

EXCMA. SRA. CONSEJERA DE EDUCACIÓN,
CULTURA Y DEPORTE
Avda. Gómez Laguna, 25
50009 ZARAGOZA

Asunto: Admisión de no nacidos en Guarderías de la DGA.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- Tuvo entrada en esta Institución queja, que quedó registrada con el número de referencia arriba expresado, relativa a *“la interpretación de la reglamentación hecha por el Departamento de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de Aragón”*. En particular, el escrito de queja exponía lo siguiente:

“No se ha permitido la matriculación de X en la Guardería Infantil Y del Gobierno de Aragón, a pesar de haber cumplido todos los requisitos y haber sido incluida en la lista de admitidos tras la realización del sorteo de plazas.

El Departamento de Educación Cultura y Deporte del Gobierno de Aragón alega, para no permitir la matriculación, que el nacimiento de la menor es posterior al 1 de julio de 2008 (se adjunta notificación de 18 de junio en la que se indica que si no nace antes de esa fecha perdería la plaza); complementariamente a esta notificación la Directora de la guardería telefónicamente comunicó a la familia, el 8 de julio, que perdía la plaza.

Revisando toda la reglamentación al respecto (que también se

adjunta):

- Resolución 29 de febrero de 2008 (BOA 12/03/2008)
- Orden 23 de marzo de 2007 (BOA 30/03/2007)
- Orden de 5 de noviembre de 2001 (BOA 16/11/2001)

En esta legislación se indica:

Orden de 2001: "Artículo 1.1. Las Guarderías Infantiles dependientes de la Diputación General de Aragón se configuran como Centros Asistenciales, con funcionamiento democrático, para niños cuyas edades. se encuentren comprendidas entre los cero y los tres años..... “

Orden de 2007: "4. Se podrá solicitar plaza para aquellos alumnos que, no habiendo nacido en el momento de la convocatoria del proceso de admisión, su nacimiento esté previsto con anterioridad al 1 de julio del año natural en que se convoque dicho procedimiento....”

En el momento de la solicitud de la plaza, la familia presentó ante el Gobierno de Aragón, tal y como se les indicó, certificado médico (certificado de la doctora de familia del SALUD, también dependiente del Gobierno de Aragón) en el que se indica que la fecha prevista para el nacimiento es 29 de junio de 2008; por causas naturales el parto se retrasó hasta el 10 de julio (algo que parece ser habitual en madre primerizas).

Habiendo revisado toda la Reglamentación y habiendo cumplido todos los requisitos para la solicitud de plaza, se pide que se permita la matriculación de X, puesto que su nacimiento estaba previsto para finales de junio de 2008 (día 29) y en ningún lugar de la reglamentación se indica que el 1 de julio tiene que ser la fecha mínima de nacimiento (sólo se habla de previsión).

Como he comentado, en la Orden de 2001 se indica que las edades de los niños en guarderías deben ser de 0 a 3 años, y por otro lado

se habla de previsión de nacimiento, entendiendo que si se hubiese querido hablar de fecha de nacimiento (o nacimiento real) se hubiese incluido ese término en la Reglamentación.

Adjunto:

- Reglamentación del tema.

- Comunicación con el Departamento de Educación Cultura y Deporte, del Gobierno de Aragón anteriores a este escrito (y que no han servido para solucionar el problema):

- Comunicación 1: En la que la familia reclama que se han presentado a realizar la matrícula y no se les ha permitido realizarla, porque les indica la Directora que al no haber nacido la niña no se puede llevar a cabo.

- Comunicación 2: Contestación del Gobierno de Aragón donde se indica a la familia que cumplen con todos los requisitos, pendientes de la fecha de nacimiento.

- Comunicación 3: Reclamación tras la comunicación telefónica por parte de la Directora del centro en la que se indica a la familia que al ser día 8 de julio y no haber nacido la niña, han perdido la plaza (a esta reclamación aún no ha contestado el Gobierno de Aragón).

Visto todo lo anterior, la familia se considera perjudicada por la interpretación de la reglamentación por parte del Gobierno de Aragón, pues en ningún lugar se habla de fecha de nacimiento, sino que se habla de previsión de nacimiento (en todos los sitios), con lo que sí cumple X”.

SEGUNDO.- Una vez examinado el escrito de queja, considerando que cumplía los requisitos formales establecidos en los artículos 12 y 14 de la Ley 4/1985, de 27 de Junio, de las Cortes de Aragón, reguladora de la Institución del Justicia, acordé admitir la misma a trámite e iniciar las gestiones de investigación necesarias para el esclarecimiento de los

supuestos en que se basa. Para lo cual, con fecha 6 de agosto de 2008, dirigí escrito a la Consejera de Educación, Cultura y Deporte de la DGA.

