Anexo 1

defensor del pueblo Andaluz

www.defensordelpuebloandaluz.es

¿Cuáles son los valores, a efectos fiscales, que la Administración considera que corresponden tras la adquisición de un bien? Lo preguntamos

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 16/5094 dirigida a Agencia Tributaria de Andalucía

- 30 Diciembre 2016

Iniciamos actuación de oficio para que por parte de la Administración tributaria andaluza se adopten medidas para posibilitar que los contribuyentes en los tributos cedidos del ITPAJD e ISD dispongan, en el momento de formular su declaración liquidación, de información precisa sobre cuales son los valores que la Administración considera que corresponden a efectos fiscales al bien objeto de liquidación, incluyendo las advertencias correspondientes sobre las consecuencias que podría depararles la fijación de valores distintos a los así determinados e información sobre los casos en que podría aceptarse un valor diferente, los procedimientos para acreditarlo y el coste de dichos procedimientos.

A tal fin, podrían diseñarse modelos informativos que acompañen o complementen los documentos de declaración liquidación en los que se contengan los extremos antes mencionados.

Ante la Institución, se plantean con relativa frecuencia quejas en que los contribuyentes denuncian cómo se han visto sometidos a un procedimiento de comprobación de valores de bienes inmuebles por la Agencia Tributaria de Andalucía, que tras la adquisición de un bien a través de cualesquiera de los medios previstos en la ley en relación con las figuras impositivas cedidas, esto es, el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPAJD) o, el Impuesto de Sucesiones y Donaciones (ISD), considera que el valor declarado no coincide o no se ajusta al “valor real” de éste.

En bastantes casos, el procedimiento de comprobación de valores concluye en virtud de Resolución por la que se acuerda que efectivamente el valor comprobado es superior al valor declarado, procediéndose a liquidar al contribuyente por la diferencia existente entre ambos valores, declarado y comprobado.

Como consecuencia de las dificultades para el pago de las liquidaciones giradas por esta vía, son muchos los contribuyentes que ven como son embargadas sus cuentas, salarios, y hasta el bien objeto de la comprobación, que con frecuencia constituye su domicilio familiar.

Por lo general, los contribuyentes afectados por un procedimiento de esta naturaleza se quejan de que la Administración tributaria parece ignorar las consecuencias de la crisis económica en el mercado inmobiliario, destacando el hecho de que muchas compraventas se están teniendo que formalizar por un precio que en la práctica es inferior al valor fijado por la Administración y reseñando que la misma utiliza unos valores catastrales que son anteriores a la crisis del sector y aplica a los mismos unos coeficientes correctores que en vez de adaptar el valor del bien a unos precios reales en descenso, lo incrementan aun más. Consideran los contribuyentes afectados que se deberían adoptar medidas para acompasar la

actuación tributaria a la realidad actual del mercado inmobiliario.

A este respecto, es evidente que la Administración autonómica carece de competencias para revisar los valores catastrales, que son los que se utilizan para el cálculo de la base liquidable del ITPAJD y del ISD. No obstante, los coeficientes que se aplican al valor catastral del bien para la obtención de la referida base liquidable sí son establecidos por la Agencia con plenas competencias.

En este sentido, son varias las ocasiones en que nos hemos dirigido a la Agencia Tributaria de Andalucía trasladando esta problemática y pidiendo información en relación con las alegaciones que nos hacen llegar los contribuyentes afectados.

En su respuesta, esa Agencia fundamenta sus actuaciones en el principio de legalidad que debe presidir todo el sistema tributario y así, basa los referidos actos de comprobación de valores en las previsiones establecidas al respecto por el artículo 57 de la Ley General Tributaria, sobre la posibilidad de la Administración de comprobar el valor de las rentas, productos y bienes y demás elementos determinantes de la obligación de tributar, pudiendo emplear para ello entre otros métodos -siendo el más común- el de la estimación por referencia a los valores que figuran en los registros oficiales (Catastro, en el caso de inmuebles), aplicando un coeficiente multiplicador determinado reglamentariamente. Debiendo seguir para ello, el procedimiento establecido en el artículo 134 de la citada Ley.

Asimismo, se hace hincapié en la dificultad existente para determinar la base imponible de tales impuestos, definida en la normativa tributaria estatal básica como el “verdadero valor” de los bienes y derechos transmitidos.

Lo anterior, ha motivado que las Comunidades Autónomas con competencias en la materia, como Andalucía, procedan a la elaboración y a la aprobación de sucesivas Órdenes de aplicación de coeficientes multiplicadores respecto del valor catastral y de mercado de los inmuebles, con objeto de determinar el “valor real” que será el tenido en cuenta por la Administración tributaria.

La últimamente publicada ha sido la Orden de 18 de julio de 2016 de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se aprueban los coeficientes aplicables al valor catastral para estimar el valor real de determinados bienes inmuebles urbanos a efectos de la liquidación de los hechos imponibles de los impuestos sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados y sobre sucesiones y donaciones; se establecen las reglas para la aplicación de los mismos y se publica la metodología seguida para su obtención. (BOJA 148, de 3 de agosto de 2016).

De forma general en las distintas quejas que hemos tramitado al respecto del procedimiento de comprobación de valores aplicado, mantiene la Agencia Tributaria de Andalucía que su actuación es ajustada y se produce con estricta sujeción a lo establecido en el artículo 57.1.b) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria y, conforme a las previsiones legales contenidas en el artículo 37.2 del Real Decreto 1/2009, de 1 de Septiembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de las Disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de Tributos cedidos (refundiendo la Ley 10/2002, de 21 de diciembre, en la redacción dada por la ley 3/2004, de 28 de diciembre).

Esto supone que el sistema utilizado habitualmente para determinar el valor a efectos fiscales de los bienes objeto de tributación es el determinado por el valor catastral del bien incrementado con el coeficiente multiplicador que aprueba periódicamente la Consejería de Hacienda y Administración Pública, que es diferente en función del municipio donde radique el bien.

Considera la Agencia Tributaria de Andalucía que este método es un instrumento adecuado para el cumplimiento de su obligación de velar especialmente por evitar el fraude fiscal y para la efectiva y eficiente aplicación de los recursos a su cargo.

En casos de litigio, tanto en vía extraordinaria de revisión económico administrativa, como en vía contencioso administrativa, la mayor parte de las veces se reconoce la corrección jurídica y la suficiencia

de la motivación de los actos y procedimientos de gestión cuando la Agencia Tributaria utiliza ese método de comprobación de valores.

Al respecto cabe traer a colación para el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía, la Sentencia 780/2015, de 27 de abril, del Tribunal Superior de Justicia en Granada, Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección 2ª), en cuyo Fundamento Jurídico Segundo se establece:

> «1. La cuestión litigiosa se circunscribe, pues, a determinar si el valor tomado en cuenta por la Administración Tributaria para determinar la base imponible del ITP, era el correcto o por el contrario, debe ser sustituido por el que preconiza la parte recurrente, que se funda en lo inmotivado del valor catastral aplicado, la falta de motivación de la propia liquidación al no contener una fijación individualizada del valor del bien.
>
> La Administración Tributaria parte del valor catastral en la fecha de devengo del impuesto, que es la de otorgamiento de la escritura pública de segregación (4 de noviembre de 2008), y a éste se ciñó la Administración Tributaria para la determinación de la base imponible del ITP, en cumplimiento de la normativa que así lo permite, por lo que nada cabe objetar al respecto, la desproporción de los valores catastrales establecidos por la Administración para los bienes inmuebles, pues ello podía ser argumento para instar la rectificación de los datos catastrales erróneos pero no para atacar directamente la valoración del bien, efectuada por una Administración diferente y sin competencia para modificar, en su caso, tales datos catastrales. En tal caso, lo correcto, sería incoar el oportuno expediente de rectificación ante el Catastro y obtener una resolución en la que se plasmase la modificación, con efectos retroactivos, si ello procediere, para así poder instar la revisión del acto de valoración del inmueble que pudo tomar en cuenta unas características físicas no acordes con la realidad por la existencia de un posible error en la ficha catastral.
>
> A estos efectos, el apartado 2 del artículo 23 (Comprobación de valores) de la Ley 10/2002, de 21 de diciembre, anteriormente citada, en la redacción dada por la ley 3/2004, de 28 de diciembre, dispone lo siguiente:
>
> 2. Cuando se utilice el medio referido en el artículo 57.1.b) de la Ley General Tributaria, el valor real de los bienes inmuebles de naturaleza urbana se podrá estimar a partir del valor catastral que figure en el correspondiente registro fiscal. A tal efecto, al valor catastral actualizado a la fecha de realización del hecho imponible se le aplicará un coeficiente multiplicador que tendrá en cuenta el coeficiente de referencia al mercado establecido en la normativa reguladora del citado valor y la evolución del mercado inmobiliario desde el año de aprobación de la ponencia de valores.
>
> La Consejería de Economía y Hacienda publicará anualmente los coeficientes aplicables al valor catastral y la metodología seguida para su obtención.
>
> Asimismo, el apartado 4 del referido artículo, relativo al medio de la comprobación consistente en Dictamen de peritos de la Administración, establece que el perito, para la emisión de su dictamen, podrá utilizar el valor catastral conforme a lo previsto en el apartado 2 de dicho artículo.
>
> En relación con la insuficiencia de motivación, debemos partir de que dicho vicio habría supuesto, en definitiva, el desconocimiento de las condiciones en que la liquidación o su comunicación debieron producirse a tenor de lo establecido por el artículo 102.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, es decir, con expresión, entre otros extremos, de "..los elementos determinantes de la cuantía de la deuda tributaria.." (b), y de "..la motivación de las mismas cuando no se ajusten a los datos consignados por el obligado tributario o a la aplicación o interpretación de la normativa realizada por el mismo, con expresión de los hechos y elementos esenciales que las originen, así como de los fundamentos de derecho..".
>
> Sin embargo siendo esta exigencia determinante incluso de la validez del acto, al servir al derecho de defensa de los interesados y al posible control judicial de la actuación administrativa, finalidad

que, por tanto, ofrece la medida en que la insuficiencia formal debe tener relevancia sobre la validez del acto, lo cierto es que, como explicó la resolución del económico-administrativo, la liquidación practicada se ajustó a lo establecido a estos efectos por el artículo 23.2 de la Ley 10/2002, de 21 de diciembre, por la que se aprueban normas en materia de tributos cedidos y otras medidas tributarias, administrativas y financieras, en redacción dada por la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, que para los casos de utilización del método previsto por el artículo 57.1.b) de la Ley General Tributaria , establece que el valor real de los bienes inmuebles de naturaleza urbana se podrá estimar a partir del valor catastral que figure en el correspondiente registro fiscal..", añadiendo que "..a tal efecto, el valor catastral actualizado a la fecha del hecho imponible se le aplicará un coeficiente multiplicador que tenderá en cuenta el coeficiente de referencia al mercado establecido en la normativa reguladora del citado valor y la evolución del mercado inmobiliario desde el año de aprobación de la ponencia de valores…". Finalmente la norma establece que "… la Consejería de Economía y Hacienda publicará anualmente los coeficientes aplicables al valor catastral y la metodología seguida para su obtención…". De esta forma, apareciéndose la comprobación de valores motivada con fundamento en la aplicación de tales preceptos, ninguna insuficiencia justificativa puede atribuirse a dicho acuerdo ni a la liquidación que lo reproduce.

Este modo de proceder de la Administración, cuya verificación no precisa a la vista de los parámetros utilizados una visita al inmueble valorado, es acorde con la normativa aplicable, pues siendo cierto que el artículo 57.1 de la Ley 58/2003, General Tributaria (al que como veíamos se remite el artículo 46 del TRITP), establece diversos métodos para comprobar el valor de los bienes determinantes de la obligación tributaria (entre los que se encuentra el de estimación por referencia a los valores que figuren en los registros oficiales de carácter fiscal aplicado por la Administración -apartado b -, o el de precios medios de mercado -apartado c-, al que parece referirse la parte demandante); no lo es menos que para dicha actividad la Administración puede utilizar indistintamente cualquier de estos medios, como establece el artículo 23 de la Ley andaluza 10/2002, de 21 de diciembre, por la que se aprueban normas en materia de tributos cedidos y otras medidas tributarias, administrativas y financieras, en orden a efectuar la comprobación de valores a efectos del ITP.

En consecuencia, nada impide que la Administración, a la hora de efectuar la comprobación de valores se atenga al método del artículo 57.1 de la Ley General Tributaria, con las precisiones contenidas en el artículo 23.2 de la Ley 10/2002, en cuya virtud, cuando se utilice el medio referido en el artículo. 57.1.b) de la Ley General Tributaria, el valor real de los bienes inmuebles de naturaleza urbana se podrá estimar a partir del valor catastral que figure en el correspondiente registro fiscal; a tal efecto, al valor catastral actualizado a la fecha de realización del hecho imponible se le aplicará un coeficiente multiplicador que tendrá en cuenta el coeficiente de referencia al mercado establecido en la normativa reguladora del citado valor y la evolución del mercado inmobiliario desde el año de aprobación de la ponencia de valores; y la Consejería de Economía y Hacienda publicará anualmente los coeficientes aplicables al valor catastral y la metodología seguida para su obtención. La liquidación recurrida se ajusta sin duda a la regulación expuesta al valorar el bien a partir del valor catastral actualizado a la fecha del devengo, multiplicando el mismo por el coeficiente de 3,50 previsto para el municipio de Jaén en la citada Orden de 20 de diciembre de 2007 de la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía.»

En parecidos términos en la Sentencia 814/2015, de fecha 8 de octubre de 2015, de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla y, Sentencia 2144/2015, de 30 de noviembre de 2015, de la Sección Segunda, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada.

De los pronunciamientos jurisdiccionales reseñados se colige que el recurso al método de comprobación de valores basado en el artículo 57.1,b) in fine de la Ley General Tributaria y determinado por el valor catastral incrementado con el coeficiente multiplicador aprobado reglamentariamente, además de ser

conforme a derecho resulta discrecional para la Administración y puede ser considerado -para los bienes inmuebles- como preferente.

En caso de discrepancia con el valor así determinado el contribuyente podrá instar un expediente de tasación pericial contradictoria. No obstante, la experiencia acumulada en las quejas tramitadas nos lleva a concluir que tal expediente únicamente prosperará en vía administrativa y jurisdiccional si existen circunstancias objetivas relacionadas con el propio inmueble -estado de ruina, deterioro significativo, etc- que puedan acreditarse documentalmente, mientras que resultarán desestimadas aquellas pretensiones que pretendan basarse únicamente en la discrepancia con el valor catastral del bien o en la consideración de los coeficientes multiplicadores como inadecuados respecto de que el contribuyente considera como "valores reales de mercado".

Esto supone que aquellos contribuyentes que alegan contra los valores resultantes de la comprobación de valores alegando mera disconformidad de los mismos con los precios efectivamente pagados por la trasmisión del bien o con lo que ellos consideran el "valor real de mercado", vean mayoritariamente desestimadas sus pretensiones, tanto en vía administrativa, como jurisdiccional.

Algo similar ocurre con aquellos que solicitan tasación pericial contradictoria del bien, cuando no disponen de elementos objetivos que adveren una circunstancia especial del inmueble que lo diferencie de los restantes bienes ubicados en la misma zona y justifique su menor valor. También en este caso las pretensiones de los contribuyentes son objeto de desestimación, con el agravante de que los gastos derivados de la tasación pericial les son cargados incrementando así el coste del proceso.

Siendo así las cosas, parece que lo mas acertado sería que los contribuyentes obligados a declarar por estos tributos incluyeran en sus declaraciones liquidaciones un valor del bien idéntico al que resultará de aplicar el modelo previsto en el art. 57.1,b) in fine de la Ley General Tributaria, esto es, valor catastral incrementado en el coeficiente multiplicador que resulte de aplicación en el municipio donde radique el inmueble. Cualquier declaración liquidación que se aparte de estos parámetros será, casi con absoluta certeza, objeto de un expediente de comprobación de valores que se saldará con la expedición de una liquidación complementaria, a la que habrá que sumar el importe de la correspondiente sanción y los intereses de demora, que serán elevados habida cuenta el retraso con el que suelen iniciarse y resolverse estos procedimientos.

Unicamente tendría sentido fijar un valor diferente al determinado por este modelo en la declaración liquidación en aquellos supuestos en que existiesen elementos objetivos que adveren una circunstancia especial del inmueble que lo diferencie de los restantes bienes ubicados en la misma zona y justifique su menor valor. Y en tal supuesto, deberá el contribuyente estar presto para aportar los documentos justificativos de tales elementos objetivos y, en su caso, solicitar la oportuna tasación contradictoria.

Pese a esta evidencia, son muy numerosos los expedientes de queja que esta Institución debe tramitar todos los años en relación con procedimientos de comprobación de valores derivados de liquidaciones del ITPAJD o del ISD, en los que el promotor de la queja se limita a reseñar su disconformidad con el valor determinado por la Administración por considerar el mismo carente de fundamento y alejado del que consideran el "valor real de mercado" del bien.

En bastantes ocasiones, los contribuyentes han actuado de buena fe reseñando en la declaración liquidación el valor efectivo de la trasmisión, mostrándose sorprendidos porque la Administración tributaria pretenda imponerles un valor diferente e indignados por el hecho de verse sancionados por un supuesto incumplimiento de sus deberes tributarios.

Nuestra labor en relación a estos expediente de queja incluye una componente pedagógica al explicar a los contribuyentes cual es el procedimiento estandar seguido por la Administración tributaria para determinar el valor de los bienes objeto de trasmisión y aclararles la conformidad a derecho del mismo y las escasas probabilidades de que prospere cualquier procedimiento de recurso en relación con los

mismos. En una mayoría de casos los contribuyentes nos trasladan su total desconocimiento de esta realidad, la falte de información recibida al respecto durante el proceso de declaración liquidación y su convicción de haber cumplido de buena fe sus deberes tributarios

La reiteración de casos similares, un año tras otro, nos lleva a plantearnos la conveniencia de que por parte de la Administración tributaria andaluza se adopten medidas para posibilitar que los contribuyentes en los tributos cedidos del ITPAJD e ISD dispongan, en el momento de formular su declaración liquidación, de información precisa sobre cuales son los valores que la Administración considera que corresponden a efectos fiscales al bien objeto de liquidación, Incluyendo las advertencias correspondientes sobre las consecuencias que podría depararles la fijación de valores distintos a los así determinados e información sobre los casos en que podría aceptarse un valor diferente, los procedimientos para acreditarlo y el coste de dichos procedimientos.

A tal fin, podrían diseñarse modelos informativos que acompañen o complementen los documentos de declaración liquidación en los que se contengan los extremos antes mencionados. Asimismo, debería facilitarse esta información presencialmente a quienes acudan a las dependencias tributarias para cumplimentar sus deberes tributarios en tales impuestos y remitirse las mismas por vía telemática a quienes utilicen este medio.

A este respecto, debemos apelar a los derechos y garantías de los contribuyentes contemplados en el artículo 34 de la Ley General Tributaria y, muy especialmente al derecho que el citado precepto les reconoce a ser informado y asistido por la Administración Tributaria en el cumplimiento de las obligaciones tributarias.

---

defensor del pueblo Andaluz

Finalmente la Agencia tributaria responde a su reclamación y le devolverá lo cobrado por un recibo del IBI duplicado

Queja número 16/4540

- 31 Marzo 2017

La Agencia Provincial de Recaudación rompe el silencio y acepta tramitar compensación o devolución de lo ingresado indebidamente.

Una asociación de consumidores exponía que su asociado había solicitado devolución de ingresos indebidos, por un importe de 109,41 €, respecto de recibos cobrados por duplicado en concepto de IBI, mediante escrito presentado ante el 17 de agosto de 2015, sin que la Administración de gestión del tributo le devuelva el importe solicitado y adopte medidas para evitar la generación de nuevos recibos anuales por el referido impuesto.

Interesados ante el organismo afectado, recibimos informe en el que se nos indica que la parte interesada tiene un depósito de 109,41 €, del cual puede pedir la compensación con la deuda en voluntaria o la devolución de ingresos, debiendo realizar la petición al Servicio Provincial de Recaudación.

En consecuencia, dado que la presente queja se admitió a trámite únicamente a los efectos de romper el silencio administrativo existente al escrito formulado por la parte promotora de la queja, se entiende que el asunto está solucionado.

Logramos que se resuelva el procedimiento de devolución de ingresos indebidos, tras revisar el valor catastral

Queja número 17/2361

- 26 Octubre 2017

La parte promotora de la queja expone que en fecha 15 de junio de 2016 presentó escrito de solicitud de devolución de ingresos indebidos en concepto de IBI, tras resolución de la Gerencia Territorial del Catastro Inmobiliario conteniendo fecha de efectos y alteración catastral respecto a inmueble sito en el Término de Canillas de Aceituno, objeto tributario en los referidos recibos, sin que por el Patronato de Recaudación Provincial de Málaga le hubiera notificado al respecto resolución alguna.

Interesados ante la Administración tributaria, se nos indica que se ha procedido a la regularización tributaria en concepto de IBI correspondiente al inmueble de la parte promotora de la queja. Procediendo, en consecuencia de tal regularización, a la devolución de ingresos solicitada, encontrándose a la espera de la certificación de titularidad de cuenta bancaria por parte de la interesada, con objeto de proceder al reintegro o devolución.

