

INFORME SSCC2020/79 PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE REGULA LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y LA COMPETENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES.

Asunto: Disposición de carácter general: decreto. Competencia administrativa: menores. Regulación de la organización y competencia administrativa en materia de protección de menores. Reglamento organizativo. Comisión Provincial de tutela y guarda.

Remitido por la Ilma. Sr. Secretaria General Técnica de la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación, proyecto de Decreto referenciado, para la emisión de informe, conforme al artículo 78.a) del Reglamento de Organización y Funciones del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía y del Cuerpo de Letrados de la Junta de Andalucía, aprobado por Decreto 450/2000, de 26 de diciembre, se formulan los siguiente:

ANTECEDENTES

ÚNICO.- Con fecha 30 de junio de 2020 se ha remitido el proyecto de decreto por correo electrónico, indicando que el expediente es accesible en la dirección web que se indica.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERA.- El presente informe tiene por objeto regular la organización administrativa y la competencia de la Administración de la Junta de Andalucía en materia de protección de menores.

Según la Memoria Justificativa:

"Nos encontramos en un momento de cambio en materia de infancia, derivado de la última modificación legislativa de las normas estatales que regulan las actuaciones de protección al menor, y que tuvo lugar en el año 2015, con la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Y es por lo que se inicia este expediente con la finalidad de revisar y actualizar todas las intervenciones que están relacionadas con la protección de las personas menores, entre ellas las que corresponden al órgano que tiene encomendada la función de declarar situaciones de desamparo, con las consecuencias inherentes a esa declaración.

El objeto de este proyecto de decreto es regular la organización administrativa de la Junta de Andalucía, así como delimitar la competencia de los distintos órganos administrativos, en materia de protección de menores, mediante el ejercicio de la guarda y, en los casos de declaración de desamparo y asunción de la tutela por ministerio de la ley, agilizando la toma de decisiones en virtud del interés superior del menor".

También se derogan los artículos 51, 52, 53 y 54 y Disposición Adicional Primera del Decreto 42/2002, de 12 de febrero, del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa; el artículo 66 y



Código:	43CVe785ODDPTPKYwuLD4dD7ihQ-Ff	Fecha	25/07/2020
Firmado Por	JAIME VAILLO HERNANDEZ		
Url De Verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	Página	1/8



la Disposición Adicional Segunda y Sexta del Decreto 282/2002, de 12 de noviembre, de acogimiento familiar y adopción; y artículos 72, 73 y 74 del Decreto 355/2003, de 16 de diciembre, de acogimiento residencial de menores.

SEGUNDA.- En lo que se refiere a la naturaleza jurídica del proyecto, hemos de indicar que se trata de una disposición reglamentaria no ejecutiva de las leyes, sino organizativa. Este tipo de reglamentos de organización han sido encuadrados por el Tribunal Constitucional, a efectos de delimitación competencial, en la función o potestad ejecutiva, en la medida en que aquella delimitación exige incluir en ésta toda actividad que no sea normación con efectos *ad extra* (hacia el exterior). (Sentencias del Tribunal Constitucional 208/1999, 103/1999, 21/1999, 196/1997, 243/1994, 360/1993, 198/1991, 249/1988, 7/1985, 81/1984, 57/1982, 39/1982, 35/1982, 18/1982, 1/1982 y 33/1981).

El proyecto ni modifica el Ordenamiento Jurídico, ni complementa ninguna Ley previa, ni la desarrolla fijando derechos u obligaciones concretos *ad extra*, ni la pormenoriza ni aplica, en los estrictos términos en que tales conceptos han de entenderse a la hora de configurar la naturaleza de un reglamento ejecutivo, ni presenta un mínimo contenido legal independiente regulador de la materia que acomete en su articulado, siendo simplemente un reglamento dictado en el ejercicio de la potestad doméstica que la Administración tiene en su ámbito organizativo interno (STSJ de Madrid de 19 de julio de 2013, Rec. N° 517/2011).

TERCERA.- Desde el punto de vista competencial, el artículo 46 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, establece que "*Son competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma: 1.ª La organización y estructura de sus instituciones de autogobierno*", añadiendo el artículo 47.1 "*1.ª La estructura y regulación de los órganos administrativos públicos de Andalucía y de sus organismos autónomos*".