TERCERO.- Aun cuando no se ha recibido respuesta alguna por parte del Departamento de Educación, Cultura y Deporte a nuestra solicitud de información, que ha sido reiterada en dos ocasiones, mediante recordatorio formal de fecha 2 de octubre de 2008 el primero, y la última vez el día 13 de noviembre de 2008, habida cuenta del tiempo transcurrido he estimado oportuno dirigir a al Administración Educativa esta recomendación de cara a la próxima convocatoria del procedimiento de admisión en Guarderías dependientes de la DGA.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Primera.- La Orden de 23 de marzo de 2007, del Departamento de Educación, Cultura y Deporte, regula el procedimiento de admisión y permanencia de alumnos en las guarderías infantiles dependientes de la Diputación General de Aragón y convoca el procedimiento para el curso escolar 2007-2008. Se reproduce seguidamente el artículo 3.4 de la citada Orden:

“4. Se podrá solicitar plaza para aquellos alumnos que, no habiendo nacido en el momento de la convocatoria del proceso de admisión, su nacimiento esté previsto con anterioridad al 1 de julio del año natural en que se convoque dicho procedimiento. Teniendo en cuenta la organización de cada guardería, las direcciones de los centros determinarán y publicarán en su tablón de anuncios la edad mínima de incorporación de estos niños que hayan sido admitidos, no pudiéndose fijar una edad superior a 18 semanas.”

El presentador de la queja invoca la primera parte de este precepto para afirmar que la menor aludida en la queja cumplía los

requisitos de la convocatoria y que, por tanto, se debió efectuar la matrícula. Sin embargo, de conformidad con el mismo, la Dirección de la Guardería Monsalud habrá fijado una edad mínima de incorporación de niños que hayan sido admitidos, que ha de ser necesariamente inferior a las 18 semanas.

La falta de respuesta de la Administración Educativa a nuestra solicitud de información nos impide conocer cuál es esa edad mínima establecida en la Guardería Monsalud. Mas, si debido al cumplimiento de este requisito, se retrasase mucho la incorporación de la menor a la Guardería, es admisible que, en aras a una adecuada optimización en la utilización de los recursos públicos, la plaza fuera otorgada a alguien que la pudiera ocupar de inmediato.

Segunda.- Entre la documentación que se acompaña al escrito de queja, consta la reclamación que, el mismo día en que finaliza el período de matriculación, presenta la madre de la menor aludida en esta queja. En instancia cumplimentada por la interesada, en formato *“libros de quejas y reclamaciones”* y presentada en el registro general del Edificio Pignatelli con fecha 5 de junio de 2008, en relación con la pretensión de formalizar la matrícula se expone que *“habiendo sido admitida en la Guardería Infantil Y, no ha sido matriculada por la persona responsable habiendo acudido en plazo”*.

En la mencionada reclamación, la madre de la menor afirma que *“he llevado la documentación, pero la persona responsable no me ha dejado matricularla por no llevar el libro de familia con su inscripción. Me ha dicho que vuelva cuando nazca y tenga la inscripción ... reitero que he acudido en plazo y que llevaba toda la documentación posible en ese momento (evidentemente ni foto ni calendario de vacunación ni libro de*

familia con la inscripción”.

Como respuesta a esta reclamación, la familia recibe una notificación de la Directora del Servicio Provincial de Zaragoza de fecha 17 de junio de 2008, del siguiente tenor literal:

“En relación con su escrito de queja, recibido en este Servicio Provincial con fecha 6 de los corrientes, respecto a la matrícula en la Guardería Infantil "Y" para su hija X, le comunico lo siguiente:

1. En la queja manifiesta que se personó en la citada Guardería el día 5 de junio de 2008, último día del plazo de matriculación, y que el Centro la reenvió al momento en que la niña haya nacido y haya sido inscrita en el Registro Civil. La queja se produce ante el temor de que su hija se quede sin plaza.

2. Es preciso señalar que el artículo 9 de la Resolución de 29 de febrero de 2008 (BOA del 12 de marzo) de la Dirección General de Administración Educativa, relativa al proceso de admisión de alumnos en Guarderías Infantiles dependientes de la Diputación General de Aragón para el curso 2008/2009, señala que en su apartado 1 que "la matriculación de alumnos se realizará en los Centros correspondientes en las fechas indicadas en el anexo I" .Dicho anexo, en su punto 10, determina que el plazo de matriculación abarcará desde el 27 de mayo al 5 de junio, ambos inclusive.

3. En desarrollo de la citada Resolución, se dictan Instrucciones, por parte de la misma Dirección General de fecha 24 de marzo de 2008, y en su punto séptimo, párrafo segundo, se establece que "la adjudicación de plaza requerirá la confirmación de la misma por el interesado, que habrá de cumplimentar el impreso de confirmación de matrícula (Anexo 4), en el plazo previsto en la Orden de admisión".