Dado que el asunto objeto de la queja había entrado en vías de solución, estando pendiente solo de la subsanación de defecto en la solicitud formulada y del señalamiento de la cuenta bancaria, por nuestra parte procedíamos al cierre del expediente. al cierre del expediente.

defensor del pueblo Andaluz

Le devuelven lo ingresado por IBI tras la rectificación de la valoración catastral de su vivienda

Queja número 17/2767

- 15 Noviembre 2017

La parte interesada exponía que desde el ejercicio de 2011 viene solicitando devolución de cantidades ingresadas indebidamente en concepto de IBI, por finca catastral objeto de procedimiento de rectificación de errores por la Gerencia Territorial del Catastro de Málaga. Pese a que reiteradamente y en diversas ocasiones ha presentado solicitudes de devolución en los sucesivos ejercicios, desde el Patronato no se atienden las mismas, ni se le contesta, lo que ha motivado que en fecha 11 de mayo de 2017 presentara una nueva solicitud refiriendo las anteriormente presentadas.

Interesados ante la Administración se recibe informe por el que indican que mediante Resolución de la Gerencia se ha estimado la solicitud formulada, aportando notificación a la parte interesada.

Dado que el presente expediente de queja se inició a los únicos efectos de romper el silencio mantenido por la Administración al escrito presentado, y considerando que dicha cuestión ha quedado solventada, procedemos a dar por concluidas nuestras actuaciones en el expediente de queja.

Pedimos a la Administración que atienda la solicitud de un particular reclamando que le devuelvan lo cobrado por unos recibos del IBI que no le fueron notificados

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 16/5090 dirigida a Diputación Provincial de Cádiz, Servicio Provincial de Recaudación y Gestión Tributaria

- 23 Diciembre 2016

El Defensor del Pueblo Andaluz formula Resolución ante el Servicio Provincial de Recaudación y Gestión Tributaria de la Diputación Provincial de Cádiz por la que recomienda se tenga por efectuada la reclamación de cantidad que reitera el interesado y, estimando la misma, dicte lo oportuno en relación a la comprobación de su importe y al reconocimiento de la deuda, así como a la orden de pago, por la realización y puesta a disposición del Ayuntamiento de la maquinaria antes referida.

Asimismo recomienda que se adopte medida de previsión económico financiera en el Presupuesto municipal, si el mismo se estuviere tramitando, o se lleve a cabo la modificación pertinente, en tanto en cuanto en él no se prevea y contenga dotación presupuestaria para hacer efectivo el pago de la cantidad que se le adeude al interesado. Solicitándole, en su caso, aporte la documentación pertinente y necesaria a fin de acreditar los compromisos adquiridos por el Ayuntamiento con él, en forma verbal o escrita.

ANTECEDENTES

I. Con fecha 31 de agosto de 2016 fue registrada de entrada en este Comisionado del Parlamento de Andalucía comunicación remitida por D. (...) a través de la cual nos exponía lo siguiente:

Que con fecha 14 de agosto de 2015 el afectado había dirigido escrito a ese Servicio Provincial de Recaudación y Gestión Tributaria indicado solicitando la devolución de ingresos indebidos por no haber recibido notificación de recibos de IBI 2014 y primer semestre de 2015, teniendo que hacer efectivos los mismos en vía ejecutiva y con los recargos e intereses correspondientes.

Que a pesar del tiempo transcurrido, aún no había recibido respuesta a su solicitud.

II. Reunidos cuantos requisitos formales resultan exigidos por el apartado primero del artículo 16 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, esta Institución acordó admitir a trámite la queja y, consiguientemente, solicitar a esa Administración que resolviese expresamente, sin más dilaciones, el escrito presentado por la parte promotora de la queja, informándonos al respecto.

III. A pesar de haber transcurrido un plazo más que prudencial desde la remisión de la mencionada

solicitud y de haber reiterado la misma, hasta la fecha no se ha obtenido respuesta de ese organismo.

De tales circunstancias no cabe más que extraer la existencia de un reconocimiento tácito de la falta de respuesta denunciada por la parte promotora de la queja.

En base a los referidos antecedentes, conviene realizar a ese Organismo las siguientes

CONSIDERACIONES

Primera.- De la obligación de resolver a cargo de la Administración Pública.

Debemos aclarar que a la solicitud del interesado -que presentó en fecha 14 de agosto de 2015- le resulta de aplicación el régimen jurídico de procedimiento y obligación de responder determinado en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Ello, por expresa previsión contenida al efecto en la Disposición transitoria tercera, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Que establece:

> «Régimen transitorio de los procedimientos:
>
> a) A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior.»

El artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), establece la obligación de la Administración de dictar en todos los procedimientos resolución expresa sobre el fondo del asunto y notificar la misma, sin perjuicio de que en el procedimiento intervenga prescripción, renuncia, caducidad o desistimiento, o bien la desaparición sobrevenida de su objeto, pues cuando concurran estas circunstancias habrá de dictarse dicha resolución en tal sentido. Quedan exceptuados de esta obligación exclusivamente los supuestos de terminación del procedimiento por pacto o convenio, o los relativos al ejercicio de derechos sometidos únicamente al deber de comunicación previa a la Administración.

Debe añadirse que el apartado 7 del artículo 42 de la LRJPAC establece que «El personal al servicio de las Administraciones públicas que tenga a su cargo el despacho de los asuntos, así como los titulares de los órganos administrativos competentes para instruir y resolver son directamente responsables, en el ámbito de sus competencias, del cumplimiento de la obligación legal de dictar resolución expresa en plazo», pudiendo dar lugar su incumplimiento a la exigencia de responsabilidad disciplinaria.

Segunda.- Del silencio administrativo negativo. Ante la falta de respuesta administrativa, debemos hacer referencia a la jurisprudencia creada en torno al control constitucional de las resoluciones judiciales que declaran la extemporaneidad de recursos contencioso-administrativos interpuestos contra la desestimación por silencio administrativo de solicitudes o reclamaciones de los interesados.

Puede citarse a tal efecto la Sentencia 72/2008, de 23 de junio de 2008, dictada por la Sala Primera del Tribunal Constitucional en el Recurso de amparo 6615-2005, Fundamento Jurídico 3:

> «Se ha venido reiterando, conforme a esta jurisprudencia constitucional, que el silencio administrativo negativo es simplemente una ficción legal que responde a la finalidad de que el administrado pueda acceder a la vía judicial superando los efectos de inactividad de la Administración; se ha declarado que, frente a las desestimaciones por silencio, el ciudadano no puede estar obligado a recurrir siempre y en todo caso, so pretexto de convertir su inactividad en consentimiento del acto presunto, imponiéndole un deber de diligencia que, sin embargo, no le es exigible a la Administración en el cumplimiento de su deber legal de dictar resolución expresa en todos los procedimientos. Bajo estas premisas, este Tribunal ha concluido que deducir de ese

> comportamiento pasivo del interesado su consentimiento con el contenido de un acto administrativo presunto, en realidad nunca producido, supone una interpretación que no puede calificarse de razonable —y menos aún, con arreglo al principio pro actione, de más favorable a la efectividad del derecho fundamental del art. 24.1 CE—, al primar injustificadamente la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido con su deber de dictar y notificar la correspondiente resolución expresa.»

La institución del silencio administrativo negativo -a diferencia del silencio administrativo positivo, que tiene la consideración de verdadero acto administrativo finalizador del procedimiento- se configura por ley exclusivamente como una garantía para la defensa judicial de sus derechos por parte de los interesados. Por tanto, la Administración no queda eximida de su obligación de resolver, incluso, de modo que no queda sujeta al sentido del silencio.

Tercera.- Del derecho a una buena administración y los principios rectores de la actuación administrativa.

Como norma fundamental del ordenamiento jurídico propio, el Estatuto de Autonomía para Andalucía (art. 31) garantiza el derecho a una buena administración, que comprende el derecho de todos ante las Administraciones Públicas, a participar plenamente en las decisiones que les afecten, obteniendo de ellas una información veraz, y a que sus asuntos se traten de manera objetiva e imparcial y sean resueltos en un plazo razonable.

Por su parte, de acuerdo con el artículo 103 de la Constitución, esa Administración debe actuar de acuerdo con una serie de principios, entre ellos, los de eficacia y sometimiento a la ley y al Derecho.

Los mismos principios se recogen en el artículo 6 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.

Asimismo, de acuerdo con el artículo 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), las Administraciones públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con principios de eficacia, eficiencia y servicio a los ciudadanos, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho. Igualmente, deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima. En sus relaciones con la ciudadanía, las Administraciones públicas deben actuar de conformidad con los principios de transparencia y de participación.

A la vista de todo ello y de conformidad con lo establecido en el artículo 29.1 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, se formula a ese Servicio Provincial de Recaudación y Gestión Tributaria la siguiente

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO de los Deberes Legales contenidos en los preceptos que han sido transcritos.

RECOMENDACIÓN concretada en la necesidad de dar respuesta, a la mayor brevedad posible, al escrito presentado por la parte afectada con fecha 14 de agosto de 2015.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Sin respuesta a su demanda desde 2014: Pedimos al Patronato de Recaudación de Málaga que responda

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 17/1926 dirigida a Diputación de Málaga, Patronato de Recaudación Provincial

- 16 Octubre 2017

El Defensor del Pueblo Andaluz formula Resolución ante el Patronato de Recaudación Provincial de Málaga, por la que recomienda dar respuesta, a la mayor brevedad posible, a los escritos presentados por la parte afectada desde el año 2014.

ANTECEDENTES

I. Con fecha 19 de marzo de 2017 fue registrada de entrada en este Comisionado del Parlamento de Andalucía comunicación remitida por (...), a través de la cual nos exponía lo siguiente:

Que desde el año 2014 vienen presentando ante ese Patronato de Recaudación Provincial escritos solicitando devolución de los ingresos indebidos e intereses que les liquidó el Patronato pese a no ser los obligados tributarios.

Que a pesar del tiempo transcurrido, aún no habían recibido respuesta a su solicitud.

II. Reunidos cuantos requisitos formales resultan exigidos por el apartado primero del artículo 16 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, esta Institución acordó admitir a trámite la queja y, consiguientemente, solicitar a esa Administración que resolviese expresamente, sin más dilaciones, el escrito presentado por la parte promotora de la queja, informándonos al respecto.

III. A pesar de haber transcurrido un plazo más que prudencial desde la remisión de la mencionada solicitud y de haber reiterado la misma, hasta la fecha no se ha obtenido respuesta de ese organismo.

De tales circunstancias no cabe más que extraer la existencia de un reconocimiento tácito de la falta de respuesta denunciada por la parte promotora de la queja.

En base a los referidos antecedentes, conviene realizar a ese Organismo las siguientes

CONSIDERACIONES

Primera.- De la obligación de resolver a cargo de la Administración Pública.

Debemos aclarar que a los escritos de solicitud de la parte promotora de la queja -que vienen presentando desde el año 2014- le resulta de aplicación el régimen jurídico de procedimiento y obligación de responder

determinado en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Ello, por expresa previsión contenida al efecto en la Disposición transitoria tercera, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Que establece:

> «Régimen transitorio de los procedimientos:
>
> a) A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior.»

El artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), establece la obligación de la Administración de dictar en todos los procedimientos resolución expresa sobre el fondo del asunto y notificar la misma, sin perjuicio de que en el procedimiento intervenga prescripción, renuncia, caducidad o desistimiento, o bien la desaparición sobrevenida de su objeto, pues cuando concurran estas circunstancias habrá de dictarse dicha resolución en tal sentido. Quedan exceptuados de esta obligación exclusivamente los supuestos de terminación del procedimiento por pacto o convenio, o los relativos al ejercicio de derechos sometidos únicamente al deber de comunicación previa a la Administración.

Debe añadirse que el apartado 7 del artículo 42 de la LRJPAC establece que «El personal al servicio de las Administraciones públicas que tenga a su cargo el despacho de los asuntos, así como los titulares de los órganos administrativos competentes para instruir y resolver son directamente responsables, en el ámbito de sus competencias, del cumplimiento de la obligación legal de dictar resolución expresa en plazo», pudiendo dar lugar su incumplimiento a la exigencia de responsabilidad disciplinaria.

Segunda.- Del silencio administrativo negativo. Ante la falta de respuesta administrativa, debemos hacer referencia a la jurisprudencia creada en torno al control constitucional de las resoluciones judiciales que declaran la extemporaneidad de recursos contencioso-administrativos interpuestos contra la desestimación por silencio administrativo de solicitudes o reclamaciones de los interesados.

Puede citarse a tal efecto la Sentencia 72/2008, de 23 de junio de 2008, dictada por la Sala Primera del Tribunal Constitucional en el Recurso de amparo 6615-2005, Fundamento Jurídico 3:

> «Se ha venido reiterando, conforme a esta jurisprudencia constitucional, que el silencio administrativo negativo es simplemente una ficción legal que responde a la finalidad de que el administrado pueda acceder a la vía judicial superando los efectos de inactividad de la Administración; se ha declarado que, frente a las desestimaciones por silencio, el ciudadano no puede estar obligado a recurrir siempre y en todo caso, so pretexto de convertir su inactividad en consentimiento del acto presunto, imponiéndole un deber de diligencia que, sin embargo, no le es exigible a la Administración en el cumplimiento de su deber legal de dictar resolución expresa en todos los procedimientos. Bajo estas premisas, este Tribunal ha concluido que deducir de ese comportamiento pasivo del interesado su consentimiento con el contenido de un acto administrativo presunto, en realidad nunca producido, supone una interpretación que no puede calificarse de razonable —y menos aún, con arreglo al principio *pro actione*, de más favorable a la efectividad del derecho fundamental del art. 24.1 CE—, al primar injustificadamente la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido con su deber de dictar y notificar la correspondiente resolución expresa.»

La institución del silencio administrativo negativo -a diferencia del silencio administrativo positivo, que tiene la consideración de verdadero acto administrativo finalizador del procedimiento- se configura por ley exclusivamente como una garantía para la defensa judicial de sus derechos por parte de los interesados. Por tanto, la Administración no queda eximida de su obligación de resolver, incluso, de modo que no queda sujeta al sentido del silencio.

Tercera.- Del derecho a una buena administración y los principios rectores de la actuación administrativa.

Como norma fundamental del ordenamiento jurídico propio, el Estatuto de Autonomía para Andalucía (art. 31) garantiza el derecho a una buena administración, que comprende el derecho de todos ante las Administraciones Públicas, a participar plenamente en las decisiones que les afecten, obteniendo de ellas una información veraz, y a que sus asuntos se traten de manera objetiva e imparcial y sean resueltos en un plazo razonable.

Por su parte, de acuerdo con el artículo 103 de la Constitución, esa Administración debe actuar de acuerdo con una serie de principios, entre ellos, los de eficacia y sometimiento a la ley y al Derecho.

Los mismos principios se recogen en el artículo 6 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.

Asimismo, de acuerdo con el artículo 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), las Administraciones públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con principios de eficacia, eficiencia y servicio a los ciudadanos, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho. Igualmente, deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima. En sus relaciones con la ciudadanía, las Administraciones públicas deben actuar de conformidad con los principios de transparencia y de participación.

A la vista de todo ello y de conformidad con lo establecido en el artículo 29.1 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, se formula a ese Patronato de Recaudación Provincial la siguiente

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO de los Deberes Legales contenidos en los preceptos que han sido transcritos.

RECOMENDACIÓN concretada en la necesidad de dar respuesta, a la mayor brevedad posible, a los escritos presentados por la parte afectada desde el año 2014.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Pedimos a la Diputación de Málaga que le reconozca la exención del impuesto sobre vehículos de tracción mecánica (IVTM) desde el año 2010 por su grado de discapacidad

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 15/6157 dirigida a Diputación de Málaga, Patronato de Recaudación Provincial de Málaga

- 26 Junio 2017

El Defensor del Pueblo Andaluz formula Resolución al Patronato de Recaudación Provincial de Málaga por la que recomienda que a la interesada, que aportó documento expedido por el Centro de Valoración y Calificación de discapacidades en el año 2010, con carácter indefinido y permanente, acreditativo de un grado de discapacidad del 58%, se le reconozca previa toma de razón por Ayuntamiento y Agencia de Recaudación Provincial, la exención desde la fecha de presentación de su solicitud.

Asimismo, sugiere que se adopten los acuerdos o resoluciones necesarios, actuando en coordinación con la Delegación Territorial de la Consejería de Salud, Igualdad y Políticas Sociales y con los Ayuntamientos delegantes de la gestión de cobro de los Tributos y demás recursos de naturaleza pública, para sugerirles el establecimiento y reconocimiento en las correspondientes Ordenanzas Fiscales por el IVTM de la exención fiscal que contempla el artículo 93.1.e) del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprobaba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

ANTECEDENTES

I.- La parte interesada formula su queja en relación con lo que considera trato injusto que reciben las personas con discapacidad, al momento de gestionar la exención del impuesto sobre vehículos de tracción mecánica (IVTM) en la oficina de la Agencia de recaudación indicada.

Informa que al presentar ante el Patronato la documentación de su nuevo vehículo, para solicitar la exención en el citado impuesto, le manifestaron que no aceptaban el documento nominativo expedido por el Centro de Valoración y Calificación de discapacidades en el año 2010, con carácter indefinido y permanente, acreditativo de un grado de discapacidad del 58%.

El referido documento fue expedido conforme a lo establecido en la Orden de 17 de marzo de 2011, de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, por la que se crea la tarjeta acreditativa del grado de discapacidad y se regula el procedimiento para su concesión.

Según comunica la interesada, en dicho Patronato le informaron que debería trasladarse a Málaga y solicitar un nuevo certificado con fecha actualizada.

Efectuado dicho desplazamiento, en las dependencias de la Delegación Territorial referida, le informaron que estaban recibiendo numerosas peticiones similares a la suya, lo que originaba disfunciones en el trabajo de la Delegación.

La promotora de la queja cuestionaba que resultase necesaria la actualización de su certificado de discapacidad cuando el mismo está expedido con carácter indefinido -a su nombre- y se pregunta si, para el caso de ser necesaria dicha actualización, no resultaría más eficaz establecer un cauce de comunicación entre las Administraciones implicadas que evite desplazamientos innecesarios a las personas discapacitadas, colas ante el Servicio correspondiente de la Delegación Territorial y la saturación en la gestión de los certificados referidos.

II.- Admitida a trámite la queja y solicitado informe al Patronato de Recaudación Provincial, por el mismo se nos indicaba:

"Con fecha 17 de julio de 2015, registrado con n° 1002929/2015/ALHAU, el citado contribuyente, presentó ante este Organismo solicitud de exención en concepto de Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica (IVTM), matrícula 7877JBY, para personas con movilidad reducida, de conformidad con lo previsto en el artículo 93.1 párrafo e) del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (en adelante TRLRHL).

De conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003, de 2 diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE) número 300, el 16 de diciembre de 2006, expone en su articulo 2 "el grado de minusvalía igual al 33 por ciento" se acreditará mediante los siguientes documentos:

a) Resolución o certificado expedidos por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) u órgano competente de la Comunidad Autónoma correspondiente.

b) Resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) reconociendo la condición de pensionista por incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez.

c) Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda o del Ministerio de Defensa reconociendo una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

Por otra parte, de acuerdo con lo previsto en el artículo 3 apartado 3 de la "Orden del 17 de marzo de 2011, por la que se crea la tarjeta acreditativa del grado de discapacidad y se regula el procedimiento para su concesión", publicada en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía (BOJA) número 62, el 29 de marzo de 2011, se refleja que:

"Siempre que las Administraciones u organismos públicos lo consideren oportuno, podrán solicitar la presentación de la resolución del reconocimiento de grado de discapacidad."

Conforme a lo anterior, por parte de esta Agencia, a efectos de la tramitación de las solicitudes de exención en concepto de IVTM prevista en el citado TRLRHL por los motivos que nos ocupan, se solicita resolución actualizada del reconocimiento del grado de minusvalía, constando aportada en el expediente de solicitud de ....."

III.- Por su parte, la Delegación Territorial de la Consejería de Salud, Igualdad y Políticas Sociales, a la que también dirigimos nuestra petición de colaboración, nos informaba que habían solicitado en repetidas ocasiones del Patronato referido el mantener una reunión con responsables a efectos de coordinar las actuaciones para tratar de resolver el problema planteado, sin obtener respuesta alguna de la Agencia provincial.

Por cuanto antecede, vista la información recabada y la legislación y normativa reglamentaria de aplicación, estimamos conveniente en el asunto objeto de la presente queja, efectuar las siguientes

CONSIDERACIONES

Primera.- Sobre las condiciones reguladas para la exención del IVTM a los vehículos de personas con discapacidad.

El artículo. 93.1.e) del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprobaba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, contempló la exención del Impuesto de vehículos de tracción mecánica para el caso de aquellos vehículos matriculados a nombre de personas discapacitadas para su uso exclusivo.

Precisando además el citado precepto, que a tales efectos se consideran personas con discapacidad las que tengan reconocida esta condición legal en grado igual o superior al 33%.

Conforme establece el artículo 93.2 del Texto Refundido, para poder aplicar tal exención las personas interesadas deben instar la concesión de la misma aportando el certificado de minusvalía emitido por el órgano competente y justificar el destino del vehículo ante el ayuntamiento de la imposición, en los términos que éste establezca en la correspondiente ordenanza fiscal.

Por su parte, la Ordenanza Fiscal Reguladora del Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica del Ayuntamiento de Alhaurín de la Torre (aprobada definitivamente el 29 de diciembre de 2005, BOP de Málaga de 30 de diciembre de 2005) no establece bonificación o exención alguna al respecto; en el presente caso, según argumenta la Administración provincial, se denegó la exención por cuanto, la certificación de discapacidad emitida por el órgano sectorial (Delegación Territorial de la Consejería de Salud, Igualdad y Políticas Sociales) no daba cumplimiento a uno de los requisitos exigibles legalmente -en la normativa de Haciendas Locales-, necesarios para que opere la citada exención.

