presentado diversas quejas, en las que los ciudadanos plantean la disconformidad con algunos preceptos del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad. Consideran que el Real Decreto-ley 20/2012 cercena diversos derechos y, en particular, que lo previsto en el artículo 22 del mismo minora, restringe sustancialmente e incluso suprime prestaciones y derechos reconocidos en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a personas en situación de dependencia. Los interesados señalan que, en su criterio, esta reforma «violenta los derechos adquiridos de los dependientes y que en muchas ocasiones dejaría a estos y a sus familiares en una situación dramática».

En muchos de estos escritos se hace referencia expresa a sus dificultades para hacer frente al pago de las cuotas del convenio especial que tenían suscrito en virtud de lo previsto en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia y el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, y a la situación de desprotección social en que quedarán un considerable número de ciudadanos, en su mayor parte mujeres, que se ven obligados a abandonar su vida laboral para hacerse cargo del cuidado de sus padres, hijos o cónyuges dependientes.

De acuerdo con las normas, recogidas en el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, podían asumir la condición de cuidadores el cónyuge y sus parientes por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el tercer grado de parentesco. Estos cuidadores quedaban incluidos obligatoriamente en el campo de aplicación del Régimen de Seguridad Social, debiendo suscribir un convenio especial. Los supuestos en que no era obligatorio el convenio quedaban también determinados (quienes ya formaban parte del sistema por continuar con su actividad profesional, pensionistas, etc.). La cotización a la Seguridad Social la asumía directamente la Administración General del Estado por convenio con la Tesorería General de la Seguridad Social.

En la disposición adicional octava del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, se establece ahora el carácter voluntario de la suscripción del convenio especial por el que los cuidadores no profesionales quedan incluidos en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social. Al mismo tiempo, se dispone que las cotizaciones a la Seguridad Social por el convenio especial indicado serán a cargo exclusivamente del suscriptor del mismo.

La disposición transitoria decimotercera, por lo que se refiere a los convenios especiales existentes a la fecha de entrada en vigor del real decreto-ley, prevé su extinción el 31 de agosto de 2012, salvo que el suscriptor solicite expresamente el mantenimiento del mismo con anterioridad al día 1 de noviembre de 2012, en cuyo caso se entenderá subsistente dicho convenio desde el día 1 de septiembre de 2012. En este último caso, desde el 1 de septiembre hasta el 31 de diciembre de 2012, la cotización a la Seguridad Social tendrá una reducción del

10 por ciento en el total de la cuota a abonar, quedando a cargo de la Administración General del Estado el 5 por ciento del total de la cuota y el 85 por ciento restante a cargo del cuidador no profesional. A partir del día 1 de enero de 2013, el convenio especial será a cargo exclusivamente del cuidador no profesional.

Conforme a los datos del Acuerdo del Consejo Territorial del sistema para la autonomía y atención a la dependencia, las altas en el Régimen General de la Seguridad Social de cuidadores familiares no profesionales han sido, entre 2007 y 2011, de 174.133. Se indica que las cuotas habrían generado un gasto total de 1.047 millones de euros en dicho período.

La exposición de motivos del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, fundamenta las modificaciones introducidas en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, en la evaluación de resultados prevista en la propia ley y en las propuestas de mejoras para la sostenibilidad del sistema acordadas por el Gobierno y las comunidades autónomas en el seno del Consejo Territorial del Sistema para la autonomía y atención a la dependencia sobre el asunto aquí planteado, indica que «resulta determinante dar un nuevo tratamiento al sistema de la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia».

El acuerdo del citado Consejo Territorial, adoptado el 10 de julio de 2012, recoge una serie de propuestas. En concreto, en la propuesta de mejora 7ª, insta la revisión en profundidad, conjuntamente con el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, del actual sistema de afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social de los cuidadores en el entorno familiar, para establecer una nueva regulación que tenga en cuenta las circunstancias específicas de estos cuidadores dentro del Sistema de Seguridad Social. Se indica también que, hasta tanto no se establezca la nueva regulación, los cuidadores familiares que actualmente están en situación de alta deberían continuar en la misma situación mientras subsistan las circunstancias que dieron origen al correspondiente convenio especial.

Esta Institución entiende que los términos en que se expresan las modificaciones introducidas por la disposición adicional octava y la disposición transitoria decimotercera no permiten tener en consideración las circunstancias específicas de los cuidadores, ni evitar, en algunos casos, la exclusión del Sistema de Seguridad Social de aquellos cuidadores en situación económica más frágil que son, precisamente, los que tendrían mayor dificultad para hacer frente a la cotización. Con ello, si no logran alcanzar el tiempo de cotización necesario quedarían fuera del sistema de protección contributivo. En esta situación se pueden encontrar tanto las personas próximas a la jubilación, como aquellos que hayan interrumpido o reducido su jornada de trabajo para la realización de cuidados no profesionales.

Por otra parte, la modificación de la norma parece prescindir de un análisis de impacto de género, puesto que, como es bien conocido, la mayor parte de los cuidadores no profesionales son mujeres, que ven lastrada o interrumpida por esta causa sus posibilidades de acceso o promoción en el mercado laboral. Marginar a estas personas del Sistema de la Seguridad Social supondría una decisión especialmente gravosa para ellas o les obligaría a realizar importantes esfuerzos para mantener esta afiliación como una minima garantía para su propia vejez. No puede olvidarse a este respecto que, conforme a las estadísticas hechas públicas por el IMSERSO en diciembre de 2011, de cada 100 perceptores de pensión de jubilación en su modalidad no contributiva, más de 81 son mujeres.

Esta Institución asume que la sostenibilidad económica del sistema requiere de la adopción por el Gobierno de medidas urgentes de naturaleza económica que se traduzcan en ahorros económicos inmediatos en el gasto de las administraciones públicas. Pero dicha pretensión no debiera lograrse a costa de diferir la carga, a consecuencia del previsible incremento de los gastos en asistencia y prestaciones sociales futuras de las personas que hoy se hacen cargo del cuidado de los dependientes y que quedarían en la mayoría de los casos fuera del Sistema de la Seguridad Social.

El artículo 31 de la Constitución obliga realizar una asignación equitativa de los recursos públicos y que su programación y ejecución responda a los criterios de eficiencia y economía.

De conformidad con dichos criterios, el abono público de las cuotas para algunos supuestos o incluso las reducciones de la cantidad a abonar por los cuidadores, no solo constituirían un factor de inclusión social, sino que redundaría en una mayor viabilidad y solidez, a medio y largo plazo, de la política de las prestaciones sociales.

Por ello, parece urgente la elaboración de la nueva regulación que permita la permanencia en el Sistema de Seguridad Social de los cuidadores no profesionales que están realizando una indudable función social y, mientras no se logre el pleno desarrollo de los servicios, representan un considerable ahorro de fondos públicos en materia social y sanitaria. Dicha regulación debe tener en cuenta las circunstancias específicas de estos cuidadores, tanto en cuanto a su capacidad económica como laboral.

Al mismo tiempo, la norma debería aclarar los requisitos exigibles para la suscripción de nuevos convenios especiales, con particular atención a la posibilidad de solicitarlo durante el plazo de suspensión previsto para la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales, introducida por la disposición adicional séptima del Real Decreto-ley 20/2012.

Por cuanto antecede, esta Institución, en uso de las facultades que le confieren los artículos 28.2 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, formula a esa Secretaría de Estado la siguiente recomendación:

> «Que proceda a la revisión del sistema de afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social de los cuidadores en el entorno familiar, en línea con la propuesta de revisión formulada por el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, con vistas a asegurar la inclusión de los cuidadores no profesionales en el Sistema de la Seguridad Social en aquellos casos en los que, por falta de capacidad económica, los interesados no puedan hacer frente al pago de las cuotas del correspondiente convenio especial».

Dicha revisión debería contemplar medidas de apoyo a la inclusión de los cuidadores no profesionales en el Sistema de la Seguridad Social, tomando en consideración posibles situaciones de dificultad derivadas de circunstancias como la edad, las cargas familiares o el historial previo de cotización.

Introducir en la tramitación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2013 las previsiones que resulten necesarias para la efectividad de estas recomendaciones.

Esta recomendación se remite al mismo tiempo a la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad.

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

Recomendación 129/2012, de 15 de octubre, formulada a la Secretaría de Servicios Sociales e Igualdad del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, efectuada como resultado del examen del artículo 22 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, en materia de atención a las personas en situación de dependencia (12086933). Rechazada.

Ante esta Institución se han presentado diversas quejas, en las que los ciudadanos plantean la disconformidad con algunos preceptos del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad. Consideran que el Real Decreto-ley 20/2012 cercena diversos derechos y, en particular, que lo previsto en el artículo 22 del mismo minora, restringe sustancialmente e incluso suprime prestaciones y derechos reconocidos en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a personas en situación de dependencia. Los interesados señalan que, en su criterio, esta reforma «violenta los derechos adquiridos de los dependientes y que en muchas ocasiones dejaría a éstos y a sus familiares en una situación dramática».

En muchos de estos escritos se hace referencia expresa a sus dificultades para hacer frente al pago de las cuotas del convenio especial que tenían suscrito en virtud de lo previsto en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia y el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, y a la situación de desprotección social en que quedarán un considerable número de ciudadanos, en su mayor parte mujeres, que se ven obligadas a abandonar su vida laboral para hacerse cargo del cuidado de sus padres, hijos o cónyuges dependientes.

De acuerdo con las normas, recogidas en el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, podían asumir la condición de cuidadores el cónyuge y sus parientes por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el tercer de grado de parentesco. Estos cuidadores quedaban incluidos obligatoriamente en el campo de aplicación del Régimen de Seguridad Social, debiendo suscribir un convenio especial. Los supuestos en que no era obligatorio el convenio quedaban también determinados (quienes ya formaban parte del sistema por continuar con su actividad profesional, pensionistas, etc.). La cotización a la Seguridad Social la asumía directamente la Administración General del Estado por convenio con la Tesorería General de la Seguridad Social.

En la disposición adicional octava del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, se establece ahora el carácter voluntario de la suscripción del convenio especial por el que los cuidadores no profesionales quedan incluidos en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social. Al mismo tiempo, se dispone que las cotizaciones a la Seguridad Social por el convenio especial indicado serán a cargo exclusivamente del suscriptor del mismo.

La disposición transitoria decimotercera, por lo que se refiere a los convenios especiales existentes a la fecha de entrada en vigor del real decreto-ley, prevé su extinción el 31 de agosto de 2012, salvo que el suscriptor solicite expresamente el mantenimiento del mismo con anterioridad al día 1 de noviembre de 2012, en cuyo caso se entenderá subsistente dicho convenio desde el día 1 de septiembre de 2012. En este último caso, desde el 1 de septiembre hasta el 31 de diciembre de 2012, la cotización a la Seguridad Social tendrá una reducción del

10 por ciento en el total de la cuota a abonar, quedando a cargo de la Administración General del Estado el 5 por ciento del total de la cuota y el 85 por ciento restante a cargo del cuidador no profesional. A partir del día 1 de enero de 2013, el convenio especial será a cargo exclusivamente del cuidador no profesional.

Conforme a los datos del Acuerdo del Consejo Territorial del sistema para la autonomía y atención a la dependencia, las altas en el Régimen General de la Seguridad Social de cuidadores familiares no profesionales han sido, entre 2007 y 2011, de 174.133. Se indica que las cuotas habrían generado un gasto total de 1.047 millones de euros en dicho período.

La exposición de motivos del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, fundamenta las modificaciones introducidas en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, en la evaluación de resultados prevista en la propia ley y en las propuestas de mejoras para la sostenibilidad del sistema acordadas por el Gobierno y las comunidades autónomas en el seno del Consejo Territorial del Sistema para la autonomía y atención a la dependencia sobre el asunto aquí planteado, indica que «resulta determinante dar un nuevo tratamiento al sistema de la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia».

El acuerdo del citado Consejo Territorial, adoptado el 10 de julio de 2012, recoge una serie de propuestas. En concreto, en la propuesta de mejora 7ª, insta la revisión en profundidad, conjuntamente con el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, del actual sistema de afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social de los cuidadores en el entorno familiar, para establecer una nueva regulación que tenga en cuenta las circunstancias específicas de estos cuidadores dentro del Sistema de Seguridad Social. Se indica también que, hasta tanto no se establezca la nueva regulación, los cuidadores familiares que actualmente están en situación de alta deberían continuar en la misma situación mientras subsistan las circunstancias que dieron origen al correspondiente convenio especial.

Esta Institución entiende que los términos en que se expresan las modificaciones introducidas por la disposición adicional octava y la disposición transitoria decimotercera no permiten tener en consideración las circunstancias específicas de los cuidadores, ni evitar, en algunos casos, la exclusión del Sistema de Seguridad Social de aquellos cuidadores en situación económica más frágil que son, precisamente, los que tendrían mayor dificultad para hacer frente a la cotización. Con ello, si no logran alcanzar el tiempo de cotización necesario quedarían fuera del sistema de protección contributivo. En esta situación se pueden encontrar tanto las personas próximas a la jubilación, como aquellos que hayan interrumpido o reducido su jornada de trabajo para la realización de cuidados no profesionales.

Por otra parte, la modificación de la norma parece prescindir de un análisis de impacto de género, puesto que, como es bien conocido, la mayor parte de los cuidadores no profesionales son mujeres, que ven lastrada o interrumpida por esta causa sus posibilidades de acceso o promoción en el mercado laboral. Marginar a estas personas del Sistema de la Seguridad Social supondría una decisión especialmente gravosa para ellas o les obligaría a realizar importantes esfuerzos para mantener esta afiliación como una minima garantía para su propia vejez. No puede olvidarse a este respecto que, conforme a las estadísticas hechas públicas por el IMSERSO en diciembre de 2011, de cada 100 perceptores de pensión de jubilación en su modalidad no contributiva, más de 81 son mujeres.

Esta Institución asume que la sostenibilidad económica del sistema requiere de la adopción por el Gobierno de medidas urgentes de naturaleza económica que se traduzcan en ahorros económicos inmediatos en el gasto de las administraciones públicas. Pero dicha pretensión no debiera lograrse a costa de diferir la carga, a consecuencia del previsible incremento de los gastos en asistencia y prestaciones sociales futuras de las personas que hoy se hacen cargo del cuidado de los dependientes y que quedarían en la mayoría de los casos fuera del Sistema de la Seguridad Social.

El artículo 31 de la Constitución obliga realizar una asignación equitativa de los recursos públicos y que su programación y ejecución respondan a los criterios de eficiencia y economía.

De conformidad con dichos criterios, el abono público de las cuotas para algunos supuestos o incluso las reducciones de la cantidad a abonar por los cuidadores, no solo constituirían un factor de inclusión social, sino que redundaría en una mayor viabilidad y solidez, a medio y largo plazo, de la política de las prestaciones sociales.

Por ello, parece urgente la elaboración de la nueva regulación que permita la permanencia en el Sistema de Seguridad Social de los cuidadores no profesionales que están realizando una indudable función social y, mientras no se logre el pleno desarrollo de los servicios, representan un considerable ahorro de fondos públicos en materia social y sanitaria. Dicha regulación debe tener en cuenta las circunstancias específicas de estos cuidadores, tanto en cuanto a su capacidad económica como laboral.

Al mismo tiempo, la norma debería aclarar los requisitos exigibles para la suscripción de nuevos convenios especiales, con particular atención a la posibilidad de solicitarlo durante el plazo de suspensión previsto para la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales, introducida por la disposición adicional séptima del Real Decreto-ley 20/2012.

Por cuanto antecede, esta Institución, en uso de las facultades que le confieren los artículos 28.2 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, formula a esa Secretaría de Estado la siguiente recomendación:

> «Que proceda a la revisión del sistema de afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social de los cuidadores en el entorno familiar, en línea con la propuesta de revisión formulada por el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, con vistas a asegurar la inclusión de los cuidadores no profesionales en el Sistema de la Seguridad Social en aquellos casos en los que, por falta de capacidad económica, los interesados no puedan hacer frente al pago de las cuotas del correspondiente convenio especial.
>
> Dicha revisión debería contemplar medidas de apoyo a la inclusión de los cuidadores no profesionales en el Sistema de la Seguridad Social, tomando en consideración posibles situaciones de dificultad derivadas de circunstancias como la edad, las cargas familiares o el historial previo de cotización.
>
> Introducir en la tramitación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2013 las previsiones que resulten necesarias para la efectividad de estas recomendaciones».

Esta recomendación se remite al mismo tiempo a la Secretaría de Estado de la Seguridad Social.

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

Recomendación 130/2012, de 15 de octubre, formulada a la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S. A., sobre la conveniencia de realizar un estudio de las reclamaciones que recibe por la práctica de notificaciones de órganos administrativos y judiciales y adopte medidas que garanticen el cumplimiento de sus obligaciones a ese respecto cuando el número de esas reclamaciones fuese significativo (11023696). Aceptada.

Se acusa recibo de su escrito de 24 de julio de 2012, en el que contesta a la queja formulada por don (...), registrada con el número arriba indicado, informando de las circunstancias en las que se deja el aviso de llegada de envíos certificados en el buzón del domicilio de su destinatario y de cómo se anotan las incidencias producidas en el sistema informático para el seguimiento de ese tipo de envíos.

Al mencionar también el carácter ordinario del aviso de llegada, debemos señalar que así se recoge en el artículo 42.3 del Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, que aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, pero precisamente por ello la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1997, declaró que era «esencial la prueba del intento de entrega por dos veces, y de la recepción del 'aviso de llegada', que se ha entregado mediante su introducción en el buzón o casillero correspondiente, prueba que recae sobre el propio servicio de correos». Desde entonces, la doctrina jurisprudencial exige al organismo administrativo que hubiese encargado la notificación que cuente con una certificación de Correos en la que consten las fechas, horas y circunstancias de los dos intentos de entrega de la misma y el aviso de llegada, considerándose esos datos esenciales «pues su conocimiento es necesario para que el destinatario pueda comprobar las causas por las que no se pudo llevar a cabo la entrega de la notificación».

En cuanto a que los datos relativos a los dos intentos de entrega del envío certificado y del depósito del aviso de llegada en el buzón domiciliario del destinatario, no se cargan en los sistemas informáticos de seguimiento por las personas responsables del reparto de la correspondencia sino por el jefe de las unidades de reparto o por otras personas que no han tenido intervención en aquellas actuaciones iniciales, tal organización podría parecer suficiente para garantizar el cumplimiento de los requisitos exigidos a una notificación, pero cabe la posibilidad de lo contrario si se demostrase un número de incidencias significativo. Esta Institución viene recibiendo quejas en las que se pide la reparación de daños producidos por no haber tenido conocimiento de un traslado administrativo, mediante el que se podría haber disminuido el importe de una sanción, atender una solicitud, defenderse en expediente sancionador, etcétera.

La importancia del trámite citado es tal que la demostración de que no se ha atendido en algún caso motiva a Correos a actuar sobre el personal responsable del reparto. Pero si tales incidencias se estuviesen produciendo con alguna frecuencia, y no en una zona señalada, debería plantearse la necesidad de introducir medidas adicionales que garantizasen el cumplimiento de aquel.

Por lo expuesto, y de conformidad con lo que se establece 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:

> «Se debería realizar un estudio de las reclamaciones formuladas por la práctica de notificaciones de órganos administrativos y judiciales, con el fin de conocer las que

se han producido por no haberse depositado el aviso de llegada en el buzón domiciliario. Si fuese significativo el número de esas quejas, se tendrían que adoptar medidas adicionales que garanticen el cumplimiento de esa actuación por parte de los repartidores de la correspondencia».

En espera de la remisión de la preceptiva información, en la 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.

Recomendación 131/2012, de 15 de octubre, formulada a la Dirección General de Vivienda y Rehabilitación de la Comunidad de Madrid, acerca de la actualización de la normativa sobre cambios o permutas de viviendas con protección pública (10031728). Pendiente.

Acusamos recibo de su nueva información de referencia (...), en la que nos vuelve a contestar en relación con la investigación de oficio desarrollada por esta Defensoría, sobre la actualización de la regulación jurídica de cambios o permutas de vivienda con protección pública.

Esta investigación fue iniciada el 23 de diciembre de 2010 porque se estaban recibiendo quejas en las que los interesados exponían la existencia de lagunas legales y otros casos no previstos en la ley, con producción de situaciones injustas o perjudiciales para los intereses generales.

El 18 de marzo de 2011 (s/ref...) ese centro directivo nos envió un informe, repetido en otro de 4 de abril pasado (s/ref...) donde nos trasladó la misma predisposición.

Esa Dirección General nos comunicó que, siguiendo las recomendaciones de esta Institución, iba a «adoptar las medidas oportunas para modificar y mejorar sustancialmente la normativa aplicable a los cambios y permutas de viviendas de titularidad pública». El 28 de junio de 2011 finalizamos la investigación en el entendido de que se aprobaría una disposición normativa con razonable prontitud, al inicio de una nueva legislatura autonómica y sin cambios aquí relevantes en la estructura organizativa de esa Consejería.

Al haber transcurrido un tiempo prudencial sin que esa norma se hubiese promulgado, el 21 de diciembre de 2011 decidimos reanudar esta investigación con el fin de que se nos informara sobre la fecha aproximada en la que estaba previsto que se aprobase. Transcurridos unos seis meses sin el resultado que se consideraba necesario, esta Defensoría ha de recordar a esa Consejería el deber de cumplir los artículos 3 y 41 de la Ley 30/1992. El objetivo pretendido en la gestión de la vivienda con algún tipo de protección pública es garantizar las condiciones generales de justicia en la adjudicación y de mejor gestión posterior del parque de viviendas, para lo que se debe disponer de los medios jurídicos adecuados a las demandas de los ciudadanos.

Hasta que no se aprueben esas nuevas normas, se seguirá aplicando las actuales; con ello seguirá sin reducirse la probabilidad de situaciones injustas y de gestión de viviendas propiedad del IVIMA no adecuada a las circunstancias actuales de sus moradores.

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 se proceda a promulgar sin demora la nueva disposición que regule las permutas y los cambios de adjudicatarios de viviendas con algún tipo de protección pública y en la que se contemplen las situaciones derivadas de la protección integral contra la violencia de género, de las víctimas de terrorismo, de la protección a las personas dependientes, de las personas con minusvalías que necesiten viviendas adaptadas, de las que ocupan viviendas con un número de dormitorios no adecuado

a la actual composición de su unidad familiar, de los que sufren amenazas por otros vecinos, de los que habitan una vivienda que haya devenido indigna por insalubre o deterioro no imputable al ocupante y situaciones análogas».

Agradezco de antemano su colaboración y espero, de conformidad con el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, que en el plazo máximo de un mes me comunique si acepta o no la recomendación formulada, indicándome, en este último supuesto, las razones en que funde su negativa.