Respecto de la competencia relativa a la libre organización de la propia Administración autonómica, debe advertirse que esta competencia, ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional en diversas ocasiones como algo inherente a la autonomía (STC 227/1988, FJ 24), en tanto que competencia exclusiva tiene como único contenido la potestad para crear, modificar y suprimir los órganos, unidades administrativas o entidades que configuran las respectivas Administraciones autonómicas o dependen de ellas (SSTC 35/1982, 165/1986, 13/1988 y 227/1988).

El propio Tribunal Constitucional ha declarado que "*conformar libremente la estructura orgánica de su aparato administrativo*" (STC 165/1986, FJ 6.º), establecer cuáles son "*los órganos e instituciones*" que configuran las respectivas Administraciones (STC S 35/1982, FJ 2.º), son decisiones que corresponden únicamente a las Comunidades Autónomas y, en consecuencia, el Estado debe abstenerse de cualquier intervención en este ámbito (STC S 227/1988), sin perjuicio de la legislación básica en materia de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común.

Por razón de la materia, el artículo 61.3 del Estatuto de Autonomía dispone que "*Corresponde a la Comunidad Autónoma en materia de menores: a) La competencia exclusiva en materia de protección de menores, que incluye, en todo caso, la regulación del régimen de protección y de las*



Código:	43Cve785ODDPTPKYwuLD4dD7hQ-Ff	Fecha:	25/07/2020
Firmado Por	JAIME VAILLO HERNANDEZ		
Url De Verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	Página	2/8



instituciones públicas de protección y tutela de los menores desamparados, en situación de riesgo, y de los menores infractores, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación civil y penal". El apartado 4 del mismo precepto añade que "Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de promoción de las familias y de la infancia, que, en todo caso, incluye las medidas de protección social y su ejecución".

El artículo 18.1 también dispone que "Las personas menores de edad tienen derecho a recibir de los poderes públicos de Andalucía la protección y la atención integral necesarias para el desarrollo de su personalidad y para su bienestar en el ámbito familiar, escolar y social, así como a percibir las prestaciones sociales que establezcan las leyes".

Por tanto, entendemos que la Comunidad Autónoma tiene competencias para dictar el borrador que nos ocupa.

CUARTA.- En relación al marco jurídico de referencia, la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor, en su artículo 18.2 establece que "La Administración de la Junta de Andalucía es competente para la planificación, coordinación y control de los servicios, actuaciones y recursos relativos a la protección de los menores en la Comunidad Autónoma, así como para el desarrollo reglamentario. Igualmente, es la entidad pública competente para el ejercicio de las funciones de protección de menores que implican separación del menor de su medio familiar reguladas en los capítulos III y IV del presente título".

El Título II de dicha Ley regula las medidas preventivas (Capítulo II), el desamparo, la tutela y la guarda (Capítulo III), el acogimiento familiar, la adopción, y el acogimiento residencial en centro de protección (Capítulo IV).

QUINTA.- Sobre la estructura, que razonamos correcta, el proyecto remitido consta de 15 artículos, dos disposiciones adicionales una disposición transitoria, una disposición derogatoria, y dos disposiciones finales.

SEXTA.- Entendemos que se ha cumplimentado hasta ahora la tramitación procedimental prevista con carácter general para la elaboración de reglamentos en el artículo 45 de la Ley 6/2006, de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía. No obstante, cabe hacer las siguientes observaciones al respecto:

5.1.- Conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 133 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, "Sin perjuicio de la consulta previa a la redacción del texto de la iniciativa, cuando la norma afecte a los derechos e intereses legítimos de las personas, el centro directivo competente publicará el texto en el portal web correspondiente, con el objeto de dar audiencia a los ciudadanos afectados y recabar cuantas aportaciones adicionales puedan hacerse por otras personas o entidades". Consta en el expediente la innecesariedad de este trámite de información pública al tratarse de una norma organizativa conforme al primer párrafo del artículo 133.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

Código:	43Cve785ODDPYwLD4dD7ihQ-Ff	Fecha:	25/07/2020
Firmado Por:	JAIME VAILLO HERNANDEZ		
Url De Verificación:	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	Página:	3/8



No obstante, se ha realizado el trámite de consulta pública del apartado 1 del artículo 133 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre. Ello parece entrar en contradicción con el hecho de que no se haya sometido a información pública, fundado en que se trataría de una disposición organizativa, pues a pesar de ello se ha cumplimentado el trámite de consulta pública. Dejando a un lado si estamos o no ante una norma de tal naturaleza, lo cierto es que recomendamos que por coherencia procedimental y para evitar eventuales impugnaciones por este motivo, el proyecto se someta a dicho trámite, de manera que en función del resultado del mismo y de acuerdo con los principios de economía, eficiencia y conservación de trámites, habría de retrotraerse el expediente de elaboración de la disposición que nos ocupa al momento oportuno y reproducirse o reiterarse en lo que resulte necesario los trámites efectuados en el curso del mismo (informes etc.).