Segunda.- La protección de los derechos de las personas con discapacidad en el ámbito de las Reglamentaciones y Ordenanzas locales: La movilidad.

Nuestra Constitución, en el artículo 49, en relación con las personas discapacitadas establece:

"Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos."

En cumplimiento de ese mandato constitucional, el Estado firmó y ratificó el instrumento de incorporación a su Ordenamiento jurídico de la Convención de la Asamblea General de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, de fecha 13 de diciembre de 2006, entrando la misma en vigor tras su publicación en el BOE , el 3 de mayo de 2008.

La Convención en su articulo 20, establece:

"Los Estados Partes adoptarán medidas efectivas para asegurar que las personas con discapacidad gocen de movilidad personal con la mayor independencia posible, entre ellas:

a) Facilitar la movilidad personal de las personas con discapacidad en la forma y en el momento que deseen a un costo asequible;

b) Facilitar el acceso de las personas con discapacidad a formas de asistencia humana o animal e intermediarios, tecnologías de apoyo, dispositivos técnicos y ayudas para la movilidad de calidad, incluso poniéndolos a su disposición a un costo asequible;

c) Ofrecer a las personas con discapacidad y al personal especializado que trabaje con estas personas capacitación en habilidades relacionadas con la movilidad.

d) Alentar a las entidades que fabrican ayudas para la movilidad, dispositivos y tecnologías de apoyo a que tengan en cuenta todos los aspectos de la movilidad de las personas con discapacidad."

Posteriormente, se ha ido produciendo la adaptación y desarrollo normativo de los principios del Derecho Internacional y de la Constitución en los distintos ámbitos sectoriales del Derecho interno del Estado español, con objeto de los poderes públicos puedan cumplir su obligación de garantizar plenamente los derechos de las personas con discapacidad.

Así se promulgó el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprobaba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, cuyo objeto principal era:

"*Garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, así como el ejercicio real y efectivo de derechos por parte de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones respecto del resto de ciudadanos y ciudadanas, a través de la promoción de la autonomía personal, de la accesibilidad universal, del acceso al empleo, de la inclusión en la comunidad y la vida independiente y de la erradicación de toda forma de discriminación, conforme a los artículos 9.2, 10, 14 y 49 de la Constitución Española y a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España."*

En el ámbito jurídico sectorial que nos ocupa en la presentes actuaciones, las Haciendas Locales, ya mediante la Ley *51/2002*, de 27 de diciembre, de reforma de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales, se había incluido la exención a "los vehículos para las personas de movilidad reducida".

Actualmente, el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprobaba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, en su artículo 93,1.c), establece con rotundidad la exención en el IVTM, como instrumento para la mejora de las condiciones de movilidad de las personas con discapacidad -consciente el Legislador de la utilidad de la medida como medio para reducir costes y favorecer la inclusión-.

Así, actualmente, el citado precepto del Texto Refundido, dispone que estarán exentos del impuesto:"*e) Los vehículos para personas de movilidad reducida a que se refiere el apartado A del anexo II del Reglamento General de Vehículos, aprobado por el Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre*".

El Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, establece los requisitos para poder aplicar las exenciones por esta causa o razón y, así se establece la necesidad de que los posibles beneficiarios han de acreditar la matrícula, las características y la causa del beneficio justificando el destino del vehículo (a su movilidad). Debiendo igualmente el interesado aportar el certificado de minusvalía (discapacidad) emitido por órgano competente. Todo ello, en los términos que establezca en la correspondiente Ordenanza Fiscal el Ayuntamiento de la imposición.

Por su parte, la Ordenanza Fiscal Reguladora del IVTM del Ayuntamiento de Alhaurín de la Torre (aprobada definitivamente el 29 de diciembre de 2005, BOP de Málaga de 30 de diciembre de 2005) no estableció bonificación o exención alguna al respecto.

En el presente caso, según argumentaba la Administración provincial, pese a que se trataba de una acreditación permanente de la discapacidad apreciada en la solicitante- se denegó la exención por cuanto, la certificación de discapacidad emitida por el órgano sectorial (Delegación Territorial de la Consejería de Salud, Igualdad y Políticas Sociales) no daba cumplimiento a uno de los requisitos exigibles legalmente -en la normativa de Haciendas Locales-, necesarios para que opere la citada exención (sic).

A la vista de lo expuesto anteriormente, parece que no existen razones o justificaciones que impidan -en el caso que denuncia la interesada en la queja y con alcance general para todos los posibles beneficiarios de los municipios de la imposición delegada al Patronato - la concesión de la exención referida.

Por cuanto antecede, y en ejercicio de las facultades y atribuciones que al Defensor del Pueblo Andaluz asigna el 29 .1 de la Ley 9/1983 de 1 de diciembre, reguladora de la Institución, se formula a la Presidencia del Patronato del Patronato de Recaudación Provincial, la siguiente

RESOLUCIÓN

SUGERENCIA: En el sentido de que por el Patronato se adopten los acuerdos o resoluciones necesarios, actuando en coordinación con la Delegación Territorial de la Consejería de Salud, Igualdad y Políticas Sociales y con los Ayuntamientos delegantes de la gestión de cobro de los Tributos y demás recursos de naturaleza pública, para sugerirles el establecimiento y reconocimiento en las correspondientes Ordenanzas Fiscales por el IVTM de la exención fiscal que contempla el artículo. 93.1.e) del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprobaba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

RECOMENDACIÓN: En el sentido de que a la interesada en las presentes actuaciones, que aportó documento expedido por el Centro de Valoración y Calificación de discapacidades en el año 2010, con carácter indefinido y permanente, acreditativo de un grado de discapacidad del 58%, se le reconozca previa toma de razón por Ayuntamiento y Agencia de Recaudación Provincial, la exención desde la fecha de presentación de su solicitud.

Ver asunto solucionado o en vías de solución.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

---

defensor del pueblo Andaluz

Plusvalía: Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU). Información sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de mayo de 2017

DESCARGAR EN PDF

ÍNDICE

0.- Introducción

1.- ¿a quién puede afectar la Sentencia del Tribunal Constitucional?

2.- ¿se ven afectadas por la Sentencia del Tribunal Constitucional todas las liquidaciones de Plus Valía?

3.- ¿qué debo hacer si ya he pagado el Impuesto de Plus Valía y puedo acreditar que no ha existido incremento de valor?

4.- ¿cómo puedo reclamar al Ayuntamiento?

5.- ¿qué recurso hay que presentar ante el Ayuntamiento?

6.- ¿qué puedo hacer si el Ayuntamiento desestima el recurso de reposición presentado?

7.- ¿van a seguir los Ayuntamientos aplicando el impuesto de Plus Valía en los supuestos de trasmisión de un terreno cuando no exista incremento de valor?

8.- ¿quien tiene que acreditar si ha existido o no incremento de valor del terreno como consecuencia de la trasmisión?

9.- ¿como puedo acreditar que no se ha producido incremento de valor?

10.- ¿quién puede presentar la reclamación?

11.- ¿cómo afectará la Sentencia del Tribunal Constitucional a la regulación actual del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana?

0.- Introducción

Con fecha 11 de mayo de 2017 el Tribunal Constitucional ha dictado una Sentencia por la que declara inconstitucionales los artículos 107.1; 107.2 a) y 110.4, del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, son inconstitucionales y nulos, pero únicamente en la medida en que someten a tributación situaciones de inexistencia de incrementos de valor en los terrenos de naturaleza urbana sujetos al Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (mas conocido como Plus Valía municipal) por entender que vulneran el principio de capacidad económica reconocido en el art. 31.1 de la Constitución al gravar supuestos de trasmisión de inmuebles en los que no se produce un incremento sino una pérdida de valor.

La Sentencia se basa en la doctrina del propio Tribunal Constitucional que en repetidas ocasiones ha determinado que "*en ningún caso podrá el legislador establecer un tributo tomando en consideración actos o hechos que no sean exponentes de una riqueza real o potencial, o , lo que es lo mismo, en aquellos supuestos en los que la capacidad económica gravada por el tributo sea, no ya potencial, sino inexistente, virtual o ficticia*" (SSTC 26/2017, FJ 3 y 37/2017, FJ 3).

Entiende el Tribunal que esto sucede en aquellos supuestos en que la venta de un inmueble se produce sin que se obtenga ninguna ganancia o incluso con pérdidas.

La sentencia analiza los preceptos cuestionados y llega la conclusión de que los mismos dan lugar *"al establecer el legislador la ficción de que ha tenido lugar un incremento de valor susceptible de gravamen al momento de toda transmisión de un terreno por el solo hecho de haberlo mantenido el titular en su patrimonio durante un intervalo temporal dado, soslayando aquellos supuestos en los que no se haya producido ese incremento, «lejos de someter a tributación una capacidad económica susceptible de gravamen, les estaría haciendo tributar por una riqueza inexistente, en abierta contradicción con el principio de capacidad económica del citado art. 31.1 CE";* sin tener en cuenta si efectivamente el valor real se ha incrementado o no.

Precisando además el Tribunal Constitucional que ***"****Por las mismas razones debemos concluir aquí que el tratamiento que los preceptos cuestionados de la LHL otorgan a los supuestos de no incremento, o incluso de decremento, en el valor de los terrenos de naturaleza urbana, gravan una renta ficticia en la medida en que, al imponer a los sujetos pasivos del impuesto la obligación de soportar la misma carga tributaria que corresponde a las situaciones de incrementos derivados del paso del tiempo, está sometiendo a tributación situaciones de hecho inexpresivas de capacidad económica, lo que contradice frontalmente el principio de capacidad económica que garantiza el art. 31.1 CE. En consecuencia, los preceptos cuestionados deben ser declarados inconstitucionales, aunque solo en la medida en que no han previsto excluir del tributo las situaciones inexpresivas de capacidad económica por inexistencia de incrementos de valor" (SSTC 26/2017, FJ 3; y 37/2017, FJ 3)*

Por ello, el Tribunal concluye señalando que

"*a) El impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos* ***no es, con carácter general, contrario al Texto Constitucional, en su configuración actual. Lo es únicamente en aquellos supuestos en los que somete a tributación situaciones inexpresivas de capacidad económica****, esto es, aquellas que no presentan aumento de valor del terreno al momento de la transmisión.*

Deben declararse inconstitucionales y nulos , en consecuencia, los arts. 107.1 y 107.2 a) LHL, «únicamente en la medida en que someten a tributación situaciones inexpresivas de capacidad económica» (SSTC 26/2017, FJ 7; y 37/2017, FJ 5).

b)...debemos extender nuestra declaración de inconstitucionalidad y nulidad, por conexión (art. 39.1 LOTC) con los arts. 107.1 y 107.2 a) LHL, al art. 110.4 LHL , teniendo en cuenta la íntima relación existente entre este último citado precepto y las reglas de valoración previstas en aquellos, cuya existencia no se explica de forma autónoma sino solo por su vinculación con aquel, el cual «no permite acreditar un resultado diferente al resultante de la aplicación de las reglas de valoración que contiene [SSTC 26/2017, FJ 6; y 37/2017, FJ 4 e)].

Por consiguiente, ***debe declararse inconstitucional y nulo el art. 110.4 LHL, al impedir a los sujetos pasivos que puedan acreditar la existencia de una*** **situación** ***inexpresiva de capacidad económica*** *(SSTC 26/2017, FJ 7; y 37/2017, FJ 5).*

c) Una vez expulsados del ordenamiento jurídico, ex origine, los arts. 107.2 y 110.4 LHL, en los términos señalados, debe indicarse que ***la forma de determinar la existencia o no de un incremento susceptible de ser sometido a tributación es algo que solo corresponde al legislador****, en su libertad de configuración normativa, a partir de la publicación de esta Sentencia, llevando a cabo las modificaciones o adaptaciones pertinentes en el régimen legal del impuesto que permitan arbitrar el modo de no someter a tributación las situaciones de inexistencia de incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana "(SSTC 26/2017, FJ 7; y 37/2017, FJ 5)*

Dado que podrían ser muchas las personas afectadas por esta Sentencia, consideramos oportuno ofrecer algunas indicaciones prácticas en relación con la misma:

Volver al índice

1.- ¿a quién puede afectar la Sentencia del Tribunal Constitucional?

Se pueden ver afectadas aquellas personas que hayan pagado o tengan que pagar el IIVTNU (Plus Valía municipal) y puedan acreditar que no se ha producido un incremento en el valor del terreno que ha sido objeto de venta, herencia o donación.

Volver al índice

2.- ¿se ven afectadas por la Sentencia del Tribunal Constitucional todas las liquidaciones de Plus Valía?

No, la Sentencia del Tribunal Constitucional sólo afecta a aquellas liquidaciones del IIVTNU en las que pueda acreditarse que no se produjo un incremento de valor que pueda ser objeto de gravamen

Históricamente el valor de los terrenos ha venido incrementándose de año en año, lo que explica que en la regulación legal de este Impuesto no se contemplara la posibilidad de que se produjera una disminución en el valor de los mismos. No obstante, esta constante histórica ha quedado en evidencia como consecuencia de la crisis económica padecida en los últimos años por nuestro País que ha provocado un descenso generalizado en el valor de los terrenos.

Por tanto, es de suponer que las liquidaciones de Plus Valía que se verán afectadas por esta Sentencia serán en su mayoría las que gravan la trasmisión de terrenos que fueron adquiridos en los años previos a la crisis económica, cuando su valor era muy elevado y han sido vendidos en los últimos años, cuando su valor había descendido por los efectos de la crisis, o van a ser objeto de una trasmisión antes de que recuperen su valor de adquisición.

Volver al índice

3.- ¿qué debo hacer si ya he pagado el Impuesto de Plus Valía y puedo acreditar que no ha existido incremento de valor?

Si el impuesto ya se ha pagado habrá que reclamar al Ayuntamiento la anulación de la liquidación y la devolución de las cantidades ingresadas, junto con sus intereses.

Para poder reclamar es necesario que no hayan transcurrido desde que se efectuó el pago los plazos que la Ley establece para la prescripción del derecho a presentar reclamación. Dicho plazo varía en función de que hayamos sido nosotros quienes presentamos la autoliquidación del impuesto o haya sido el Ayuntamiento el que haya efectuado la liquidación del mismo, al no hacerlo nosotros.

Si fuimos nosotros quienes hicimos la autoliquidación y pagamos el impuesto, el plazo para reclamar es de 4 años desde esa fecha. Si fue el Ayuntamiento quien hizo la liquidación y nos la notificó para que pagásemos, el plazo para reclamar es sólo de un mes a contar desde dicha notificación. Transcurrido el mes de plazo sin haber presentado recurso, la liquidación sería firme y sólo cabría presentar al Ayuntamiento una solicitud de revocación o instar la revisión de oficio.

Además de presentar la reclamación habremos de acreditar que no ha habido incremento de valor del terreno como consecuencia de la trasmisión.

Volver al índice

4.- ¿cómo puedo reclamar al Ayuntamiento?

Los procedimientos y plazos de reclamación varían en función de diversas circunstancias:

- Si hubo autoliquidación, tenemos 4 años para presentar al Ayuntamiento una solicitud de rectificación de la autoliquidación realizada y la devolución de las cantidades ingresadas. Si dicha solicitud es rechazada por el Ayuntamiento o no es respondida habrá que presentar un recurso ante el Ayuntamiento.

- Si fue el Ayuntamiento quien hizo la liquidación, tenemos un mes desde que nos notificó dicha liquidación para presentar un recurso ante el mismo pidiendo la anulación de la liquidación practicada. Transcurrido el mes de plazo sin haber presentado recurso, la liquidación sería firme y sólo cabría presentar al Ayuntamiento una solicitud de revocación o instar la revisión de oficio.

Volver al índice

5.- ¿qué recurso hay que presentar ante el Ayuntamiento?

También aquí puede haber diferencias en función de que se trate de un municipio de gran población o no, ya que los municipios de gran población pueden contar con un organismo especial para resolver las reclamaciones y recurso tributarios que normalmente se denomina Tribunal Económico Administrativo Municipal. Los municipios de gran población de Andalucía que cuentan con organismo especial para resolver las reclamaciones económico-administrativas son los siguientes:

Almería, Córdoba, Granada Málaga, Sevilla y Jerez de la Frontera. Lo tienen en tramite de aprobación y constitución Dos Hermanas y Mijas.

Si NO se trata de un municipio de gran población debe presentarse ante el Ayuntamiento un recurso de reposición en el plazo máximo de un mes.

Si se trata de un municipio de gran población que cuente con organismo especial para resolver las reclamaciones económico-administrativas podremos elegir entre, bien presentar con carácter previo y potestativo un recurso de reposición al Ayuntamiento, o bien presentar directamente una reclamación

económico-administrativa ante el organismo especial para resolver las reclamaciones económico-administrativas. El plazo en ambos casos es de un mes desde que el Ayuntamiento nos notificó la liquidación o desde que desestimó nuestra solicitud de rectificación de la autoliquidación.

Volver al índice

6.- ¿qué puedo hacer si el Ayuntamiento desestima el recurso de reposición presentado?

Si es un municipio de gran población que cuenta con organismo especial para resolver las reclamaciones económico-administrativas puedo presentar ante el mismo una reclamación económico-administrativa en el plazo de un mes. Si dicha reclamación es también desestimada puedo presentar un recurso contencioso-administrativo ante los Tribunales de Justicia en el plazo de dos meses a contar desde que se me notifique la desestimación.

Si NO es un municipio de gran población y el Ayuntamiento desestima el recurso de reposición puedo presentar un recurso contencioso-administrativo ante los Tribunales de Justicia en el plazo de dos meses a contar desde que se me notifique la desestimación.

Antes de presentar un recurso contencioso-administrativo ante los Tribunales es recomendable consultar con una persona experta en derecho que pueda asesorarnos sobre las posibilidades de éxito del recurso y los costes que podría implicar el mismo.

Volver al índice

7.- ¿van a seguir los Ayuntamientos aplicando el impuesto de Plus Valía en los supuestos de trasmisión de un terreno cuando no exista incremento de valor?

La Sentencia del Tribunal Constitucional es de aplicación directa en los Terriorios del Estado en los que, como en Andalucía, rige el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

No obstante, mientras el legislador no cambie la regulación del Impuesto recogida en el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales es de prever que los Ayuntamientos van a seguir exigiendo el pago del tributo en los mismos términos y con arreglo a las mismas reglas que lo vienen haciendo hasta ahora.

En tal caso, es importante recordar que si el tributo no se paga en el plazo fijado el Ayuntamiento iniciará el procedimiento de recaudación ejecutiva que incluirá un recargo del 20% y podría culminar con el embargo de nuestros bienes.

Para evitar esta situación podría ser conveniente pagar el tributo y después recurrir amparándonos en la Sentencia del Tribunal Constitucional que comentamos. Si hacemos autoliquidación y pagamos, podemos presentar a continuación la solicitud de rectificación de la misma con devolución de las cantidades ingresadas. Si es el Ayuntamiento quien hace la liquidación, podemos pagar y presentar el oportuno recurso.

Volver al índice

8.- ¿quien tiene que acreditar si ha existido o no incremento de valor del terreno como consecuencia de la trasmisión?

Aunque hay alguna Sentencia que declara que es la Administración quien tiene que acreditar que se ha producido un incremento de valor, la mayoría de Tribunales han fallado hasta la fecha que es el contribuyente quien ha de acreditar que dicho incremento de valor no se ha producido para que se considere que la trasmisión no está sujeta al pago del impuesto.

Una consecuencia de la Sentencia del Tribunal Constitucional es que el legislador va a tener que modificar la actual regulación del Impuesto para incluir fórmulas o métodos que permitan acreditar si ha habido o no incremento de valor. Parece lógico que cuando se introduzca esta modificación sea la Administración quien soporte la carga de acreditar el incremento de valor, como presupuesto para poder hacer la liquidación del Impuesto.

Volver al índice

9.- ¿como puedo acreditar que no se ha producido incremento de valor?

La Sentencia del Tribunal Constitucional no ha resuelto esta cuestión y habrá que esperar a que el legislador lo aclare cuando modifique la regulación del Impuesto.

Mientras tanto, dado que la acreditación de la pérdida de valor es necesaria para que prospere cualquier reclamación, habrá que recurrir a cualquier medio de prueba válido en derecho.

Las escrituras de compra y venta del terreno, cuando acrediten la pérdida de valor, podrían ser un medio de prueba, pero la mayoría de los tribunales no consideran la misma suficiente ya que entienden que dichas escrituras reflejan el *precio* del bien, pero no necesariamente el *valor* del mismo.

Por ello, sería conveniente añadir algún otro medio de prueba para acreditar la disminución de valor producida, siendo el más común la tasación del bien efectuada por un perito acreditado. No obstante, es importante tener en cuenta que dicha tasación implica un coste económico.

Volver al índice

10.- ¿quién puede presentar la reclamación?

Las reclamación debe presentarla el sujeto pasivo del Impuesto, que, según establece la norma reguladora del tributo, será el vendedor en el caso de trasmisiones onerosas y el adquirente en el caso de trasmisiones gratuitas (herencias o donaciones).

No obstante, es frecuente que en los contratos de compraventa se pacte que el Impuesto lo pague el adquirente del bien y, de hecho, sea el comprador quien haga efectivo el pago del impuesto, aunque quien figure como sujeto pasivo en la liquidación sea el vendedor.