Recomendación 132/2012, de 16 de octubre, formulada al Instituto de Turismo de España del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, sobre las condiciones para la ubicación de personas con discapacidad en el Palacio de Congresos de Madrid (09012811). Pendiente.

Como continuación de nuestra última comunicación nos ponemos en contacto con V. E. en relación con la queja presentada formulada por doña (...), registrada con el número arriba indicado.

La compareciente pone de manifiesto que cada vez que quiere acudir a un espectáculo cultural en el Palacio de Congresos de Madrid su marido, discapacitado físico que precisa una silla de ruedas, se encuentra con serias dificultades para su ubicación. Ese recinto no dispone de «asientos convertibles» próximos a las vías de salida, para ser utilizados por personas con discapacidad. Se «intenta» reservar la primera fila de su auditorio para personas con movilidad reducida; sin embargo estos asientos no son convertibles.

El artículo 9.2 de la Constitución española establece que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad e igualdad de los individuos sean efectivas. El artículo 49 obliga a los poderes públicos a realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que tienen que prestar la atención especializada que requieran y ampararlos especialmente para el disfrute de los derechos que otorga este título a todos los ciudadanos, entre los que se encuentra el de la promoción y tutela del acceso a la cultura.

La Ley 51/2003, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad tiene por objeto establecer medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad. La igualdad de oportunidades supone 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. En desarrollo de esa norma se dicta el Real Decreto 505/2007, de 20 de abril, por el que se aprueban las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones. Se contemplan las condiciones básicas para garantizar a todas las personas la utilización no discriminatoria, independiente y segura de los edificios y para hacer efectiva la igualdad de oportunidades y la accesibilidad universal. El artículo 6.2 se refiere expresamente a que en salones de actos, salas de espectáculos y locales con asientos fijos se cuenten con asientos convertibles, próximos a las vías de salida, que puedan ser utilizados por personas con discapacidades de movimiento o sensoriales.

Esta Institución es conocedora de lo dispuesto en la disposición final quinta del real decreto antes señalado, si bien demandamos la máxima colaboración por parte de los poderes públicos para dar soluciones a los problemas detectados y especialmente a los que afectan a los colectivos socialmente vulnerables.

En base a cuantas consideraciones han quedado expuestas, esta Institución en el ejercicio de la responsabilidad que le confiere el artículo 54 de la Constitución, y al amparo del artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, viene a formular la siguiente recomendación:

«Que por parte de ese organismo se dé cumplimiento a lo previsto en el artículo 6.2 del Real Decreto 505/2007, de 20 de abril, por el que se aprueban las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones y que el Palacio de Congresos de Madrid disponga de asientos convertibles».

Recomendación 133/2012, de 16 de octubre, formulada a la Confederación Hidrográfica del Tajo del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, sobre las concesiones de agua para abastecimiento de las localidades que tienen previsto un crecimiento urbanístico (09022600). Pendiente.

Se ha recibido en esta Institución su informe de 6 de febrero de 2012 (s/ref...), en relación con la queja presentada por doña (...), administradora única de (...), registrada con el número arriba indicado.

Esta Defensoría ha de considerar que lo anterior es cuanto la Confederación ha de informar acerca de lo que se le requería: cuáles son los criterios que sigue para determinar el número de habitantes de una población, determinación crucial para a continuación determinar el volumen total de agua que se concederá. Nos preguntábamos si es la población real del momento del otorgamiento o la derivada del crecimiento previsto en la ordenación urbanística; ahora tenemos que, no para la concesión sino para las conducciones e instalaciones hidráulicas, se ha partido de los datos de población del INE para la población permanente y estacional, más una previsión de evolución de la población mediante métodos estándar, con una estimación de la población para el año horizonte 2030, previsión esta que resulta a esta Institución lógica dada la índole, coste y finalidad de las obras. Dado, por ejemplo, que los programas de seguimiento del estado de las aguas, que se incorporan a los programas de medidas de demarcación, se revisan cada seis años, éste puede ser tenido como el medio plazo de referencia (92 ter y siguientes y disposición adicional undécima Ley de Aguas). Pero de la concesión sólo dice que ya ha sido solicitada por el Ayuntamiento de Torrejón el Rubio, en tramitación; sin información por tanto –que es la que se solicitaba– sobre los criterios de determinación del número de habitantes con que determinar el volumen de agua que se va a conceder. Tampoco, pese a que le fue solicitado, nada ha informado acerca de los criterios respecto del caudal ecológico que se tendrán en cuenta en el procedimiento concesional.

Por tanto, procedo a formular a esa Confederación Hidrográfica del Tajo la siguiente recomendación:

> «Que, en atención a lo razonado y expuesto en nuestra comunicación de 8 de abril de 2011:
>
> 1. Al otorgar concesiones de agua para abastecimiento a localidades que tengan previsto válidamente un crecimiento urbanístico, reserve la dotación máxima de agua necesaria caso de que se desarrolle completamente la ordenación urbanística; y asigne o conceda únicamente el volumen de agua que cubra las necesidades reales en el momento de otorgarse la concesión, es decir en consideración de la población real permanente y estacional y de su crecimiento vegetativo al medio plazo de seis años, y no las expectativas de incremento de población en función del crecimiento urbanístico.
>
> 2. Se sirva del procedimiento de revisión de las concesiones para ir aumentando progresivamente los caudales concedidos a medida que vaya aumentando de hecho la población.

3. Al decidir sobre el otorgamiento o denegación de las concesiones, tenga en consideración que ha de mantenerse el caudal ecológico, e incluya en las concesiones que vaya otorgando la condición del respeto del caudal ecológico fijado en la planificación, exceptuable en caso de sequía prolongada para las concesiones de abastecimiento a población y algún otro uso necesario para la supervivencia de las personas y el medio».

Agradeciendo la remisión de un escrito en el que ponga de manifiesto la aceptación de la recomendación, o de las razones que estime para no aceptarlo, de conformidad con el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos.

Recomendación 134/2012, de 16 de octubre, formulada al Ayuntamiento de Madrid, sobre el reconocimiento de la condición de interesado en procedimiento de medidas correctoras de la contaminación acústica y térmica a quien tiene derechos o intereses legítimos que pueden quedar afectados por la decisión que se adopte, en los términos del artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (11021825). Aceptada.

Acusamos recibo de su escrito de fecha 7 de agosto de 2012, en relación con la queja presentada ante esta Institución por doña (...), registrada con el número arriba indicado.

De la información recibida se desprende que tras la intervención de esta Institución ese Ayuntamiento ha determinado el Área competente en requerir la adopción de medidas correctoras para evitar la transmisión de vibraciones del garaje de la calle (...) al local colindante; y ha iniciado un expediente al efecto, por lo que ha rectificado la pasividad que motivó el inicio de esta investigación.

Ese Ayuntamiento introduce una nueva cuestión al manifestar que no reconoce a la comunidad de propietarios del edificio afectado la condición de interesada en el expediente de medidas correctoras. En su escrito no indica los fundamentos jurídicos en que se ampara, sólo indica que responde a la práctica seguida en todos los expedientes de medidas correctoras. Esta Institución discrepa de tal criterio por las razones que a continuación se exponen.

1º. La Ordenanza contra la contaminación acústica y térmica del Ayuntamiento de Madrid dispone que la actividad inspectora, de vigilancia y control se ejerce bien de oficio o a instancia de parte (art. 49). Una vez realizada la inspección se hace entrega al responsable de un boletín de denuncia con las deficiencias detectadas (art. 50). Las personas que instan la realización de la inspección son denominadas «denunciantes» (art. 52). El procedimiento administrativo de medidas correctoras es manifestación del ejercicio de las funciones de control que tienen atribuidos los servicios de inspección municipales (art. 56).

   En consonancia con la ordenanza, en su escrito califica a la comunidad de propietarios como «denunciante».

2º. El Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora aprobado por Real Decreto 1398/1993, define como «denunciante» a la persona que pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un hecho que pueda constituir infracción administrativa. Este reglamento determina que los procedimientos sancionadores se inician siempre de oficio y no establece la obligación de notificar al denunciante las actuaciones que se practiquen en el expediente sancionador que eventualmente pueda tramitarse con motivo de su denuncia, salvo que la denuncia incluya una petición de inicio (art. 11.22.II).

   Puede sostenerse que la formulación de una mera denuncia no determina que el denunciante tenga la condición de interesado en el procedimiento sancionador. Pero una denuncia puede contener no sólo la comunicación de hechos sino incluir una solicitud de inicio de expediente y la expresión de que hay derechos e intereses legítimos del denunciante merecedores de respeto y protección; entonces no podrá hablarse de «mera denuncia» ni de «mero denunciante».

La ordenanza contempla la posibilidad de que el procedimiento de adopción de medidas correctoras se inicie a instancia de parte, a la que denomina denunciante. Queda claro que la definición que debe darse al término «denunciante» en la ordenanza, quien puede instar un procedimiento de naturaleza correctora y no sancionadora, no se corresponde siempre con la definición contenida en el Reglamento de 1993.

3º. La comunidad de propietarios actuante denunció unos hechos presuntamente ilícitos, instó al Ayuntamiento a que realizara su actividad inspectora y solicitó la adopción de medidas correctoras para la restauración de la legalidad perturbada. Estas solicitudes desbordan la condición de simple denunciante en los términos del Reglamento de 1993, en cuanto que no se limitan a poner hechos en conocimiento del Ayuntamiento y requieren actuaciones de la Administración, que incluso exceden del ámbito sancionador. Por ello, es preciso analizar los derechos que le corresponden en su condición de parte a cuya instancia se ha iniciado el procedimiento.

4º. La comunidad de propietarios solicitó la intervención del Ayuntamiento respecto de los ruidos y vibraciones provocados en el edificio por un grupo electrógeno instalado en el colindante, sobre perfiles metálicos que se apoyaron en el muro medianero. Se trata por tanto de un foco emisor localizado que provoca la inmisión de ruidos y vibraciones en un concreto edificio. De esta circunstancia debe colegirse que la comunidad de propietarios no es sólo «público», en la definición recogida en la Ley 27/2006, de 18 de julio, por el que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente; no es sólo «cualquier persona física o jurídica», en los términos señalados en la misma ley, que pretende ejercer el derecho a la protección del medio ambiente y que la administración ejerza sus competencias en materia ambiental sin tener interés directo en el asunto. Por ello, su derecho no se agota en el acceso a la información y a los procedimientos en materia ambiental en los términos regulados en dicha ley. La comunidad de propietarios es en este caso «afectada», cabalmente «interesada».

5º. La comunidad de propietarios ha solicitado la adopción de medidas correctoras respecto de un asunto en el que tiene interés directo. No actúa por un interés difuso o indirecto en la protección del medio ambiente y la salud pública, sino que ejerce su derecho a que la Administración ejerza sus funciones para garantizar a personas determinadas –que forman parte de la comunidad– su derecho constitucional a la intimidad personal y familiar y su derecho al descanso, vulnerado por un foco emisor de ruido y vibraciones determinado, consistente en una instalación sometida a licencia municipal, con incidencia directa en el edificio de la comunidad, que vulnera la normativa sobre ruidos.

A juicio de esta Institución la comunidad de propietarios tiene un manifiesto interés legítimo y directo en el asunto y eso acarrea la obligación de considerarla interesada en el expediente para la adopción de medidas correctoras iniciado por el Ayuntamiento, de conformidad con el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en cuanto que comunidad de propietarios titular de derechos que puedan resultar afectados por la decisión que se adopte en el expediente.

6º. Ese Ayuntamiento niega a la comunidad de propietarios la condición de interesado en el expediente de medidas correctoras, al tiempo que reconoce su derecho a tener vista del expediente y solicitar copia de documentos. El derecho a conocer el estado de tramitación de los expedientes en curso y la obtención de copias de documentos que reconoce el artículo 35.a) de la Ley 30/1992, no a cualquier ciudadano, sino precisamente a los que tengan la condición de interesado en el procedimiento. Lo expuesto evidencia que la garantía de los derechos de quien tiene un interés directo consiste en el conocimiento de los trámites y en el reconocimiento de su condición de interesado.

Por todo cuanto antecede, de conformidad con 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 impartan instrucciones a fin de que se considere interesado en los procedimientos de medidas correctoras, tramitados conforme a la Ordenanza contra la contaminación acústica y térmica de ese municipio, a la parte a cuya instancia se ha iniciado el procedimiento si sus derechos o intereses legítimos pueden quedar afectados por la decisión que se adopte, en los términos del artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre».

Agradezco de antemano su colaboración y espero, de conformidad con el artículo 30 de la ley orgánica, que en el plazo máximo de un mes me comunique si acepta o no la recomendación formulada, así como su aplicación al caso concreto examinado en este expediente, o me indique, en caso de rechazo, las razones en que funde su negativa.

Recomendación 135/2012, de 23 de octubre, formulada a la Agencia Estatal de Administración Tributaria, sobre adopción de los medios para el cobro de las deudas pendientes de los obligados tributarios, evitando perjuicios a los inquilinos de los inmuebles arrendados, que no tienen responsabilidad alguna respecto a dichas deudas (12007817). Pendiente.

Hemos recibido escrito de V. I., s/ref.: (...), en el que contesta a la queja formulada por don (...), que fue registrada en esta Institución con el número arriba indicado.

La diligencia de embargo de créditos número (...), por un importe de deuda a embargar de (...) euros (incluidos intereses de demora), fue notificada por el Servicio de Correos al interesado en su domicilio fiscal (calle [...], Madrid), el 10 de septiembre de 2011.

Desde esa fecha el interesado ha ingresado la renta arrendaticia en las cuentas de la Hacienda pública, con el trastorno que ello conlleva, puesto que tiene que personarse mensualmente en su entidad bancaria para realizar dicho ingreso.

A pesar de cumplir puntualmente con sus obligaciones, el 12 de abril de 2012 fue citado para un juicio verbal de desahucio por falta de pago. Tal y como le indicamos en nuestra última comunicación, ha tenido que anticipar el importe de los honorarios del abogado y procurador ante el temor de estos profesionales de tener dificultades para su cobro a la empresa (...), viéndose gravemente perjudicado por una situación de la que no es responsable.

Desde esa Agencia insisten en que una vez que el interesado justifique ante el Juzgado n.º 2 de (...) que no efectuó el pago del arrendamiento a (...), porque lo realizó en la Agencia Tributaria en cumplimiento de una diligencia de embargo de créditos, podrá exigir que sea la sociedad propietaria del inmueble arrendado la condenada al pago de las posibles costas procesales.

El artículo 169 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, dispone el orden en el que los bienes deben ser embargados, estableciendo en primer lugar el dinero en efectivo o en cuentas abiertas en entidades de crédito y, en segundo lugar, los créditos, efectos, valores y derechos realizables en el acto o a corto plazo.

El hecho de que esa Agencia haya procedido a dictar una diligencia de embargo de créditos implica que no era posible el embargo de dinero efectivo o en cuentas abiertas en entidades de crédito.

Por ello, sorprende a esta Institución que conociendo esa Agencia la situación económica de (...), tanto por la deuda tributaria pendiente de (...) euros, como la inexistencia de dinero, insista en que el interesado podrá reclamar a la entidad el pago de las costas procesales. Es evidente que si esa Agencia está teniendo dificultades para lograr el cobro de la referida deuda, las posibilidades del interesado de recuperar el importe de los gastos parecen muy limitadas.

De lo expuesto se desprende que las diligencias de embargo de la renta arrendaticia están provocando situaciones de clara indefensión para los ciudadanos, que no tienen responsabilidad alguna respecto a la deuda tributaria pendiente. El hecho de tener que enfrentarse a juicios de desahucio por falta de pago y al abono de los correspondientes honorarios,

o tener que personarse mensualmente en su entidad bancaria para proceder al pago del alquiler en las cuentas de la Hacienda pública, son claros ejemplos de los perjuicios que esta medida está generando en los inquilinos.

Esta Institución considera que esa Agencia Tributaria puede articular otros mecanismos para embargar el importe mensual del alquiler que no afecten negativamente a los arrendatarios como, por ejemplo, que se proceda al embargo de la renta arrendaticia una vez haya sido transferida a la cuenta del deudor tributario.

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 desde esa Agencia Estatal de Administración Tributaria se adopten los medios necesarios para proceder al cobro de las deudas pendientes de los obligados tributarios, evitando perjuicios a los inquilinos de los inmuebles arrendados, que no tienen responsabilidad alguna respecto a dichas deudas».

En espera de la remisión de la preceptiva información, en la 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.

Recomendación 136/2012, de 23 de octubre, formulada a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, sobre la demora en la resolución de los recursos de reposición interpuestos ante la mencionada Secretaría de Estado (10002684). Pendiente.

Hemos recibido su escrito de fecha 18 de septiembre de 2012 (salida...), en el que contesta a la queja formulada por don (...), registrada en esta Institución con el número arriba indicado.

En el presente expediente el señor (...) interpuso el recurso de reposición relativo al procedimiento de reclamación (...) el 16 de marzo de 2011 y esa Secretaría ha dictado resolución en fecha 11 de septiembre de 2012.

El artículo 117.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común prevé que el plazo máximo para dictar y notificar la resolución del recurso de reposición será de un mes desde su interposición.

En el artículo 42 de la ley antes referida se determina que la Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación.

El Defensor del Pueblo se encuentra especialmente vinculado por lo dispuesto en el artículo 17.2, último párrafo, de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, cuando afirma que «en cualquier caso velará por que la Administración resuelva expresamente, en tiempo y en forma, las peticiones y recursos que le hayan sido formulados».

En el presente caso ese organismo se ha demorado año y medio en dictar resolución expresa sobre el recurso de reposición interpuesto por el compareciente.

Tanto el artículo 103 de la Constitución española como el artículo 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, prevén que la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. En este caso no se ha prestado cumplimiento a lo previsto en la normativa desconociendo las razones concretas de esta actuación. El sometimiento de la Administración a lo previsto en la norma es esencial para el cumplimiento de los fines de un estado de Derecho.

Por todo ello y en uso de las atribuciones que le vienen conferidas por el artículo 54 de la Constitución y el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, el Defensor del Pueblo dirige a esa Secretaría de Estado el siguiente recordatorio de deberes legales:

> «Le recordamos el deber legal que le incumbe, conforme a los artículos 41 y 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de resolver de forma expresa y en los plazos establecidos cuantas solicitudes, reclamaciones y recursos sean presentados por los ciudadanos, así como de remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio 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».

Y la siguiente recomendación:

> «Que se adopten las medidas precisas para evitar que en el futuro ese organismo se aparte de lo previsto en la normativa vigente y los procedimientos se dilaten en el tiempo, dictando la resolución correspondiente en el plazo previsto en la normativa».

En espera de la remisión de la preceptiva información, en la que se ponga de manifiesto la aceptación de esta recomendación o, en su caso, de las razones que estimen para no aceptarla, de conformidad con el artículo 30 de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo por la que nos regimos.

Recomendación 137/2012, de 6 de noviembre, formulada a la Vicepresidencia, Ministerio de la Presidencia y Portavoz del Gobierno, sobre protección del deudor hipotecario (12000869). Pendiente.

La situación económica que atraviesan muchos particulares y familias españolas en los momentos actuales hace muy difícil, y en algún caso imposible, hacer frente al pago de las hipotecas suscritas con anterioridad, lo que ocasiona deudas que resultan extremadamente gravosas.

El ordenamiento jurídico exige el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los particulares con sus acreedores, pues la confianza en el sistema es un elemento fundamental para su sostenibilidad. Así la credibilidad de las entidades de crédito depende del respeto de las garantías de sus operaciones para quienes han depositado su confianza y sus bienes.

A principios del presente año esta Institución elaboró un estudio sobre Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo, en el que se recogía la experiencia acumulada en los últimos años. Se plantearon recomendaciones a los distintos organismos con competencia en la materia, con la finalidad de colaborar a crear un marco que evite la exclusión social de los deudores de buena fe que no pueden hacer frente a las cuotas hipotecarias.

Como respuesta a las cuestiones planteadas se aprobó el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, sobre medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, acompañado de un Código de Buenas Prácticas. Esta norma que supone un avance en la búsqueda de soluciones es insuficiente para enfrentar los problemas sociales provocados por la crisis en este campo. Su ámbito de aplicación es muy reducido: para estar incluido en el umbral de exclusión la unidad familiar debe carecer de ingresos, dejando fuera a un número de personas que han visto reducidos sus salarios y rentas (hay empresas que no están pagando a sus trabajadores de forma regular y los ahorros se han visto mermados), lo que les impide pagar las cuotas hipotecarias, que además continúan creciendo debido a los gastos e intereses. El préstamo hipotecario no puede contar con otra garantía, lo que excluye las hipotecas avaladas, sin tener en cuenta la situación del avalista o garante que puede estar en el umbral de exclusión. También se exige carecer de otros bienes, y sólo abarca a las viviendas de un precio determinado por población.

En otros casos hay personas que, aun contando con bienes, no tienen liquidez y no pueden pagar al banco, y no se establece para ellas algún mecanismo que les permita salir adelante. Las situaciones son diversas y no todas requieren la misma solución, pero sí es cierto que existe un problema que habría que atajar antes de que produzca mayores consecuencias, que conduzcan a más exclusión y precariedad social.

El Código de Buenas Prácticas es de suscripción voluntaria por las entidades bancarias, si bien es cierto que se han adherido un número significativo de ellas, hay otras que no van a aplicarlo. A lo que hay que añadir que la pretensión de una norma de estas características debería ser más amplia y constituir un código de conducta del mercado general, con las consecuencias negativas para quien se aparte de sus reglas. Pero no todo se soluciona con las sanciones sino que con carácter previo hay que lograr un comportamiento recto de las partes, con un sistema preventivo para las posibles desviaciones.

El procedimiento de ejecución hipotecaria como colofón del problema agrava las situaciones. A la deuda inicial hay que añadir el aumento de la misma por los tiempos de tramitación y los gastos e intereses de la ejecución y altos recargos ocasionados por los intereses moratorios del período. El ordenamiento jurídico no ofrece las fórmulas para resolver los conflictos económicos del siglo XXI, pues van mucho más allá de los negocios jurídicos en que se sustentan. La realidad social impone un cambio, pues hasta los jueces y tribunales dictan sentencias que interpretan las normas de forma beneficiosa para el deudor hipotecario favoreciendo la extinción del crédito mediante figuras como la dación en pago.

Por todo ello, es necesario revisar la normativa que pueda paliar situaciones graves o muy graves y elaborar un marco legal más flexible, menos gravoso y que evite la pérdida de bienes que constituyen el único patrimonio o medio de vida de los afectados. El dinamismo con el que se modifican otras figuras no se ha trasladado a las deudas e hipotecas, ni la respuesta legislativa a la velocidad de cambio del mercado crediticio ha sido ágil.