El citado Anexo es un documento en el que la Directora de la Guardería notifica a la familia la admisión del alumno con el horario y las condiciones económicas y en el penúltimo párrafo del escrito le informa de que "la adjudicación de la plaza queda condicionada a la presentación de esta notificación con el Enterado y Conforme debidamente firmado por Vd. en la Dirección del Centro".

Es decir, con que usted, dentro del plazo, hubiera remitido el citado documento firmado con el Enterado y Conforme al Centro, por correo certificado o por procedimiento administrativo, ya tendría la garantía de haber cumplido con la exigencia procedimental de la convocatoria y no tendría preocupación de decaer en su derecho.

4. Se supone, de la queja presentada, que se personó en el Centro para matricular de forma efectiva a su hija nonata, X, y que el Centro no aceptó la matriculación efectiva en ese momento.

La decisión del Centro es correcta, pues es una adjudicación de plaza condicionada a dos hechos:

- *El momento del parto que necesariamente ha de ser antes del 1 de julio de 2008. Caso contrario decae en su derecho. No hay que olvidar, a este respecto, que según usted manifiesta, la previsión médica del nacimiento de la niña es del 29 de junio de 2008, existiendo únicamente una tolerancia de margen de error de un día.*

Por otro lado, el nasciturus para ser sujeto de derechos, entre los que se encontraría, en este caso, el de ocupación de una plaza en la Guardería, tiene que cumplir las condiciones de los artículos 29 y 30 del

Código Civil.

Consecuentemente, lo único que en este momento le puede hacer perder su plaza en la Guardería es si el nacimiento de su hija se produjera con posterioridad al 1 de julio de 2008.”

Se observa que esta notificación de la Directora Provincial a la familia adolece del preceptivo ofrecimiento de recursos contra la resolución adoptada. Debemos reiterar que el artículo 58 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, determina que toda notificación deberá indicar si el acto es o no definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos.

Tercera.- La falta de la preceptiva información sobre la posibilidad de recurrir, no es impedimento para que los afectados presenten nuevo escrito ante la Directora Provincial (a la que se alude en el escrito de queja como Comunicación 3), tras la conversación telefónica en la que comunican a la familia que a la menor *“no se le guarda la plaza que le fue asignada”* en la Guardería Y.

En la queja presentada ante esta Institución se afirma que *“a esta reclamación aún no ha contestado el Gobierno de Aragón”*. En este sentido, la falta de respuesta de la Administración Educativa a la solicitud de información del Justicia, imposibilita un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada: la admisión o no de la menor en la Guardería. Asimismo, nos impide conocer directamente la justificación de la actuación del Departamento de Educación, Cultura y Deporte en este caso.

No obstante, estando ya próxima la publicación de la convocatoria

del proceso de admisión en guarderías para el curso 2009-2010, ateniéndonos a la normativa de aplicación y al contenido de la respuesta de la titular del citado Departamento al primer escrito de reclamación de la familia, cuyo texto se ha reproducido anteriormente, hemos estimado oportuno efectuar la presente recomendación.

Cuarta.- Afirma la Consejera de Educación, Cultura y Deporte, en su informe de respuesta a la reclamación de la madre de la menor, que *“la queja se produce ante el temor de que su hija se quede sin plaza”*. Sin embargo, a tenor de la documentación que se ha incorporado al expediente tramitado en esta Institución, hemos de matizar que la queja está motivada por la imposibilidad de formalizar la matrícula de una alumna que consta como admitida en la Guardería Y.

Asimismo, el informe transcrito en la segunda consideración, pone de manifiesto que la adjudicación de la plaza queda condicionada a la presentación del correspondiente documento firmado con el Enterado y Conforme al Centro, con lo que el ciudadano *“tendría la garantía de haber cumplido con la exigencia procedimental de la convocatoria y no tendría preocupación de decaer en su derecho.”*

Hemos de puntualizar que, para ello, el Centro ha de admitir la presentación del citado documento, situación concreta a la que no se alude en el escrito de queja y que tampoco nos ha precisado la Administración con su falta de respuesta.

Parece lógico suponer que si la Dirección de la Guardería no admitió la documentación para formalizar la matrícula, tampoco aceptara el documento de notificación con el enterado y conforme. Queda, tal como indica la Consejera en su informe a la reclamante, la vía indirecta de remitir cualquier documento por procedimiento administrativo, al que los ciudadanos no están habituados y que no fue utilizado en este caso.