5.2.- En cuanto al dictamen del Consejo Consultivo, el artículo 17.3 de la Ley 4/2005, de 8 de abril, que regula dicho órgano, establece que será consultado preceptivamente en los "Proyectos de reglamentos que se dicten en ejecución de las leyes y sus modificaciones".

Según la STS de 29 de abril de 2010, Rec. N° 983/2007:

"En cuanto a los denominados reglamentos organizativos, la sentencia de 6 de abril de 2004 (casación 4004/01) declara que: « (...) Esta Sala ha considerado exentos del dictamen del Consejo de Estado tales disposiciones cuando se limitan a extraer consecuencias organizativas, especialmente en el ámbito de la distribución de competencias y organización de los servicios, de las potestades expresamente reconocidas en la Ley. La sentencia de 14 de octubre de 1997 resume la jurisprudencia en la materia declarando que se entiende por disposición organizativa aquella que, entre otros requisitos, no tiene otro alcance que el meramente organizativo de alterar la competencia de los órganos de la Administración competente para prestar el servicio que pretende mejorarse»".

A la vista de esta jurisprudencia, consideramos que no procede dictamen preceptivo del Consejo Consultivo, toda vez que no estamos ante un proyecto que ejecute o desarrolle la ley en los términos expresados.

SÉPTIMA.- En cuanto a las consideraciones jurídicas, se realizan las siguientes:

7.1.- Con carácter general observamos que existen algunas funciones contempladas en preceptos que se derogan, que estaban atribuidas a alguno de los órganos que se regulan en el presente proyecto, por lo que recomendamos que se motive su supresión o, en su caso, si se entienden comprendidas en alguna de las funciones ya previstas para dichos órganos, debiendo en ese supuesto proceder a explicitarlo. Son las siguientes:

- Párrafo c) del artículo 53 del Decreto 42/2002, de 12 de febrero, "Asunción de la guarda de los menores por celebración de convenio con sus padres o tutores, o por resolución judicial".

Código:	43Cve785ODDPTPKYwJLD4dD7ihQ-FI	Fecha:	25/07/2020
Firmado Por:	JAIME VAILLO HERNANDEZ		
Url De Verificación:	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	Página:	4/8



- Decreto 282/2002, de 12 de noviembre:

- **Artículo 66.** Párrafo b) "Suspensión del procedimiento de declaración de idoneidad"; párrafo h) "Propuesta de constitución de acogimiento familiar por resolución judicial"; párrafo i) "Constitución de acogimiento familiar provisional"; párrafo k) "Emisión de informe sobre la idoneidad del adoptante o prestación del consentimiento para el acogimiento en los casos en que no sea necesaria realizar la correspondiente propuesta por la Administración de la Junta de Andalucía".

- **Disposición Adicional Sexta. Apartado 1.a)** "Dirección, evaluación y control de procedimientos"; apartado 2.a) "Información sobre acogimientos familiares y adopciones"; apartado 2.e) "Información y audiencia a los menores en los procedimientos de acogimiento familiar y adopción"; apartado 2.f) "Comunicaciones con los interesados, Ministerio Fiscal y órganos judiciales competentes"; apartado 2.g) "Gestión del Registro de Solicitantes de Acogimiento y Adopción de Andalucía".

- Artículo 73 del Decreto 355/2003, de 16 de diciembre: párrafo c) "Información y audiencia a los menores en los procedimientos de acogimiento residencial"; párrafo d) "Comunicación con los interesados, Ministerio Fiscal y órganos judiciales competentes"; párrafo f) "Supervisión y control de los centros de protección"; párrafo g) "Instrucción de los instrumentos para la acción educativa de los centros"; párrafo h) "Asesorar y orientar a los profesionales que prestan sus servicios en los centros de protección".