Se trata, en el presente, de regular una forma de evitar la ruina de las personas físicas y para ello esta Institución ha venido ofreciendo desde el año 2009 diferentes fórmulas a fin de que fuesen valoradas. La principal de ellas es la regulación de un procedimiento para tramitar la insolvencia personal, en el seno del cual el órgano decisor, ya sea un juez u otro tipo de funcionario, cuente con autonomía para flexibilizar las cuotas e imponer quitas o esperas a los acreedores. Se trata de que en España exista también la segunda oportunidad para todas aquellas personas que se han visto inmersas en una situación económica no prevista ni deseada. De la misma manera que el concurso de acreedores procura la continuidad de las empresas, el procedimiento de insolvencia personal ha de ofrecer viabilidad para la cancelación de las deudas con el mínimo perjuicio para todas las partes. El deudor pagará de forma ordenada atendiendo sus mínimos vitales, salvaguardando su dignidad y eludiendo su exclusión social y marginación hasta quedar definitivamente liberado con un límite temporal. Es decir, hay que resolver con realismo sin generar más pasivos a una sociedad ya por sí sobrecargada.

Por las razones expuestas formulamos las recomendaciones en esta materia a fin de que se valore su posible incorporación al ordenamiento jurídico, 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.

Recomendaciones

Primera. «Las circunstancias económicas han llevado a personas que han actuado de buena fe a convertirse en deudores sin capacidad económica. Es conveniente elaborar un concepto jurídico del deudor de buena fe.»

Segunda. «Abordar la modificación del artículo 1911 del Código Civil a fin de matizar la responsabilidad patrimonial universal de las personas físicas mediante un sistema respetuoso con los principios constitucionales y acorde con el concepto de deudor de buena fe.»

Tercera. «Regular el procedimiento de insolvencia personal, de seguimiento obligatorio para los acreedores, que establezca plazos y prórrogas de pago, quitas y esperas, y permita continuar en el uso de la vivienda o el local de negocios que constituye la actividad principal con una renta social.»

Cuarta. «Insistir en la ampliación de las situaciones en que se extingue la deuda hipotecaria mediante la dación en pago del bien hipotecado, según la propuesta realizada por esta Institución en el estudio sobre Crisis económica, deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo.»

Quinta. «Reformar el artículo 693.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ampliando la posibilidad de rehabilitar los préstamos también para los locales de negocio donde se ejerce la actividad económica o profesional que constituye la forma de vida del sujeto y, evitando el abuso del derecho, sin el límite temporal de cinco años.»

Sexta. «Tasar de forma independiente y justa los inmuebles en la constitución de las hipotecas y elevar el valor del inmueble para la adjudicación en subasta al acreedor y aumentar el mínimo de la mejor postura.»

Séptima. «Establecer la necesidad de un acto previo de conciliación, como requisito de procedibilidad para la ejecución hipotecaria, en el que el juez esté dotado de la facultad de imponer un acuerdo razonable.»

Octava. «Reformar el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de Medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, ampliando su ámbito de aplicación exigiendo menores requisitos para dar cabida a los deudores por hipotecas que gravan los locales de negocio donde se ejerce la actividad que supone el medio de vida del sujeto y a otros deudores que, sin estar en el concepto del «umbral de exclusión» definido en el mismo, se encuentran abocados a la ruina por no poder pagar sus deudas al haberse reducido considerablemente sus ingresos.»

En espera de la remisión de la preceptiva información, en la que se ponga de manifiesto la aceptación de estas 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.

Recomendación 138/2012, de 7 de noviembre, formulada al Ministerio de Justicia, sobre la protección del deudor hipotecario (12000873). Pendiente.

La situación económica que atraviesan muchos particulares y familias españolas en los momentos actuales hace muy difícil, y en algún caso imposible, hacer frente al pago de las hipotecas suscritas con anterioridad, lo que ocasiona deudas que resultan extremadamente gravosas.

El ordenamiento jurídico exige el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los particulares con sus acreedores, pues la confianza en el sistema es un elemento fundamental para su sostenibilidad. Así la credibilidad de las entidades de crédito depende del respeto de las garantías de sus operaciones para quienes han depositado su confianza y sus bienes.

A principios del presente año esta Institución elaboró un estudio sobre Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo, en el que se recogía la experiencia acumulada en los últimos años. Se plantearon recomendaciones a los distintos organismos con competencia en la materia, con la finalidad de colaborar a crear un marco que evite la exclusión social de los deudores de buena fe que no pueden hacer frente a las cuotas hipotecarias.

Como respuesta a las cuestiones planteadas se aprobó el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, sobre medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, acompañado de un Código de Buenas Prácticas. Esta norma que supone un avance en la búsqueda de soluciones es insuficiente para enfrentar los problemas sociales provocados por la crisis en este campo. Su ámbito de aplicación es muy reducido: para estar incluido en el umbral de exclusión la unidad familiar debe carecer de ingresos, dejando fuera a un número de personas que han visto reducidos sus salarios y rentas (hay empresas que no están pagando a sus trabajadores de forma regular y los ahorros se han visto mermados), lo que les impide pagar las cuotas hipotecarias, que además continúan creciendo debido a los gastos e intereses. El préstamo hipotecario no puede contar con otra garantía, lo que excluye las hipotecas avaladas, sin tener en cuenta la situación del avalista o garante que puede estar en el umbral de exclusión. También se exige carecer de otros bienes, y solo abarca a las viviendas de un precio determinado por población.

En otros casos hay personas que, aun contando con bienes, no tienen liquidez y no pueden pagar al banco, y no se establece para ellas algún mecanismo que les permita salir adelante. Las situaciones son diversas y no todas requieren la misma solución, pero sí es cierto que existe un problema que habría que atajar antes de que produzca mayores consecuencias, que conduzcan a más exclusión y precariedad social.

El Código de Buenas Prácticas es de suscripción voluntaria por las entidades bancarias, si bien es cierto que se han adherido un número significativo de ellas, hay otras que no van a aplicarlo. A lo que hay que añadir que la pretensión de una norma de estas características debería ser más amplia y constituir un código de conducta del mercado general, con las consecuencias negativas para quien se aparte de sus reglas. Pero no todo se soluciona con las sanciones sino que con carácter previo hay que lograr un comportamiento recto de las partes, con un sistema preventivo para las posibles desviaciones.

El procedimiento de ejecución hipotecaria como colofón del problema agrava las situaciones. A la deuda inicial hay que añadir el aumento de la misma por los tiempos de tramitación y los gastos e intereses de la ejecución y altos recargos ocasionados por los intereses moratorios del período. El ordenamiento jurídico no ofrece las fórmulas para resolver los conflictos económicos del siglo XXI, pues van mucho más allá de los negocios jurídicos en que se sustentan. La realidad social impone un cambio, pues hasta los jueces y tribunales dictan sentencias que interpretan las normas de forma beneficiosa para el deudor hipotecario favoreciendo la extinción del crédito mediante figuras como la dación en pago.

Por todo ello, es necesario revisar la normativa que pueda paliar situaciones graves o muy graves y elaborar un marco legal más flexible, menos gravoso y que evite la pérdida de bienes que constituyen el único patrimonio o medio de vida de los afectados. El dinamismo con el que se modifican otras figuras no se ha trasladado a las deudas e hipotecas, ni la respuesta legislativa a la velocidad de cambio del mercado crediticio ha sido ágil.

Se trata, en el presente, de regular una forma de evitar la ruina de las personas físicas y para ello esta Institución ha venido ofreciendo desde el año 2009 diferentes fórmulas a fin de que fuesen valoradas. La principal de ellas es la regulación de un procedimiento para tramitar la insolvencia personal, en el seno del cual el órgano decisor, ya sea un juez u otro tipo de funcionario, cuente con autonomía para flexibilizar las cuotas e imponer quitas o esperas a los acreedores. Se trata de que en España exista también la segunda oportunidad para todas aquellas personas que se han visto inmersas en una situación económica no prevista ni deseada. De la misma manera que el concurso de acreedores procura la continuidad de las empresas, el procedimiento de insolvencia personal ha de ofrecer viabilidad para la cancelación de las deudas con el mínimo perjuicio para todas las partes. El deudor pagará de forma ordenada atendiendo sus mínimos vitales, salvaguardando su dignidad y eludiendo su exclusión social y marginación hasta quedar definitivamente liberado con un límite temporal. Es decir, hay que resolver con realismo sin generar más pasivos a una sociedad ya por sí sobrecargada.

Por las razones expuestas formulamos las recomendaciones en esta materia a fin de que se valore su posible incorporación al ordenamiento jurídico, 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.

Recomendaciones

Primera. Las circunstancias económicas han llevado a personas que han actuado de buena fe a convertirse en deudores sin capacidad económica. Es conveniente elaborar un concepto jurídico del deudor de buena fe.

Segunda. Abordar la modificación del artículo 1911 del Código Civil a fin de matizar la responsabilidad patrimonial universal de las personas físicas mediante un sistema respetuoso con los principios constitucionales y acorde con el concepto de deudor de buena fe.

Tercera. Regular el procedimiento de insolvencia personal, de seguimiento obligatorio para los acreedores, que establezca plazos y prórrogas de pago, quitas y esperas, y permita continuar en el uso de la vivienda o el local de negocios que constituye la actividad principal con una renta social.

Cuarta. Insistir en la ampliación de las situaciones en que se extingue la deuda hipotecaria mediante la dación en pago del bien hipotecado, según la propuesta realizada por esta Institución en el estudio sobre Crisis económica, deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo.

Quinta. Reformar el artículo 693.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ampliando la posibilidad de rehabilitar los préstamos también para los locales de negocio donde se ejerce la actividad económica o profesional que constituye la forma de vida del sujeto y, evitando el abuso del derecho, sin el límite temporal de cinco años.

Sexta. Tasar de forma independiente y justa los inmuebles en la constitución de las hipotecas y elevar el valor del inmueble para la adjudicación en subasta al acreedor y aumentar el mínimo de la mejor postura.

Séptima. Establecer la necesidad de un acto previo de conciliación, como requisito de procedibilidad para la ejecución hipotecaria, en el que el juez esté dotado de la facultad de imponer un acuerdo razonable.

Octava. Reformar el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de Medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, ampliando su ámbito de aplicación exigiendo menores requisitos para dar cabida a los deudores por hipotecas que gravan los locales de negocio donde se ejerce la actividad que supone el medio de vida del sujeto y a otros deudores que, sin estar en el concepto del «umbral de exclusión» definido en el mismo, se encuentran abocados a la ruina por no poder pagar sus deudas al haberse reducido considerablemente sus ingresos.

En espera de la remisión de la preceptiva información, en la que se ponga de manifiesto la aceptación de estas 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.

Recomendación 139/2012, de 7 de noviembre, formulada al Ministerio de Economía y Competitividad, sobre la protección del deudor hipotecario (12000871). Pendiente.

Nos ponemos nuevamente en contacto con V. E. con motivo de las recomendaciones efectuadas en fecha 25 de enero de 2012 con el objeto de ampliar el contenido de las mismas.

La situación económica que atraviesan muchos particulares y familias españolas en los momentos actuales hace muy difícil, y en algún caso imposible, hacer frente al pago de las hipotecas suscritas con anterioridad, lo que ocasiona deudas que resultan extremadamente gravosas.

El ordenamiento jurídico exige el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los particulares con sus acreedores, pues la confianza en el sistema es un elemento fundamental para su sostenibilidad. Así la credibilidad de las entidades de crédito depende del respeto de las garantías de sus operaciones para quienes han depositado su confianza y sus bienes.

A principios del presente año esta Institución elaboró un estudio sobre Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo, en el que se recogía la experiencia acumulada en los últimos años. Se plantearon recomendaciones a los distintos organismos con competencia en la materia, con la finalidad de colaborar a crear un marco que evite la exclusión social de los deudores de buena fe que no pueden hacer frente a las cuotas hipotecarias.

Como respuesta a las cuestiones planteadas se aprobó el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, sobre medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, acompañado de un Código de Buenas Prácticas. Esta norma que supone un avance en la búsqueda de soluciones es insuficiente para enfrentar los problemas sociales provocados por la crisis en este campo. Su ámbito de aplicación es muy reducido: para estar incluido en el umbral de exclusión la unidad familiar debe carecer de ingresos, dejando fuera a un número de personas que han visto reducidos sus salarios y rentas (hay empresas que no están pagando a sus trabajadores de forma regular y los ahorros se han visto mermados), lo que les impide pagar las cuotas hipotecarias, que además continúan creciendo debido a los gastos e intereses. El préstamo hipotecario no puede contar con otra garantía, lo que excluye las hipotecas avaladas, sin tener en cuenta la situación del avalista o garante que puede estar en el umbral de exclusión. También se exige carecer de otros bienes, y sólo abarca a las viviendas de un precio determinado por población.

En otros casos hay personas que, aun contando con bienes, no tienen liquidez y no pueden pagar al banco, y no se establece para ellas algún mecanismo que les permita salir adelante. Las situaciones son diversas y no todas requieren la misma solución, pero sí es cierto que existe un problema que habría que atajar antes de que produzca mayores consecuencias, que conduzcan a más exclusión y precariedad social.

El Código de Buenas Prácticas es de suscripción voluntaria por las entidades bancarias, si bien es cierto que se han adherido un número significativo de ellas, hay otras que no van a aplicarlo. A lo que hay que añadir que la pretensión de una norma de estas características debería ser más amplia y constituir un código de conducta del mercado general, con las consecuencias negativas para quien se aparte de sus reglas. Pero no todo se soluciona con las

sanciones sino que con carácter previo hay que lograr un comportamiento recto de las partes, con un sistema preventivo para las posibles desviaciones.

El procedimiento de ejecución hipotecaria como colofón del problema agrava las situaciones. A la deuda inicial hay que añadir el aumento de la misma por los tiempos de tramitación y los gastos e intereses de la ejecución y altos recargos ocasionados por los intereses moratorios del período. El ordenamiento jurídico no ofrece las fórmulas para resolver los conflictos económicos del siglo XXI, pues van mucho más allá de los negocios jurídicos en que se sustentan. La realidad social impone un cambio, pues hasta los jueces y tribunales dictan sentencias que interpretan las normas de forma beneficiosa para el deudor hipotecario favoreciendo la extinción del crédito mediante figuras como la dación en pago.

Por todo ello, es necesario revisar la normativa que pueda paliar situaciones graves o muy graves y elaborar un marco legal más flexible, menos gravoso y que evite la pérdida de bienes que constituyen el único patrimonio o medio de vida de los afectados. El dinamismo con el que se modifican otras figuras no se ha trasladado a las deudas e hipotecas, ni la respuesta legislativa a la velocidad de cambio del mercado crediticio ha sido ágil.

Se trata, en el presente, de regular una forma de evitar la ruina de las personas físicas y para ello esta Institución ha venido ofreciendo desde el año 2009 diferentes fórmulas a fin de que fuesen valoradas. La principal de ellas es la regulación de un procedimiento para tramitar la insolvencia personal, en el seno del cual el órgano decisor, ya sea un juez u otro tipo de funcionario, cuente con autonomía para flexibilizar las cuotas e imponer quitas o esperas a los acreedores. Se trata de que en España exista también la segunda oportunidad para todas aquellas personas que se han visto inmersas en una situación económica no prevista ni deseada. De la misma manera que el concurso de acreedores procura la continuidad de las empresas, el procedimiento de insolvencia personal ha de ofrecer viabilidad para la cancelación de las deudas con el mínimo perjuicio para todas las partes. El deudor pagará de forma ordenada atendiendo sus mínimos vitales, salvaguardando su dignidad y eludiendo su exclusión social y marginación hasta quedar definitivamente liberado con un límite temporal. Es decir, hay que resolver con realismo sin generar más pasivos a una sociedad ya por sí sobrecargada.

Por las razones expuestas formulamos las Recomendaciones en esta materia a fin de que se valore su posible incorporación al ordenamiento jurídico, 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.

Recomendaciones

Primera. «Las circunstancias económicas han llevado a personas que han actuado de buena fe a convertirse en deudores sin capacidad económica. Es conveniente elaborar un concepto jurídico del deudor de buena fe.»

Segunda. «Abordar la modificación del artículo 1911 del Código Civil a fin de matizar la responsabilidad patrimonial universal de las personas físicas mediante un sistema respetuoso con los principios constitucionales y acorde con el concepto de deudor de buena fe.»

Tercera. «Regular el procedimiento de insolvencia personal, de seguimiento obligatorio para los acreedores, que establezca plazos y prórrogas de pago, quitas y esperas, y permita continuar en el uso de la vivienda o el local de negocios que constituye la actividad principal con una renta social.»

Cuarta. «Insistir en la ampliación de las situaciones en que se extingue la deuda hipotecaria mediante la dación en pago del bien hipotecado, según la propuesta realizada por esta Institución en el estudio sobre Crisis económica, deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo.»

Quinta. «Reformar el artículo 693.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ampliando la posibilidad de rehabilitar los préstamos también para los locales de negocio donde se ejerce la actividad económica o profesional que constituye la forma de vida del sujeto y, evitando el abuso del derecho, sin el límite temporal de cinco años.»

Sexta. «Tasar de forma independiente y justa los inmuebles en la constitución de las hipotecas y elevar el valor del inmueble para la adjudicación en subasta al acreedor y aumentar el mínimo de la mejor postura.»

Séptima. «Establecer la necesidad de un acto previo de conciliación, como requisito de procedibilidad para la ejecución hipotecaria, en el que el juez esté dotado de la facultad de imponer un acuerdo razonable.»

Octava. «Reformar el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de Medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, ampliando su ámbito de aplicación exigiendo menores requisitos para dar cabida a los deudores por hipotecas que gravan los locales de negocio donde se ejerce la actividad que supone el medio de vida del sujeto y a otros deudores que, sin estar en el concepto del «umbral de exclusión» definido en el mismo, se encuentran abocados a la ruina por no poder pagar sus deudas al haberse reducido considerablemente sus ingresos.»

En espera de la remisión de la preceptiva información, en la que se ponga de manifiesto la aceptación de estas 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.

Recomendación 140/2012, de 8 de noviembre, formulada a la Consejería de Salud, Familia y Bienestar Social de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, sobre los criterios de funcionamiento de la Bolsa de Trabajo (11004905). Pendiente.

Esta Institución agradece su última información (s/ref. n.º de salida...), en relación con la queja registrada con el número arriba indicado.

En el escrito recibido, se pone de manifiesto que el nombramiento eventual de una fisioterapeuta en el área de salud de Eivissa y Formentera desde el 23 de agosto de 2010 al 22 de febrero de 2012, mediante dos nombramientos de 6 y 12 meses respectiva y correlativamente, no respetaba el orden establecido en la relación de aspirantes de esa categoría, si bien la causa del mismo atendería al interés general de la población dependiente del área de salud al vincularse, como condición, al nombramiento de un facultativo especialista en oncología, de necesaria cobertura.

Esa actuación, según se aduce, no habría perjudicado el funcionamiento de la bolsa de contratación al realizar unas funciones distintas a las que se hubieran otorgado al nombramiento ordinario.

A tenor de la información disponible, es posible realizar las siguientes consideraciones:

La Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud, como legislación especial reguladora de este personal con un estatuto jurídico propio, establece en sus artículos 4 y 29 los criterios generales de selección y provisión de los puestos de trabajo al señalar, en el apartado primero de este último precepto, que la provisión de plazas del personal estatutario se regirá por los principios básicos de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en la selección, promoción y movilidad del personal de los servicios de salud, normativa que refleja la garantía constitucional de acceso al empleo público establecida en los artículos 14 y 23.2 en relación con el 103 de la Constitución.

Tratándose de un vínculo de carácter temporal, el artículo 33 de la norma citada establece en su apartado primero que la selección del personal estatutario temporal se efectuará a través de procedimientos que permitan la máxima agilidad en la selección, procedimientos que se basarán en los principios de igualdad, mérito, capacidad, competencia y publicidad y que serán establecidos previa negociación en las mesas correspondientes.

Como se adelantaba en la información enviada por esa Administración sanitaria, la normativa vigente y negociada en el área de salud de Eivissa y Formentera se encontraba contenida en el Acuerdo de contratación suscrito el 25 de enero de 2001, e incluía la previsión de constitución de una bolsa de aspirantes para diversas categorías entre las que se encontraba la de fisioterapeutas, sujeta a un orden en la contratación, orden que no fue respetado en este supuesto.

Así lo recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de julio de 1997, en la que se afirma: «... 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 artículo 23.2

CE, lo que impone un juego riguroso del principio de igualdad...». Esta exigencia se traduce, como viene poniendo de relieve la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 27/1991, de 14 de febrero), en la prohibición de establecer diferencias que no guarden relación con esos principios y en impedir que las reglas de los procedimientos para el acceso a la función y empleo públicos, sea este fijo o temporal, se establezcan mediante procesos o convocatorias *ad personam,* individualizadas y concretas, y no mediante términos generales y abstractos, condiciones que no se garantizaron mediante los nombramientos indicados.

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, esa Administración sanitaria proceda a la selección del personal estatutario temporal a través de procedimientos que garanticen la concurrencia de los principios constitucionales de acceso al empleo público, conforme a los artículos 14 y 23.2 en relación con el 103 de la Constitución».

Agradeciéndole la remisión a esta Institución de la preceptiva información, en la que se ponga de manifiesto la aceptación de esta recomendación o, en su caso, de las razones que estimen 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.

Recomendación 141/2012, de 16 de noviembre, formulada a la Dirección General de la Policía del Ministerio del Interior, sobre la evaluación del riesgo en violencia de género (11005769). Aceptada.

Acusamos recibo de su escrito (s/ref...), en relación con la investigación iniciada de oficio por esta Defensoría, registrada con el número de referencia arriba indicado.

Esta Institución inició de oficio una investigación tras la muerte, presuntamente a manos de su exmarido, de doña (...), ocurrida el pasado 15 de febrero de 2011, y ello a pesar de que se encontraban vigentes una orden de alejamiento a más de 500 metros y prohibición de comunicar con la víctima, desde el 8 de noviembre de 2011 al 17 de junio de 2014, en virtud de resolución judicial.

Del contenido de las informaciones remitidas por V. I., se pudo constatar que se había acordado el archivo del expediente incoado al funcionario responsable del seguimiento de la fallecida, al parecer, por carecer los hechos de relevancia disciplinaria, ya que no se seguían diligencias penales contra el mismo. Con el propósito de completar esta investigación se solicitó la remisión de dicho expediente.