En tal caso, podría surgir un problema si quien pagó el Impuesto pese a no ser sujeto pasivo del mismo pretende impugnar la liquidación, ya que dicha reclamación podría ser desestimada por el Ayuntamiento aludiendo falta de legitimación del recurrente. Se trata de una cuestión que no es pacífica en los Tribunales, aunque hay ya varias sentencias que reconocen la legitimidad de quien pago el tributo en cumplimiento de lo acordado contractualmente, por considerar que tienen un interés directo en el asunto. Si se desestima la reclamación por el Ayuntamiento alegando falta de legitimidad, convendría consultar con un experto en derecho sobre la posibilidad de recurrir a los Tribunales.

Por otro lado, es importante señalar que la cláusula del contrato de compraventa que impone al comprador la obligación de pagar el Impuesto debe ser considerada como abusiva con arreglo a la normativa de defensa de

los derechos de las personas consumidoras. Por ello, si el contrato de compraventa se hizo con un empresario (promotora inmobiliaria) y se incluyó esa cláusula podríamos considerar la misma nula por abusiva y negarnos a pagar el impuesto. El Ayuntamiento siempre liquidará el tributo al vendedor.

Volver al índice

11.- ¿cómo afectará la Sentencia del Tribunal Constitucional a la regulación actual del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana?

La reforma legislativa respecto a este Impuesto deberá tomar en consideración aquellas transmisiones en las que no se produzca aumento de valor del terreno al momento de la misma, sino una disminución del mismo, declarando la no realización del hecho imponible y por tanto la no sujeción al Impuesto .

Igualmente el legislador habrá de establecer la forma de determinar la existencia o no de un incremento susceptible de ser sometido a tributación.

- documento_informativo_stc_11_5_2017_plusvalias_web.pdf

El Ayuntamiento de Fuengirola, reconoce al promotor de la queja la exención en el pago del IIVTNU, tras ejecución hipotecaria y la devolución de ingresos indebidos

Queja número 17/0821

- 29 Agosto 2017

El Ayuntamiento de Fuengirola, reconoce al promotor de la queja la exención en el pago del IIVTNU, tras ejecución hipotecaria y la devolución de ingresos indebidos.

El Defensor del Pueblo Andaluz formulaba resolución ante el Ayuntamiento de Fuengirola, recomendando que reconozca al promotor de la presente queja el derecho a ser beneficiario de la exención en el pago del IIVTNU prevista en la letra c) del apartado 1 del artículo 105 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, accediendo, en consecuencia, a la devolución de ingresos procedentes del embargo ejecutado.

Recibido informe al efecto, se nos indica que el Ayuntamiento acepta la Resolución formulada por esta Institución.

Pedimos al Ayuntamiento de Fuengirola que devuelva la plusvalía cobrada tras el embargo de su vivienda

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 17/0821 dirigida a Ayuntamiento de Fuengirola (Málaga)

- 24 Mayo 2017

El Defensor del Pueblo Andaluz formula Resolución ante el Ayuntamiento de Fuengirola, por la que recomienda que reconozca al promotor de la queja el derecho a ser beneficiario de la exención en el pago del IIVTNU prevista en la letra c) del apartado 1 del artículo 105 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, accediendo, en consecuencia, a la devolución de ingresos procedentes del embargo ejecutado.

ANTECEDENTES

I.- El interesado con NIF (…), en su nombre, formula queja en relación con liquidación nº (…) por el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (por importe de 100,00 euros), emitida por el Ayuntamiento Fuengirola, (Expte. De Plusvalía (…) Autos de ejecución hipotecaria (…), del Juzgado de 1ª Instancia número 3 de los de Fuengirola), tras la entrega mediante escritura a entidad financiera de su vivienda.

Añade que solicitaron exención por la referida ejecución sobre la vivienda habitual, que le habría sido desestimada por no estar empadronado en el momento de la transmisión en dicha vivienda. Resolución con la que no estaba conforme, razón por la que había formulado recurso de reposición, al respecto.

Alegaba el interesado que, aun cuando fuere cierto que al momento de producirse la ejecución (noviembre de 2011) no estaba empadronado en la vivienda afectada por la transmisión, debería tenerse en cuenta que había estado residiendo en la misma -que constituía su domicilio habitual- junto con su familia, hasta poco tiempo antes de producirse dicha transmisión, cuando por su precaria situación económica y en cumplimiento de la ejecución, se vio obligado a dejar el inmueble.

Por todo ello, entendía que debería considerarse su situación como acreedora de la concesión de los beneficios de la exención establecida en el Real Decreto Ley 8/2014, de 4 de julio, (modificado por la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, añadimos), aun cuando no cumpliera estrictamente unos de los requisitos formales exigidos por dicha normativa, cual era el de plazo de tiempo de residencia en la vivienda.

II.- Con su escrito de queja el interesado acompaña copia de la liquidación, de solicitud de exención, así como copia de la resolución desestimatoria dictada por El Ayuntamiento (Concejalía Delegada de Hacienda), y de recurso de reposición formulado al respecto.

El fundamento jurídico IV de la referida resolución desestimatoria, se pronuncia en los siguientes términos:

"*Consta en el expediente de referencia que la fecha del Auto expedido por el Secretario Judicial es la de 28 de noviembre de 2011; por su parte el obligado tributario consta empadronado en la finca ejecutada hasta el día 9 de marzo de 2011. Por ello, al amparo de la modificación introducida en el articulo 105.c, de la Ley de Haciendas Locales, no podemos considerar que la vivienda ejecutada fuera la vivienda habitual del interesado*" (entrecomillado sic).

Quedando acreditado indubitadamente por la documentación que remite el interesado como desde el Ayuntamiento se considera que, conforme a los datos del Padrón Municipal de Habitantes, en la fecha de la transmisión de la vivienda la familia solicitante no figuraba empadronada en la vivienda objeto de la transmisión, incumpliendo así la condición previa para que se considerare exenta de tributación.

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- *Sobre la tributación en los supuestos de trasmisión de la vivienda por dación en pago o ejecución hipotecaria.*

Debemos comenzar recordando que el hecho de que se derivaran obligaciones tributarias de la trasmisión de una vivienda en los supuestos de entrega de la misma a consecuencia de dación en pago o de ejecución hipotecaria, venía siendo objeto de numerosas críticas a nivel social, por cuanto resultaba difícil de entender y aceptar por la sociedad que estas familias, tras sufrir el drama de perder sus hogares por no poder hacer frente al pago de sus hipotecas, tuvieran que asumir además el coste de pagar un impuesto que gravaba un enriquecimiento claramente inexistente.

Haciéndose eco de estas críticas, cada vez más generalizadas a nivel social, y para tratar de solventar este problema, el Gobierno de España aprobó el Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, modificando -añadiéndole un nuevo apartado 3-, el Art. 106 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, que quedó con la siguiente redacción:

> «3. En las transmisiones realizadas por los deudores comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 2 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, con ocasión de la dación en pago de su vivienda prevista en el apartado 3 del Anexo de dicha norma, tendrá la consideración de sujeto pasivo sustituto del contribuyente la entidad que adquiera el inmueble, sin que el sustituto pueda exigir del contribuyente el importe de las obligaciones tributarias satisfechas.»

Esta modificación legal permitió relativizar en cierto modo el impacto negativo de tan injustificado tratamiento fiscal a las familias que se habían visto obligadas a efectuar una dación en pago de sus viviendas. No obstante, el alcance efectivo de esta norma resultó muy limitado al estar condicionado al hecho de que la dación en pago se hubiese producido como consecuencia de la aplicación por la entidad financiera del Código de Buenas Prácticas regulado en esta norma, siendo así que en bastantes ocasiones las entidades financieras acordaban las daciones en pago fuera de este procedimiento como una forma de eludir la asunción del papel de sustitutos del contribuyente que le otorgaba la nueva redacción del artículo 106.

Además, la modificación normativa no incluía en su ámbito de aplicación las daciones en pago operadas con anterioridad a su aprobación, ni recogía los supuestos de trasmisiones de viviendas operadas en el seno de procedimientos de ejecución hipotecaria judiciales o notariales.

La constatación del reducido alcance de la norma es la que justificó que se acordare por el Gobierno, por razones de urgencia, mediante el Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio, una nueva modificación de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales -en este caso del artículo 105- por la que, además de declarar

exentas del pago del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana las trasmisiones realizadas con ocasión de la dación en pago a una entidad financiera de la vivienda habitual del deudor hipotecario o garante del mismo, extendió dicha exención a las trasmisiones de viviendas realizadas en procesos de ejecución hipotecarias judicial o notarial y ordenó su aplicación retroactiva a las trasmisiones acordadas a partir del 1 de enero de 2010.

Con posterioridad, tras la convalidación del Real Decreto Ley 8/2014 citado, por el Congreso de los Diputados, en sesión celebrada el 10 de julio, se procedía a su tramitación como Proyecto de Ley en las Cortes. Tramitación que dio lugar a la aprobación y promulgación de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, cuya entrada en vigor se produjo el mismo día de su publicación (BOE de 17 de octubre de 2014), manteniendo el Legislador las mismas previsiones normativas sobre las exenciones establecidas inicialmente por el Gobierno en el Real Decreto Ley.

SEGUNDA.- *Sobre la voluntad del legislador en relación con la tributación de las transmisiones obligatorias -por las razones indicadas- de la vivienda habitual y la acreditación de sus requisitos.*

Como hemos señalado anteriormente, el art. 123, uno, c), del Real Decreto Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, añadió una letra c) en el apartado 1 del artículo 105 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley Reguladora de Haciendas Locales, con la intención -meridianamente clara- de declarar exentos del impuesto que nos ocupa los incrementos de valor que fueren consecuencia de las transmisiones realizadas con ocasión de la dación en pago/ejecución de la vivienda habitual garantizada con hipoteca, en circunstancias que evidenciaran la gravedad de la situación económica de las familias que les impedía afrontar, por circunstancias sobrevenidas, aquellas deudas.

Esta nueva exención fue incluida en el Ordenamiento jurídico tributario mediante la excepcional vía del Real Decreto Ley, lo que pone de manifiesto que el Gobierno consideraba que se trataba de un problema que debía ser solventado con la mayor urgencia posible.

Aun así, tras proceder a la convalidación del Real Decreto Ley 8/2014, a petición de los grupos políticos de la oposición, se acordó su tramitación como Proyecto de Ley en las Cortes, dando lugar a la aprobación de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, en la que, con el apoyo prácticamente unánime de los grupos políticos, se ratificó la firme voluntad del legislador de que esta exención se hiciera efectiva y beneficiase realmente a quienes se vieron obligados al pago del tributo pese a haberse visto obligados a entregar sus viviendas habituales a la entidad financiera por no poder pagar la hipoteca que gravaba la misma.

De hecho la Ley 18/2014 ha mantenido, el espíritu y finalidad pretendidos, con la inclusión de la exención anteriormente referida en la letra c) del apartado 1 del artículo 105 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, en los siguientes términos:

> «Uno. Con efectos desde el 1 de enero de 2014, así como para los hechos imponibles anteriores a dicha fecha no prescritos, se añade una letra c) en el apartado 1 del artículo 105, que queda redactada de la siguiente forma:
>
> c) Las transmisiones realizadas por personas físicas con ocasión de la dación en pago de la vivienda habitual del deudor hipotecario o garante del mismo, para la cancelación de deudas garantizadas con hipoteca que recaiga sobre la misma, contraídas con entidades de crédito o cualquier otra entidad que, de manera profesional, realice la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios.
>
> Asimismo, estarán exentas las transmisiones de la vivienda en que concurran los requisitos anteriores, realizadas en ejecuciones hipotecarias judiciales o notariales.
>
> Para tener derecho a la exención se requiere que el deudor o garante transmitente o cualquier otro

miembro de su unidad familiar no disponga, en el momento de poder evitar la enajenación de la vivienda, de otros bienes o derechos en cuantía suficiente para satisfacer la totalidad de la deuda hipotecaria. Se presumirá el cumplimiento de este requisito. No obstante, si con posterioridad se comprobara lo contrario, se procederá a girar la liquidación tributaria correspondiente.

A estos efectos, se considerará vivienda habitual aquella en la que haya figurado empadronado el contribuyente de forma ininterrumpida durante, al menos, los dos años anteriores a la transmisión o desde el momento de la adquisición si dicho plazo fuese inferior a los dos años.

Respecto al concepto de unidad familiar, se estará a lo dispuesto en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio. A estos efectos, se equiparará el matrimonio con la pareja de hecho legalmente inscrita.

Respecto de esta exención, no resultará de aplicación lo dispuesto en el artículo 9.2 de esta Ley.»

Merece la pena destacar la modificación operada por el legislador en el párrafo 3° de la letra c) del precepto, respecto de la redacción contenida en el Real Decreto-Ley 8/2014, en relación con la acreditación de la inexistencia de bienes o derechos por parte del deudor para poder pagar la deuda hipotecaria en el momento de la transmisión. En la nueva redacción de este párrafo se señala que «Se presumirá el cumplimiento de este requisito. No obstante, si con posterioridad se comprobara lo contrario, se procederá a girar la liquidación tributaria correspondiente».

Nos parece interesante esta alteración por el Congreso del texto contenido en el Real Decreto Ley por cuanto la misma tiene por objeto solventar uno de los problemas que se estaban denunciado para la aplicación efectiva de la nueva exención cual era la dificultad que en algunos casos podía deparar la necesidad de acreditar la situación de precariedad económica de las familias en el momento de producirse la dación en pago o la ejecución hipotecaria.

A nuestro juicio, la presunción que a este respecto introdujo la tramitación parlamentaria pone de manifiesto el deseo y la voluntad del legislador de facilitar que las familias afectadas por el pago de este tributo pudieran beneficiarse de la nueva exención aprobada sin ver coartado su derecho por rigorismos formalistas.

Tercera.- *Sobre la aplicación de la exención prevista por el legislador al supuesto que nos ocupa*.

Es evidente que la negativa del Ayuntamiento a aplicar la exención prevista en relación al supuesto planteado en el presente expediente de queja, tiene fundamento legal en el incumplimiento por parte del contribuyente posible beneficiario de dicha exención del requisito de estar empadronado en la vivienda en el momento de producirse la trasmisión de la misma.

No obstante, viene considerando esta Institución en casos como el presente, que la aplicación estricta de una norma puede conllevar, paradójicamente, el incumplimiento de dicha norma cuando del rigor formalista se deriva un desconocimiento de la voluntad claramente expresada por el legislador en el acto de aprobación.

En el presente caso, creemos que es evidente que el promotor de la queja y su unidad familiar reunían los requisitos que para ser beneficiarios de la nueva exención en el IIVTNU que se estableció por el legislador en la modificación operada por medio de la Ley 18/2014. Incluso, nos atreveríamos a decir que cuando el Gobierno introdujo esta exención en el Real Decreto Ley 8/2014 y cuando el Congreso aprobó la misma en la Ley 18/2014, estaban pensando, precisamente, en beneficiar con su aplicación a personas y familias como las que promueven este expediente de queja.

Por ello, esta Institución viene demandando una interpretación flexible de los requisitos y condiciones estipulados en la norma de aplicación, a fin de no desvirtuar el espíritu de la misma, ni desconocer la

voluntad del legislador.

Una interpretación flexible que resulta especialmente necesaria en relación al requisito del empadronamiento continuado desde dos años antes hasta la fecha de la transmisión, ya que entra dentro de lo razonable y previsible que las familias incursas en un proceso de dación en pago/ ejecución hipotecaria no esperen al momento exacto de la entrega efectiva de su vivienda para encontrar acomodo en otro domicilio. Decisión que muchas veces resulta obligada por la situación de penuria económica de estas familias, como ocurre en el presente caso.

Pero la posición de esta Institución en este asunto se ha visto reforzada al tener conocimiento del posicionamiento adoptado por la Dirección General de Tributos en Informe (Nº 2015-07621), recaído en la Consulta (IE) 0626-15 (respecto al requisito del empadronamiento), que se pronuncia en los siguientes términos: *"Este requisito no hay que interpretarlo en un sentido tan estricto que excluya de la aplicación de la exención a aquellos casos en los que sí haya constituido la vivienda habitual del contribuyente, pero que, como consecuencia del propio procedimiento de ejecución hipotecaria o debido a su grave situación económica, en el momento de la transmisión de dicha vivienda, ya no resida en la misma.*

Por tanto será el órgano gestor quien deba apreciar el cumplimiento de dicho requisito a la vista de los pruebas apartadas por el contribuyente."

Es por ello, que nos cuesta aceptar que las personas interesadas no puedan beneficiarse de la generosidad del legislador por una aplicación rigorista de uno de los requisitos formalmente establecidos en la norma, cuya finalidad no es otra que garantizar que la vivienda trasmitida por dación en pago/ejecución hipotecaria fuera el domicilio habitual de la familia y no una segunda residencia o una vivienda desocupada.

De la documentación aportada el presente caso se deduce con claridad que esta vivienda constituía la residencia habitual desde hacía muchos años de esta unidad familiar, habiéndose producido el traslado de la misma a la vivienda de familiares antes de hacerse efectiva la dación en pago únicamente por razones mas que justificadas de necesidad económica.

Por todo lo anterior, en virtud del art. 29 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, consideramos conveniente formular a la Alcaldía Presidencia del Ayuntamiento indicado la siguiente

RESOLUCIÓN

RECOMENDACIÓN para que el Ayuntamiento de Fuengrirola, atendiendo a razones de justicia material, reconozca al promotor del presente expediente de queja el derecho a ser beneficiarios de la exención en el pago del IIVTNU prevista en la letra c) del apartado 1 del artículo 105 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, accediendo, en consecuencia, a la devolución de ingresos procedentes del embargo ejecutado.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Intervenimos de oficio ante los retrasos en la tramitación de reclamaciones sobre gestión y recaudación de impuestos municipales

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 15/4226 dirigida a Ayuntamientos de Sevilla, Almería, Cádiz, Córdoba, Granada, Huelva, Jaén, Málaga, el Ejido, Algeciras, El Puerto de Santa María, Jerez de la Frontera, San Fernando, Marbella, Mijas y Dos Hermanas.

- 20 Noviembre 2015

Con frecuencia se nos plantea por los sujetos pasivos tributarios la generación de incidencias en el funcionamiento de los Tribunales Económico Administrativos municipales, en relación con la tramitación de reclamaciones económico-administrativas sobre cuestiones atinentes a gestión y recaudación de tributos y otros recursos de naturaleza pública. Como principal motivo de queja aparecen los considerables retrasos en la tramitación de aquellos procedimientos.

Las reclamaciones económico administrativas constituyen un procedimiento de revisión en vía administrativa que se tramitan conforme a lo establecido en el artículo 234 y siguientes de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

Respecto a la iniciación del procedimiento, estableció la citada Ley General Tributaria (artículo 235.1 de la misma) que el escrito de formulación se interpondrá en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente al de la notificación del acto impugnado, o desde el día siguiente a aquel en que se produzcan los efectos del silencio administrativo.

Debiendo el reclamante dirigirse al órgano administrativo que haya dictado el acto susceptible de ser reclamado, quien lo remitirá en el plazo de un mes -junto con el expediente- al tribunal económico administrativo competente para resolver (artículo 235.3 LGT).

El plazo de resolución es el establecido por la Ley General Tributaria (articulo 240, apartados 1 y 2 de la misma), que dispone:

«1. La duración del procedimiento en cualquiera de sus instancias será de un año contado desde la interposición de la reclamación. Transcurrido este plazo, el interesado podrá considerar desestimada la reclamación al objeto de interponer el recurso procedente, cuyo plazo se contará a partir del día siguiente de la finalización del plazo de un año a que se refiere este apartado.

El tribunal deberá resolver expresamente en todo caso. Los plazos para la interposición de los correspondientes recursos comenzarán a contarse desde el día siguiente al de la notificación de la resolución expresa.

2. Transcurrido un año desde la iniciación de la instancia correspondiente sin haberse notificado resolución expresa y siempre que se haya acordado la suspensión del acto reclamado, dejará de devengarse el interés de demora en los términos previstos en el apartado 4 del artículo 26 de esta ley.»

Plazo -el de un año- que puede verse reducido a 6 meses en el caso de tramitación por procedimiento abreviado, para las reclamaciones económico administrativas de menor cuantía, como prevé el artículo 247.3, de la Ley General Tributaria.

Los citados órganos municipales de revisión administrativa se creaban al amparo de lo establecido en la ley 57/2003, de 16 de diciembre sobre Medidas para la Modernización del Gobierno Local que estableció un régimen jurídico específico para los municipios de gran población, adicionando a la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local un título X, que incluía a los referidos municipios en su ámbito de aplicación (artículo 121 de la Ley de Bases citada).

Siendo los Tribunales Económico-Administrativos de los grandes municipios órganos especializados de naturaleza administrativa, creados en virtud de lo dispuesto en el artículo 137 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, tras la redacción introducida por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local, para la resolución de las reclamaciones económico-administrativas y demás competencias que le atribuye la Ley, en el ámbito de las respectivas administraciones locales municipales; obligatoriamente han de estar regulados y, cuentan con las funciones y competencias que les atribuyen los respectivos Reglamentos Orgánicos (publicados en el Boletín Oficial de la Provincia respectiva).

Además, cabe traer a colación que la especificidad de tales órganos, al ser estos el único órgano competente para conocer de cuantos procedimientos se sustanciaren en materia Económico-Administrativa, ello en virtud de lo establecido en el artículo 228.1, de la Ley 58/2003, General Tributaria, concordando en esto los referidos Reglamentos orgánicos.