7.2.- Artículo 1. Sería conveniente ligar la "protección de menores" al desarrollo del Título II de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor, por si el concepto "protección de menores" pudiera tomarse en un sentido más amplio, propio de competencias de otras Consejerías.

7.3.- Artículo 3. Ponemos de manifiesto que además de las Delegaciones Territoriales, existen las Delegaciones Provinciales, como otra forma de organización periférica, ex artículo 35.1 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía.

Debería precisarse que no todas las competencias se ejercen a través de las Delegaciones Territoriales. De hecho, la Dirección General de Infancia y Familias mantiene las que establece el Decreto 103/2019, de 12 de febrero, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible, y las que recoge el Artículo 4 y demás concordantes de este Decreto.

7.4.- Artículo 4. En el apartado 2.o) se generan dudas en relación al concepto técnico y extensión de si "conoce", implica tramitar, resolver o ambas; si "queja" incluye denuncia, reclamaciones, recursos o peticiones; y si con "presentadas por las personas menores" no se pretende indicar en realidad "con relación a las personas menores".



Código:	43CVe785ODDPTPKYwuLD4dD7lhQ-Ff	Fecha	25/07/2020	
Firmado Por	JAIME VAILLO HERNANDEZ	Página	5/8	
Url De Verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma			

En el apartado 3 sugerimos indicar que el Centro directivo de la Consejería con competencia en materia de protección de menores tiene la cualidad de Entidad Pública de protección de menores, a los efectos del artículo 172.1 del Código Civil.

7.5.- **Artículo 5.** Sería más apropiado decir que "se crea en cada Delegación Territorial (...) una Comisión..."; de esta forma, quien crea la Comisión es el Consejo de Gobierno, mientras que ésta se constituye por su propia reunión, en la primera sesión.

7.6.- **Artículo 6.** En el apartado 3 debería señalar "Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía", y no "*representante del Cuerpo de Letrados de la Administración de la Junta de Andalucía*".

7.7.- **Artículo 7.** En el apartado 2 tendría que aludirse a "personas miembros" y no a "*personas vocales*", dado que cuando se enuncian las excepciones, la persona titular de la Delegación Territorial no ocupa una vocalía, sino la Presidencia de la Comisión.

En el mismo apartado 2 debería precisarse si la prórroga de dos años lo será por una solo vez o podrá ser sucesivamente cada dos años.


7.8.- **Artículo 9.** En el apartado 1 téngase en cuenta que la mitad de los miembros de la Comisión, excluida la Presidencia y la Secretaría (9 en total), no da como resultado un número entero, por lo que presumimos que será el siguiente número par por exceso. Por otra parte, dado que el apartado 6 regula una segunda convocatoria, entendemos que este *quorum* lo será para una primera convocatoria, lo que debería expresarse.

Precisamente en el apartado 6 hay un error, pues en la primera convocatoria no se requiere "*la mayoría de sus miembros*", sino la mitad de las vocalías y en todo caso la presencia de las personas que ocupen la Presidencia y la Secretaría.

7.9.- **Artículo 11.** A diferencia del anterior Decreto 355/2003, de 16 de diciembre, no se contempla la función referida a la designación del centro de protección, lo que se advierte a los efectos oportunos.

En el apartado 1.j) planteamos, como cuestión de oportunidad y no de legalidad, que junto a la constitución del acogimiento familiar, acogimiento residencial y la guarda con fines de adopción por parte de la Comisión, se incluya también el inicio de dichos procedimientos. Ello puesto que la valoración real en cuanto a si procede o no la medida de acogimiento o de guarda con fines de adopción, se realiza cuando se acuerda el inicio del procedimiento en el que, entre otras cosas, se opta ya (normalmente) por una modalidad u otra de acogimiento, por lo que la decisión (que implica muchas valoraciones: posibilidad o no de reintegración con los padres, existencia o no de familia extensa capaz de hacerse cargo del menor, conveniencia de la separación o no de los hermanos al adoptar la medida...), debería partir de la Comisión.