Tras un examen del mismo, se evidencia que, si bien no se puede valorar si se podía haber evitado este trágico desenlace, también resulta cierto que no se adoptaron todas las medidas preventivas previstas para estos supuestos.

En este sentido, y como consta en el expediente enviado, no solo se catalogó el nivel de riesgo para la víctima como de bajo, sin hacer ninguna otra valoración posterior, sino que tampoco se le facilitó a la fallecida el servicio de teleasistencia móvil tal y como había interesado, así como tampoco se hizo seguimiento alguno por parte de los encargados de su protección, ni tampoco se llevaron a cabo diligencias de investigación de otros hechos denunciados por la fallecida con anterioridad.

El Defensor del Pueblo es consciente de los esfuerzos que se están haciendo para erradicar esta lacra social, por parte de todas las administraciones y de forma destacada por los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado. Sin embargo, en este caso concreto no se adoptaron todas las medidas necesarias para garantizar la seguridad de la víctima, lo que, sin duda, pudo incidir en este trágico desenlace.

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. I. de la siguiente recomendación:

> «Que por parte de ese departamento se adopten cuantas medidas resulten necesarias para evaluar con más precisión el grado del riesgo de cada caso, adaptándolo a las circunstancias concurrentes, con un seguimiento pormenorizado de la aplicación de estas medidas en cada situación concreta, procediendo a su revisión cuando ello proceda, todo ello con el fin de adecuar las medidas preventivas a las circunstancias particulares, en evitación de situaciones como la que provocó el fallecimiento de doña (...)».

En espera de la recepción de la preceptiva información.

Recomendación 142/2012, de 16 de noviembre, formulada a la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior, sobre los derechos de los internos en los centros penitenciarios cuando se produce su traslado (11008095). Aceptada.

Hemos recibido en esta Institución su escrito relativo al expediente registrado con el número de referencia arriba indicado.

Dado su contenido damos traslado del mismo al interesado por si deseara efectuar alguna consideración.

I. Por lo que respecta a la queja del recluso sobre las condiciones en las que fue trasladado a los juzgados y las consideraciones que efectuó, la referencia que esa Administración hace al acomodo del marco normativo regulador de los vehículos empleados, no permite, como se pretendía por nuestra parte, conocer si esa Administración considera que una persona de las características psicofísicas del compareciente puede ser trasladada sin que se vean afectadas su dignidad y su salud. El interno denunciaba una evidente falta de espacio, que padecía claustrofobia y que la ventilación e iluminación eran insuficientes.

El análisis del presente caso ha de centrarse en las concretas condiciones materiales en que se realizó el traslado del que fue objeto el promotor de la presente queja. No se pone en tela de juicio el ajuste normativo de tales vehículos, sino el juicio de idoneidad que pueda hacer esa Administración para que el uso de tales vehículos sea compatible con la protección de los derechos afectados; en definitiva, se trata de conocer las concretas condiciones en que fue llevado el controvertido traslado desde el punto de vista de la dignidad y de la protección de su salud, en el supuesto de que efectivamente padezca el interesado la claustrofobia que manifiesta sufrir.

II. Por lo que se refiere a la falta de constancia de la eventual petición del recluso para hacer uso del aseo, de su escrito parece desprenderse que el incidente relatado por el compareciente tuvo lugar en el trayecto de ida del centro penitenciario hasta los juzgados; una lectura del párrafo transcrito en nuestra anterior carta pone de relieve lo siguiente:

> «Durante su regreso al centro penitenciario solicitó poder aliviar sus necesidades fisiológicas acuciadas por la enfermedad crónica que padece, como quiera que no fue atendida su petición, se defecó encima y vomitó en el habitáculo del medio de transporte.
>
> Parece ser que permaneció más de una hora en esta situación en la que no fueron atendidas sus peticiones de ayuda, formuladas tanto por él, como por su compañero de habitáculo, quien lógicamente también se encontraba esposado».

Estimamos que la actuación correcta es la que se detalla en su informe:

> «Cualquier interno con este tipo de necesidades es atendido de modo inmediato por los funcionarios encargados de su custodia en las dependencias policiales».

Se ha de insistir en que el presente incidente no tuvo lugar en las dependencias sino durante el traslado, dándose además la circunstancia de que se trata de una persona de avanzada edad y enferma, lo que lógicamente habría demandado una vez llegado al centro penitenciario una atención inmediata pues, si es cierto que se encontraba tan sucio como

manifiesta, una espera de cinco minutos puede ser tenida por prolongada por quien la sufre, si además se encuentra expuesto a la vista de funcionarios y compañeros puede ser calificada como lesiva para su dignidad y como tal ha de ser acogida por esta Institución.

III. Por lo que respecta a la dispensación al compareciente de ciertos fármacos tranquilizantes, de su escrito se desprende que efectivamente el día 15 de marzo de 2011, le fue entregada medicación para la ansiedad. Por su parte el interno en su carta se refiere no al día 15 sino al día 17, fecha en la que, según su expresión, recibió una dosis de cierto fármaco tan elevada que, si bien no sufrió el ataque de ansiedad de la anterior ocasión, su presencia ante el órgano jurisdiccional y al parecer durante los días siguientes, se vio seriamente afectada por la dispensación del referido fármaco.

Si efectivamente consta que el día 15 de marzo de 2011 fue anotada la pauta de un ansiolítico, eso no nos permite verificar si esa Administración ha realizado averiguaciones específicas para conocer el fundamento de la queja del recluso sobre el estado en que se presentó ante el órgano jurisdiccional, más allá de la mera comprobación documental, que como hemos tenido ocasión de señalar no es suficiente, habida cuenta del menoscabo de sus capacidades con ocasión de su presentación ante un órgano jurisdiccional.

Por lo que se refiere a la disponibilidad de ciertas pertenencias con ocasión de los traslados a los órganos jurisdiccionales, en el caso concreto de unas gafas y ciertos documentos que quería presentar el compareciente en el juzgado, en su escrito se indica que «los presos trasladados a cualquier dependencia judicial desde el Centro Penitenciario Madrid V, no llevan pertenencias lo único que llevan consigo es el carné de identificación interior de Instituciones Penitenciarias».

Como quiera que esta situación no puede considerarse correcta por 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, se ha valorado la conveniencia de dar traslado a V. E. de la siguiente recomendación:

> «Que cuando los internos sean trasladados desde los centros penitenciarios gestionados por el Ministerio del Interior a los juzgados puedan disponer a su llegada a los mismos de sus gafas, aquellos que las necesiten, y de los documentos cuya presentación ante los correspondientes órganos jurisdiccionales estimen que asiste a sus derechos, pues hasta el momento tales pertenencias les son retiradas; todo ello garantizando las condiciones de seguridad del traslado del modo que se estime más conveniente por el encargado de la conducción».

Esperando la contestación oportuna respecto a la recomendación que se le efectúa, y al resto de las cuestiones planteadas en el cuerpo de este escrito.

Recomendación 143/2012, de 16 de noviembre, formulada a la Subsecretaría del Ministerio del Interior, sobre el régimen jurídico de los menores en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador (11021255). Pendiente.

Hemos recibido su escrito, en el que nos contesta a la queja planteada por el Procurador del Común de Castilla y León, y registrada con el número arriba indicado.

Estudiado el contenido de la información remitida por esa Administración, esta Institución ha estimado oportuno realizar las consideraciones que a continuación se exponen.

En primer lugar, le informamos de que efectivamente el Defensor del Pueblo con ocasión del planteamiento de diferentes quejas y desde distintas perspectivas, ha tratado en diversas ocasiones la cuestión de los menores en el ámbito del procedimiento sancionador, tanto penal como administrativo, en aras no solo a garantizar una adecuada defensa de los derechos de los menores y de velar por el superior interés del menor que ha de inspirar cualquier reforma normativa que se lleve a cabo cuando exista un menor implicado, sino también con la finalidad de que se dote de un mayor grado de seguridad jurídica la exigencia de responsabilidad a menores de edad en el ámbito del derecho administrativo sancionador.

No en vano, en nuestro escrito anterior al comienzo de la presente investigación, se hacía expresa referencia a que no parece lógico que el mismo legislador que ha aprobado leyes protectoras de los menores de edad en aplicación de la existencia en el Derecho Internacional y en nuestro ordenamiento jurídico de cada vez mayor número de normas jurídicas protectoras de los derechos de los menores, que evidencia un cambio de actuación de los poderes públicos hacia la regulación de los derechos de la infancia, ignore en cambio dichos derechos en la legislación administrativa sancionadora. Así, efectivamente, el Defensor del Pueblo ha solicitado información ante los organismos competentes en cada momento sobre esta trascendental cuestión: en el año 1993 a la Delegación del Gobierno de la Comunidad de Madrid, con respecto a la aplicación de la Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana a menores de edad, investigación en la que el órgano administrativo concluyó que no existe una exención de la responsabilidad administrativa de los menores de edad por las infracciones cometidas por ellos a esta normativa, sin que los padres puedan responder directamente de la sanción dado el carácter personalísimo de la misma.

Con posterioridad, y con ocasión de la tramitación de la queja Q9714797, el Defensor del Pueblo mantuvo ante el Ministerio del Interior y ante el Ministerio de Administraciones Públicas el criterio de que en virtud del artículo 130 de la Ley 30/1992, «cabe la posibilidad de que se dirijan los procedimientos sancionadores contra quienes ejerzan la patria potestad, hasta que finalmente exista la modificación legal por virtud de la cual se determinen unos límites claros de responsabilidad en el ámbito sancionador administrativo para los menores de edad».

Aun cuando es cierto que esta apreciación de la Institución fue rechazada en dictamen de la Abogacía del Estado, sin embargo sí se consideraba justificada la recomendación formulada entonces al Ministerio del Interior de que se promovieran «las modificaciones legales oportunas que permitan un mayor grado de seguridad jurídica para la exigencia de responsabilidad a menores de edad en el ámbito administrativo sancionador».

Sin embargo, dichas modificaciones no fueron nunca llevadas a efecto, pese a estar sopesándose la configuración de la regulación del problema mediante la aprobación de un anteproyecto de la Ley reguladora de la potestad sancionadora de la Administración General del Estado que el Departamento de Administraciones Públicas tenía en estudio en el año 2001.

Con posterioridad, y con ocasión de la tramitación del expediente de queja Q0426306, tramitado ante la Secretaría General Técnica del Ministerio de Administraciones Públicas, con ocasión del planteamiento de la problemática por el Procurador del Común respecto a las dificultades que encuentran las Corporaciones Locales para el cobro de las multas impuestas a los menores, así como para conseguir una efectiva reparación de los daños causados por estos en el mobiliario urbano, se alcanzaron similares conclusiones en cuanto a la necesaria distinción entre la responsabilidad administrativa que se deriva del procedimiento sancionador correspondiente, y que determina la imposición de una sanción, y la responsabilidad patrimonial respecto de los daños y perjuicios causados por el infractor, que conlleva la exigencia de indemnización.

En este supuesto, el citado departamento concluyó manifestando que no se contemplaba en ese momento la posibilidad de emprender modificación legislativa alguna en la materia.

En la presente investigación, al margen de volver a suscitar una cuestión que, como se ha visto, no resulta pacífica, se trasladaba a los dos Departamentos implicados, Interior y Hacienda y Administraciones Públicas la necesidad de disponer de una regulación de carácter general que además de completar el vacío legal que a todas luces existe, contemplara los necesarios matices en el procedimiento sancionador dirigido a los menores de edad, adaptando la naturaleza sancionadora educativa del procedimiento existente en el Derecho penal de menores al procedimiento administrativo sancionador, máxime cuando el tema sobrepasa a los procedimientos sancionadores por infracciones cometidas contra la legislación de protección de la seguridad ciudadana y surge con cada vez mayor frecuencia en otros ámbitos sectoriales.

En relación con este extremo, en el momento actual, en el informe que se remite por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas se expresa: «Cabe concluir que, al amparo del artículo 149.1.18.ª de la Constitución española, correspondería al Estado la regulación de un procedimiento administrativo sancionador común a todas las Administraciones Públicas aplicable a los menores, pero la regulación de los procedimientos especiales *ratione materiae* corresponde a la Administración que ostenta las competencias legislativas sobre la materia, ya que la potestad sancionadora tiene «carácter instrumental respecto del ejercicio de las competencias sustantivas» y «ha de atribuirse al que tiene la competencia sobre la materia en la que se ejerce».

Ahora bien, concretamente al amparo del artículo 149.1.29.ª de la Constitución española, el Estado, como Administración competente en materia de seguridad pública, podría regular también sobre tales especialidades».

Esta Institución estima que en dicha regulación sería procedente realizar, en consonancia con lo entonces mantenido por el Ministerio de Administraciones Públicas, una clara distinción entre lo que constituye la responsabilidad administrativa y la responsabilidad patrimonial respecto a los daños y perjuicios causados por el infractor.

El Ministerio del Interior en relación con esta cuestión remite los criterios que la Secretaría General Técnica dirigió a los Delegados y Subdelegados del Gobierno que pueden utilizarse para la imposición de sanciones a menores de edad, exclusivamente en aplicación de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, en los que se reconoce la inexistencia de una regulación general o sectorial de la responsabilidad de los menores de edad en el Derecho administrativo sancionador, lo que ha obligado a acudir al ordenamiento penal, principalmente a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, estimándose «la necesidad incuestionable de regular, posiblemente en una norma de carácter general, que sin duda habrá de tener rango de ley, la responsabilidad de los menores en el ámbito del Derecho administrativo sancionador».

Por todo lo anteriormente 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 valorado la conveniencia de formular a V. I. la siguiente recomendación:

> «Que se promuevan las modificaciones legales oportunas que contemplen con carácter general la responsabilidad administrativa de los menores de edad en el ámbito sancionador, distinguiendo la responsabilidad administrativa de la patrimonial, y se dote en una normativa básica del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, de una regulación para los menores de edad que, basada en los principios del Derecho penal, con los debidos matices como ya estableció en su momento el Tribunal Constitucional, contemple sanciones adecuadas para los menores de 18 años y mayores de 14, declare la inimputabilidad de los menores de esa edad, recoja el superior interés del menor y la exigencia de responsabilidad de los menores fundamentada en principios orientados hacia su reeducación, contemplando un catálogo y tipología de medidas adecuadas al menor desde la perspectiva sancionadora-educativa y no sólo desde el punto de vista recaudatorio, modificándose asimismo el procedimiento en todos sus trámites y fundamentalmente su terminación, en la que debe preverse la terminación convencional como forma prioritaria que recoja el compromiso expreso por el menor del cumplimiento de la sanción para evitar la ineficacia de las sanciones».

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

Recomendación 144/2012, de 16 de noviembre, formulada a la Subsecretaría del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, sobre el régimen jurídico de los menores en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador (11021255). Pendiente.

Hemos recibido su escrito, en el que nos contesta a la queja planteada por el Procurador del Común de Castilla y León, y registrada con el número arriba indicado.

Estudiado el contenido de la información remitida por esa Administración, esta Institución ha estimado oportuno realizar las consideraciones que a continuación se exponen.

En primer lugar, le informamos de que efectivamente el Defensor del Pueblo con ocasión del planteamiento de diferentes quejas y desde distintas perspectivas, ha tratado en diversas ocasiones la cuestión de los menores en el ámbito del procedimiento sancionador, tanto penal como administrativo, en aras no solo a garantizar una adecuada defensa de los derechos de los menores y de velar por el superior interés del menor que ha de inspirar cualquier reforma normativa que se lleve a cabo cuando exista un menor implicado, sino también con la finalidad de que se dote de un mayor grado de seguridad jurídica la exigencia de responsabilidad a menores de edad en el ámbito del derecho administrativo sancionador.

No en vano, en nuestro escrito anterior al comienzo de la presente investigación, se hacía expresa referencia a que no parece lógico que el mismo legislador que ha aprobado leyes protectoras de los menores de edad en aplicación de la existencia en el Derecho Internacional y en nuestro ordenamiento jurídico de cada vez mayor número de normas jurídicas protectoras de los derechos de los menores, que evidencia un cambio de actuación de los poderes públicos hacia la regulación de los derechos de la infancia, ignore en cambio dichos derechos en la legislación administrativa sancionadora. Así, efectivamente el Defensor del Pueblo ha solicitado información ante los organismos competentes en cada momento sobre esta trascendental cuestión: en el año 1993 a la Delegación del Gobierno en Madrid, con respecto a la aplicación de la Ley Orgánica sobre protección de la seguridad ciudadana a menores de edad, investigación en la que el órgano administrativo concluyó que no existe una exención de la responsabilidad administrativa de los menores de edad por las infracciones cometidas por ellos a esta normativa, sin que los padres puedan responder directamente de la sanción dado el carácter personalísimo de la misma.

Con posterioridad, y con ocasión de la tramitación de la queja Q9714797, el Defensor del Pueblo mantuvo ante el Ministerio del Interior y ante el Ministerio de Administraciones Públicas el criterio de que en virtud del artículo 130 de la Ley 30/1992, «cabe la posibilidad de que se dirijan los procedimientos sancionadores contra quienes ejerzan la patria potestad, hasta que finalmente exista la modificación legal por virtud de la cual se determinen unos límites claros de responsabilidad en el ámbito sancionador administrativo para los menores de edad».

Aun cuando es cierto que esta apreciación de la Institución fue rechazada en la información de la Abogacía del Estado, sin embargo sí se consideraba justificada la recomendación formulada entonces al Ministerio del Interior de que se promovieran «las modificaciones legales oportunas que permitan un mayor grado de seguridad jurídica para la exigencia de responsabilidad a menores de edad en el ámbito administrativo sancionador».

Sin embargo, dichas modificaciones no fueron nunca llevadas a efecto, pese a estar sopesándose la configuración de la regulación del problema mediante la aprobación de un anteproyecto de la Ley reguladora de la potestad sancionadora de la Administración General del Estado que el Departamento de Administraciones Públicas tenía en estudio en el año 2001.

Con posterioridad, y con ocasión de la tramitación del expediente de queja Q0426306, tramitado ante la Secretaría General Técnica del Ministerio de Administraciones Públicas, con ocasión del planteamiento de la problemática por el Procurador del Común respecto a las dificultades que encuentran las Corporaciones Locales para el cobro de las multas impuestas a los menores, así como para conseguir una efectiva reparación de los daños causados por estos en el mobiliario urbano, se alcanzaron similares conclusiones en cuanto a la necesaria distinción entre la responsabilidad administrativa que se deriva del procedimiento sancionador correspondiente, y que determina la imposición de una sanción, y la responsabilidad patrimonial respecto de los daños y perjuicios causados por el infractor, que conlleva la exigencia de indemnización.

En este supuesto, el citado departamento concluyó manifestando que no se contemplaba en ese momento la posibilidad de emprender modificación legislativa alguna en la materia.

En la presente investigación, al margen de volver a suscitar una cuestión que, como se ha visto, no resulta pacífica, se trasladaba a los dos Departamentos implicados, Interior y Hacienda y Administraciones Públicas; la necesidad de disponer de una regulación de carácter general que además de completar el vacío legal que a todas luces existe, contemplara los necesarios matices en el procedimiento sancionador dirigido a los menores de edad, adaptando la naturaleza sancionadora educativa del procedimiento existente en el Derecho penal de menores al procedimiento administrativo sancionador, máxime cuando el tema sobrepasa a los procedimientos sancionadores por infracciones cometidas contra la legislación de protección de la seguridad ciudadana y surge con cada vez mayor frecuencia en otros ámbitos sectoriales.

En relación con este extremo, en el momento actual, en el informe que se remite por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas se expresa: «Cabe concluir que, al amparo del artículo 149.1.18.ª de la Constitución española, correspondería al Estado la regulación de un procedimiento administrativo sancionador común a todas las Administraciones Públicas aplicable a los menores, pero la regulación de los procedimientos especiales *ratione materiae* corresponde a la Administración que ostenta las competencias legislativas sobre la materia, ya que la potestad sancionadora tiene «carácter instrumental respecto del ejercicio de las competencias sustantivas» y «ha de atribuirse al que tiene la competencia sobre la materia en la que se ejerce».

Ahora bien, concretamente al amparo del artículo 149.1.29.ª de la Constitución española, el Estado, como Administración competente en materia de seguridad pública, podría regular también sobre tales especialidades».

Esta Institución estima que en dicha regulación sería procedente realizar, en consonancia con lo entonces mantenido por el Ministerio de Administraciones Públicas; una clara distinción entre lo que constituye la responsabilidad administrativa y la responsabilidad patrimonial respecto a los daños y perjuicios causados por el infractor.

El Ministerio del Interior en relación con esta cuestión, remite los criterios que la Secretaría General Técnica dirigió a los Delegados y Subdelegados del Gobierno que pueden utilizarse para la imposición de sanciones a menores de edad, exclusivamente en aplicación de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, en los que se reconoce la inexistencia de una regulación general o sectorial de la responsabilidad de los menores de edad en el Derecho Administrativo Sancionador, lo que ha obligado a acudir al ordenamiento penal, principalmente a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, estimándose «la necesidad incuestionable de regular, posiblemente en una norma de carácter general, que sin duda habrá de tener rango de ley, la responsabilidad de los menores en el ámbito del Derecho administrativo sancionador».

Por todo lo anteriormente 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 valorado la conveniencia de formular a V. I. la siguiente recomendación:

> «Que se promuevan las modificaciones legales oportunas que contemplen con carácter general la responsabilidad administrativa de los menores de edad en el ámbito sancionador, distinguiendo la responsabilidad administrativa de la patrimonial, y se dote en una normativa básica del régimen jurídico de las Administraciones Públicas una regulación para los menores de edad que, basada en los principios del Derecho penal, con los debidos matices como ya estableció en su momento el Tribunal Constitucional, contemple sanciones adecuadas para los menores de 18 años y mayores de 14, declare la inimputabilidad de los menores de esa edad, recoja el superior interés del menor y la exigencia de responsabilidad de los menores fundamentada en principios orientados hacia su reeducación, contemplando un catálogo y tipología de medidas adecuadas al menor desde la perspectiva sancionadora-educativa y no sólo desde el punto de vista recaudatorio, modificándose asimismo el procedimiento en todos sus trámites y fundamentalmente su terminación, en la que debe preverse la terminación convencional como forma prioritaria que recoja el compromiso expreso por el menor del cumplimiento de la sanción para evitar la ineficacia de las sanciones».

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

Recomendación 145/2012, de 16 de noviembre, formulada al Instituto Canario de la Vivienda de la Comunidad Autónoma de Canarias, acerca de la adopción de medidas para ajustar la actuación de la Administración a la realidad existente (10014221). Pendiente.

Se ha recibido la información solicitada a ese Instituto Canario de la Vivienda, relativa a la queja arriba indicada, formulada por don (...).