Al mismo tiempo, es preciso traer a colación cuál sea para Andalucía, y en su normativa de régimen local, el ámbito de aplicación respecto de los Grandes Municipios; conforme a lo establecido en la Ley 2/2008, de 10 de diciembre (de acceso de los municipios andaluces al régimen de organización de los municipios de gran población), que dispone:

«Artículo 1. Ámbito de aplicación.

Esta Ley será de aplicación a los municipios andaluces que sean capitales de provincia o sedes de las instituciones autonómicas, así como a los municipios de más de 75.000 habitantes, que presenten circunstancias económicas, sociales, históricas o culturales especiales, de conformidad con lo previsto en el artículo 121.1.c) y d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, y soliciten al Parlamento de Andalucía su inclusión en el régimen de organización de los municipios de gran población, establecido en el Título X de dicha Ley.»

De acuerdo con la normativa citada y mediante Resolución al efecto de la Presidencia del Parlamento de Andalucía son municipios que siguen el régimen que nos ocupa los siguientes: Sevilla, Almería, Cádiz, Córdoba, Granada, Huelva, Jaén, Málaga, el Ejido, Algeciras, El Puerto de Santa María, Jerez de la Frontera, San Fernando, Marbella, Mijas y Dos Hermanas.

En los últimos meses, hemos venido recibiendo algunos expedientes de queja en los que se nos plantean incidencias en el funcionamiento de tales órganos municipales, en relación con la tramitación de reclamaciones económico- administrativas sobre cuestiones atinentes a gestión y recaudación de tributos y, otros recursos de naturaleza pública.

El principal motivo de queja lo constituye el hecho de que se están produciendo importantes retrasos en la tramitación de aquellos procedimientos. Retrasos que unas veces se justifican -desde el Órgano municipal encargado de la revisión extraordinaria en vía administrativa- por la falta de medios materiales y, en otras

por la falta de recursos humanos, cuando no por ambas.

Las legítimas expectativas de los ciudadanos afectados demandan una más decidida actuación de las Administraciones competentes en orden al cumplimiento de esos procedimientos y de sus plazos de tramitación.

Debe tenerse presente que el artículo 103 de la Constitución Española determina que la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con, entre otros, el principio de eficacia, y con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. En parecidos términos el articulo 133 del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

En línea con el precepto constitucional citado, el artículo 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece en su apartado 1 que las Administraciones públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con, entre otros principios, el de eficacia, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho.

Todo ello determina que tales retrasos puedan resultar contrarios al principio de buena administración, previsto en el artículo 31 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, que comprende, entre otros, el derecho de todos ante las Administraciones Públicas a que los asuntos sean resueltos en un plazo razonable de tiempo.

A la vista de cuanto antecede, y de conformidad con lo establecido en el artículo 1 en relación con el articulo 10.1 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, se propone la iniciación de queja de oficio respecto de los Ayuntamientos que cuente con el régimen de organización de Grandes Municipios, previsto en la normativa básica de Régimen Local y en la Ley 2/2008, autonómica citada.

Pedimos al Ayuntamiento de Sevilla más agilidad y medios para tramitar las reclamaciones

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 15/4257 dirigida a Ayuntamiento de Sevilla

- 25 Julio 2016

El Defensor del Pueblo Andaluz, ante el retraso en emitir sus resoluciones ante las reclamaciones económico administrativas dirigidas al Tribunal Económico Administrativo del Ayuntamiento de Sevilla, ha recomendado a la Alcaldía-Presidencia que adopte las medidas necesarias para dotar a este órgano municipal de los suficientes medios para evitar estos retrasos, así como que se realice una auditoría de su funcionamiento para concretar las causas y carencias de medios y, en su caso, adoptar las medidas oportunas para conseguir una mayor eficacia y celeridad en la tramitación de las reclamaciones y que no se convierta en un obstáculo para que la ciudadanía ejerza sus derechos de recurso en materia sancionadora.

ANTECEDENTES

El reclamante nos exponía en su escrito de queja que, con fecha 23 de Septiembre de 2013, se enteró por aviso de su entidad bancaria que su cuenta corriente había sido embargada por importes sucesivos de 244,26 euros y 7,11 euros. Añadía que, en la Agencia Tributaria de Sevilla le informan que dichos embargos se habían producido a raíz de una denuncia por mal estacionamiento formulada el día 21 de Marzo de 2012 y de la que, hasta entonces, afirmaba que no había tenido noticia alguna.

Por ello interpuso Recurso de Reposición contra la diligencia de embargo y, por silencio administrativo ante este recurso, interpuso el día 21 de Noviembre de 2013 la correspondiente Reclamación Económica Administrativa. El 28 de Marzo de 2014 le fue notificada la desestimación del Recurso de Reposición, unos 7 meses después de su interposición. Sin embargo nos exponía que, con fecha 31 de Agosto de 2015, en la que nos remitió su queja, aún se encontraba a la espera de la resolución de la Reclamación Económica Administrativa, habiendo transcurrido más de 21 meses desde su presentación.

En el informe del Tribunal Económico-Administrativo que, tras nuestra petición de informe se nos remitió, se nos informó que la reclamación del interesado tuvo entrada en dicho Tribunal el 1 de Abril de 2014, lo que determinaba que no se hubiera resuelto la misma dado que el orden de resolución depende del orden de entrada por registro de las reclamaciones. Se reiteraba en anteriores informaciones relativas a que se está trabajando para que el Tribunal pueda contar con los medios necesarios para dar respuestas a la ciudadanía en los tiempos marcados por la legislación y cumplir con los objetivos que establece la Exposición de Motivos de la Ley de Medidas de Modernización del Gobierno Local.

De acuerdo con ello, interesábamos a ese Ayuntamiento que, en lo que se refiere a la reclamación

económico-administrativa que interpuso el reclamante de este expediente de queja, se nos adelantara el plazo aproximado en que, en función de los medios disponibles, podría el Tribunal Económico-Administrativo pronunciarse acerca de la misma.

Pues bien, en su nueva respuesta, se señala que la reclamación del afectado tuvo entrada el 21 de Noviembre de 2013 y en el Tribunal Económico-Administrativo el día 1 de Abril de 2014. Cabe preguntarse la razón por la que transcurren más de cuatro meses desde que se registra la reclamación en el Ayuntamiento hasta que tiene entrada en el Tribunal, máxime tratándose de organismos municipales. Una vez más, como fórmula establecida en sus respuestas, se reitera en que se está trabajando para que el Tribunal pueda contar con los medios necesarios para dar respuestas a la ciudadanía en los tiempos marcados por la legislación y cumplir con los objetivos que establece la Exposición de Motivos de la Ley de Medidas de Modernización del Gobierno Local. Sin embargo, no se concreta en qué sentido se están desarrollando tales trabajos para mejorar la eficacia del Tribunal, pues se nos anuncia que se resuelven unas 4.100 reclamaciones al año y que, como quiera que se están resolviendo en la actualidad las que tuvieron entrada en Diciembre de 2012, la que afecta al interesado podría ser resuelta en un plazo aproximado de un año y tres meses. Es decir, unos tres años y 7 meses desde su presentación.

Cabe recordar una vez más que, durante el año 2014, representantes de esta Institución mantuvieron una reunión con el Presidente del citado Tribunal Económico-Administrativo donde se abundaron las razones que explicaban la demora en la emisión de las resoluciones de las reclamaciones económico-administrativas y se nos expresó la voluntad de esforzarse para, de forma progresiva, ir eliminando los retrasos existentes e intentar normalizar la situación. Se atribuía esta demora, fundamentalmente, al volumen de reclamaciones presentadas y a la necesidad de guardar un orden riguroso de incoación de acuerdo con la normativa procedimental. Lo cierto es que, pasados dos años de la reunión citada con el Presidente del Tribunal Económico-Administrativo, los retrasos en dictar resoluciones no se han reducido y se han incrementado levemente, por lo que cabe concluir que las medidas anunciadas o no se han llevado a cabo o no han resultado eficaces.

CONSIDERACIONES

Primera.- Se sigue produciendo, en definitiva, como en otros expedientes de queja por este mismo asunto, un importante retraso. Pero es que, además, se adelanta una previsión de demora de unos tres años y 7 meses en la resolución de las reclamaciones económico-administrativas. Anteriormente se producían retrasos de unos tres años. Ello nos permite concluir que siguen sin aportarse los medios precisos para resolver este problema de retraso estructural y, como también le hemos expuesto ya en otros expedientes de queja por las dilaciones apreciadas en la resolución de las reclamaciones económico-administrativas, destacar la contradicción que supone que ese Ayuntamiento disponga de medios suficientes para la formulación de denuncias en gran número, para el impulso y tramitación de los correspondientes expedientes sancionadores y para poner en marcha los mecanismos ejecutivos de recaudación en caso de impago de las sanciones que se impongan, pero por el contrario no adoptan medidas efectivas ante la clara insuficiencia de medios para analizar y resolver acerca de las reclamaciones económico-administrativas mediante las que articula la ciudadanía sus medios de defensa frente a lo que estima posibles actuaciones irregulares de la Administración municipal sancionadora.

Esta situación genera un desequilibrio absoluto entre las prerrogativas de la Administración, que le permiten resolver tardíamente las reclamaciones presentadas y las garantías de la ciudadanía, que asiste atónita a estas graves dilaciones. Tal hecho casa mal con la configuración de nuestro país como un Estado de Derecho que exige el sometimiento pleno a la ley no sólo de la ciudadanía sino, también, de los poderes públicos.

Segunda.- Debemos insistir en que es innegable que la insuficiencia de medios puede generar puntualmente, debido a aumentos no previsibles de expedientes a tramitar, una ineficaz o dilatada resolución de ellos, pero lo que no resulta adecuado es que, ante un retraso estructural y continuado durante años del funcionamiento de este Tribunal Económico-Administrativo, sigan sin adoptarse medidas

destinadas a paliar esta insuficiencia que viene a suponer un notorio perjuicio para las personas recurrentes.

Y esta extralimitación del plazo para resolver que, en casos excepcionales, podría acogerse a lo dispuesto en el art. 49 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no constituye un supuesto excepcional, sino que tiene carácter estructural, por lo que cualquier persona que interponga una reclamación no tiene ninguna esperanza de que sea resuelta en un plazo inferior a 3 años.

Esta situación, que persiste desde hace varios años, no puede continuar, pues afecta a la garantía real y efectiva del derecho a un procedimiento administrativo sin dilaciones.

Tercera.- En definitiva, debemos seguir demandando una efectiva proporcionalidad entre los medios sancionadores y los medios de resolución de los recursos que, legítimamente, formula la ciudadanía.

Cuarta.- Debe tenerse presente que el artículo 103 de la Constitución Española determina que la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con, entre otros, el principio de eficacia, y con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.

En línea con el precepto constitucional citado, el artículo 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece en su apartado 1 que las Administraciones públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con, entre otros principios, el de eficacia, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho.

Todo ello determina, en su conjunto, unos retrasos contrarios al principio de buena administración, previsto en el artículo 31 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, que comprende, entre otros, el derecho de todos ante las Administraciones Públicas a que los asuntos sean resueltos en un plazo razonable de tiempo.

A la vista de todo ello y de conformidad con lo establecido en el artículo 29, apartado 1, de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, se formula la siguiente

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO de los deberes legales contenidos en los artículos 103.1 de la Constitución Española, 31 del Estatuto de Autonomía para Andalucía y 3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, conforme a los cuales la actividad administrativa debe regirse por los principios de eficacia, eficiencia, servicio al ciudadano, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, e impulsar de oficio los procedimientos en todos sus trámites.

RECOMENDACIÓN 1 de que, por parte de esa Alcaldía, de acuerdo con las atribuciones que le otorga el artículo 21.1 a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, en cuanto a la dirección del gobierno y la Administración Municipal, se adopten las medidas que procedan para dotar al Tribunal Económico-Administrativo de los medios suficientes que permitan evitar los retrasos estructurales que se producen en la tramitación y resolución de las reclamaciones económico-administrativas que se presentan por parte de la ciudadanía y, en particular, de la formulada por la reclamante. Estas medidas deben ser diferentes de aquellas que pudieran impulsarse hace dos años para reducir los retrasos existentes, pues claramente no han dado el resultado deseado.

RECOMENDACIÓN 2 de que se realice una auditoria del funcionamiento del Tribunal Económico-Administrativo de Sevilla que permita en primer lugar cuantificar las resoluciones que se hayan dictado anualmente durante los últimos cinco años; determinar el plazo que, durante dichos años, se ha tardado en dictar las resoluciones económico-administrativas desde que las reclamaciones tienen entrada en ese Tribunal; concretar las causas y carencias de medios personales y materiales que originan

estos retrasos y proponer las medidas a adoptar para que un organismo municipal que, precisamente, fue creado entre otras finalidades con objeto de conseguir una mayor eficacia y celeridad en la tramitación de las reclamaciones económico-administrativas de la ciudadanía, no se convierta en un nuevo obstáculo para el ejercicio de sus derechos de recurso en materia sancionadora.

Ver asunto solucionado o en vías de solución.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

---

defensor del pueblo Andaluz

XXXII Jornadas de Coordinación de Defensores del Pueblo

- 03 Octubre 2017

El derecho de acceso a la información pública debe ser reconocido como un derecho fundamental

El derecho de acceso a la información pública debe ser reconocido como un derecho fundamental

- 06 Octubre 2017

Los defensores del pueblo Estatal y Autonómicos, reunidos en Galicia con motivo de la celebración de las XXXII Jornadas de Coordinación, reclaman que el **derecho de acceso a la información pública sea reconocido como un derecho fundamental** y, en todo caso, como un derecho autónomo dotado de una protección jurídica efectiva y adecuada a través de medios e instrumentos rápidos, ágiles y eficaces.

Los defensores del pueblo consideran que las defensorías son instituciones garantistas generalistas concebidas para la protección de todos los derechos, incluidos el derecho a una buena administración, a la participación de la ciudadanía en los asuntos públicos y a su prerrequisito, el acceso a la información pública. Por este motivo, constituyen instituciones idóneas e imprescindibles para asumir y

ejercer las funciones de control de la eficacia de estos derechos, así como de promoción y divulgación de la cultura de la transparencia.

CONCLUSIONES DE LA JORNADA:

Primera.- Los defensores del pueblo consideran que las defensorías son instituciones garantistas generalistas concebidas para la protección de todos los derechos, incluidos el derecho a una buena administración, a la participación de la ciudadanía en los asuntos públicos y a su prerrequisito, el acceso a la información pública. Por este motivo, constituyen instituciones idóneas e imprescindibles para asumir y ejercer las funciones de control de la eficacia de estos derechos, así como de promoción y divulgación de la cultura de la transparencia.

Segunda.- España debe ratificar el Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos de 2009. Resulta urgente la aprobación del Reglamento de desarrollo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, al amparo de lo dispuesto en su disposición final séptima.

Tercera.- El derecho de acceso a la información pública debe ser reconocido como un derecho fundamental y, en todo caso, como un derecho autónomo dotado de una protección jurídica efectiva y adecuada a través de medios e instrumentos rápidos, ágiles y eficaces.

Cuarta.- La amplitud e indeterminación de los límites al derecho de acceso y de las causas de inadmisión de las solicitudes recogidas legalmente pueden suponer un riesgo para la efectividad de aquel, por lo que es necesaria una reducción o, cuando menos, una mayor concreción de unos y otras. En todo caso, su interpretación debe ser siempre restrictiva.

Quinta.- Las entidades privadas prestadoras de servicios de interés general y los concesionarios de servicios públicos deberían quedar sujetos a la normativa de transparencia en todo aquello que sea relevante para la prestación del servicio. Esta información no solo debe proporcionarse de forma indirecta, previo requerimiento de la Administración en la forma prevista en el art. 4 de la Ley 19/2013, sino también directamente por la propia entidad privada a través de la publicidad activa y de la resolución de las solicitudes de acceso a la información que reciban relativas al servicio prestado.

Sexta.- Con la finalidad de reforzar el derecho de acceso a la información de los ciudadanos, se considera que el silencio administrativo en su ejercicio ante la Administración debería ser siempre positivo, aun con las limitaciones que ello tiene ante una inactividad material.

Séptima.- La disposición adicional primera de la Ley estatal de transparencia está

generando mucha confusión en su aplicación. Consideramos que esta disposición debería modificarse para que esta Ley se aplique no solo de forma supletoria, sino plena, en todas aquellas materias y procedimientos que tengan una normativa específica de acceso a la información pública, salvo que esta resulte más favorable para el ciudadano.

Octava.- El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y el resto de instituciones autonómicas de nueva creación con competencia para resolver las reclamaciones en materia de acceso a la información pública deben tener la facultad de imponer multas coercitivas para lograr el cumplimiento efectivo de sus resoluciones por parte de la Administración.

Novena.- La Ley estatal de transparencia no ha modificado la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Es necesario que se reforme cuanto antes esta última Ley, considerando la larga duración de los procedimientos y lo elevado de sus costes (tasa para personas jurídicas, abogado, procurador y posible condena en costas si se pierde el litigio), incluso en el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales cuando es ejercido por cargos electos.

Décima.- Los defensores del pueblo pueden intervenir siempre para intentar lograr el cumplimiento efectivo por parte de la Administración pública de las resoluciones estimatorias de las reclamaciones dictadas por las instituciones u órganos administrativos de control de la transparencia. También pueden intervenir, en las comunidades autónomas en las que el silencio es positivo, para procurar que las administraciones cumplan las resoluciones estimatorias presuntas de acceso a la información.

Decimoprimera.- Los defensores del pueblo no están vinculados por los criterios de interpretación de las leyes de transparencia fijados o aprobados con carácter general por estas instituciones u órganos administrativos de control.

Decimosegunda.- Las instituciones u órganos administrativos de control de transparencia están obligados a colaborar con los defensores del pueblo y a facilitar toda la información requerida, así como a comunicar sus resoluciones al defensor del pueblo correspondiente cuando así se prevea.

Decimotercera.- Los defensores del pueblo conocerán de las quejas o reclamaciones presentadas por el mal funcionamiento de las instituciones u órganos administrativos de control de la transparencia y, en su caso, de las recibidas en relación con las resoluciones adoptadas por estas.

Decimocuarta.- También el control de la publicidad activa debe ser un objetivo de la intervención supervisora de las defensorías en el ámbito de la transparencia, tratando de garantizar no solo que se publique la información exigida por la normativa, sino

también que esta publicación responda a las características previstas en las leyes, entre las que se encuentra su carácter reutilizable y accesible para las personas con discapacidad.

Por su parte, todas las instituciones u órganos administrativos de control deben tener reconocidas competencias específicas para actuar, de oficio o previa denuncia, ante cualquier incumplimiento de las obligaciones de publicidad activa; este incumplimiento debe estar tipificado como infracción y aquellos organismos de control deben encontrarse facultados para la tramitación e imposición de sanciones.

Decimoquinta.- Es necesario establecer un marco legal básico de las relaciones de los grupos de interés con los diferentes niveles de la Administración, garantizando un desarrollo normalizado de las mismas, así como su conocimiento por la ciudadanía.

Los defensores del pueblo Estatal y Autonómicos, reunidos en Galicia con motivo de la celebración de lasXXXII Jornadas de Coordinación, reclaman que el **derecho de acceso a la información pública sea reconocido como un derecho fundamental** y, en todo caso, como un derecho autónomo dotado de una protección jurídica efectiva y adecuada a través de medios e instrumentos rápidos, ágiles y eficaces.

Los defensores del pueblo consideran que las defensorías son instituciones garantistas generalistas concebidas para la protección de todos los derechos, incluidos el derecho a una buena administración, a la participación de la ciudadanía en los asuntos públicos y a su prerrequisito, el acceso a la información pública. Por este motivo, constituyen instituciones idóneas e imprescindibles para asumir y ejercer las funciones de control de la eficacia de estos derechos, así como de promoción y divulgación de la cultura de la transparencia.

Conclusiones de la Jornada

Sus correos electrónicos lo recibía otra persona: pedimos que se subsane el error informático

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 16/0726 dirigida a Ayuntamiento de Chiclana de la Frontera (Cádiz)

- 19 Diciembre 2016

El Defensor del Pueblo Andaluz formula resolución ante el Ayuntamiento de Chiclana de la Frontera, por la que recomienda la adopción de cuantas medidas técnicas sean necesarias para evitar que, en lo sucesivo, vuelvan a producirse las circunstancias expuestas.

ANTECEDENTES

I.- El interesado en fecha 10 de febrero de 2016 presentaba escrito de queja en el que nos exponía que el 23 de noviembre de 2015 habría denunciado ante el Ayuntamiento de Chiclana de la Frontera que correos electrónicos dirigidos a su persona a través de la página web municipal, estaban siendo redirigidos a la dirección electrónica del actual Alcalde, solicitando una explicación por estos hechos y la devolución de los correos recibidos. Esta situación -según el interesado- venía produciéndose al parecer desde julio de 2015.

En respuesta a su denuncia, nos indicaba el interesado que recibió una comunicación del Ayuntamiento de fecha 11 de diciembre, acompañada de un informe del Jefe del departamento de Informática, en el que se explicaba el error cometido al actualizar los datos de la página web, y se le comunicaba que el fallo había sido subsanado y que había sido infructuosa la búsqueda de posibles correos recibidos, realizada en "*la cuenta de (...), entre los correos activos (ya que no podemos buscar entre los correos eliminados (sic.)*".