Código:	43CvE785ODDPTPKYwuLD4dD7lhQ-Ff	Fecha:	25/07/2020
Firmado Por:	JAIME VAILLO HERNANDEZ		
Url De Verificación:	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	Página:	6/8



Al margen de la conveniencia teórica de que el órgano que tiene que decidir sea el que valore si procede o no iniciar el camino que conduce a la medida, es especialmente importante tener en cuenta que antes de constituir la medida y una vez se acuerda el inicio y se inicia la tramitación, la persona menor ya está saliendo con la familia en cuestión (para valorar si se puede o no formalizar la medida) por lo que, cuando se llega a la constitución, ya existen unas circunstancias que si no están consumadas están en camino de serlo. Si el inicio acordado por la Delegación Territorial termina con una propuesta que no es compartida por la Comisión (que considera que no hay motivos para acordar la guarda con fines de adopción de una persona menor porque hay que trabajar más con los padres, por ejemplo), la persona menor que ya ha salido con los guardadores propuestos va a sufrir una nueva separación que es evidentemente contraria a su interés.

7.10.- Disposición Transitoria Única. La entrada en vigor del proyecto que nos ocupa supondrá la inmediata aplicación de sus previsiones a los procedimientos que se encuentren en tramitación. No obstante, según la Disposición Adicional Primera, las Comisiones Provinciales de Tutela y Guarda dispondrán del plazo de un mes para su constitución, lo que debería matizarse.

OCTAVA.- Respecto a las cuestiones de técnica normativa, se hacen las siguientes:

8.1.- Han de revisarse los signos de puntuación y la gramática a lo largo de todo el texto.

8.2.- **Artículo 1.** Recomendamos que se adopte esta redacción: "El presente Decreto tiene por objeto regular la organización administrativa y la competencia de la Administración de la Junta de Andalucía, en materia de protección de menores, mediante el ejercicio de la guarda, y en los casos de declaración de situación de desamparo y asunción de la tutela por ministerio de la ley".

8.3.- **Artículo 2.** Los dos párrafos deberían conformar dos apartados independientes. En el segundo párrafo habría de señalar "Este Decreto se aplicará".

8.4.- **Artículo 3.** Tendría que suprimirse la expresión "de este Decreto".

8.5.- **Artículo 4.** El título del precepto no debería coincidir literalmente con el título del Capítulo II.

8.6.- **Artículo 6.** Conforme a la Directriz 31 del Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa, la subdivisión del apartado 1.c) habría de realizarse mediante ordinales arábigos (1º, 2º, 3º...), debiéndose suprimir las fórmulas "c1, c2, c3...".

8.7.- **Artículo 7.** En el apartado 1 tendría que aludirse a los "subapartados", y no a "letras", lo que se reproduce para el **Artículo 8.2.** En lugar de "artículo anterior" ha de señalar "artículo 6".

8.8.- **Artículo 8.** En el apartado 3 donde dice "será correspondera" debería decir "corresponderá".



Código:	43CVe785ODDPTPKYwuLD4dD7lhQ-FI	Fecha:	25/07/2020
Firmado Por:	JAIME VAILLO HERNANDEZ	Página:	7/8
Url De Verificación:	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma		



8.9.- **Artículo 9.** En el apartado habrían de eliminarse las fórmulas que distinguen el masculino y el femenino, sustituyéndose por aquellas que conjuguen ambos géneros.

8.10.- **Artículo 11.** Dado que el precepto solo consta de un apartado, debería suprimirse éste, procediendo a realizar la división del mismo directamente mediante párrafos con letra.

8.11.- **Disposición Adicional Segunda.** En el apartado 1 debería aludirse de forma completa a la "Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía". En el apartado 3 podría indicar "No se incluirá" en vez de "No irá". En el apartado 4 habría de rezar "apartado 3" y no "punto 3".

8.12.- **Disposición Derogatoria Única.** Habría de señalar "Quedan derogados expresamente los siguientes artículos".

8.13. **Disposición Transitoria Única.** Sería más apropiado indicar "previsiones" en vez de "normas".

8.14. **Disposición Final Primera.** Recomendamos que "desarrollo y aplicación" se sustituya por "desarrollo y ejecución".

Es cuanto me cumple someter a la consideración de V.I., sin perjuicio de que se cumplimente la debida tramitación procedimental y presupuestaria.

El Letrado de la Junta de Andalucía.
Fdo: Jaime Vaillo Hernández.

Código:	43CvE785ODDTPKYwuLD4dD7ihQ-Ff	Fecha:	25/07/2020
Firmado Por	JAIME VAILLO HERNANDEZ		
Url De Verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	Página	8/8