No podemos considerar favorablemente el escrito remitido pues silencia todo lo referente al número de expedientes análogos al del interesado que están pendientes de pago, y no indica el plazo siquiera estimado en que el compareciente podría percibir la subvención correspondiente al año 2010.

Reproduce ese organismo información proporcionada en anteriores escritos y que habíamos señalado ya como insuficiente, por lo que la forma de proceder de esa Administración ha de interpretarse como entorpecedora de las actuaciones de esta Institución. Dicha actitud genera dudas adicionales a esta Institución pues entendemos que se tramitan solicitudes de ayudas y se dictan resoluciones favorables a los interesados sin haber tenido en cuenta si existían o no los créditos suficientes para que pudieran percibir lo reconocido.

Con el fin de evitar esas consecuencias negativas para los interesados o para que no se dicten actos nulos de pleno derecho, se tendrían que realizar las necesarias labores de coordinación y control presupuestario antes de estimar las solicitudes de subvención. También se debería haber hecho público para conocimiento de los posibles interesados que, una vez superados los objetivos programados, no se admitirían a trámite nuevas solicitudes de ayudas por falta de fondos suficientes. La difusión de esa medida no solamente habría significado una actuación responsable de ese Instituto, sino que también habría evitado que se generasen falsas expectativas respecto a expedientes que, una vez superados los límites, no iban a poder pagarse por no tener 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, 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.

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 ese Instituto las siguientes recomendaciones:

1ª. «Que en la tramitación de cada solicitud de subvención y ayuda relacionada con la vivienda, ese Instituto 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 presupuestarios.»

2ª. «Que cuando se superen los límites presupuestarios o los objetivos previstos en cada programa se haga público, y a partir de esa fecha deje de admitir a trámite nuevas

solicitudes de ayudas y desestime las solicitudes que ya se hubieran presentado si no existe crédito presupuestario para ello o se han alcanzado esos objetivos.»

3ª. «Cuando se 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, 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.»

4ª. «Que se proceda a realizar las mismas labores de difusión y publicidad cuando, por exigencias de nuevas necesidades surgidas, se modifiquen las previsiones de ayudas, para así evitar, especialmente, que los ciudadanos que tuvieran pensado acogerse a ellas puedan incurrir en gastos que no podrían recuperarse.»

Por la misma razón, exponemos la sugerencia que formulamos a continuación a ese Instituto, dirigida particularmente al caso concreto que afectó al formulante de la presente queja, y ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de nuestra Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo:

> «Que, dado el largo tiempo que ha transcurrido desde que el expediente del interesado (...) se encuentra pendiente de pago de la segunda anualidad –correspondiente al año 2010–, ese Instituto adopte las medidas necesarias para que se le pague íntegramente, y sin demora».

Agradezco de antemano su colaboración y espero, de conformidad con el artículo 30 de la ley orgánica, que en el plazo máximo de un mes me comunique si acepta o no las resoluciones formuladas, indicándome, en este último supuesto, las razones en que funde su negativa.

Recomendación 146/2012, de 16 de noviembre, formulada al Instituto Nacional del Consumo, sobre el cobro por parte de los operadores a los usuarios por facilitar código para liberar los terminales móviles (12000080). Pendiente.

Hemos recibido su escrito de fecha 20 de agosto de 12 (salida número...), en el que contesta a la queja formulada por don (...), registrada en esta Institución con el número arriba indicado.

En relación al asunto objeto del presente expediente en los últimos años se ha podido constatar un aumento de las quejas sobre los problemas derivados de los terminales móviles que proporcionan las compañías cuando los usuarios formalizan la contratación de los servicios con estas. En el ámbito de la telefonía móvil además del servicio telefónico en sentido estricto, el usuario abona el terminal móvil vinculado al contrato suscrito. Esta circunstancia, en numerosas ocasiones, es desconocida por los ciudadanos que entienden que el aparato telefónico es un obsequio o deferencia de la Compañía y asumen que sus derechos sobre el terminal proporcionado son limitados.

Existen operadores que cobran a los abonados por facilitar el código de desbloqueo del aparato una vez finalizado el período de permanencia. Otras compañías impiden que dentro del período de permanencia, estando al corriente del abono de las facturas y manteniendo el contrato, el ciudadano haga uso del terminal con una compañía distinta. Este tipo de prácticas han continuado en el tiempo por la falta de información proporcionada por los operadores y han supuesto un abuso de su posición respecto al usuario.

El mercado de las telecomunicaciones, tanto en su vertiente técnica como jurídica, sufre una constante evolución por lo que resulta difícil anticiparse a los problemas. Sin embargo, es necesario que los poderes públicos sean ágiles y resolutivos en sus actuaciones cuando detectan situaciones como las que nos ocupan.

En la información facilitada por V. I. se efectúa una descripción concisa de la problemática y se califica como de abusivas estas actuaciones, por lo que es imprescindible que los usuarios conozcan sus derechos en este ámbito y que los operadores sean conscientes de ello, para evitar estas prácticas y, en su caso, para que se asuman las consecuencias del incumplimiento.

De acuerdo con lo anterior, esta Institución, en el ejercicio de la responsabilidad que le confiere el artículo 54 de la Constitución y al amparo del artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, viene a formular la siguiente recomendación:

> «La adopción de las medidas oportunas para que la calificación como práctica abusiva de las actuaciones relacionadas con los terminales móviles, proporcionados por las compañías y vinculados al contrato suscrito, sea divulgada entre los interesados. Es preciso que tanto los operadores móviles como los usuarios conozcan el criterio de ese Instituto respecto a estas prácticas. Aquellos, con la finalidad de respetar los derechos de los usuarios, y estos, para que, cuando detecten una situación como la descrita, puedan ejercitar las acciones oportunas en defensa de sus derechos».

A la espera de la preceptiva respuesta, en la que exprese su aceptación o rechazo al contenido de esta recomendación.

Recomendación 147/2012, de 16 de noviembre, formulada a la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera del Ministerio de Economía y Competitividad, sobre la ampliación del horario establecido por los bancos para efectuar ingresos (12005079). Pendiente.

Se tramita en esta Institución la queja arriba indicada, formulada por don (...), con domicilio en la calle (...), de (...).

El firmante expone que el Banco BBVA tiene establecido un determinado horario y días especiales para efectuar ingresos muy restrictivo. Asimismo, otros ciudadanos nos vienen trasladando la misma problemática con otras entidades bancarias.

Admitida a trámite la presente queja, el Banco de España informa que no existe ninguna disposición legal que establezca un determinado horario como obligatorio para que las entidades de crédito admitan ingresos y realicen pagos a sus clientes o a terceros por cuenta de aquellos; ni tampoco dicha actuación incide en la posible infracción de normativa de disciplina bancaria.

Indica que adoptar un horario más o menos amplio para la admisión por ventanilla de determinadas operaciones, tales como los pagos por suministros o los recibos de comunidades de propietarios, es una decisión libremente adoptada por las entidades en su funcionamiento operativo y de organización interna, sobre la que ese Servicio de Reclamaciones ni puede ni debe pronunciarse. Lo único relevante, y sobre lo que insiste particularmente ese Servicio, es que se avise al público de la existencia de estas limitaciones, colocando carteles en las diferentes oficinas. Las entidades de crédito argumentan que la intención de dicha medida es evitar aglomeraciones en las oficinas, procurando dispensar un mejor trato a la clientela bancaria.

La característica que distingue a las cuentas corrientes de otros depósitos a la vista, como las cuentas de ahorro, es el servicio de caja que la entidad se compromete a prestar a sus titulares. Esto es, la entidad bancaria se obliga a efectuar por cuenta de su cliente los cobros y pagos que éste le ordene. La orden más básica, «el servicio de caja», sería abonar en la cuenta de los clientes los ingresos en efectivo que efectúe el titular u otra persona. Las entidades bancarias al limitar el horario podrían estar incumpliendo esta obligación.

Desde el punto de vista formal el contrato de cuenta corriente se rige por el principio de libertad de forma, a pesar de ello se exige su forma escrita desde la redacción del artículo 7 de la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989 y la norma 6 de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, ratificándose por el artículo 11.1 de la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, en papel u otro soporte duradero.

Partiendo de esta obligación de documentación de los términos del contrato de cuenta corriente se puede deducir que no es suficiente con el aviso al público de la existencia de un horario concreto para estas operaciones, colocando carteles en las diferentes oficinas, sino que debería constar de modo expreso en las condiciones del contrato al tratarse de una limitación sustancial.

Por otro lado, todo comerciante tiene la obligación de vender a los consumidores los productos o servicios ofertados que le demanden, deber impuesto por la Ley 7/1996, de 15

de enero, de ordenación del comercio minorista. Resulta lógica la aplicación extensiva de dicho principio a las entidades bancarias, y por tanto tendrían la obligación de atender cuantas demandas comerciales le fueran formuladas por los usuarios durante el horario de apertura al público.

La argumentación de las entidades bancarias de que la finalidad es evitar aglomeraciones en las oficinas, procurando dispensar un mejor trato a la clientela, no es aceptable, toda vez que no sólo no deparan un mejor trato, sino que provocan importantes trastornos, como pérdidas de tiempo, o el término del plazo para el abono de facturas de luz, gas, teléfono, ingresos en la cuenta de las comunidades de propietarios, rentas de alquiler, etcétera.

Tampoco hay que olvidar, que la reestructuración del sistema financiero está trayendo consigo el cierre de sucursales y el recorte de plantillas, sobre todo de las cajas de ahorro. Algo ante lo que los clientes bancarios no tienen más opción que la de quejarse.

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 adopción de medidas oportunas que promuevan las modificaciones normativas en el ejercicio de las competencias que tiene conferidas esa Secretaría General o el órgano competente, con el fin de hacer efectiva la obligación que tienen contraída las entidades bancarias con los clientes y permitan los pagos durante todo el horario que permanezca el establecimiento abierto al público».

Esta recomendación ha sido enviada también al Banco de España con esta misma fecha.

En espera de la remisión de la preceptiva información, en la 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.

Recomendación 148/2012, de 16 de noviembre, formulada al Servicio de Reclamaciones del Banco de España, sobre la ampliación del horario establecido por los bancos para efectuar ingresos (12005079). Pendiente.

Hemos recibido su escrito en relación con la queja arriba indicada, formulada por don (...), en el que informa que no existe ninguna disposición legal que establezca un determinado horario obligatorio para que las entidades de crédito admitan ingresos y realicen pagos a sus clientes o a terceros por cuenta de aquellos; ni tampoco dicha actuación incide en la posible infracción de normativa de disciplina bancaria.

Señala que adoptar un horario más o menos amplio para la admisión por ventanilla de determinadas operaciones, tales como los pagos por suministros o los recibos de comunidades de propietarios, es una decisión libremente adoptada por las entidades en su funcionamiento operativo y de organización interna, sobre la que ese Servicio de Reclamaciones ni puede ni debe pronunciarse. Lo único relevante, y sobre lo que insiste particularmente ese Servicio, es que se avise al público de la existencia de estas limitaciones, colocando carteles en las diferentes oficinas. Las entidades de crédito argumentan que la intención de dicha medida es evitar aglomeraciones procurando dispensar un mejor trato a la clientela bancaria.

La característica que distingue a las cuentas corrientes de otros depósitos a la vista, como las cuentas de ahorro, es el servicio de caja que la entidad se compromete a prestar a sus titulares. Esto es, la entidad bancaria se obliga a efectuar por cuenta de su cliente los cobros y pagos que este le ordene. La orden más básica, «el servicio de caja», sería abonar en la cuenta de los clientes los ingresos en efectivo que efectúe el titular u otra persona. Las entidades bancarias al limitar el horario podrían estar incumpliendo esta obligación.

Desde el punto de vista formal el contrato de cuenta corriente se rige por el principio de libertad de forma, a pesar de ello se exige su forma escrita desde la redacción del artículo 7 de la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989 y la norma 6 de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, ratificándose por el artículo 11.1 de la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, en papel u otro soporte duradero.

Partiendo de esta obligación de documentación de los términos del contrato de cuenta corriente se puede deducir que no es suficiente con el aviso al público de la existencia de un horario concreto para estas operaciones, colocando carteles en las diferentes oficinas, sino que debería constar de modo expreso en las condiciones del contrato al tratarse de una limitación sustancial.

Por otro lado, todo comerciante tiene la obligación de vender a los consumidores los productos o servicios ofertados que le demanden, deber impuesto por la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista. Resulta lógica la aplicación extensiva de dicho principio a las entidades bancarias y, por tanto, tendrían la obligación de atender cuantas demandas comerciales le fueran formuladas por los usuarios durante el horario de apertura al público.

La argumentación de las entidades bancarias de que la finalidad es evitar aglomeraciones en las oficinas, procurando dispensar un mejor trato a la clientela, no es aceptable, toda vez

que no sólo no deparan un mejor trato, sino que provocan importantes trastornos, como pérdidas de tiempo o el término del plazo para el abono de facturas de luz, gas, teléfono, ingresos en la cuenta de las comunidades de propietarios, rentas de alquiler, etcétera.

Tampoco hay que olvidar que la reestructuración del sistema financiero está trayendo consigo el cierre de sucursales y el recorte de plantillas, sobre todo de las cajas de ahorro. Algo ante lo que los clientes bancarios no tienen más opción que la de quejarse.

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 adopción de medidas oportunas que promuevan las modificaciones normativas en el ejercicio de las competencias que tiene conferidas ese centro directivo o el órgano competente, con el fin de hacer efectiva la obligación que tiene contraída las entidades bancarias con los clientes y permitan los pagos durante todo el horario que permanezca el establecimiento abierto al público».

Con esta misma fecha trasladamos esta recomendación a la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera del Ministerio de Economía y Competitividad.

En espera de la remisión de la preceptiva información, en la 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.

Recomendación 149/2012, de 21 de noviembre, formulada a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre la comercialización por las entidades bancarias de participaciones preferentes y deuda subordinada a inversores minoristas sin la debida información (12001843). Pendiente.

Hemos recibido su escrito en relación con la investigación de oficio número 12001843, sobre la comercialización por las entidades financieras de productos complejos como las participaciones preferentes y deuda subordinada.

Agradecemos la información facilitada y valoramos las actuaciones que se están desarrollado para lograr un mercado más trasparente y justo para los inversores, pero discrepamos de algunas afirmaciones efectuadas por las siguientes razones:

Primera. En cuanto a las dificultades legales alegadas por esa Comisión para proporcionarnos la identificación de las entidades incursas en un procedimiento sancionador, sujetas a inspección, estimamos que la remisión de dicha información a esta Institución no supone la divulgación de la misma como parece desprenderse de su escrito, no se trata de hacer los datos públicos, pues recordamos a V. E. que esta Institución también cuenta con el deber de reserva impuesto por el artículo 23 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo.

Sin embargo, como ya hemos indicado en nuestra comunicación de 21 de agosto de 2012, no se establecen límites al Defensor del Pueblo para el acceso a documentos en las investigaciones que realiza, por lo que consideramos que facilitar los datos que se han pedido no puede suponer riesgo alguno para las obligaciones establecidas a esa Comisión por el artículo 90 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

Segunda. Aducen la ausencia de capacidad legal de la CNMV para prohibir la comercialización de los productos financieros a inversores minoristas con carácter preventivo, indicando que la modificación del MiFIR, en tramitación, recoge la posibilidad de prohibir o restringir temporalmente esa comercialización.

Respecto a esta afirmación interesa a esta Institución que aclare en qué supuestos se puede aplicar la facultad conferida por el artículo 85.2.e) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (vigente desde 2007), pues tal parece que entre las facultades de la Comisión, tanto en sus labores de supervisión como de inspección, es decir, al margen de la competencia sancionadora, se encuentra la de requerir el cese de toda práctica contraria a las disposiciones de la ley y las normas de desarrollo de la misma, lo que apunta a la suspensión o cese de actividad de comercialización de estos productos híbridos entre inversores que no cumplían los requisitos para acceder a ellos y más cuando no se ha facilitado información y, en ocasiones, se ha presionado a los clientes para su adquisición, base de algunas sentencias estimatorias para anular los contratos.

Tercera. En cuanto a la catalogación de los productos en función de su complejidad y riesgo, incorporando un código de colores, que la CNMV considera excesivamente sencillo. Hay que explicar que la propuesta efectuada por esta Institución busca precisamente que exista un aviso fácil y accesible sobre la existencia de riesgos en la inversión, sin que ello implique que no se establezcan más niveles, pero se pretende un indicador visible y claro, pues la in-

formación pormenorizada y con un lenguaje técnico puede llevar a confusión, como de hecho ha quedado demostrado.

Cuarta. Por último, en cuanto a la carencia de capacidad para imponer a las entidades la compensación de los perjuicios ocasionados a los inversores, hay que tener en cuenta que la CNMV no debe ceñirse únicamente en sus actuaciones a la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, pues su artículo 14 sobre el régimen jurídico de la CNMV en el punto 2 dice textualmente: «En el ejercicio de sus funciones públicas, y en defecto de lo dispuesto en esta Ley y en las normas que la completen o desarrollen, la Comisión Nacional del Mercado de Valores actuará con arreglo a lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado».

Del mismo modo, el artículo 98.1 de la misma ley dispone: «En materia de procedimiento sancionador, resultará de aplicación la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y su desarrollo reglamentario...».

Este último precepto sitúa la cuestión en el ámbito de los principios de la potestad administrativa sancionadora recogidos en la citada Ley 30/1992, y entre ellos en el principio de responsabilidad previsto en el artículo 130, en los siguientes términos:

> «2. Las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados que podrán ser determinados por el órgano competente, debiendo, en este caso, comunicarse al infractor para su satisfacción en el plazo que al efecto se determine, y quedando, de no hacerse así, expedita la vía judicial correspondiente».

De todo ello se deduce que existen instrumentos en el ordenamiento jurídico para adoptar medidas sobre la compensación de los perjuicios ocasionados a los inversores. Además esta Institución no encuentra objeciones para que desde esa Comisión se promuevan acuerdos que ayuden a paliar el daño ocasionado, máxime teniendo en cuenta que valoran esa compensación en la aplicación de la política disciplinaria y en el cálculo de la cuantía de las sanciones.

Con independencia de lo anterior, queremos dejar constancia de que no desconocemos la nueva normativa aplicable a los canjes, pero este cambio de las reglas cuando ya existe un conflicto en detrimento de la parte más débil de la relación no puede ser compartido por el Defensor del Pueblo, además ello no empece para la promoción de acuerdos que ayuden a limitar los perjuicios sufridos por los inversores minoristas, cuya protección encomienda la ley a esa Comisión.

Es un hecho innegable que el sistema de control y supervisión sobre esta actividad antijurídica no ha funcionado como debiera, además en un momento en que las entidades se encuentran sin la capacidad de respuesta que los inversores confiaban que tenían.

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:

> «Reiterar la recomendación efectuada sobre la necesidad de promover acuerdos entre los inversores y las entidades de crédito para limitar los daños sufridos por los inversores, que no tienen el deber jurídico de soportar, y recomendar a esa Comisión el uso de los instrumentos que el ordenamiento jurídico ofrece para reponer el orden jurídico conculcado».

En espera de la remisión de la preceptiva información, en la 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.

Recomendación 150/2012, de 23 de noviembre, formulada al Ente Público Puertos del Estado del Ministerio de Fomento, sobre las condiciones de seguridad del servicio público de transporte de personas y vehículos entre las dos orillas de la Ría del Nervión (12007024-01). Pendiente.

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

En el completo informe remitido se realizan distintas consideraciones sobre las competencias de las autoridades portuarias respecto de la gestión del dominio público que tienen adscrito, así como sobre la gestión y control de los servicios portuarios, emitiéndose el criterio de ese organismo respecto del alcance de las obligaciones de vigilancia y seguridad de las autoridades portuarias en el espacio portuario y sobre la responsabilidad de las autoridades portuarias en materia de seguridad.

Analizados detenidamente los argumentos esgrimidos en el informe remitido, y comprobada la normativa de aplicación, esta Institución estima oportuno asimismo realizar las siguientes consideraciones.

Efectivamente, el Defensor del Pueblo considera, en consonancia con lo manifestado por ese organismo, que las obligaciones de vigilancia y control de las autoridades portuarias respecto del espacio portuario no son ilimitadas en toda la zona de servicio del puerto. De hecho, esta tesis es abonada por lo que dispone la Orden FOM/938/2008, de 27 de marzo, por la que se aprueba el pliego de condiciones generales para el otorgamiento de concesiones en el dominio público portuario estatal, cuando en su Regla 22, dedicada a la Gestión de la Concesión, se establece: «El concesionario gestionará la concesión a su riesgo y ventura. En ningún caso, la Autoridad Portuaria será responsable de las obligaciones contraídas por el concesionario ni de los daños o perjuicios causados por este a terceros».

Ahora bien, lo anterior y el hecho de que el servicio público de transporte de personas y vehículos entre las dos orillas del río Nervión haya sido objeto de una concesión administrativa y que corresponda al concesionario cumplir con las exigencias derivadas de la aplicación de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales y de protección civil, mediante el cumplimiento, entre otros requerimientos, de la norma básica de autoprotección, no excluye el cumplimiento por las administraciones públicas competentes para el otorgamiento de la licencia o permiso para la explotación o inicio de actividad de que se trate de velar por el cumplimiento de las obligaciones impuestas al concesionario, como prueba de que la existencia de una concesión sobre el dominio público no implica, en ningún momento, la renuncia de la titularidad pública del servicio público objeto de la concesión.

Por ello, si bien es cierto que la mercantil (...) deberá hacer frente a las responsabilidades dimanantes del accidente acaecido en el año 2010, a resultas del cual falleció el hijo de los comparecientes ante esta Institución, y que deberán ser los tribunales de Justicia quienes, en última instancia, delimiten las responsabilidades a que hubiere lugar, no es menos cierto que de la normativa vigente se desprende la existencia de ciertas facultades de supervisión y control por la Administración Pública titular del servicio del cumplimiento por el concesionario de las normas en materia de seguridad y de inspección de las instalaciones y su correcto mantenimiento y buen uso.

En este sentido, a través de la concesión solo se transfiere al concesionario la gestión y explotación del servicio público. Esta escisión entre titularidad y explotación del servicio que la concesión significa queda claro cuando la Ley de Contratos establece un reparto de facultades de policía para mantener el buen orden del servicio entre el contratista y la propia Administración.

En términos generales podría decirse que la Administración como titular del servicio conserva todas las facultades de policía necesarias para asegurar su buen funcionamiento y una potestad de fiscalizar el servicio, esto es, su gestión y explotación por el concesionario; potestad que está implícita asimismo en la propia titularidad administrativa sobre el servicio público.