El interesado, disconforme con la información recibida, remitió nueva petición mediante escrito de fecha 29 de diciembre de 2015, especificando su pretensión de que se realizara un "*análisis más profundo*" a fin de detectar todos los posibles correos enviados a su persona y redirigidos erróneamente a la cuenta del actual Alcalde, señalando disponer de copia de algunos de estos correos facilitados por sus remitentes que acreditan la existencia, al menos, de dichas comunicaciones. Dicha petición, según indicaba, no había obtenido hasta la fecha de su queja una respuesta.

II.- Admitida a trámite la queja, se solicitó el correspondiente informe a la Administración municipal concernida, lo que efectuábamos en fecha 2 de marzo de 2016; dando cumplimiento a lo preceptuado en el art. 17.2, inciso final, del citado texto legal, insistíamos en interesar del Ayuntamiento la necesidad de resolver expresamente, sin más dilaciones, el escrito presentado por el interesado con fecha 29 de diciembre de 2015.

Como transcurrido el plazo de respuesta, la Administración municipal no había contestado, en fecha 20 de abril de 2016, elaborábamos -dirigido a la Alcaldía- reitero primero de nuestra petición de informe y de contestación al escrito del interesado que estando en curso de su remisión, debió ser cancelada por

cuanto se producía de una parte entrada el 22 de abril de 2016 de escrito del propio interesado, solicitando información del estado de tramitación de su queja y, de otra parte en fecha 26 de abril de 2016, se producía la recepción del informe solicitado al Ayuntamiento.

La respuesta municipal nos trasladaba noticia de las actuaciones que se habían llevado a cabo para elaborar informe técnico que permitiera responder al escrito del interesado de fecha 29 de diciembre de 2015 y nos anticipaba que al mismo tiempo contestaban a éste.

En síntesis el informe municipal (del Servicio de Organización y Calidad) venía a decir: Dando cumplimiento a la providencia de la Alcaldía, por la que se solicita emisión de informe con relación al escrito presentado por D. (...), de fecha 29 de diciembre de 2015, con número de Registro de entrada 41764 donde se solicita: *"Se lleve a cabo un análisis más profundo, buscando de nuevo entre los correos activos con otras acepciones que se puedan relacionar con mi persona, y sobre todo que la búsqueda se haba también en la carpeta PAPELERA"*.

Se informaba: *"Habiendo recibido autorización por parte del Sr. Alcalde para el acceso a su cuenta de correo personal para la recuperación de las copias de seguridad de los meses de junio a noviembre de 2015, hemos procedido a la recuperación de cada mes.*

Hay que aclarar que la carpeta "papelera", por motivos de capacidad, tiene un funcionamiento especial; cada vez que se borra un correo, se vuelca en dicha carpeta, en la misma se mantiene durante los 7 días siguientes desde donde se puede recuperar), pero al cabo del octavo día dicho correo se elimina completamente.

También, indicar que el sistema de copia de seguridad que tenemos está enfocado a la recuperación ante desastres y puesta en funcionamiento o recuperación de los correos activos, hacemos copia diariamente, que guardamos durante una semana, la copia de los viernes la guardamos durante un mes, y la copia del viernes del último mes, la guardamos durante un año. En esta copia también se respalda la carpeta papelera, pero por el funcionamiento de ésta, solo se puede recuperar los correos borrados en la última semana de cada mes, esto implica que, por ejemplo, si un correo se borra del día 1 al 22 del mes en la papelera ya no existirá cuando se haga la copia final de mes el día 30.

Hemos procedido a recuperar mes a mes desede junio a noviembre, en cada una de las copias, hemos analizado uno a uno todos los correos recibidos del exterior del Ayuntamiento que no fuesen dirigidos expresamente al Sr. Alcalde actual. También hemos examinado todos los correos almacenados en la carpeta "papelera" que aún se podía acceder (los borrados en la última semana anterior de cada copia), igualmente se ha procedido al análisis de los correos archivados.

Como resultado de todas estas búsquedas, no hemos encontrado ningún correo dirigido a D. (...) o que tenga contenido que se pueda relacionar con él."

IV.- Siendo el siguiente trámite el de traslado para alegaciones al interesado, omitimos el mismo por cuanto en la respuesta municipal se había aclarado que le trasladaban el informe al propio concejal (...ex Alcalde) que formulaba la queja. Y, además por cuanto en fecha 27 de abril de 2016, el propio interesado en nuestras actuaciones presentaba escrito, que podía ser calificado como de alegaciones con el siguiente contenido:

"Le envío adjunto en un archivo la contestación dada por el Alcalde de Chiclana a mi escrito de fecha 29 de diciembre de 2015 (han pasado cuatro meses desde mi petición de información). Por supuesto dejo a su consideración lo que yo me permito calificar como un verdadero enredo para no decir nada e intentar imposibilitar cualquiera esclarecimiento de este asunto. No obstante, si todo esto fuera cierto, el que se borren cada semana las papelera pero no la última del mes aunque la guarde durante un año etc. etc. siempre tendría que explicar cómo no avisó al departamento de informática de que algo estaba pasando, pues e-mail sí estaba recibiendo como he demostrado con las muestras de los mismos que le envié a Ud. en mi demanda de amparo. Por supuesto, como ya le dije antes, debo dejar a su consideración este asunto

que estimo de la máxima gravedad pues se ha vulnerado un derecho tan fundamental como es la intimidad en las comunicaciones. En espera de su noticias" (el interesado nos adjuntaba copia del informe municipal que hemos transcrito anteriormente, y que le había notificado la Administración).

CONSIDERACIONES

Primera.- El secreto de las comunicaciones

Está protegido especialmente en el Artículo 18.3 de la Constitución, que establece:

> «3.- Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.»

El Constituyente incluyó el secreto de las comunicaciones y las garantías inherentes para la protección del mismo, en la Sección 1ª, Capítulo II del Título Primero,de nuestra Carta Magna, entre los Derechos fundamentales y las libertades públicas, en el mismo artículo que la intimidad personal, pero en forma diferenciada ya que «El secreto de las comunicaciones constituye no sólo garantía de libertad individual, sino instrumento de desarrollo cultural, científico y tecnológico colectivo» (STC 132/2002).

La protección de este tipo de comunicaciones -las tecnológicas se entienden incluidas en el enunciado amplio del precepto- supone que no podrá interferirse o intervenirse la comunicación de cualquier persona, salvo resolución judicial y con las garantías previstas.

En concreto, y siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el 18.3 de la Constitución consagra la libertad de las comunicaciones y garantiza su secreto, sea cual fuere la forma de interceptación, mientras dure el proceso de comunicación, en el marco de comunicaciones indirectas, es decir, que empleen medios técnicos, y frente a terceros ajenos a la comunicación. Así, SSTC 114/1984, 49/1999, 70/2002, 184/2003, 281/2006.

De manera que, *"el secreto de la comunicación se vulnera no sólo con la interceptación de la misma, sino también con el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado. Además, el secreto cubre tanto el contenido de la comunicación, como la identidad subjetiva de los interlocutores"* (SSTC 123/2002, 56/2003, 230/2007).

En el Código Penal de 1995 (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre) se incluye la tipificación de la interceptación de comunicaciones por parte de particulares, personas físicas (artículo 197) o jurídicas (artículo 200), respecto de las postales, las telefónicas y también el correo electrónico.

Siendo la tipificación distinta si la intervención e interceptación de las comunicaciones se produce por funcionario público o agente sin las garantías constitucionales o legales, variando la pena dependiendo de si ha divulgado o no los hechos (artículo 536 Código penal).

El delito de descubrimiento y revelación de secretos se nos presenta como un tipo delictivo complejo, de reciente tipificación y sujeto a continuos cambios regulatorios como consecuencia de las continuas innovaciones tecnológicas que se producen en el ámbito de las comunicaciones y, muy particularmente, de las telecomunicaciones.

En el presente caso la posible comisión del delito se produciría en relación con el uso del correo electrónico, herramienta informática que presenta particularidades que deben ser objeto de análisis pormenorizado para determinar la posible comisión del delito.

En este sentido, resulta particularmente relevante el hecho de que los correos electrónicos a los que supuestamente habría accedido indebidamente el Sr. Alcalde, por un error en la configuración informática de la cuenta, iban dirigidos a su nombre y a su dirección de correo electrónico, la cual figuraba claramente en el encabezamiento de los mismos, sin que los remitentes se percataran de tal circunstancia

al remitirlos, pese a resultar los mismos claramente visibles.

En los dos correos que el promotor de la queja ha facilitado a esta Institución como elementos de prueba resulta evidente que la persona que figura como destinatario de los mismos era el actual Alcalde, circunstancia que los remitentes no advirtieron antes de enviarlos, posiblemente llevados de la confianza de haber accedido a través de un enlace en el que figuraba como destinatario el promotor de la queja.

Se da además la circunstancia de que en ninguno de los correos de referencia figura cumplimentado el apartado "asunto", que se muestra al receptor del mensaje antes de acceder al contenido del mismo, por lo que, en principio, no existe ningún elemento en dichos correos (ni destinatario, ni asunto) que pudiera llevar a pensar al receptor de los mismos que no iban dirigidos a él.

Así las cosas, entendemos que no merecería reproche penal alguno el hecho de que la persona que figuraba como destinatario de los mensajes accediera a los mismos y procediera a su lectura.

En este sentido, nos parece oportuno traer a colación la opinión vertida por uno de los diversos autores que han reflexionado sobre este complejo delito. El autor es D. (...), y vierte las siguientes reflexiones en un artículo sobre *"la protección penal de los mensajes de correo electrónico y de otras comunicaciones de carácter personal a través de internet"*:

"*(…) Otro significado es fruto del criterio jurisprudencial, ya antiguo, del que se hacen eco algunos autores, conforme al cual el apoderamiento también puede verse encarnado en la retención de lo recibido por error (en concreto, una carta postal remitida por error a un destinatario equivocado por parte del servicio de correos). En el tema que nos ocupa aquí consistiría, por ejemplo, en la recepción de un mensaje de correo electrónico enviado por el remitente a persona distinta del destinatario al que se quería dirigir en realidad (p. ej., al copiar del listado de direcciones incorrecta pero inadvertidamente la dirección de otra persona) y su subsiguiente apertura por el receptor27. La jurisprudencia ha matizado, respecto a los supuestos de cartas remitidas a un destinatario equivocado por correo postal, que no basta con la simple inactividad o pasividad respecto a la retención, pues en coherencia con el sentido de la palabra apoderamiento es necesaria una acción positiva por parte de quien recibe la cosa para que ésta quede bajo su dominio. Desde luego, debe aceptarse que la apertura y subsiguiente aprehensión de su contenido ha podido ser accidental como consecuencia de un error inicial ajeno, con mayor motivo si se trata de un mensaje telemático, en el que el autor del error será normalmente el propio remitente. En tales situaciones (tanto de comunicaciones telemáticas como postales) es aceptable la exclusión del dolo en relación con lo realizado, según se verá más abajo, y considerar consecuentemente atípico el hecho. Sin embargo, cabría preguntarse si el tipo quedaría constituido si el receptor accidental procede a la copia del mensaje con el fin de vulnerar la intimidad de tercero (p. ej., para divulgarlo), una vez descubierto el error, dado el sentido que asigno más abajo a la acción de copiar.(...)"*

En concordancia con lo expuesto por este autor al final del texto transcrito, una cuestión distinta y que precisaría de un análisis diferente es determinación de la relevancia penal que pudiesen tener las acciones de la persona que accede por error y sin mediar dolo a un correo que no va dirigido a su persona.

En este sentido, para que exista relevancia penal no bastaría con el acceso accidental al correo dirigido a otra persona, sino que sería necesario acreditar que la persona que recibe y lee el mensaje es consciente por el contenido del mismo de que no va dirigido a su persona y además realiza alguna acción para apropiarse de su contenido o utilizarlo de forma indebida o inadecuada. Tal podría ser el caso si se acreditase que el mensaje ha sido objeto de impresión o remisión a otros destinatarios que no sean el pretendido por el remitente. También podría tener relevancia penal la utilización de lo conocido por error para obtener beneficios indebidos o provocar daños o perjuicios al remitente o al destinatario real del mensaje.

En el presente caso, no se han incorporado al expediente datos que permitan acreditar, si quiera sea indiciariamente, que alguna de estas acciones con posible relevancia penal se hubieran producido.

La única manera de acreditar si tales hechos y circunstancias concurren en el presente caso, sería mediante una investigación por parte de personal especializado de la cuenta de correos del actual Alcalde, lo que únicamente podría llevarse a cabo con las debidas garantías jurídicas, si existiese previa autorización judicial y mediante la intervención de las Unidades de Policía Judicial especializadas en delitos telemáticos, adscritas a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

A este respecto, es importante señalar que el artículo 201 del vigente Código Penal señala que «para proceder por los delitos previstos en este Capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal».

Entendemos que la persona promotora de la presente queja, sí insiste en querer saber si se cometió un delito de descubrimiento revelación de secretos debería formular la oportuna denuncia en sede judicial y promover las acciones pertinentes en la vía penal, representado por Procurador y asistido de Abogado.

Segunda.- La actuación seguida por la Administración Municipal.

Respecto de la actuación de los servicios municipales responsables de la gestión informática la página web municipal debemos señalar que no disponemos de ningún dato o elemento de juicio que nos lleve a pensar que el problema informático que ha propiciado el desvío indebido de los correos electrónicos haya sido premeditado o intencionado. Menos aun disponemos de datos o indicios que adveren que dicho problema se ha originado como consecuencia del cumplimiento de alguna orden o instrucción específica emanada del actual Edil, por lo que tampoco podemos apreciar indicios de delito al respecto.

Cuestión distinta es que debamos decir que la actuación de los responsables informáticos en este asunto evidencia una cierta negligencia, o cuando menos impericia, en la adopción de las medidas técnicas tendentes a asegurar el correcto funcionamiento de este servicio municipal. Debiendo reseñar que el error técnico cometido presenta innegable importancia por afectar indirectamente a un derecho constitucionalmente protegido.

También podría ser objeto de cuestionamiento el retraso habido en solventar el problema, si se acreditare en el seno de la investigación correspondiente que el error había sido detectado y la persona o personas conocedoras de tal circunstancia no realizaron las acciones oportunas para solventarlo o no las adoptaron con la necesaria diligencia.

Para finalizar, consideramos oportuno recordar los principios generales establecidos en el artículo 4, a) y f) de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico (entonces vigente), que establecía:

> «La utilización de las tecnologías de la información tendrá las limitaciones establecidas por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, respetando el pleno ejercicio por los ciudadanos de los derechos que tienen reconocidos, y ajustándose a los siguientes principios:
>
> a) El respeto al derecho a la protección de datos de carácter personal en los términos establecidos por la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de los Datos de Carácter Personal, en las demás leyes específicas que regulan el tratamiento de la información y en sus normas de desarrollo, así como a los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar. (…)
>
> f) Principio de seguridad en la implantación y utilización de los medios electrónicos por las Administraciones Públicas, en cuya virtud se exigirá al menos el mismo nivel de garantías y seguridad que se requiere para la utilización de medios no electrónicos en la actividad administrativa.»

Por cuanto antecede, en ejercicio de las funciones y competencias que a esta Institución confiere el artículo 29 de la Ley 9/1981, de 9 de Diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, formulamos a la Administración municipal la siguiente

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO del deber de cumplir los preceptos Constitucionales y legales anteriormente señalados.

RECOMENDACIÓN en el sentido de dejar interesado de esa Alcaldía la adopción de cuantas medidas técnicas sean necesarias para evitar que, en lo sucesivo, vuelvan a producirse las circunstancias expuestas.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

La Agencia Tributaria de Andalucía facilitará la utilización de sistemas y programas informáticos abiertos y/o de uso generalizado

Queja número 16/1295

- 06 Marzo 2017

La Agencia Tributaria de Andalucía acepta Resolución de este Comisionado relativa al establecimiento de programas abiertos y/o de uso generalizado para su uso por los contribuyentes.

El Defensor del Pueblo Andaluz formulaba Resolución ante la Agencia Tributaria de Andalucía, en el sentido de que sin más demora se introduzcan las medidas técnicas que permitan la utilización de sistemas y programas informáticos abiertos y/o de uso generalizado.

Al efecto se recibe informe de la Administración indicando que se acepta la recomendación formulada e informa que como consecuencia de la aprobación del Decreto-Ley 4/2016, de 26 de julio, de medidas urgentes relativas al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, y posterior convalidación por el Parlamento de Andalucía, entraron en vigor una serie de medidas fiscales urgentes en materia del ISD.

Dichas medidas fiscales afectan al cálculo de la reducción en la base imponible por parentesco y reducciones por adquisición de explotaciones agrarias, establecidas respectivamente en el art 18 y 22 del Decreto Legislativo 1/2009, de 1 de septiembre.

Como consecuencia de tales modificaciones legales, el programa de ayuda a la confección de autoliquidaciones para el ISD ha visto demorada su puesta en explotación para los contribuyentes, debido al impacto que aquéllas tienen en el cálculo del Impuesto, lo que ha motivado la revisión completa del programa y la realización de las pruebas oportunas para corroborar el correcto funcionamiento del nuevo programa de ayuda para la confección de autoliquidaciones del ISD.

Concluye el informe indicando que la Agencia Tributaria espera que en pocas semanas esté disponible para los contribuyentes la nueva versión de dicho programa de ayuda.

En consecuencia consideramos aceptada la Resolución formulada por el Defensor del Pueblo Andaluz y se procede al cierre del expediente.

Que sin más demora se introduzcan medidas técnicas para la utilización de sistemas y programas informáticos abiertos y/o de uso generalizado en la Agencia Tributaria de Andalucía

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 16/1295 dirigida a Consejería de Hacienda y Administración Pública, Agencia Tributaria de Andalucía

- 19 Diciembre 2016

El Defensor del Pueblo Andaluz formula resolución ante la Agencia Tributaria de Andalucía, en el sentido de que sin más demora se introduzcan las medidas técnicas que permitan la utilización de sistemas y programas informáticos abiertos y/o de uso generalizado

ANTECEDENTES

I.- El interesado, Letrado en ejercicio, mediante escrito de queja de fecha 11 de marzo de 2016, exponía que durante varios días estuvo intentando presentar la declaración por el Impuesto de Sucesiones de unos clientes ante la Agencia Tributaria de Andalucía, por vía telemática.

Al respecto, se habría encontrado con las incidencias que nos trasladaba:

Primera, no aparecían incluidos en la página web de la Consejería formularios para descargar y rellenar en pdf.

Segunda, existencia de un programa de ayuda que descargó, y observó que era en formato exe, es decir, solo posible de utilizar con un sistema operativo concreto, Microsoft Windows, no siendo posible utilizar otros sistemas operativos, como los que puede utilizar para trabajar con la Administración de Justicia, o para presentar declaraciones o actuaciones ante la Agencia Tributaria Estatal.

1. Admitida a trámite la queja, solicitamos informe a la Agencia Tributaria de Andalucía al respecto de lo que exponía el interesado.

En su respuesta la Agencia nos venía a decir que pone a disposición de los interesados los programas SURPAC, para funcionamiento en entorno Windows, que tienen como objetivo la confección y posterior impresión, para su entrega a la caja de las Gerencias Provinciales y Unidad tributaria de Jerez de la Frontera de la Agencia Tributaria de Andalucía y Oficinas liquidadoras de distrito hipotecario, con el fin de efectuar el ingreso y la presentación de los distintos modelos tributarios y de recaudación de la Junta

de Andalucía.

Los requisitos mínimos son los siguientes:

- Sistema Operativo Windows 98 (2ª Ed))/ME/NT/2000/XP

- Memoria RAM de 32 Mb

- Disco Duro de 10 Mb

Con el fin de facilitar la actualización a las correspondientes versiones, en la página de descargas se comunica la versión de cada SURPAC, así como la caducidad del mismo, debiendo ser estos reemplazados por las nuevas versiones que estarán disponibles en la web a partir de dicha fecha de caducidad.

Añadiendo el informe de la Agencia Tributaria que habíamos recibido el 27 de abril de 2016 que en aquel momento y para el Impuesto de Sucesiones y Donaciones, el programa ayuda no resultaba compatible con otros sistemas operativos distintos a los de Microsoft Windows, no obstante señalaba que en en fase de pruebas se encontraba un nuevo programa de asistencia a la confección de autoliquidaciones para ISD, en el que son compatibles sistemas operativos.

Respecto a la posibilidad de descarga del modelo en formato pdf para confeccionarlo manualmente, sin utilizar el programa de ayuda, la opción no está habilitada por razones de calidad de la información declarada y de control tributario de las operaciones.

Por otro lado, mediante informe de la Agencia Tributaria, para solventar la dificultad que planteaba el interesado, nos indicaban que en las 8 Gerencias Provinciales y en la Unidad Tributaria de Jerez de la Frontera para el ISD *mortis causa* se prestaba asistencia -previa cita- en forma telefónica, en la web de la Agencia y, en forma presencial en las Gerencias y en la Oficina liquidadora de Jerez de la Frontera.

CONSIDERACIONES

Primera.- El catalogo de derechos del usuario de la Administración Electrónica: El derecho a la calidad y, el derecho de elección de aplicaciones o sistemas de relación con las e-Administraciones.