Y si bien manifiesta la Consejera de Educación, Cultura y Deporte que la decisión del Centro es correcta, consideramos que quizás puede serlo conforme a criterios internos dictados por su Departamento, y no tanto en cuanto a lo establecido en la normativa de aplicación vigente sobre admisión de alumnos en guarderías, concretada en la Orden de 23 de marzo de 2007 (BOA de 30 de marzo), del Departamento de Educación, Cultura y Deporte, y en la Resolución de 29 de febrero de 2008 (BOA de 12 de marzo), de la Dirección General de Administración Educativa.

Sólo desde esta perspectiva se puede interpretar la conclusión del informe de la Consejera de Educación, Cultura y Deporte que finaliza exponiendo que *“lo único que en este momento le puede hacer perder su plaza en la Guardería es si el nacimiento de su hija se produjera con posterioridad al 1 de julio de 2008.”* Exigencia que no consta como tal en la normativa publicada en el Boletín Oficial de Aragón.

En consecuencia, estimamos conveniente que la Administración Educativa revise su actuación en el supuesto que nos ocupa, a la vista de todos los datos, alguno de los cuales desconoce esta Institución, como la edad mínima de incorporación de los alumnos en la Guardería Y.

Quinta.- La Consejera de Educación, Cultura y Deporte alega en su respuesta a la familia, que para la ocupación de una plaza en la Guardería, el no nacido *“tiene que cumplir las condiciones de los artículos 29 y 30 del Código Civil”*. A continuación se transcriben los mencionados artículos:

“Artículo 29.

El nacimiento determinará la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente.

Artículo 30.

Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno.”

Así, en el presente supuesto, de conformidad con el artículo 30 la menor se ha de reputar nacida puesto que ha vivido más de las 24 horas estipuladas, siéndole por tanto de aplicación lo establecido en el artículo 29 en el sentido de que “*el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables*”. A nuestro juicio, en aplicación de estos artículos, las medidas que se adopten han de tener efectos favorables a los intereses de la menor no nacida.

Sexta.- El artículo 59 del Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, encomienda al Justicia de Aragón la protección y defensa de los derechos individuales y colectivos reconocidos en este Estatuto y dispone, en su artículo 59.2, que en el ejercicio de su función podrá supervisar:

a) La actividad de la Administración de la Comunidad Autónoma, constituida a estos efectos por el conjunto de órganos integrados en el Gobierno de Aragón, así como por la totalidad de los entes dotados de personalidad jurídica dependientes del mismo.

b) La actividad de los entes locales aragoneses y de las comarcas, sus organismos autónomos y demás entes que de ellos dependan, en los términos que establezca la ley del Justicia.

c) Los servicios públicos gestionados por personas físicas o jurídicas mediante concesión administrativa, sometidos a control o tutela administrativa de alguna institución de la Comunidad Autónoma de

Aragón.

Por su parte, la *Ley 4/1985, de 27 de junio, reguladora del Justicia de Aragón* establece la obligación de colaborar con esta Institución en los siguientes términos:

“Artículo 19. 1. Todos los poderes públicos y entidades afectadas por esta Ley están obligados a auxiliar al Justicia en sus investigaciones.

2. Las autoridades, funcionarios y todo el personal dependiente de la Administración deberán facilitar al Justicia o a aquel en quien delegue, las informaciones, asistencia y entrada a todas las dependencias, centros y organismos. Igualmente deberán poner a su disposición los datos, expedientes o cualquier clase de documentos que permitan llevar a cabo adecuadamente la actuación investigadora.”

Estos preceptos legales reflejan las competencias del Justicia para, en el cumplimiento de las tareas legalmente encomendadas, dirigirse al órgano administrativo correspondiente solicitando informes. E, igualmente, hemos de recordar, ante la falta de respuesta de la Administración Educativa a nuestra solicitud de información en este caso, que también señalan la obligatoriedad de auxiliar al Justicia en sus investigaciones por parte de todos los poderes públicos.

RESOLUCIÓN

Por todo lo anteriormente expuesto y en uso de las facultades que me confiere la Ley 4/1985, de 27 de junio, Reguladora del Justicia de Aragón, me permito formularle la siguiente

RECOMENDACIÓN

1.- Que el Departamento de Educación, Cultura y Deporte revise su actuación en el caso particular planteado en este expediente.

2.- Que en la normativa que regula el procedimiento de admisión y permanencia de alumnos en las guarderías infantiles dependientes de la Diputación General de Aragón, cuya Orden de convocatoria se publicará próximamente en el BOA, se incluyan explícitamente todos los requisitos que, en la práctica, se vayan a exigir a los solicitantes.

Agradezco de antemano su colaboración y espero que en un plazo no superior a un mes me comuniquen si acepta o no la recomendación formulada, indicándome, en este último supuesto, las razones en que funde su negativa.

30 de enero de 2009

EL JUSTICIA DE ARAGÓN

FERNANDOGARCÍA VICENTE