De hecho, entre la documentación remitida por esa Administración consta el pliego de bases del concurso de concesión para la explotación del puente-transbordador entre Las Arenas y Portugalete y el pliego de cláusulas de explotación.

En este último, en su artículo 5, se contienen las normas específicas que rigen la conservación e inspección de las instalaciones, disponiéndose, como no podía ser de otra manera, que, si bien la conservación de las instalaciones es una de las obligaciones del concesionario, de acuerdo con las condiciones de la concesión, este debe encargar anualmente la revisión de la estructura y mecanismos del puente-transbordador, y presentar a la Autoridad Portuaria el informe correspondiente a dicha revisión antes del 31 de diciembre de cada año. A la vista del informe, la Autoridad Portuaria «podrá ordenar las reparaciones oportunas e incluso paralizar el servicio, si se hubieran observado anomalías que afecten a su seguridad».

Por su parte, en el pliego de condiciones de la concesión para la explotación del puente-transbordador entre Las Arenas y Portugalete se prevé asimismo que «la Autoridad Portuaria podrá inspeccionar en todo momento el estado de conservación de las obras y terrenos concedidos y señalar las reparaciones que deban realizarse, quedando obligado el concesionario a ejecutarlas a su cargo en el plazo que se le señale.

Si el concesionario no realizara las obras de reparación en el plazo establecido, podrá la autoridad portuaria incoar el expediente sancionador correspondiente...».

De las recientes informaciones facilitadas por los promoventes de la queja se desprende que la empresa concesionaria, a raíz del accidente mortal acaecido en 2010, ha acometido determinadas reformas en la barcaza, aun cuando del informe remitido por la Secretaría de Estado de Cultura se concluye que «(...) envió información el 24 de enero de 2012, en la que se aludía a las obras de consolidación del monumento; no obstante, por lo que respecta al cambio del pavimento de la góndola del transbordador, está aún pendiente de ser llevado a cabo».

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, de acuerdo con la potestad de fiscalizar el servicio y las potestades de policía que ostenta esa Administración respecto de la concesión otorgada a la empresa concesionaria del servicio público de transporte de personas y vehículos entre las dos orillas de la ría del Nervión, en orden a asegurar su buen funcionamiento y cum-

plimiento de las condiciones de seguridad, se realicen las inspecciones que sean pertinentes y se ordenen las reparaciones y/o mejoras de las mismas, en caso de detectarse anomalías que impliquen riesgo para las personas y usuarios de dicha instalación».

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

Recomendación 151/2012, de 23 de noviembre, formulada al Ayuntamiento de Toledo, sobre los actos incívicos que se suceden en los espacios públicos de esa localidad (12007068). Pendiente.

Acusamos recibo a su escrito (s/ref...), en el que nos contesta a la queja planteada por don (...) y registrada con el número arriba indicado.

En dicho escrito se comunica la situación que afecta a la urbanización en la que reside el compareciente debido a los continuos robos de cable que se están produciendo, hechos que no solo afectan a ese municipio, sino que se hacen extensivos a todo el país.

Esta Institución es consciente de la proliferación cada vez mayor de actos vandálicos que afectan a las instalaciones de alumbrado público y a otras instalaciones y edificios tanto públicos como privados y de la dificultad que encuentran las autoridades competentes en cada caso, para localizar y detener a los culpables, así como el perjuicio económico que tales actuaciones ilegales ocasionan al erario público, proporcionalmente mucho mayor que el valor del material robado.

Ciertamente es necesario tomar en consideración que hay que hacer frente, no solo a la reposición de lo robado, en muchas ocasiones imposible debido a la limitada capacidad financiera de las Corporaciones Locales a las que afecta, sino que también resulta ineludible adoptar medidas de prevención de la delincuencia, tendentes a evitar que se sigan destrozando los equipamientos y se cometan actos delictivos en los espacios públicos, y llevar a cabo medidas de investigación, tendentes a la localización de los presuntos culpables de tales hechos.

Esta tarea excede con mucho de las competencias de la Administración Local, lo que impone la necesaria colaboración y coordinación con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en lo concerniente al ejercicio de la función que le asigna principalmente la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, cuando expresa que los Cuerpos de Policía Local deberán ejercer entre otras funciones, «efectuar diligencias de prevención y cuantas actuaciones tiendan a evitar la comisión de actos delictivos en el marco de colaboración establecido en las Juntas de Seguridad».

En consecuencia, 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. I. la siguiente recomendación:

> «Que se refuercen las actuaciones de coordinación con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en el marco de la Junta de Seguridad, y se adopten las necesarias medidas de actuación conjunta en materia de prevención y represión de las conductas delictivas que conduzcan a la erradicación de los actos vandálicos que se suceden en los espacios públicos de esa localidad, principalmente el robo de cable de cobre, de tal forma que se asegure el mantenimiento de la seguridad ciudadana de los vecinos de la zona objeto de la queja».

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

Recomendación 152/2012, de 23 de noviembre, formulada al Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM), sobre la adopción de medidas para la reducción de la extraordinaria demora existente en la realización de colonoscopia en el Hospital La Mancha Centro (12008583). Pendiente.

Hemos recibido su escrito (s/ref.: registro de salida número...), con relación a la queja planteada ante esta Institución por doña (...), registrada con el número arriba indicado.

En el mencionado escrito se pone de relieve que aún no ha sido posible citar a la paciente para efectuar la colonoscopia programada, en atención al elevado número de pacientes que precisa esta prueba y en que se están priorizando las relativas a procesos oncológicos. Se añade también que, cuando se pueda fijar la fecha en la que se llevará a cabo, se comunicará a la interesada.

De la información facilitada por ese Servicio de Salud se desprende la existencia de una notable demora, de carácter estructural, para la realización, en el hospital La Mancha Centro, de Alcázar de San Juan (Ciudad Real), de colonoscopias, superior a siete meses, en la actualidad, en el caso concreto planteado.

Con carácter previo a la formulación de las recomendación y sugerencia que se derivan de la presente investigación, es necesario efectuar las cinco consideraciones que seguidamente se detallan:

En primer lugar que, aun cuando, efectivamente, la mayor eficiencia del sistema exige la definición de criterios explícitos de indicación clínica y de pautas de actuación acerca de la prioridad de los pacientes en lista de espera, ello no es suficiente para justificar el largo tiempo transcurrido desde que se programó (4 de marzo de 2012) la prueba que precisa la paciente. En segundo término, que esta no conoce, ni tan siquiera de forma aproximada, cuándo se materializará la reseñada prueba, extremo que da a entender la práctica de agendas cerradas, que se traducen en la existencia de pacientes en espera de que se les asigne la fecha en la que podrán ser atendidos. En tercer lugar, que el reconocimiento del derecho de todos los ciudadanos a la protección de la salud, consagrado en el artículo 43 de la Constitución española, requiere de los poderes públicos la adopción de las medidas idóneas para satisfacerlo. En cuarto lugar, que el fin principal de las administraciones con responsabilidad en la gestión de la asistencia sanitaria no es otro que el de prestar una atención de calidad a los ciudadanos, en cuyo marco la equidad es un referente ineludible. Y, en quinto lugar, que existe consenso, tanto entre los ciudadanos en general como entre los profesionales y gestores sanitarios, acerca de la necesidad de adoptar medidas urgentes y tendentes a suprimir tiempos de espera que no sean razonables.

De otra parte, es igualmente preciso señalar que la excesiva demora en la realización de la prueba diagnóstica a la que se viene haciendo referencia, superior a siete meses, no se corresponde con la obligación del sistema público sanitario de garantizar no solo el contenido nominal y funcional de las prestaciones, sino también la forma de obtención de las mismas en lo referente a tiempo, calidad y accesibilidad.

Con fundamento en lo 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. I. las siguientes:

Recomendación

> «Adoptar las medidas oportunas para reducir la extraordinaria demora existente, al menos en algunos supuestos, en la realización de colonoscopias en el hospital La Mancha Centro», y

Sugerencia

> «Comunicar a la señora (...) la fecha o período de tiempo en que previsiblemente se llevará a cabo la prueba diagnóstica programada hace ya más de siete meses».

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 se aceptan o no la recomendación y sugerencia formuladas, así como, en caso negativo, las razones que se estimen para su no aceptación.

Recomendación 153/2012, de 28 de noviembre, formulada a la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP), sobre la regularización de urbanizaciones (12247002). Pendiente.

El Defensor de Pueblo lleva años describiendo los problemas originados en los procesos de planeamiento no terminados, bien en la aprobación de los planes bien en la ejecución y gestión de planes aprobados; y señalando las causas y soluciones, que las administraciones urbanísticas conocen y que por varias razones no califican ni aplican (informes anuales 2007, 2008 y 2010; también en la monografía Agua y ordenación del territorio, 2010, § 1.1.5 «Ejecución del planeamiento urbanístico. Urbanizaciones ilegales»).

La crisis económica toma en el ámbito urbanístico su aspecto de crisis de rentabilidad de la inversión, que ha ocasionado durante los últimos tres años el enfriamiento de la actividad promotora, especialmente en la ejecución de los planes. El ritmo de la construcción se ha ralentizado o detenido y muchos proyectos urbanísticos no han podido ejecutarse. La falta de rentabilidad y la desvalorización (cuando no la destrucción) del capital inmobiliario ha conducido a la falta de financiación bancaria, con más dificultades para los ciudadanos en poder acceder a una vivienda. La crisis de la construcción está ocasionando la paralización de obras y el abandono de urbanizaciones y construcciones no acabadas. Las obras no pueden ser recepcionadas por el ayuntamiento al no haberse realizado correctamente, los vecinos se encuentran en una situación desesperada y de indefensión, sin vivienda digna.

Decíamos en el informe 2011 que tras una década de expansión de la edificación residencial, que elevó la oferta de viviendas hasta niveles superiores al medio de los países europeos, sea en términos absolutos o relativos a la población o al parque de viviendas existente, el año 2007 supuso el inicio de una fase de ajuste que se prolonga hasta hoy. La crisis de la construcción se expresa en la paralización o abandono de urbanizaciones y de construcciones sin terminar. Por tanto, un año más las quejas recibidas sobre esta materia se refieren fundamentalmente a los problemas ocasionados por la ejecución incompleta de planeamiento.

Los problemas en la ejecución del planeamiento urbanístico alcanzan la fase ulterior de la edificación y de los controles de la legalidad urbanística, asuntos estos que aquí no tratamos (es decir, nos quedamos en la reparcelación, urbanización y entrega de las obras al ayuntamiento, dejamos fuera la licencia de obras, la edificación y las infracciones asociadas), aunque formen parte de la preservación y uso del suelo en su sentido propio, que es la atención de las necesidades generales –en última instancia, el derecho fundamental y elemental a disfrutar de una vivienda digna– y no las de la rentabilidad de la inversión inmobiliaria.

Es excesiva la lentitud que caracteriza la gestión urbanística, debida a la complejidad de los procesos administrativos. El Defensor del Pueblo en sus informes anuales viene destacando que los sistemas de actuación tradicionales presentan problemas reiterados que, por conocidos, exigirían fórmulas de sistematización y simplificación. Hemos subrayado la importancia de que las administraciones locales asuman el protagonismo de la gestión urbanística; estas invocan para justificar su inactividad la falta de medios técnicos y jurídicos. La ejecución del planeamiento consiste en un proceso complejo y costoso al que normalmente llega únicamente preparado el promotor o empresario que cuente con medios profesionales y económicos apropiados. El problema que subyace en la aplicación de los sistemas de iniciativa

privada es que los propietarios originales de suelo no quieren o no suelen querer invertir en sus propios terrenos, ni en muchos casos desean afrontar los gastos económicos del planeamiento, ni la equidistribución de beneficios y cargas mediante la reparcelación; prefieren quedar a la espera de ver revalorizados sus terrenos para venderlos posteriormente a promotores con un considerable incremento del precio. Sin embargo la Administración no llega casi nunca a sustituir el sistema de compensación por otro más efectivo.

Estas y otras circunstancias retrasan los desarrollos urbanísticos y han obligado al legislador a introducir cambios en las leyes, con procedimientos de intervención por entidades privadas no propietarias de suelo para que afronten los gastos que los propietarios reales de los suelos no quieren asumir (agente urbanizador, con rechazo ciudadano, Informe 2007).

La carencia de servicios públicos básicos, las deficiencias en las infraestructuras y la insuficiencia de dotaciones en las urbanizaciones son el objeto principal de las quejas. Denuncian a las empresas promotoras porque, una vez vendidas las parcelas, «desaparecen» sin ejecutar todas las determinaciones del plan y, por tanto, no finalizan las obras de urbanización, dejan calles y aceras sin pavimentar, alumbrado público sin instalar y toda clase de deficiencias en los servicios básicos, incluidos los de saneamiento y abastecimiento de agua, imprescindibles para que las edificaciones reúnan condiciones de salubridad y habitabilidad mínimas para el uso residencial.

Las administraciones locales suelen atribuir toda la responsabilidad a los promotores y esta Institución se ve obligada a recordar que debían haber adoptado en su momento medidas de control para garantizar las obras. A veces los ayuntamientos reconocen no haber exigido a los promotores –o al menos no cuando es debido– las garantías de la legislación urbanística para el exacto cumplimiento de sus compromisos y la efectiva ejecución de la urbanización. Las administraciones admiten que únicamente requieren estas garantías cuando deba asegurarse la ejecución simultánea de la urbanización y de la edificación, por tanto olvidan que han de exigirse siempre y, además, en cuantía suficiente. La situación se ve agravada cuando a pesar de haber exigido la garantía, el ayuntamiento, ante el incumplimiento del promotor, no solo no adopta medidas contra él (incoación de expediente de infracción urbanística), sino que tampoco ejecuta la garantía. Esta Institución recuerda entonces a las administraciones sus facultades de inspección y control de las obras de urbanización. En el ejercicio de esta función les corresponde vigilar y supervisar la correcta ejecución de las obras e instalaciones; dicha responsabilidad es exigible tanto en lo que afecte a las características técnicas como a los plazos en que deben terminarse y entregarse las obras; y que están asimismo obligadas a dictar de manera inmediata órdenes de ejecución en cuanto detecten los primeros incumplimientos, e incluso acudir a las multas coercitivas. Se ha recordado el deber legal general de no autorizar edificar hasta que los terrenos adquieran la condición de solar o, al menos, hasta que se garantice mediante fianzas la ejecución simultánea de la urbanización y de la edificación.

En consecuencia, no suelen ser los adquirentes de las viviendas los obligados a completar la urbanización y a cumplir lo que el promotor quedó obligado a hacer por imposición de la ley y de la licencia. Esta Institución informa a los afectados de la posibilidad de exigir responsabilidad a la Administración municipal por anormal funcionamiento de sus servicios. Ante el incumplimiento del promotor los ayuntamientos pueden actuar por ejecución subsidiaria y repercutir el coste en el promotor, y hasta pueden cobrarlo por vía de apremio.

De no ser posible, lo procedente es que el ayuntamiento concierte con los propietarios la ejecución de las obras. Si las obras pendientes superan el límite de la obligación de conservar, debe instarse a la Administración a que alcance acuerdos con los propietarios donde el ayuntamiento asuma la financiación de las obras en lo que sobrepase el deber de conservación. Este deber no puede ser ilimitado ni indefinido. Hay que lograr que las administraciones locales adopten las medidas necesarias para terminar las obras de urbanización de forma que puedan ser recibidas por el ayuntamiento, que en ese momento asume también la obligación de mantenerlas y conservarlas. La existencia de una entidad urbanística colaboradora no exime a la Administración local del deber de recibir las obras de urbanización ni, por tanto, le exime de asumir su conservación, una vez finalizadas y en condiciones aceptables. La conservación de las obras de urbanización y el mantenimiento de las dotaciones e instalaciones de los servicios públicos deben correr a cargo de los propietarios constituidos en Entidad Urbanística de Conservación, que tiene la obligación de mantenerlos en buen estado hasta su cesión a la administración; pero efectuada ésta, la conservación corresponde al ayuntamiento, no puede extenderse dicha obligación más allá de la cesión. Hay que poner fin a estas situaciones, que se prolongan durante años e impiden a los afectados beneficiarse de los servicios públicos en condiciones de igualdad con el resto de vecinos (Informe 2008).

En principio, esta Defensoría suele recomendar a los ayuntamientos que procedan contra las garantías y avales constituidos a favor de las obras de urbanización, después de exigir el cumplimiento de sus obligaciones a los agentes urbanizadores. Pero dado el escaso montante de estas garantías, los agentes urbanizadores prefieren perderlas a continuar con la ejecución de urbanizaciones y construcciones que no tienen hoy por hoy salida en el mercado.

Las fincas integrantes de una actuación urbanizadora quedan afectadas al cumplimiento de las obligaciones urbanísticas. La ley pone a disposición de los ayuntamientos soluciones para evitar el retraso en la ejecución urbanística, soluciones distintas según la situación de cada urbanización. Por ello, esta Defensoría en algunos casos ha optado por sugerir la sustitución del sistema de gestión privada (compensación) por otro de gestión pública (expropiación o ejecución forzosa) o mixta (cooperación), previa audiencia de los interesados y tramitación, si procede, a los propietarios del ámbito de un expediente de declaración de incumplimiento de los deberes urbanísticos. Lo que no es aceptable es tramitar y otorgar la licencia de primera ocupación mientras las obras no estén concluidas y no se compruebe su ajuste a la licencia de obras y al proyecto de urbanización. Las administraciones deben evitar que los constructores o promotores puedan vender viviendas a terceros de buena fe, quienes las adquieren ante notario creyendo que pueden ser inmediatamente ocupadas y que cuentan con todos los servicios de urbanización exigibles. Esta Defensoría se encuentra continuamente ante casos de viviendas que disponen de licencia de primera ocupación que sin embargo no tienen garantizada una prestación adecuada de los servicios básicos al no haberse concluido las obras de urbanización. Esto es inaceptable.

Es el ayuntamiento –no el urbanizador– el que debe verificar si se han cumplido correctamente todos los compromisos urbanísticos asumidos por este en su día, función municipal que el ayuntamiento puede no haber ejercido durante años; y lo que es más grave, tampoco parece tener intención de ejercer pese a las advertencias que le cursamos. Esta Institución no puede dar por concluidas las actuaciones mientras no se verifique por la Administración local la solución definitiva del problema.

Otra vertiente de la ejecución incompleta está en las urbanizaciones antiguas. Las irregularidades persisten a pesar de algunas disposiciones que se han venido aprobando para solventar estas situaciones por las comunidades autónomas –alguna muy acertada, como la Ley 3/2009, de regularización y mejora de urbanizaciones con déficit urbanísticos de la Generalitat de Cataluña. Destacan los casos de ejecución de las obras de vialidad (artículo 59.1 del Reglamento de gestión urbanística de 1978). Fueron numerosas y graves las quejas tramitadas en 2010 sobre este asunto.

Las urbanizaciones están realizadas por promotores a quienes poco interesa el urbanismo, sino la rentabilidad de su inversión, rentabilidad a menudo meramente especulativa. En el mejor de los casos, las construcciones disponen, para dar servicio adecuado, sólo de un remedo de acceso rodado y encintado de aceras, con lo que el promotor se facilita a sí mismo la venta de las viviendas. Pero con el paso del tiempo estas obras no proporcionan el servicio esperable y apropiado, por falta de conservación, por uso intenso o por inclemencias del tiempo, que hacen frecuente la aparición de deficiencias en la pavimentación de las calzadas, socavones, rotura y desgaste de la capa de rodadura. En consecuencia, sugerimos a las administraciones locales que presten el servicio obligatorio del artículo 26.1 de la Ley 7/1985, reguladora de las Bases del Régimen Local, modificada por la Ley 57/2003, de medidas para la modernización del gobierno local; que ejerzan su competencia en orden al correcto funcionamiento de los servicios públicos en la vía pública de la localidad; y que adopten a la mayor brevedad las medidas necesarias para la pavimentación adecuada.

El urbanismo es sobre todo una función pública, cuya titularidad y responsabilidad corresponde a las administraciones públicas, mucho más y antes que una oportunidad de negocio. En ocasiones, aun en los casos en que, por ejemplo, la conservación de los viales no corresponde directamente a la Administración municipal, recordamos a esta el deber legal que le incumbe de garantizar el cumplimiento de la obligación de los propietarios de toda clase de terrenos y construcciones de mantenerlos en condiciones de seguridad, salubridad y ornato público.

Obtenemos por tanto el siguiente esquema de problemas y sus causas:

- Problemas originados:
  - Retrasos en la aprobación de los planes.
  - Urbanizaciones ilegales: problemas de suministro y licencia de primera ocupación. El ayuntamiento no las ataja cuando debe y puede, con mucha más facilidad, o sea cuando se inicia la edificación. Esto produce iniquidades intolerables si pensamos en terceros de buena fe (buena fe que no siempre se da); frecuentemente nos resulta imposible poder admitir la alegación de desconocimiento.
  - Inexistencia de servicios públicos básicos, deficiencias en las infraestructuras e insuficiencia de dotaciones en las urbanizaciones:
    - Una vez vendidas las parcelas, las empresas promotoras «desaparecen» sin ejecutar todas las determinaciones del plan; no finalizan las obras de urbanización, dejan calles y aceras sin pavimentar, alumbrado público sin instalar y toda clase de deficiencias en los servicios básicos, imprescindibles para que las edificaciones reúnan condiciones de salubridad y habitabilidad mínimas para el uso residencial.

– Ejecución y gestión gravemente incompletas:

- Falta de suministro de agua potable.
- Vertido de residuales: vertidos ilegales (sistema de saneamiento irregular, incluso con riesgo de contaminar aguas subterráneas en un acuífero de interés local). Los vertidos de residuales por saneamiento deficiente son responsabilidad de quienes los originan, es decir de quienes habitan la urbanización, los dueños de los inmuebles habitables.

► Causas:

– Tolerancia municipal ante urbanizaciones incompletas, es decir sin exigir responsabilidad a los dueños ni promotores.

– Resistencia de los ayuntamientos a aplicar la vía de apremio para reclamar el cobro de las cantidades adeudadas.

– Retrasos y hasta negativa a resolver los recursos contra acuerdos de las Juntas de Compensación.

– El extremo de la pasividad es la falta de contestación de la administración a los afectados por estos problemas.

– Resistencia de los ayuntamientos a recibir las obras de urbanización y, por tanto, de asumir su conservación y mantenimiento: Permiten que durante años y a veces de manera indefinida, estas obligaciones sigan recayendo en los propietarios de las parcelas, lo que empeora el deterioro de infraestructuras y dotaciones.

– Las administraciones locales invocan para justificar su inactividad la falta de medios técnicos y jurídicos.

– La Administración casi nunca sustituye el sistema de compensación por otro más efectivo.