Señala el Legislador en el Preámbulo la Ley 11/2007,de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, lo siguiente:

> «La Ley 30/1992 se limitó a abrir la posibilidad, como se ha dicho, de establecer relaciones telemáticas con la Administración, pero la hora actual demanda otra regulación que garantice, pero ahora de modo efectivo, un tratamiento común de los ciudadanos antes todas las Administraciones: que garantice, para empezar y sobre todo, el derecho a establecer relaciones electrónicas con todas las Administraciones Públicas. Las nuevas realidades, exigencias y experiencias que se han ido poniendo de manifiesto; el propio desarrollo de la sociedad de la información, la importancia que una regulación clara, precisa y común de los derechos de los ciudadanos y el cambio de circunstancias tecnológicas y sociales exige actualizar el contenido, muy diferente al de 1992, de la regulación básica que esté hoy a la altura de las nueva exigencias. Esa regulación común exige, hoy, por ejemplo, reconocer el derecho de los ciudadanos –y no sólo la posibilidad– de acceder mediante comunicaciones electrónicas a la Administración.»

La Ley de Acceso Electrónico (LAE) y su concreción mediante establecimiento de principios jurídicos y de un catálago de derechos y garantías para los usuarios de los servicios y el cumplimiento de obligaciones por parte de la e-administración, así como disposiciones sobre su implantación temporal, se articula a partir de las competencias que al Estado reconoce el artículo 149.1.18 de la Constitución: establecimiento de bases del régimen juridico de las Administraciones Publicas y del Procedimiento Administrativo comun.

En su artículo 4, la LAE, establece una serie de principios que – en nuestra opinión- vienen a constituir un glosario de obligaciones de la Administración Electrónica frente al usuario de sus servicios de esa naturaleza. En su apartado h), el citado artículo 4, incluye:

> «h) Principio de responsabilidad y calidad en la veracidad y autenticidad de las informaciones y servicios ofrecidos por las Administraciones Públicas a través de medios electrónicos.»

Exigencia de la calidad que también en el texto legal tiene una naturaleza bifronte, al convertirse en derecho de los usuarios (articulo 6, 2º j) de la LAE, que citamos luego).

Segunda.- Derechos de los ciudadanos a relacionarse con las Administraciones Públicas por medios electrónicos.

Por otra parte la LAE, en su artículo 6 viene a incluir un amplio catálogo de derechos de los usuarios de la e-Administración. Así:

> «1. Se reconoce a los ciudadanos el derecho a relacionarse con las Administraciones Públicas utilizando medios electrónicos para el ejercicio de los derechos previstos 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, así como para obtener informaciones, realizar consultas y alegaciones, formular solicitudes, manifestar consentimiento, entablar pretensiones, efectuar pagos, realizar transacciones y oponerse a las resoluciones y actos administrativos.
>
> 2. Además, los ciudadanos tienen en relación con la utilización de los medios electrónicos en la actividad administrativa, y en los términos previstos en la presente Ley, los siguientes derechos:
>
> a) A elegir, entre aquellos que en cada momento se encuentren disponibles, el canal a través del cual relacionarse por medios electrónicos con las Administraciones Públicas.
>
> b) A no aportar los datos y documentos que obren en poder de las Administraciones Públicas, las cuales utilizarán medios electrónicos para recabar dicha información siempre que, en el caso de datos de carácter personal, se cuente con el consentimiento de los interesados en los términos establecidos por la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, o una norma con rango de Ley así lo determine, salvo que existan restricciones conforme a la normativa de aplicación a los datos y documentos recabados. El citado consentimiento podrá emitirse y recabarse por medios electrónicos.
>
> c) A la igualdad en el acceso electrónico a los servicios de las Administraciones Públicas.
>
> d) A conocer por medios electrónicos el estado de tramitación de los procedimientos en los que sean interesados, salvo en los supuestos en que la normativa de aplicación establezca restricciones al acceso a la información sobre aquéllos.
>
> e) A obtener copias electrónicas de los documentos electrónicos que formen parte de procedimientos en los que tengan la condición de interesado.
>
> f) A la conservación en formato electrónico por las Administraciones Públicas de los documentos electrónicos que formen parte de un expediente.
>
> g) A obtener los medios de identificación electrónica necesarios, pudiendo las personas físicas utilizar en todo caso los sistemas de firma electrónica del Documento Nacional de Identidad para cualquier trámite electrónico con cualquier Administración Pública.
>
> h) A la utilización de otros sistemas de firma electrónica admitidos en el ámbito de las Administraciones Públicas.

i) A la garantía de la seguridad y confidencialidad de los datos que figuren en los ficheros, sistemas y aplicaciones de las Administraciones Públicas.

j) A la calidad de los servicios públicos prestados por medios electrónicos.

k) A elegir las aplicaciones o sistemas para relacionarse con las Administraciones Públicas siempre y cuando utilicen estándares abiertos o, en su caso, aquellos otros que sean de uso generalizado por los ciudadanos.»

En lo que al presente expediente de queja respecta, nos ceñimos al derecho que incluye el articulo 6 en su apartado 2, letra k), antes expuesto y resaltado. El citado derecho comporta la facultad de elección del usuario entre sistemas o aplicaciones electrónicas de contenidos y naturaleza abierta (estándares abiertos); o entre aquellos sistemas y aplicaciones que sin ser abiertos, sean de uso generalizado por los ciudadanos.

Al respecto, cabe señalar que el concepto "estándares abiertos" indicado, es interpretado en la LAE , en su ANEXO de Definiciones (apartado k), de la siguiente forma:

«k) Estándar abierto: Aquel que reúna las siguientes condiciones:

– sea público y su utilización sea disponible de manera gratuita o a un coste que no suponga una dificultad de acceso,

– su uso y aplicación no esté condicionado al pago de un derecho de propiedad intelectual o industrial.»

Se trata de un derecho íntimamente relacionado con el principio (obligación de la e-Administración) de neutralidad tecnológica (artículo 4, i) de la LAE.

Principio y derecho constituyen una manifestación del principio de neutralidad tecnológica con el que están estrechamente vinculados, potenciando así la libertad de elección, por los usuarios, de las diversas alternativas en el mercado de las tecnologías.

A este respecto, es importante señalar que la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, de reciente entrada en vigor, establece en el apartado 5 de su artículo 38, al regular las sedes electrónicas, lo siguiente.

«5. La publicación en las sedes electrónicas de informaciones, servicios y transacciones respetará los principios de accesibilidad y uso de acuerdo con las normas establecidas al respecto, estándares abiertos y, en su caso, aquellos otros que sean de uso generalizado por los ciudadanos.»

En la presente queja, se nos pone de manifiesto la dificultad e impedimento que el Letrado asesor tuvo el 27 de abril de 2016 al tratar de acceder y descargar diversos modelos oficiales para la autoliquidación-declaración del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, por cuanto el programa ayuda no resultaba compatible con otros sistemas operativos distintos a los de Microsoft Windows, que no era el utilizado por el promovente de la queja, que sí era al menos de uso generalizado. Aun cuando -desde la ATA- se manifestaba que estaban adoptando medidas para establecer un nuevo programa que no planteara las incompatibilidades denunciadas.

Tal incompatibilidad de sistemas, que se reconoce por la ATA como efectivamente producida, motiva que realicemos, al amparo de lo establecido en el artículo 29.1 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre del Defensor del Pueblo Andaluz, la siguiente

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO del deber de cumplir los preceptos legales anteriormente citados.

RECOMENDACIÓN en el sentido de que sin mas demora se introduzcan las medidas técnicas que permitan la utilización de sistemas y programas abiertos y/o de uso generalizado.

Ver asunto solucionado o en vías de solución

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

---

defensor del pueblo Andaluz

El pleno municipal votará que la calle Eustaquio Barrón vuelva a su denominación original: Eustaquia Barrón

Queja número 16/1655

- 29 Agosto 2017

La Alcaldía acepta proponer al Pleno la adopción de acuerdo conteniendo el cambio de denominación de calle propuesto.

El Defensor del Pueblo Andaluz formulaba resolución ante el Ayuntamiento de Sevilla, sugiriendo se presente una proposición al Pleno municipal para el cambio de denominación de la Calle "Eustaquio Barrón" devolviendo a la misma su denominación original de Calle "Eustaquia Barrón".

Al efecto se recibe informe administrativo por el que se nos indica la aceptación de la Resolución.

En consecuencia, damos por concluidas nuestras actuaciones en el presente expediente de queja.

Reclamamos que la calle Eustaquio Barrón vuelva a su denominación original: Eustaquia Barrón

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 16/1655 dirigida a Ayuntamiento de Sevilla

- 07 Abril 2017

El Defensor del Pueblo Andaluz solicita al Ayuntamiento de Sevilla que presente una proposición al Pleno municipal para el cambio de denominación de la Calle "Eustaquio Barrón" devolviendo a la misma su denominación original de Calle "Eustaquia Barrón".

ANTECEDENTES

I.- El interesado exponía que en fecha 3 de julio de 2014, presentó escrito ante el Ayuntamiento de Sevilla (Servicio de Estadística), instando la rectificación de error material producido en el nomenclátor del Callejero de la ciudad, proponiendo el cambio de denominación de la calle Eustaquio Barrón, por la de calle Eustaquia Barrón.

Según relataba el interesado como resultado de una investigación relacionada con la Casa Palacio de El Pumarejo había accedido a documentación que acreditaba que la denominación de la calle fue originalmente la de Eustaquia Barrón (en femenino) desconociendo la razón por la que con el transcurso del tiempo pasó a denominarse Eustaquio Barrón (en masculino).

II. Solicitado el oportuno informe al Ayuntamiento de Sevilla por el mismo se nos indica que, tras una búsqueda por los archivos municipales, habían podido acreditar que, efectivamente, la denominación original de la calle fue la de Eustaquia Barrón (en femenino), apareciendo con tal denominación en diversos documentos el último de los cuales databa de 1892. Posteriormente, en un documento oficial del Ayuntamiento datado en 1923 y relacionado con un proyecto de obras de alcantarillado aparece ya la calle con la denominación Eustaquio Barrón (en masculino), posiblemente como consecuencia de un simple error, denominación que se repite a partir de esa fecha en todos los documentos consultados. Error que nunca había sido contestado pese a haberse manifestado público y notorio durante casi un siglo.

Añadía el Ayuntamiento que, de acuerdo con lo establecido en el texto de la Ordenanza Reguladora de la Nominación y Rotulación de Calles, debería mantenerse el nombre consolidado por el uso durante tan dilatado tiempo, en aras del interés público.

CONSIDERACIONES

Primera.- El principio universal y el derecho a la igualdad de sexo.

La igualdad entre mujeres y hombres es un principio jurídico universal reconocido en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 1979 y ratificada por España en 1983.

La igualdad es, asimismo, un principio fundamental en la Unión Europea. Desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, el 1 de mayo de 1999, la igualdad entre mujeres y hombres y la eliminación de las desigualdades entre unas y otros son un objetivo que debe integrarse en todas las políticas y acciones de la Unión y de sus miembros.

En la Constitución el articulo 14 proclama el derecho a la igualdad, sin discriminación por razón de sexo.

Finalmente el Estatuto de Autonomía para Andalucía, aprobado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo estableció en su articulo 15 al respecto del derecho a la igualdad: «Se garantiza la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos».

Una de las manifestaciones más claras de la situación de desigualdad que históricamente ha padecido la mujer es la diferencia de trato de la misma respecto de los hombres en cuanto al reconocimiento público por sus actos o sus méritos. Basta con repasar los libros de Historia para comprobar el escaso número de mujeres que han merecido un hueco en sus páginas, pese a que fueron muchas las que acreditaron méritos para ello. Un olvido que contrasta con la abrumadora presencia de hombres, citados siempre como artífices y protagonistas del devenir histórico de pueblos y naciones.

Es cierto que en los últimos tiempos se vienen acometiendo diversas medidas que pretenden reparar en alguna forma esta injusticia histórica, no obstante, pese a ello, el reconocimiento público a aquellas mujeres que marcaron nuestra historia sigue siendo anecdótica en nuestras ciudades, como lo demuestra su escasa presencia en estatuas, monumentos o en el nomenclátor de calles y plazas.

Viene esta digresión al caso por la cuestión planteada en la presente queja cuyo promotor denunciaba la falta de respuesta del Ayuntamiento de Sevilla al escrito remitido al mismo instando la rectificación del error material ya expuesto, con cierta incidencia o relevancia en la materia jurídica que referimos.

Segunda.- La normativa municipal: Ordenanza Reguladora de la Nominación y Rotulación de las Calles.

Respecto de la solicitud de cambio de denominación de la calle para que recupere el nombre original, el Ayuntamiento no se muestra partidario de tal opción por aplicación de lo dispuesto en el art. 8.3 de la Ordenanza reguladora del nomenclátor, que estatuye que «se mantendrán los nombres actuales que se hayan consolidado por el uso popular».

A este respecto, aducen que el cambio de nombre -probablemente debido a un error- no había sido objeto de contestación, pese a ser público y notorio, por lo que, por razones de interés público, estiman oportuno aplicar lo dispuesto en la citada Ordenanza.

Ciertamente no podemos calificar la respuesta del Ayuntamiento como arbitraria o infundada ya que la misma cuenta con un evidente soporte normativo y una adecuada motivación, no obstante, no podemos dejar de preguntarnos si hubiese resultado tan pacífico y exento de contestación el cambio en el nomenclátor si hubiese sido al revés, pasando de una denominación masculina a una femenina.

Del mismo modo, nos cuestionamos en qué medida la impronta machista de la sociedad de la época influyó en la falta de respuesta ante este cambio y en la propia comisión del error administrativo del que derivó dicho cambio.

En este sentido, nos preguntamos qué grado de contestación tendría ahora una decisión municipal que implicase reparar esta injusticia histórica devolviendo a la calle su nombre original, en femenino. La única manera de saberlo es haciendo la prueba.

Por todo lo anterior y, en virtud de lo establecido en el art. 29 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, consideramos conveniente formular a la Alcaldía Presidencia del Ayuntamiento de Sevilla la siguiente

RESOLUCIÓN

SUGERENCIA en el sentido se adopte iniciativa sobre la base de la solicitud ya existente para la proposición al Pleno municipal de un Acuerdo para el cambio de denominación de la Calle “Eustaquio Barrón” devolviendo a la misma su denominación original de Calle “Eustaquia Barrón”.

Ver asunto solucionado o en vías de solución.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

La Administración sanitaria le reintegrará el importe de unas facturas que por error ingresó en otra cuenta

Queja número 16/0243

- 06 Marzo 2017

La Administración sanitaria se compromete a iniciar procedimiento de reintegro de facturas ingresadas en cuenta errónea.

El Defensor del Pueblo Andaluz formulaba Resolución a la Dirección General de Gestión Económica y Servicios en el sentido de que a la mayor brevedad posible, se proceda a iniciar de oficio procedimiento de responsabilidad patrimonial, con la finalidad de indemnizar a la interesada los daños y perjuicios causados y a hacer efectivo el importe de las facturas impagadas y que por funcionamiento anormal del órgano gestor y del de control se ingresaron en cuenta ajena a la entidad contratante.

Asimismo, recomienda que se inicie procedimiento para el reintegro a las arcas públicas de los pagos indebidamente efectuados en cuenta ajena a la entidad contratante.

Al efecto se recibe informe de la Administración indicando que se han iniciado los trámites administrativos oportunos necesarios a los efectos de iniciar cualquier tipo de actuación, ya sea de reintegro/retrocesión de ingresos, como de pago de lo debido.

Una vez se obtenga el certificado oportuno, se procederá a informar de las actuaciones que conforme a Derecho proceda efectuar, a los efectos de revertir los posibles perjuicios que se hayan podido producir.

En consecuencia consideramos aceptada la Resolución formulada por el Defensor del Pueblo Andaluz y se procede al cierre del expediente.

Instamos al SAS a que pague a una empresa las facturas pendientes por distintos contratos de suministro

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 16/0243 dirigida a Consejería de Salud, Servicio Andaluz de Salud, Dirección General de Gestión Económica y Servicios

- 12 Diciembre 2016

El Defensor del Pueblo Andaluz formula Resolución a la Dirección General de Gestión Económica y Servicios (del SAS) en el sentido de que a la mayor brevedad posible, se proceda a iniciar de oficio procedimiento de responsabilidad patrimonial, con la finalidad de indemnizar a la interesada los daños y perjuicios causados y a hacer efectivo el importe de las facturas impagadas y que por funcionamiento anormal del órgano gestor y del de control se ingresaron en cuenta ajena a la entidad contratante.

Asimismo recomienda que se inicie procedimiento para el reintegro a las arcas públicas de los pagos indebidamente efectuados en cuenta ajena a la entidad contratante.

ANTECEDENTES

I.- La interesada en nombre y representación de la empresa (...), acudió a nosotros exponiendo la precaria situación económica en que se encuentra la referida empresa a causa de la falta de pago de facturas pendientes por los distintos contratos de suministro al Servicio Andaluz de Salud (SAS), teniendo una deuda pendiente desde el año 2014.

Aportaba copia de escrito que en fecha 15 de octubre de 2015 habría remitido a la Dirección General de Gestión Económica y de Servicios reclamando las facturas pendientes de pago y la fijación de un calendario de previsión de pago de deudas a los proveedores de la Administración sanitaria.

II.- Solicitado informe a la Administración, por la misma, en un primer momento, se nos indicaba con meridiana claridad que las facturas reclamadas por impago que refería la interesada, habían sido pagadas en las fechas y cuentas bancarias que para cada una de las referidas facturas indicaba la Subdirectora de Control de Operaciones de la Plataforma Logística Sanitaria de Málaga.

Por lo anterior, y considerando que el asunto por el que la citada entidad había acudido a nosotros se encontraba solucionado y se procedía al archivo del expediente, comunicando estos extremos a la interesada, puesto que del contenido del informe remitido por la Administración así se deducía.

III. Sin embargo, con fecha 27 de abril de 2016 se recibía un nuevo escrito de la interesada, con el que ahora sí nos aportaba copia de las facturas presentadas ante la Administración sanitaria (…), con indicación de cuenta bancaria para ingreso del importe de las mismas.

Comprobada la no coincidencia de la cuenta incluida en todas las facturas con la cuenta en que se habían efectuado los pagos, excepto la última de la relación, consideramos conveniente la reapertura de las actuaciones.

Así pues, esta Institución procedía a reabrir el expediente de queja y decidió, de acuerdo con lo establecido en el art. 18.1 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, reguladora de la misma, interesar de la emisión del preceptivo informe a los efectos de conocer las razones por las que, si bien la entidad interesada al momento de la presentación de las facturas originales para su registro en punto autorizado detalló la cuenta de ingreso en forma nítida y clara, todas ellas (excepción hecha de la factura SAS …) fueron abonadas en cuenta diferente a la que se indicó expresamente por (...).

Además de lo anterior, le solicitamos se nos expusieran las circunstancias que concurrían y que justificasen el proceder seguido por el Órgano Gestor 7033, así como si por los órganos competentes se habían iniciado actuaciones para reclamar la devolución de los ingresos referidos y para subsanar y rectificar los posibles errores, abonando las facturas en la cuenta indicada en las mismas.

En su respuesta, la Administración sanitaria nos venía a indicar lo siguiente:

"Todas las facturas de la empresa (…) citadas en el punto anterior, tenía fecha de expedición de 2014, y fueron registradas y tramitadas en el Sistema Unificado Contable de la Junta de Andalucía FOG/Júpiter. En este sistema, todas las facturas tenían asociada la cuenta bancaria (...), que es la que figuraba en cada una de ellas. Se acompaña captura de pantalla de todas las facturas.

Las facturas nº SAS (…) se quedaron en el ejercicio presupuestario de 2014, en situación contable de "preasignadas, 09" en el sistema Júpiter, mientras que la factura nº SAS (…) que quedó en situación de "Propuesta al pago, 43."

En el año 2015 la Junta de Andalucía cambió su sistema de contabilidad de FOG/Júpiter al Sistema de Gestión Integral de Recursos Unificados (GIRO), y toda la información de las facturas que no tuvieran materializado el pago se migró del sistema Júpiter al sistema GIRO. En la citada migración no se migró la información de las cuentas bancarias de aquellas facturas que no estuvieran propuestas al pago, por esa razón, solo se migró la información del nº de la cuenta bancaria de la factura nº SAS (...).

En la primera fase de funcionamiento del nuevo sistema GIRO, en los meses de enero y febrero de 2015, no se permitía hacer ninguna modificación sobre las cuentas bancarias de los interlocutores comerciales (proveedores). Desde este Órgano Gestor, 7033, Plataforma de Logística Sanitaria de Málaga, se pusieron varias incidencias sobre modificaciones de cuentas bancarias al Centro de Información y Servicios de la Consejería de Hacienda y Administración Pública (CEIS). A modo de ejemplo, les cito y le acompaño fotocopia de la incidencia nº (...) en la que planteábamos la siguiente cuestión: "Tenemos grabada una factura en GIRO en situación de CONF, a la que meterle ahora un endoso. El endosatario que es (…) aparece en TERCEROS con 20 cuentas bancarias, pero ninguna de ellas es la que figura en el endoso de la factura del proveedor, por lo que entendemos que no procede continuar con su tramitación. Se trata de un proveedor local cuyo paro es prioritario y urgente. No sabemos como proceder". La respuesta de CEIS fue: "Las cuentas de los acreedores, sustitutos y endosatarios en facturas son sólo a título informativo. Se selecciona la grabada en el Módulo de Terceros con el identificador 0001 en ese momento. Esta cuenta no se propaga ni al Expediente Contable ni al pago, sólo es informativa".

Como se desprendía del informe recibido de la Administración Sanitaria, a consecuencia de lo anterior, por no haberse incorporado la nueva cuenta al sistema contable GIRO, todas las facturas, menos la nº SAS (…), fueron liquidadas en la cuenta de la referida proveedora que, desde hacía ya casi un lustro tenía distinto titular y distinta domiciliación para abonos en cuenta.