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, del Defensor del Pueblo, he resuelto dirigir las siguientes recomendaciones sobre ejecución del planeamiento urbanístico a esa Federación Española de Municipios y Provincias, para que conforme a sus funciones tenga a bien pronunciarse al respecto y, ulteriormente, trasladarlas a las entidades locales, tanto municipales como provinciales:

1ª. «En el caso de urbanizaciones ilegales:

a) Que el ayuntamiento se plantee sin demora las condiciones de la posible legalización o de la imposibilidad de legalización.

b) En cualquier caso, que el ayuntamiento valore la posibilidad de autorizar la realización de las obras necesarias para efectuar el enganche a la red general municipal de abastecimiento de agua potable, de saneamiento de aguas residuales, o de aquellas obras necesarias que, en principio, pueden ser de escasa entidad constructiva, urbanística y económica, y que respondan a asegurar que las viviendas reúnen las condiciones mínimas de seguridad, higiene y ornato, sin perjuicio de la

decisión final sobre la legalización si procede y sin consecuencias necesariamente en el valor expropiatorio».

2ª. «En las urbanizaciones incompletas, que las administraciones locales insten el final de las obras de urbanización de forma que puedan ser recibidas por el ayuntamiento, para que en ese momento asuma éste la obligación de mantenerlas y conservarlas. Que se tenga presente cómo la existencia de una Entidad Urbanística Colaboradora no exime a la administración local del deber de recibir las obras de urbanización ni, por tanto, de asumir su conservación, una vez finalizadas y en condiciones aceptables; y que efectuada la recepción, la conservación corresponde al ayuntamiento, y no puede extenderse la obligación de conservación más allá del momento de la cesión.»

3ª. «Para evitar el retraso en la ejecución urbanística, que el ayuntamiento valore y en su caso proceda a la sustitución del sistema de gestión privada (compensación) por otro de gestión pública (expropiación o ejecución forzosa) o mixta (cooperación), con la tramitación de un expediente de declaración de incumplimiento de los deberes urbanísticos, con audiencia de los propietarios del ámbito.»

4ª. «Que las garantías pedidas al promotor se consideren exigibles no sólo cuando debe asegurarse la ejecución simultánea de la urbanización y de la edificación, sino que han de exigirse siempre y en cuantía suficiente.»

5ª. «Que el ayuntamiento, ante el incumplimiento del promotor:

a) Ejercite sin demora sus facultades de inspección y control de las obras de urbanización, les corresponde vigilar y supervisar la correcta ejecución de las obras e instalaciones;

b) Incoe expediente de infracción urbanística y ejecute la garantía constituida; y dicte de manera inmediata, al menos con carácter cautelar, órdenes de ejecución en cuanto detecten los primeros incumplimientos; de ser preciso y conveniente, que le imponga multas coercitivas; y en su caso ejecute subsidiariamente y repercuta el coste en el promotor y lo cobre por vía de apremio;

c) Que exija la responsabilidad tanto sobre las características técnicas como sobre los plazos en que deben terminarse y entregarse las obras.»

6ª. «Que si hay pactos suscritos en su día por el promotor y el ayuntamiento en que se determina a quién corresponde conservar la urbanización, bien a cargo del primero durante cierto tiempo, bien a cargo de la entidad de conservación que se constituya, bien a cargo del propio ayuntamiento, entonces éste los cumplimente sin demora.»

7ª. «Que no se añada a las Entidades Urbanísticas de Conservación obligaciones mayores de las legalmente exigibles, como urbanizar parcialmente lo que reste por ejecutar o como acometer obras mayores de reforma.»

8ª. «Que el plazo de conservación quede debidamente determinado en el plan (artículo 46.b.3º Reglamento de planeamiento de 1978, o reglamentación autonómica equivalente). Que quede precisado este extremo al aprobarse el planeamiento parcial o de desarrollo, especialmente en los de iniciativa privada.»

9ª. «Que se tenga siempre presente, especialmente en el caso de urbanizaciones antiguas, que la obligación de los propietarios de costear el mantenimiento y conservación de los servicios públicos de la urbanización, incluso tras su entrega a la administración, es una determinación temporal, por plazo definido y de carácter excepcional, en cuanto el deber de conservar las urbanizaciones afecta a bienes y servicios esencialmente públicos, y en cuanto el deber de conservar no es ilimitado ni indefinido.»

10ª. «Que las administraciones urbanísticas extremen el rigor y puntualidad en elevar al órgano colegiado de gobierno, periódicamente, el informe de seguimiento de la actividad de ejecución del plan (art. 15.5 LS).»

11ª. «Que el ayuntamiento no autorice edificar hasta que los terrenos adquieran la condición de solar o, al menos, hasta que se garantice mediante fianzas la ejecución simultánea de la urbanización y de la edificación.»

Agradezco de antemano su colaboración y espero, de conformidad con el artículo 30 de la Ley Orgánica, que en el plazo máximo de un mes me comunique si acepta o no las recomendaciones formuladas, indicándome, en este último supuesto, las razones en que funde su negativa.

Recomendación 154/2012, de 4 de diciembre, formulada a la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior, sobre la expulsión de personas extranjeras, con el fin de que se realicen tras la notificación a la persona legitimada, y para que esta disponga del tiempo suficiente para recurrir (11013536). Pendiente.

Se acusa recibo del escrito de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras (s/ref.: registro de salida número...), en el que se da respuesta al informe ampliatorio solicitado por el Defensor del Pueblo en la queja planteada por don (...) en representación de don (...) y registrada con el número arriba indicado.

A la vista del contenido del mismo se ha de señalar que esta Institución ha venido recibiendo quejas similares a la planteada, en las que algunos extranjeros que cumplen condena por una conducta dolosa que constituye en nuestro país delito sancionado con una pena privativa de libertad superior a un año, son detenidos tras su excarcelación e interceptados por la Brigada Provincial de Extranjería.

El motivo de su identificación y posterior detención se produce por su situación irregular en España, así como por tener decretada la expulsión por diez años; momento en que se les notifica la orden de expulsión, al amparo de lo dispuesto en los artículos 53.1.a) y 57.2 de la vigente normativa de extranjería y, al tiempo, se les traslada al aeropuerto para dar cumplimiento a dicho decreto de expulsión, ya que, para estos supuestos, tienen orden de salida inmediata, con escolta policial.

En el caso planteado, según consta en el segundo comunicado remitido por la Administración, el interesado fue detenido a las 12.20 horas del día 26 de mayo de 2011, le fue notificado el decreto de expulsión (dictado por la Delegación del Gobierno en la Comunidad de Madrid el 28 de marzo de 2011) a las 12.50 horas de ese mismo día y fue trasladado a continuación al aeropuerto de Madrid-Barajas, desde donde tenía prevista su expulsión ese mismo día 26 en el vuelo IB-3746 con destino a Lagos (Nigeria) y salida a las 15.40 horas del referido día, escoltado por los funcionarios policiales adscritos a la Comisaría General de Extranjería y Fronteras.

Por tanto, el objeto de esta queja es el de examinar la actuación de la Administración respecto a la urgencia de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en trasladar al extranjero al aeropuerto para su repatriación en el mismo momento en el que se le notifica la orden de expulsión.

En este contexto, se trata de valorar si la ejecución de la resolución de expulsión de manera simultánea a la notificación, puede crear serias dificultades para que la persona afectada o su representante legal interpongan un recurso efectivo ante una instancia nacional que permita la adopción de una medida cautelar de suspensión. De afirmarse esta situación de perjuicio, estos hechos pueden vulnerar, entre otros, el artículo 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el derecho de defensa y de tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24 de nuestra Constitución.

Esta Institución debe precisar, en primer lugar, que la expulsión de un extranjero por una autoridad, en virtud de un acto administrativo, constituye una actuación limitativa de la libertad

de una persona, y por el carácter forzoso de esta medida, refleja una identidad sustancial con la medida de compulsión sobre las personas a las que se refiere el artículo 96.1.d), de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).

Sin embargo, si bien las medidas de ejecución forzosa deben utilizarse cuando el contenido del acto haya sido incumplido y después del previo apercibimiento del obligado (art. 95 LRJPAC), el ejercicio de la compulsión sobre las personas que conlleva la expulsión del territorio (art. 63.7 Ley de extranjería), es una medida directa, sin apercibimiento y sin que el interesado haya tenido, ni siquiera, la oportunidad de haber incumplido el acto administrativo en causa.

Esta ostensible diferencia, cuando se trata de proteger los derechos fundamentales de los extranjeros (derecho a la libertad y seguridad, integridad física y moral, igualdad, tutela judicial efectiva, etc.), acentúa la necesidad de que estos dispongan de medios eficaces de respuesta frente a la inminencia de su expulsión, asegurando al máximo que la tutela judicial implícita en el artículo 57.9 de la Ley de extranjería no sea ilusoria y sí efectiva, pues corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, así como remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (art. 9.2 de la Constitución).

En este contexto legal, podría apreciarse que la actuación administrativa que se discute, se habría llevado a cabo con todo rigor, en cuanto que el artículo 63.7 de la Ley Orgánica 4/2000, en la línea con el artículo 236.2 del Real Decreto 557/2011, prevé que la ejecución de la orden de expulsión en los supuestos previstos en dicho artículo se efectuará de forma inmediata una vez notificada al interesado.

Sin embargo, sin que se ponga en cuestión la validez de este apoderamiento normativo, debe indicarse que la autoridad policial, al no haber facilitado o permitido que la persona afectada pudiera acudir a una instancia judicial al objeto de obtener una medida cautelar, ha preferenciado la «inmediatez de la expulsión» (art. 63.7 LO 4/2000 y art. 236.2 RD 557/2011) en detrimento del «derecho del recurso por los legitimados» (art. 57.9 LO 4/2000 y art. 236.3 RD 557/2011), y por lo tanto, no ha resuelto con acierto la antinomia de dos imperativos legales que se contraponen y que, por ello, deben ponderarse en su aplicación, en la medida en que pueda conjugarse el interés público que acompaña a una ejecución administrativa, con el respeto a los derechos fundamentales de los extranjeros.

En la búsqueda de este equilibrio, esta Institución considera que el término empleado «forma inmediata» al que alude la norma y que opera en nuestro acervo doctrinal como un concepto jurídico indeterminado, no debe concebirse en su aplicación singular como una acción tan «inmediata» que impida el aseguramiento de las garantías de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva a las que, en su contexto, alude el artículo 21.1 de la Ley de extranjería, así como el párrafo 3 del citado artículo 236 del RD 557/2011.

Dicho de otra manera, la locución «forma inmediata» debería modularse en su aplicación dado que, aunque la expulsión tiene que realizarse con prontitud en atención a la propia exégesis y naturaleza de un procedimiento preferente y sumario, lo anterior no debe privar al interesado de interponer el recurso contencioso-administrativo, así como de solicitar las medidas de garantía que aluden a la petición de suspensión cautelar en sede contenciosa, para

los supuestos en que concurran las circunstancias de especial urgencia (art. 135 Ley 29/1998 de la jurisdicción contenciosa).

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 199/1998, de 13 de octubre, declara: «(...) por imperativo del artículo 24.1 de la CE, la prestación de la tutela judicial ha de ser efectiva y ello obliga a que, cuando el órgano judicial competente se pronuncie sobre la ejecutividad o suspensión a él sometida, su decisión pueda llevarla a cabo, lo que impide que otros órganos del Estado, sean administrativos o sean de otro orden jurisdiccional distinto, resuelvan previamente sobre tal pretensión, interfiriéndose de esa manera en el proceso judicial de que conoce el Tribunal competente y convirtiendo así en ilusoria e ineficaz la tutela que pudiera dispensar éste. Hasta que no se tome la decisión al respecto por el Tribunal competente, el acto no puede ser ejecutado por la Administración, porque en tal hipótesis esta se habría convertido en juez (STC 78/1996), pero tampoco cabe la ejecución por otro órgano judicial distinto porque esta eventualidad impediría que aquel Tribunal, el competente, pudiera conceder eficazmente la tutela tal y como le impone el derecho fundamental (STC 76/1992)».

Por último y siguiendo esta línea jurisprudencial, el Auto del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2000, afirma que el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de ejecutividad del acto administrativo, «se concilian cuando se hace posible que la ejecutividad del acto administrativo pueda ser sometido a un Tribunal para que adopte la medida pertinente sobre su suspensión, especificando, además, que mientras se toma la decisión judicial sobre la suspensión cautelar, esta no debe verse impedida por la ejecución del acto».

A la vista de las argumentaciones expresadas y en consonancia con la jurisprudencia mencionada, el Defensor del Pueblo considera que la aplicación de las medidas de ejecución del acto administrativo de expulsión en los términos cuestionados, no resulta compatible con el artículo 24 de la Constitución, dado que la inmediata repatriación de los extranjeros en el momento en que se les notifica la correspondiente resolución administrativa, les sustrae el derecho a utilizar los recursos pertinentes que permitan el ejercicio efectivo de la tutela cautelar en el orden jurisdiccional.

Una segunda cuestión que merece el análisis de esta Institución se refiere a la ejecución misma del acto por el que se acuerda la orden de expulsión, así como a los actos de ejecución subsidiarios o complementarios que hacen posible su efectividad.

En efecto, el cumplimiento viene determinado por la expulsión o repatriación de la persona afectada, así como por los actos necesarios para su completa ejecución; por lo que, conscientes del escaso tiempo que media entre la notificación al interesado y su conducción a un aeropuerto, no puede ignorarse que la autoridad policial, antes de notificar la orden de expulsión al interesado, ya ha realizado actos previos de ejecución consistentes en la reserva o compra nominativa del billete de avión del extranjero, así como otras actividades tendentes a asegurar el cumplimiento de la resolución.

El Defensor del Pueblo considera al respecto que ninguna actuación debe realizarse sin conocimiento del interesado, y menos la práctica de estos actos de ejecución que, sin haber sido notificados, podrían encubrir la vulneración de derechos fundamentales, dado que no se trata de una cuestión formalista o de oportunidad, sino de respetar lo que dispone el artículo 138 de la Ley 30/1992, que dice que la resolución sancionadora será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa. (Vid. STC 22/1984 FJ 4º, en relación con STS de 14 de junio de 1986.)

En este marco, si bien el artículo 57.1 de dicha ley afirma que los actos de las administraciones públicas sujetos al Derecho administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, lo cierto es que la eficacia de los mismos está supeditada a la notificación que se contempla en el artículo 58 LPC. En este sentido como señaló el Tribunal Supremo, en Sentencia de 30 de abril de 1998, Sala Tercera Sección 4ª «lo importante y trascendente de toda notificación es que llegue a conocimiento del interesado la actuación de la Administración y ello en condiciones tales que le permita conocer el contenido de la diligencia a fin de que pueda utilizar los medios de defensa oportunos».

En definitiva, el Defensor del Pueblo considera que la realización sin conocimiento del interesado, de actos de ejecución subordinados al acto principal que todavía no ha sido notificado, resulta contraria al procedimiento debido, desnaturaliza el régimen de los actos administrativos ejecutables y, como consecuencia de ser desconocidos por la persona que ostenta un interés legítimo, puede constituir causa de nulidad o anulabilidad por incurrir en algún vicio o infracción del ordenamiento jurídico (arts. 62 y 63 LRJPAC).

Por todo lo anterior, esta Institución, en atención a lo establecido en los artículos 28.2 y 30.1 de nuestra ley orgánica reguladora, ha estimado procedente formular a esa Secretaría de Estado la siguiente recomendación:

> «Que se dicten las instrucciones oportunas para que los actos de ejecución de la resolución de expulsión a la que se refiere el artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, sean realizados en tiempo y forma, después de que la persona legitimada hubiera tenido conocimiento a través de la preceptiva notificación.
>
> Igualmente se recomienda que entre la notificación y la inminente expulsión medie el tiempo suficiente para que el interesado, a través de su representante legal, pueda ejercitar el derecho al recurso y acogerse a las medidas de garantía que aluden a la petición de suspensión cautelar en sede contenciosa, para los supuestos en que concurran circunstancias de especial urgencia».

En la seguridad de que esta recomendación será objeto de atención por parte de V. E.

Recomendación 155/2012, de 13 de diciembre, formulada a la Dirección General de la Policía del Ministerio del Interior, sobre los derechos de los detenidos y sus letrados (12004069). Pendiente.

En relación con la queja registrada con el número de referencia arriba indicado, le comunicamos que se ha recibido escrito del Observatorio de la Justicia, en el que formula alegaciones a la información facilitada por esa Dirección General en relación con el ejercicio de la asistencia letrada a los detenidos en la Brigada Provincial de Información de Madrid, el pasado 10 de febrero de 2012.

En el escrito remitido por el Observatorio, se afirma que de acuerdo con la normativa vigente en la materia, constituida básicamente por el RD 1484/1987 y la Orden INT/2160/2008 de 17 de julio, la prenda usada por los agentes de paisano durante la toma de declaración de los detenidos no forma parte de la uniformidad reglamentaria, y si bien es cierto que su uso no está prohibido, las razones esgrimidas por esa Dirección General para su utilización por los agentes de paisano en el interior de la Comisaría, de salvaguardia de la seguridad de los funcionarios ante posibles atentados y en la eficacia en el ejercicio de la acción policial, no tienen una justificación objetiva y razonable, habida cuenta de que lo que se plantea es que el rostro de los agentes de paisano se encuentre oculto dentro de las dependencias de la propia Comisaría, tanto de cara a los detenidos como de cara a los abogados defensores, cuando las razones de seguridad deberían aplicarse, por el contrario, de seguir la línea argumental mantenida por esa Dirección General, de cara al público, en la vía pública y ante situaciones que demandan la preservación de la identidad de los agentes.

Es decir, esta Institución efectivamente estima que podría parecer razonable que los agentes de policía, bien estén uniformados o de paisano, ocultaran su rostro frente al control de entrada del recinto policial, para evitar que fueran grabados por familiares y amigos de los detenidos y esas imágenes fueran posteriormente usadas para un fin ilícito o divulgadas en internet, con el consiguiente riesgo personal para los mismos.

Por el contrario su uso dentro de las propias dependencias policiales empaña el correcto ejercicio del derecho a la asistencia letrada de los detenidos, y como tal debería prohibirse expresamente.

Respecto del desarrollo pacífico de la entrevista privada con el detenido, los comparecientes insisten en que su ejercicio no fue respetado tal y como está reconocida la asistencia letrada como derecho fundamental en nuestra Constitución, ya que las relaciones entre el abogado y el detenido no pueden ni impedirse ni obstaculizarse, sino antes al contrario, asegurar la máxima privacidad durante su desarrollo. En consecuencia, los agentes encargados de la custodia del detenido no pueden impedir o dificultar la entrevista reservada del detenido con su letrado, salvo en los supuestos de limitación legal al amparo del artículo 527.c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, se ha estimado la conveniencia de formular a V. I. la siguiente recomendación:

> «Que se impartan las instrucciones oportunas para que en los supuestos en los que se produzca una detención, los agentes encargados tanto de la toma de declaración

como de la custodia de los detenidos, dentro de las dependencias policiales, no oculten su rostro con prendas que no forman parte de la uniformidad reglamentaria, ni a los detenidos ni a sus letrados, por estimarse dicho uso desproporcionado y contrario al derecho de defensa y de asistencia letrada reconocidos constitucionalmente.

Asimismo, que el personal que vista uniforme reglamentario lleve el carné profesional y, en el uniforme, la placa-emblema con el número identificativo personal, y no se introduzca ningún tipo de impedimentos ni se realice interrupción alguna a la entrevista privada con el letrado posterior a la toma de declaración del detenido por los agentes policiales».

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

Recomendación 156/2012, de 13 de diciembre, formulada a la Dirección General de Universidades e Investigación de la Comunidad de Madrid, para la adaptación de las pruebas de acceso a las universidades de Madrid para los alumnos con dislexia (12022637). Pendiente.

Ha comparecido ante esta Institución mediante escrito don (...), presentando queja en relación con los sistemas de adaptación para la realización de la prueba de acceso a las universidades públicas de Madrid por los alumnos afectados de dislexia.

El alumno firmante de esta queja está afectado de dislexia, y se presentó a las Pruebas de Acceso en la Universidad Autónoma de Madrid en la última convocatoria ordinaria, sin lograr superarlas. Mediante diversas notificaciones que dieron respuesta a las peticiones del alumno para la adaptación de las pruebas a su específica situación con anterioridad a la realización de las mismas, se le comunicó por el vicerrector de Estudiantes de dicha Universidad que de conformidad con el Acuerdo de 25 de enero de 2012 de la Comisión Organizadora de la Prueba de Acceso a las Enseñanzas Universitarias de Grado de la Comunidad de Madrid, por el que se establecen los procedimientos de la prueba en las universidades públicas madrileñas, para los casos de dislexia y otras necesidades educativas especiales únicamente se prevé la concesión de un tiempo máximo adicional de 15 minutos.

El firmante de esta queja considera esta medida de adaptación muy insuficiente a las necesidades que presentan las personas afectadas de dislexia, y además contrasta con las previstas por otras comunidades autónomas para la realización de las mismas pruebas de acceso.

En la Comunidad Autónoma de Cataluña, por ejemplo, el Consejo Interuniversitario de Cataluña ha llegado a un acuerdo para ofrecer al alumnado disléxico una atención especial que incluye la no penalización por las faltas de ortografía, la adscripción de tribunales específicos, más tiempo para la realización de las pruebas, e instrucciones específicas para los correctores de las pruebas de lenguas.

En línea similar la Comunidad Autónoma de Andalucía ha elaborado un Manual para la atención educativa del alumnado con dificultades específicas de aprendizaje, en el que se incluye la dislexia, y en el que entre otras líneas de intervención se recoge la adaptación de las Pruebas de Acceso a la Universidad, adecuando su organización y corrección al perfil del alumnado disléxico, con el incremento del tiempo de duración de los exámenes, la realización de pruebas con ordenador, y el uso de software de lectura de textos o adaptaciones en la presentación de la información escrita, entre otras medidas.

En el ámbito estatal el artículo 19 del Real Decreto 1892/2008, de 14 de noviembre, por el que se regulan las condiciones para el acceso a las enseñanzas universitarias oficiales de grado y los procedimientos de admisión a las universidades públicas españolas, remite a las comisiones organizadoras, de acuerdo con la regulación específica de la prueba de acceso que establezcan las administraciones educativas en cada comunidad autónoma, la determinación de las medidas oportunas que garanticen que los «estudiantes que presentan algún tipo de discapacidad», puedan hacer la prueba en las debidas condiciones de igualdad, mediante la adaptación de los tiempos, la elaboración de modelos especiales de examen y la puesta a disposición de los medios materiales y humanos, de las asistencias y apoyos y de las ayudas técnicas que se precisen.

La dislexia no constituye una discapacidad reconocida conforme al Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, dado que se trata básicamente de un trastorno neurológico que, sin afectar a la inteligencia, dificulta el aprendizaje de la lectura, de la escritura y del cálculo. Pero los alumnos que la padecen necesitan también medidas específicas que compensen esa dificultad. Sin embargo, sobre la base de la normativa aludida no puede facilitarse a los estudiantes con dislexia unas medidas basadas en las adaptaciones curriculares que se hubieran aplicado en el Bachillerato que les permitan hacer las pruebas de acceso a la universidad en condiciones de igualdad, como así está previsto para los estudiantes con algún tipo de discapacidad.

Esta Institución es conocedora de que actualmente se está elaborando un estudio sobre la problemática del alumnado disléxico en el sistema educativo español, en el que participan todas las administraciones educativas de las comunidades autónomas y estatales, y que fue encargado por la Conferencia Sectorial de Educación al Instituto de Formación del Profesorado, Investigación e Innovación Educativa.

Por tanto, mientras no exista una respuesta estatal a las necesidades de los estudiantes con dislexia que realizan estas pruebas de acceso, parece necesario que la Comisión Organizadora de la Prueba de Acceso a la Universidad en la Comunidad de Madrid aborde esta cuestión para adaptar las pruebas de acceso al alumnado afectado por dislexia, con el fin de garantizar que puedan participar en ellas en igualdad de condiciones que el resto de sus compañeros.

Por consiguiente, esta Institución al amparo del artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, reguladora de la Institución del Defensor del Pueblo, procede a formular a V. I. la siguiente recomendación:

> «Que la Comisión Organizadora de la Prueba de Acceso a las Enseñanzas Universitarias de Grado de la Comunidad de Madrid establezca un acuerdo, que sustituya o modifique el de 25 de enero de 2012 –por el que se establecieron los procedimientos de la prueba en las universidades públicas madrileñas–, con el fin de introducir medidas específicas de adaptación de acuerdo a las necesidades reales que precisan los alumnos con dislexia para realizar la prueba en igualdad de condiciones que el resto de alumnos».

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.

Recomendación 157/2012, de 20 de diciembre, formulada a la Delegación del Gobierno en la Comunidad Autónoma de las Illes Balears (Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas), sobre el ejercicio del derecho de reunión (12008746). Pendiente.

Hemos recibido su escrito, en el que nos contesta a la queja planteada por doña (...), en relación con el desalojo de un grupo de manifestantes en la Plaza de España de Palma de Mallorca el 13 de mayo de 2012.

En dicho escrito se señala que la manifestación estaba comunicada bajo las siguientes premisas: recorrido entre el Huerto del Rey y la Plaza de España, hora de inicio las 17:00 y hora de finalización las 22:00.

Asimismo, se informa de que la manifestación transcurrió sin ningún incidente ni novedad, si bien una vez terminada un grupo de 70 personas permaneció concentrada en el lugar de finalización, debiendo entenderse que a partir de las 22:00 horas se estaba produciendo una ocupación ilegal de una zona de uso público, razón por la cual los efectivos policiales, transcurridas cuatro horas desde el final previsto, procedieron, tras dar tres avisos, a retirar a los concentrados uno por uno, ante la resistencia pasiva de los mismos, sin emplear ningún tipo de medio coercitivo ni uso alguno de la fuerza.

En relación con el contenido de dicho escrito, hemos considerado necesario darle traslado de las siguientes consideraciones:

Según lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución, las reuniones en lugares de tránsito público y las manifestaciones sólo podrán prohibirse cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes.

Según la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el concepto de orden público con peligro para personas y bienes debe ser interpretado en sentido material y no como un orden sinónimo de respeto a principios y valores jurídicos y metajurídicos. Por tanto, la prohibición solo se justifica si existen razones fundadas para concluir que, de llevarse a cabo la reunión en un lugar de tránsito público o la manifestación, se producirá una situación de desorden material que impida el normal desarrollo de la convivencia ciudadana en aspectos que afectan a la integridad física o moral de personas o a la integridad de bienes públicos o privados.

El artículo 16 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, establece que las autoridades competentes, por medio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, podrán disolver, en la forma que menos perjudique, las reuniones en lugares de tránsito público y las manifestaciones en los supuestos previstos en el artículo 5 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión. Y, según lo dispuesto en este artículo, la autoridad gubernativa podrá disolver las reuniones y manifestaciones cuando se consideren ilícitas de conformidad con las leyes penales, cuando se produzcan alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes, o cuando se hiciere uso de uniformes paramilitares por los asistentes.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en distintas resoluciones, entre otras en el caso Oya Ataman contra Turquía (TEDH 2006, 72), considera que incluso en el caso de una manifestación ilegal, por no existir comunicación previa, la dispersión de los manifestantes

cuando no constituyen un riesgo para el orden público supone una vulneración de la libertad de reunión. En opinión del Tribunal, en ausencia de actos de violencia por parte de los manifestantes, es importante que los poderes públicos demuestren una especial tolerancia hacia las concentraciones pacíficas, para no privar de contenido la libertad de reunión garantizada por el artículo 11 del Convenio de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de 1979.

Por tanto, disolver una manifestación por el solo motivo de que se haya superado la hora prevista para su finalización, supone una restricción no justificada del derecho de reunión pacífica y sin armas que reconoce el artículo 21 de nuestra Constitución.

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 la siguiente recomendación:

> «Que, en el ejercicio de sus competencias en materia de seguridad ciudadana, y siempre que no se hayan transgredido los límites previstos en el artículo 5 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, no adopte medidas policiales que supongan una injerencia en el derecho de reunión pacífica y manifestación».

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

Recomendación 158/2012, de 20 de diciembre, formulada al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, en relación con la información sobre los espacios reservados para personas con discapacidad en las webs de venta de entradas a través de internet (10000791-01). Pendiente.

Ha comparecido ante esta Institución, don (...), con DNI (...) y domicilio en (...), presentando escrito que ha quedado registrado con el número arriba indicado.

El señor (...) pone de manifiesto que en la página web de internet de venta de entradas para espectáculos y cines <www.entradas.com> no se facilita información sobre los espacios y butacas habilitados para personas con discapacidad física, por lo que la única posibilidad con la que cuentan, debido a sus necesidades específicas, es la de adquirir sus entradas en las taquillas, circunstancia que de un lado resulta poco adecuada con el desarrollo tecnológico de la sociedad actual y de otro no salvaguarda los derechos ni aporta solución a las incidencias que afectan a los colectivos con necesidades especiales.

La Constitución española en su artículo 49 establece que los poderes públicos, realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales o psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que el título I otorga a todos los ciudadanos.

Esta previsión de nuestra norma fundamental se ha visto respaldada por la promulgación de legislación complementaria. En un principio se aprobó la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, sin embargo y tal y como se establece en la Exposición de motivos de la Ley 51/2003, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de los discapacitados (actualmente vigente), transcurridos más de veinte años desde la entrada en vigor de la Ley de Integración referida, se considera necesario aprobar una nueva norma que la complemente y que sirva de renovado impulso a las políticas de equiparación de las personas con discapacidad. Esta última ley tiene por objeto establecer medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad. 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 o social.

En el artículo 3.a) de la norma se establece que de acuerdo con el principio de transversalidad de las políticas en materia de discapacidad ésta se aplicará entre otros ámbitos en el de las telecomunicaciones y sociedad de la información. Se prevé igualmente a través del artículo 5 que con el fin de garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades a las personas con discapacidad, los poderes públicos establecerán medidas contra la discriminación y medidas de acción positiva.

De otro lado la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine, en el primer punto de su disposición adicional tercera dispone que las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, promoverán la accesibilidad al cine de las personas con discapacidad física o sensorial, velando por su uso regular, normalizado y sin discriminaciones de

medios audiovisuales. En el punto 5 de esa misma disposición se incide en que las empresas titulares de salas de exhibición de obras cinematográficas y audiovisuales que dispongan de página o sitio de internet informarán a través de ese medio de las condiciones de accesibilidad tanto de las salas como de las obras audiovisuales que exhiba, de modo que los potenciales usuarios con discapacidad puedan conocer esa información con la antelación suficiente.

De todo ello se deduce que en la actualidad únicamente se prevé el supuesto de que el usuario conozca las condiciones de los locales a través de la página web habilitada por parte de la empresa titular de la sala. Sin embargo, en los últimos años es cada vez más frecuente que los usuarios compren sus localidades a través de las diferentes empresas en internet que en ocasiones ofertan entradas a un precio más reducido, por lo que se estima que estas empresas que prestan a los usuarios un servicio similar al previsto para las empresas titulares de las salas de exhibición deberían cumplir igualmente la obligación normativa prevista para estas últimas. Esta circunstancia repercutiría en beneficio de los usuarios discapacitados puesto que en la actualidad no pueden beneficiarse de manera real, al carecer de la información específica y completa que precisan por su deficiencia, del uso de otras páginas web prestadoras de los mismos servicios.

Por todo 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, procede formular a V. E. la siguiente recomendación:

> «La modificación normativa oportuna a fin de que la obligación legal prevista en la disposición adicional tercera, apartado 5, de la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine, se amplíe a los intermediarios en la venta de las localidades o a otros sistemas de información sobre las salas de exhibición cinematográfica gestionados por sujetos distintos de los titulares de las mismas».

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.

Recomendación 159/2012, de 20 de diciembre, formulada a la Empresa Insular de Aguas de Lanzarote (INALSA), sobre la necesidad de notificar a los abonados, con 10 días de antelación al cobro de la factura, el consumo elevado de agua respecto al histórico (12000654). Pendiente.

Hemos recibido su escrito (salida núm...), en el que contesta a la queja formulada por don (...), que fue registrada en esta Institución con el número arriba indicado.

De la lectura del mismo se desprende que la práctica seguida por la empresa es notificar con 10 días de antelación, al cobro de la factura, el consumo de agua cuando este es elevado respecto al histórico, salvo en caso de vacaciones, licencias, baja del personal o cualquier otra circunstancia contemplada en su convenio.

En los supuestos en que no se avisa con 10 días de antelación se han establecido tarifas especiales para facilitar el pago a aquellos abonados que han sufrido algún tipo de fuga o avería que origina un consumo excesivo. Esta forma de proceder, tratándose de un bien necesario, origina un trato desigual entre los usuarios, pues unos están advertidos previamente y otros sin que exista justificación razonable no, de tal suerte que aquellos pueden adoptar o negociar un sistema de pago acomodado a sus circunstancias, mientras que el resto no puede planificar el pago de una cuantía no prevista.

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 adopción de medidas necesarias para que durante los períodos de tiempo correspondientes a vacaciones, bajas, licencias o cualquier otra circunstancia semejante del personal de la empresa, y con la finalidad de dar un trato igualitario a todos los consumidores, se cumpla el trámite de notificar a los abonados con 10 días de antelación al cobro de la factura en caso de detectar un consumo elevado respecto al histórico».

En espera de la remisión de la preceptiva información, en la que se ponga de manifiesto la aceptación de esta recomendación o, en su caso, de las razones que 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.

Recomendación 160/2012, de 27 de diciembre, formulada a la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP), sobre la publicación de un listado de las fiestas de Nochevieja autorizadas por los Ayuntamientos (12286145). Aceptada.

La tragedia acaecida en las instalaciones del Madrid Arena el pasado 1 de noviembre suscita honda preocupación, y exige redoblar los esfuerzos para que un suceso como el producido no se repita en el futuro.

Ha conocido esta Institución que la Federación de Usuarios-Consumidores Independientes ha pedido a las administraciones públicas que difundan un listado de las fiestas de Nochevieja autorizadas, con el fin de que las personas interesadas en acudir puedan saber si el evento al que planean ir tiene o no la licencia preceptiva.

Tan razonable propósito, que permitiría a los usuarios conocer una circunstancia relevante para decidir acudir o no a determinada fiesta, debiera ser satisfecho con urgencia por los ayuntamientos concernidos. La propuesta es asumida por esta Institución.

En su virtud, y de conformidad con lo establecido en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, vengo en formular a V. E. la siguiente recomendación:

> «Que tenga a bien dar traslado, con carácter de urgencia, a los ayuntamientos asociados a esa Federación, de la conveniencia de publicar, por los medios más eficaces y que con mayor facilidad puedan llegar al conocimiento de los ciudadanos interesados, un listado de las fiestas de Nochevieja autorizadas en el ámbito territorial de su respectiva jurisdicción».

En espera de la preceptiva respuesta acerca de la aceptación o no de la recomendación efectuada.

Recomendación 161/2012, de 28 de diciembre, formulada a la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior, sobre identificación policial (11018475). Pendiente.

En la queja que se tramita en esta Institución con el número arriba indicado, en relación con las actuaciones policiales que tuvieron lugar el 17 y el 18 de agosto de 2011 en Madrid, la Dirección General de la Policía nos ha informado de la tramitación del expediente disciplinario (...), al que está incorporada la información reservada registrada con el número (...).

El estudio de la información remitida por la Dirección General de la Policía y el análisis de la documentación obrante en el expediente disciplinario 179/2011, ponen de manifiesto la dificultad de identificar al funcionario policial que agredió a una joven en la calle Atocha, ya que hasta el 22 de noviembre de 2011 se consideró que la presunta agresora era una funcionaria policial que, como se advirtió posteriormente, no tenía relación alguna con los hechos que se investigaban. También se constata la imposibilidad de identificar a los agentes policiales que, tras la primera agresión, golpearon a otros dos ciudadanos en el mismo lugar y fecha, a pesar de que consta que eran componentes del Subgrupo Puma 21 del Grupo II de la 1ª UIP.

Argumenta la Dirección General de la Policía que no se pudo averiguar la identidad del funcionario policial que golpeó a otro ciudadano, debido a que los testimonios incorporados al expediente disciplinario no inculpaban a ningún agente en concreto y las imágenes de las que se disponía fueron tomadas a distancia y sin iluminación suficiente, lo que no permitía ver los rostros de los policías actuantes ni los números de identificación que portaban en la uniformidad.

El Real Decreto 1484/1987, de 4 de diciembre, establece que los distintivos del Cuerpo Nacional de Policía deben servir para que los ciudadanos puedan identificar a los policías de forma inequívoca y la Instrucción 13/2007 de la Secretaría de Estado de Seguridad dispone que los componentes de la Guardia Civil y Cuerpo Nacional de Policía que vistan uniforme deberán llevar sobre sus prendas de uniformidad el número de identidad personal en lugar visible y de forma que a la denominada distancia de respeto puedan ser leídos sin dificultad por los ciudadanos.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, a pesar de que los funcionarios policiales implicados llevaban en sus prendas de uniformidad el número personal en lugar visible, no resultó posible su identificación ni por los ciudadanos que sufrieron las agresiones, ni por los numerosos testigos que las presenciaron, ni por los demás miembros del subgrupo de la UIP ni por los funcionarios policiales a los que se encomendó el tratamiento y análisis de las imágenes en las que se recogen las referidas agresiones.

De lo anterior se deduce que el distintivo de identificación personal actualmente en uso no cumple, por su reducido tamaño, con la finalidad de permitir a los ciudadanos identificar a los policías de forma inequívoca y sin dificultad. Lo inapropiado del distintivo para el fin que está previsto es todavía más evidente cuando se constata que tampoco los propios funcionarios policiales pueden identificar a sus compañeros, ni los que estaban presentes en el lugar de los hechos ni los que analizaron posteriormente las imágenes donde se refleja dicha actuación.

Al considerar que la dimensión de los números de identificación no se adecua a la finalidad para la que están previstos, esta Institución, con fecha 22 de junio de 2012, recomendó

a esa Secretaría de Estado que iniciase los trabajos dirigidos a modificar la normativa que regula las dimensiones de los números de identificación personal de los agentes del Cuerpo Nacional de la Policía y de la Guardia Civil para que los ciudadanos puedan identificar a los agentes policiales de forma inequívoca.

En el caso que nos ocupa se vuelve a constatar la dificultad, y en muchas ocasiones imposibilidad, de identificar a los agentes policiales que participan en una determinada acción, de forma que, aun a pesar de existir grabaciones de la actuación policial, ni siquiera los funcionarios que investigan la posible comisión, con ocasión de dicha actuación, de un ilícito penal o administrativo pueden identificar al presunto responsable, lo que redunda en el deterioro de la imagen y el prestigio de los cuerpos policiales, al quedar impunes las conductas irregulares o delictivas de sus propios miembros.

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 la siguiente recomendación:

> «Que valore la oportunidad de adoptar las medidas necesarias para que se pueda identificar de forma inequívoca y sin dificultad a los funcionarios policiales, aumentando las dimensiones de los números de identificación y situando los mismos en varios lugares del uniforme, de manera que pueda verse dicho número desde distintas perspectivas».

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

Recomendación 162/2012, de 28 de diciembre, formulada a la Consejería de Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid, para el establecimiento de un protocolo para que en la tramitación de cada expediente se deje constancia de los medios utilizados para agilizar la tramitación de valoración de dependencia (12007387). Pendiente.

Hemos recibido el escrito con registro de salida número (...) en relación con la solicitud de valoración y reconocimiento de la situación de dependencia de don (...).

Tras el estudio de la información facilitada cabe destacar que la única constancia en el expediente de la actividad de la Administración dirigida a realizar la valoración de la situación de dependencia es una relación de fechas en las que los teléfonos indicados comunican o no responde.

En este sentido, indica que «no responden al teléfono, bien sea por las hospitalizaciones, bien sea por otras causas, siempre ajenas y desconocidas por la Administración. De las 28 llamadas que recibió, cogió el teléfono la vigésima cuarta vez que le llamamos y rechazó la fecha de la cita para la valoración. Pese al rechazo, esta Administración volvió a contactar con el interesado y tras varios intentos fallidos, nos cogió el teléfono nuevamente. En esta última llamada aceptó la fecha de la cita».

A continuación se pone de manifiesto lo siguiente: «El motivo de la tardía cita radica en que aun habiéndose comenzado a llamar con fecha 28 de noviembre de 2011, el señor no cogió el teléfono hasta el 17 de mayo del año en curso y no se pudo cerrar con él una cita hasta el 1 de junio de 2012. En todo este tiempo, por parte del particular no se ha notificado ninguna incidencia, léase, cambio de domicilio, teléfono, etcétera».

La interesada ha presentado en esta Institución copia de los escritos con registro de entrada en el Registro Auxiliar de la Consejería de Asuntos Sociales (Espartinas), de fecha 16 de abril de 2012, Registro del SRBS 9 de mayo de 2012, solicitando que se rectificase el número de teléfono que figuraba en el expediente por no tener ya ese móvil, gestión que –según mantiene– intentó hacer por teléfono y no le fue admitida. En el cuadro relativo a las llamadas efectuadas figura en todos los intentos el nuevo número junto al anterior.

De los datos facilitados y de la documentación remitida por la interesada se desprende que hasta el 17 de mayo de 2012 (11 meses después de haberlo solicitado la interesada) no se contacta con ella para concertar una visita e iniciar la valoración de la situación de su esposo.

Así pues, la inactividad en este expediente no puede venir fundamentada únicamente en unas llamadas telefónicas que la interesada no contestó. Esta Institución reitera el criterio expuesto en ocasiones anteriores, en el sentido de que la comunicación telefónica, siempre que permita dejar constancia de la misma, puede ser de utilidad en determinados momentos del procedimiento como es el trámite de consulta previsto en el artículo 24 de la Orden 625/2010, de 21 de abril, de la Consejería de Familia y Asuntos Sociales; pero en ningún caso, puede justificar la paralización del expediente sin resolución alguna durante más de 11 meses.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 17 de la Orden 625/2010, el órgano competente en materia de dependencia, una vez completo el expediente, comunicará al interesado el día, franja horaria y lugar en el que vaya a realizarse la valoración de la situación de dependencia.

Parece útil con el fin de agilizar el procedimiento que esta comunicación se pueda realizar por vía telefónica, pero en caso de no resultar posible, y 20 intentos a lo largo de 10 meses son suficientemente explícitos al respecto, debería enviarse al interesado una comunicación formal por escrito o, en su caso, vía telemática, comunicándole la fecha y hora en que está previsto realizar la entrevista o bien informándole de la necesidad de que se ponga en contacto con el servicio correspondiente para concretar dicha fecha.

En todo caso, dicha notificación deberá ajustarse a lo previsto en el artículo 58 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y practicarse conforme al artículo 59 por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado. Tal comunicación debe cursarse en el domicilio del interesado o por medios telemáticos, cuando se den los requisitos que recoge el artículo 59.3 de la citada Ley 30/1992.

El apartado 2 del citado artículo 17 prevé que, cuando por causa imputable al interesado debidamente notificado, no sea posible realizar la valoración a que se refiere el apartado anterior, el procedimiento caducará y se archivarán las actuaciones practicadas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 92 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, salvo causa de fuerza mayor debidamente acreditada.

Este artículo contempla que la Administración advierta al interesado de la necesidad de su intervención, concediéndole un plazo de tres meses para que elimine la causa que produzca la paralización del expediente cuando esta le sea imputable. Dicha advertencia ha de ser notificada con los requisitos legales señalados. Consumido este plazo sin que el particular requerido realice las actividades necesarias para reanudar la tramitación, la Administración acordará el archivo de las actuaciones, notificándoselo al interesado. Contra la resolución que declare la caducidad procederán los recursos pertinentes.

Conforme al artículo 41 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, 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 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.

El cumplimiento de los plazos y las formas establecidos legalmente ha de ser escrupuloso, por cuanto la tardanza causa, en la mayoría de los casos, perjuicios de índole social y económico a los interesados. La falta de notificación de los actos de trámite que lleven aparejada la imposibilidad de continuar el procedimiento, como en este caso, pueden producir indefensión y perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos. Por todo ello, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, esta Institución formula a V. E. la siguiente recomendación:

> «Establecer un protocolo de actuación para que, en la tramitación de cada expediente se deje constancia de los medios utilizados para agilizar la tramitación de valoración de dependencia, y cuando no sea posible contactar por teléfono con el interesado en un plazo razonable, le sea remitida la pertinente notificación por escrito,

según lo previsto en los artículos 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, para concertar la entrevista que permita realizar la valoración solicitada».

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

Sin perjuicio de la recomendación formulada, que tiene carácter, solicitamos de esa Consejería que remita información sobre la resolución de valoración y del programa individual de atención (PIA) que finalmente se apruebe en el expediente de don (...).

Por último, este capítulo recoge en su anexo las quejas de carácter colectivo más destacadas, junto con aquellas que han sido apoyadas por un número significativo de ciudadanos y la relación de investigaciones de oficio incoadas en el 2011, con expresión de su referencia registral y una sucinta descripción de su contenido.