Justificando el órgano gestor su -cuando menos anómalo proceder contable, si tenemos en cuenta que le constaba la nueva cuenta expresamente comunicada por la interesada- en que la Instrucción 1/2015, de 13 de marzo, de la Dirección General de Tesorería y Deuda Pública, le había llegado en forma tardía.

CONSIDERACIONES

Primera.- Régimen jurídico básico en materia de efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos.

El Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, establece al respecto de la ejecución y pago de los contratos del sector público, en su artículo 216.4, lo siguiente:

> «4. La Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato, sin perjuicio del plazo especial establecido en el artículo 222.4, y, si se demorase, deberá abonar al contratista, a partir del cumplimiento de dicho plazo de treinta días, los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Cuando no proceda la expedición de certificación de obra y la fecha de recibo de la factura o solicitud de pago equivalente se preste a duda o sea anterior a la recepción de las mercancías o a la prestación de los servicios, el plazo de treinta días se contará desde dicha fecha de recepción o prestación.»

Igualmente cabe tener en cuenta y, traer a colación en relación con el cumplimiento de los contratos en el Sector Público y sobre la recepción de la prestación, lo establecido en el art. 222.4 del referido Texto Refundido mencionado:

> «4. Excepto en los contratos de obras, que se regirán por lo dispuesto en el artículo 235, dentro del plazo de un mes, a contar desde la fecha del acta de recepción o conformidad, deberá acordarse y ser notificada al contratista la liquidación correspondiente del contrato y abonársele, en su caso, el saldo resultante. Si se produjera demora en el pago del saldo de liquidación, el contratista tendrá derecho a percibir los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.»

Ya en el ejercicio de 2014, en fecha 14 de abril, por una Instrucción Conjunta de la Intervención General de la Junta de Andalucía y de la Dirección General de la Tesorería y de Deuda Pública, relativa a gestión y control de pagos afectados por la normativa sobre morosidad en el ámbito del sector público autonómico, mantenía como objetivos que tanto los Órganos Gestores que intervienen en los procedimientos de pago, como los órganos encargados del control interno, adoptasen las medidas necesarias para evitar retrasos injustificados en la materialización de los referidos pagos afectados por la ley de medidas contra la morosidad.

Ello, en consonancia además con las previsiones y medidas de reordenación de la Contratación y la Hacienda Pública y tratando de clarificar -además- el nuevo régimen legal en cuanto a los plazos de pago.

La referida Instrucción, para una mayor celeridad en los mismos previó la incorporación al sistema de gestión presupuestaria de datos, con objeto de contar con un más adecuado seguimiento de los periodos medios de pago a proveedores de la Junta de Andalucía y de sus Agencias.

Siendo las anteriores las prescripciones legales básicas afectantes a obligaciones de la Administración, la obligación del empresario contratista -para demandar el pago- consiste fundamentalmente en acreditar el cumplimiento de su obligación contractual, lo que deberá realizar mediante la presentación de algunos de los documentos que señala el Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre (y modificaciones posteriores) por el que se aprobó el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación; así, la factura por la prestación de servicios o entrega de bienes, y factura simplificada en casos de menor cuantía, o rectificación.

Lo anterior, en línea con lo que establece la Disposición Adicional trigésimo tercera del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que indica: «1. El contratista tendrá la obligación de presentar la factura que haya expedido por los servicios prestados o bienes entregados ante el correspondiente registro administrativo a efectos de su remisión al órgano administrativo o unidad a quien corresponda la tramitación de la misma».

En la materia concreta que nos ocupa (cumplimentación de la obligación de presentar facturas), hay que tener en cuenta además -de forma específica- que, conforme a lo que estableció el artículo 9.4, de la Ley 7/2013, de 23 de Diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el 2014, es necesario que:

> **«4. En el ámbito del Servicio Andaluz de Salud, será requisito indispensable para el reconocimiento de la obligación correspondiente a facturas por bienes entregados o servicios prestados a los centros asistenciales del organismo que dichas facturas se encuentren previamente registradas en el Registro de Facturas del centro de que se trate, que entregará a los proveedores un documento acreditativo de la fecha de registro.»**

Segunda.- La exigencia de la presentación de la factura como acreditación del cumplimiento de su obligación contractual en el caso de la presente queja.

De conformidad con lo actuado y la documentación que obra en el expediente aportada por las partes, la representante de la entidad contratante (...), presentó al cobro las facturas relacionadas, relativas a suministros o entregas objeto de contratación por Centro Gestor del SAS y, en Registro de Facturas, conforme exigía la normativa presupuestaria autonómica, lo que habría efectuado en los meses de agosto a noviembre de 2014, indicando en las mismas la cuenta bancaria en la que efectuar el pago, y en acreditación del cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

La falta de pago de las facturas presentadas al cobro y el transcurso del plazo de treinta días establecido en la normativa básica de contratos del sector público, anteriormente citada, motivó que la interesada, en nombre de la entidad de referencia, formulara el 15 de octubre de 2015 la reclamación que refiere el articulo 217 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público:

> «Artículo 217. Procedimiento para hacer efectivas las deudas de las Administraciones Públicas.
>
> Transcurrido el plazo a que se refiere el artículo 216.4 de esta Ley, los contratistas podrán reclamar por escrito a la Administración contratante el cumplimiento de la obligación de pago y, en su caso, de los intereses de demora. Si, transcurrido el plazo de un mes, la Administración no hubiera contestado, se entenderá reconocido el vencimiento del plazo de pago y los interesados podrán formular recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración, pudiendo solicitar como medida cautelar el pago inmediato de la deuda. El órgano judicial adoptará la medida cautelar, salvo que la Administración acredite que no concurren las circunstancias que justifican el pago o que la cuantía reclamada no corresponde a la que es exigible, en cuyo caso la medida cautelar se limitará a esta última. La sentencia condenará en costas a la Administración demandada en el caso de estimación total de la pretensión de cobro.»

Sin que, al parecer, la Administración contratante, representada por el Órgano o Centro Gestor y por el Órgano de Control, acierte a dictar una resolución frente a tal reclamación, explicando, al parecer -como nos indica la interesada que le han informado verbalmente -mediante llamadas telefónicas- y como nos han contestado a nuestra petición de informe-, que al dar de alta las cuentas bancarias señaladas por los proveedores él órgano gestor del SAS cometieron el error de consignar como cuenta principal una obrante en sus bases de datos y que perteneció a titular de la entidad referida antes de su transmisión a la ahora representante de la misma, transmisión que se produjo en 2010.

Lo anterior, incumpliendo la propia Administración la Instrucción 1/2015, que ya en fecha 13 de marzo, había aprobado la Dirección General de Tesorería y Deuda Pública para la puesta en funcionamiento del

nuevo Sistema de Gestión Integral de Recursos Organizativos de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales "Sistema GIRO", lo que requería que con carácter inmediato se efectuasen las correspondientes y diligentes actuaciones para la determinación y depuración de los datos bancarios asociados en dicho Sistema a cada uno de los acreedores, siendo necesaria para ello la colaboración y realización de determinados procesos desde los órganos gestores, entre otros del SAS y de las Consejerías.

Así al menos se exigía en el apartado Tercero de la referida Instrucción 1/2015, en el que se demandaba a los órganos gestores que dirijan a sus proveedores principales una comunicación para que comprueben las cuentas bancarias que tienen dadas de altas en el Sistema GIRO, para que éstos en su ficha de acreedor quedasen identificados como "verificados".

Además, se incumplía lo establecido en el apartado Cuarto de la citada Instrucción, que estableció:

*"Cuarto.- **Los órganos gestores** que operan en GIRO, ya sean de Consejerías, Agencias Administrativas o Agencias de Régimen Especial, tanto cuando estén grabando las facturas como si proceden directamente al alta de los documentos contables de gasto, podrán consignar directamente el ordinal de la cuenta del acreedor a la que deberá hacerse el pago. Si no se indicara expresamente, el pago se realizará a la que conste como cuenta principal en el momento de la ordenación del pago.*

*Si la cuenta bancaria que figurara en la factura o en la solicitud del tercero no estuviera asociada al acreedor, se deberá solicitar el alta con los mismos requisitos especificados para las demás variaciones de datos bancarios Tanto en el módulo de Facturas, como en el de Documentos Contables, el Sistema comprobará si el acreedor de la obligación tiene el indicador de "verificado" y si no lo estuviera, **impedirá continuar la tramitación** hasta que se hayan realizado las actuaciones previstas en el apartado Segundo de la presente Instrucción.*

*Para solventar esta incidencia, **el órgano gestor comunicará** al acreedor que no puede continuar la tramitación hasta que se verifiquen los datos bancarios que tiene asociados en el Sistema GIRO, bien directamente a través de la Oficina Virtual, bien presentado al órgano gestor los documentos que se indican en la letra b) del apartado Segundo, para que el propio órgano gestor los remita a la Tesorería que se indica en dicho apartado para su actualización…."*

En nuestra opinión, se han producido y generado unos daños y perjuicios al pagar las facturas en cuenta no indicada por la entidad interesada, efectuando el pago de las facturas presentadas en forma y plazo, con retraso respecto del plazo legal y siendo abonadas a tercero que ya no era –desde hacía bastante tiempo- titular de la entidad acreedora; razón por la cual consideramos que hay responsabilidad extracontractual por incumplimiento de normas de control interno, para determinar la cuenta bancaria de ingreso, con un constatado funcionamiento anormal de los servicios públicos encargados de la verificación de aquella titularidad en la cuenta bancaria.

Por consiguiente entendemos que se produce responsabilidad administrativa. Responsabilidad que la propia Constitución establece en el artículo 106.2:

> «Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.»

Por cuanto antecede, en ejercicio de las facultades y atribuciones que me confiere el artículo 29.1 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, formulamos a la Dirección General de Gestión Económica y Servicios, la siguiente

RESOLUCIÓN

RECOMENDACIÓN 1 en el sentido de que a la mayor brevedad posible, se proceda a iniciar de oficio

procedimiento de responsabilidad patrimonial, con la finalidad de indemnizar a la interesada los daños y perjuicios causados y a hacer efectivo el importe de las facturas que se han relacionado y que por funcionamiento anormal del órgano gestor y del de control se ingresaron en cuenta ajena a la entidad contratante.

RECOMENDACIÓN 2 a fin de que se inicie procedimiento para el reintegro a las arcas públicas de los pagos indebidamente efectuados en cuenta ajena a la entidad contratante.

Ver asunto solucionado o en vías de solución

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Reclamamos al Ayuntamiento que le reconozca y abone la deuda por el suministro de maquinaria para limpieza de playas

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 16/4969 dirigida a Ayuntamiento de Albuñol (Granada)

- 19 Diciembre 2016

El Defensor del Pueblo Andaluz formula Resolución al Ayuntamiento de Albuñol recomendando que tenga por efectuada la reclamación de cantidad que reitera el interesado y, estimando la misma, dicte lo oportuno en relación a la comprobación de su importe y al reconocimiento de la deuda, así como a la orden de pago, por la realización y puesta a disposición del Ayuntamiento de la maquinaria antes referida.

Asimismo recomienda que, igual y subsidiariamente, se adopte medida de previsión económico financiera en el Presupuesto municipal, si el mismo se estuviere tramitando, o se lleve a cabo la modificación pertinente, en tanto en cuanto en él no se prevea y contenga dotación presupuestaria para hacer efectivo el pago de la cantidad que se le adeude al interesado. Solicitándole, en su caso, aporte la documentación pertinente y necesaria a fin de acreditar los compromisos adquiridos por el Ayuntamiento con él, en forma verbal o escrita.

ANTECEDENTES

I.- El interesado nos exponía el impago de encargo de suministro de maquinaria para el Ayuntamiento de Albuñol; aportando copia de escrito remitido el 12 de abril de 2016 a ese Ayuntamiento y documentación que consideraba acreditativa de suministro de maquinaria para limpieza de playas, que no le ha sido pagada pese al tiempo transcurrido desde la formalización del contrato y presentación reiterada de la referida documentación al efecto, desde el año de su entrega a la Administración municipal.

II.- Solicitado informe al Ayuntamiento de Albuñol, el mismo nos contestaba que en la Administración municipal no consta copia del contrato de suministro de la maquinaria para la limpieza de playas de fecha 17 de mayo de 1991 y que, el interesado (Empresa de Suministros Industriales CIF 18083097) no lo ha aportado en la continuas reclamaciones que venía formulando ante la misma.

Añadía el informe municipal que sí había constancia de un Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 17 de abril de 1995, sobre reconocimiento de deuda existente entonces, por un importe de 1.175.277 ptas. También reiteradas peticiones de pago de la deuda pendiente formuladas por el interesado desde 1995, sin que consten a la Administración Municipal las razones del impago, ni las razones por las que no se acogió el interesado al Plan de Pago a Proveedores de 2012.

La Alcaldía considera que actualmente la liquidación de deuda pendiente se presenta de forma unilateral, sin documentación de apoyo y puede que sea inexacta, no permitiendo la situación económica de la

Corporación el pago de la deuda.

CONSIDERACIONES

Primera.- *Competencias municipales en materia de playas*

Como expone el interesado y así se desprende implícitamente de la respuesta recibida del Ayuntamiento, por el mismo se efectuó el encargo, y por el proveedor se habría procedido a realizar en su día el suministro de la maquinaria referida en las actuaciones y, pese a las múltiples ocasiones en que se ha dirigido a la Administración municipal concernida, reclamando el pago del suministro, ni se le abona ni se le indica fecha para su cobro, pese a que en el Ayuntamiento sí había constancia de un Acuerdo de la Junta de Gobierno Local ya de fecha 17 de abril de 1995, reconociendo deuda pendiente de pago.

Circunstancias de hecho las anteriores que vienen a incardinar el contrato de suministro de la maquinaria que refiere el interesado, en el ámbito del ejercicio por una Administración Local de competencias generales señaladas en el art. 25, en relación con el art. 26 de la Ley 7/1985, de 2 de Abril (y modificaciones posteriores), sobre espacios públicos, ornato y limpieza de los mismos; promoción y defensa de los intereses generales del Municipio; y conforme estableció el artículo 115 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas (y modificaciones posteriores):

> «Las competencias municipales, en los términos previstos por la legislación que dicten las Comunidades Autónomas, podrán abarcar los siguientes extremos:
>
> **Mantener las playas y lugares públicos de baño en las debidas condiciones de limpieza, higiene y salubridad,** así como vigilar la observancia de las normas e instrucciones dictadas por la Administración del Estado sobre salvamento y seguridad de las vidas humanas.»

Lo que nos permite, sobre la base de la constatación de datos que ya efectúa el informe municipal, presuponer la existencia y celebración del contrato para el suministro de maquinaria para la limpieza de playa que refiere el interesado y, el necesario cumplimiento de las obligaciones derivadas de la celebración del mismo para las partes. Y, desde luego la obligación de pago del Ayuntamiento respecto del precio de la máquina, acordado en el contrato.

Segunda.- *Cumplimiento de obligaciones*

Según comunicación escrita referente, remitida por el interesado a la Alcaldía, hay cantidad pendiente de pago respecto del coste total del suministro, sin que se haya hecho efectivo el importe indicado y que reclama aquél; y sin que, cuando menos se inicie una investigación en la Intervención municipal y en el Archivo del Ayuntamiento sobre los asientos contables efectuados en los Libros correspondientes para tratar de determinar el importe de la deuda contraída y de los pagos a cuenta que se hubieren efectuado, así como las cantidades pendientes.

Tales circunstancias nos indican que de facto se estaría incumpliendo la obligación contraída por la Administración municipal y por sus representantes en su nombre, ya en 1991 y posteriormente confirmadas en fecha 17 de abril de 1995.

A tenor de lo establecido en el art. 1089 del Código Civil: *"Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia"*.

Así mismo y conforme a lo establecido en art. 1090 del citado Cuerpo Legal: ***"Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos".***

Por cuanto antecede, en aplicación de lo establecido en el Art. 29.1 de la Ley 9/1983 de 1 de Diciembre

del Defensor del Pueblo Andaluz, formulamos a esa Alcaldía la siguiente

RESOLUCIÓN

RECOMENDACIÓN 1: Tenga por efectuada la reclamación de cantidad que reitera el interesado y, estimando la misma, dicte lo oportuno en relación a la comprobación de su importe y al reconocimiento de la deuda, así como a la orden de pago, por la realización y puesta a disposición del Ayuntamiento de la maquinaria antes referida.

RECOMENDACIÓN 2: Igual y subsidiariamente, se adopte medida de previsión económico financiera en el Presupuesto municipal, si el mismo se estuviere tramitando, o se lleve a cabo la modificación pertinente, en tanto en cuanto en él no se prevea y contenga dotación presupuestaria para hacer efectivo el pago de la cantidad que se le adeude al interesado. Solicitándole, en su caso, aporte la documentación pertinente y necesaria a fin de acreditar los compromisos adquiridos por el Ayuntamiento con él, en forma verbal o escrita.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

La Administración municipal acepta nuestra recomendación y rompe el silencio adoptado en vía de recurso

Queja número 16/5877

- 31 Enero 2018

El Defensor del Pueblo Andaluz formulaba resolución ante el Ayuntamiento de Umbrete, por la que recomendaba dar respuesta, a la mayor brevedad posible, al recurso de reposición presentado por la parte afectada con fecha 17 de noviembre de 2016.

Al efecto se recibe resolución dictada y notificada a la parte interesada el día 10 de octubre de 2017 por la que desestima el recurso de reposición formulado.

Considerando que la Administración municipal ha aceptado la recomendación formulada, en el sentido de que resolviera en reposición escrito formulado por la parte afectada, rompiendo el silencio mantenido en vía de recurso, damos por concluidas nuestras actuaciones en el presente expediente de queja.

Que el Ayuntamiento de Umbrete responda al recurso de reposición presentado por un particular hace un año

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 16/5877 dirigida a Ayuntamiento de Umbrete (Sevilla)

- 12 Septiembre 2017

El Defensor del Pueblo Andaluz formula resolución ante el Ayuntamiento de Umbrete, por la que recomienda dar respuesta, a la mayor brevedad posible, al recurso de reposición presentado por la parte afectada con fecha 17 de noviembre de 2016.

ANTECEDENTES

I. Con fecha 17 de octubre de 2016 fue registrada de entrada en este Comisionado del Parlamento de Andalucía comunicación remitida por D. (...), a través de la cual nos exponía lo siguiente:

Que con fecha 22 de agosto de 2016, así como en fechas anteriores, el afectado había dirigido escrito al Ayuntamiento de Umbrete solicitando indemnización por daños causados en toldo de vivienda de su propiedad, quemado a consecuencia de lanzamiento de cohetes en proximidad a su fachada durante las fiestas locales.

Con posterioridad, el 25 de noviembre de 2016, recibimos informe del Ayuntamiento indicado en el que se nos comunicaba que mediante Resolución de Alcaldía nº 648/2016, de 4 de noviembre, notificada el día 8 del mismo mes, había quedado resuelto el expediente desestimando la petición que lo inició. Contra tal desestimación el propio Ayuntamiento refería que el interesado había presentado, el día 17 de noviembre de 2016 un recurso de reposición que estaba pendiente de resolución.

II. Transcurrido un tiempo, suficiente para que se hubiere tramitado y resuelto el recurso de reposición indicado, como quiera que no le habían facilitado respuesta al interesado, nos dirigimos nuevamente al Ayuntamiento, en esta ocasión para solicitar información sobre el resultado de las actuaciones seguidas por el mismo, y de la Resolución recaída en vía de recurso, así como copia de la respuesta notificada.

En fecha 8 de junio de 2017, recibimos respuesta de la Alcaldía Presidencia del Ayuntamiento de Umbrete en la que se nos indicaba:

"En relación con el expediente de referencia y atendiendo su solicitud de información, de fecha 16/05/2017, le comunico que no ha sido resuelto por este Ayuntamiento el recurso de reposición presentado el día 17/11/2016, por D (...), sin que haya constancia en esta Corporación de que haya formulado recurso contencioso administrativo tras haberse producido la desestimación de aquel por silencio".

De tales circunstancias no cabía más que extraer la existencia de un reconocimiento expreso de la falta de respuesta en vía de recurso (silencio administrativo) denunciada por la parte promotora de la queja.

En base a los referidos antecedentes, conviene realizar a ese Organismo las siguientes

CONSIDERACIONES

Primera.- De la obligación de resolver a cargo de la Administración Pública.

Debemos aclarar que a la solicitud del interesado le resulta de aplicación el régimen jurídico de procedimiento y obligación de responder determinado en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Ello, por expresa previsión contenida al efecto en la Disposición transitoria tercera, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Que establece:

> «Régimen transitorio de los procedimientos:
>
> a) A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior.»

El artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), establece la obligación de la Administración de dictar en todos los procedimientos resolución expresa sobre el fondo del asunto y notificar la misma, sin perjuicio de que en el procedimiento intervenga prescripción, renuncia, caducidad o desistimiento, o bien la desaparición sobrevenida de su objeto, pues cuando concurran estas circunstancias habrá de dictarse dicha resolución en tal sentido. Quedan exceptuados de esta obligación exclusivamente los supuestos de terminación del procedimiento por pacto o convenio, o los relativos al ejercicio de derechos sometidos únicamente al deber de comunicación previa a la Administración.

Obligación de dictar resolución expresa que por lo que a la vía de recurso cabía entender completada con las previsiones del articulo 117, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de aplicación a este procedimiento, respecto al recurso de reposición, con el siguiente tenor:

> «1. El plazo para la interposición del recurso de reposición será de un mes, si el acto fuera expreso. Si no lo fuera, el plazo será de tres meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto. Transcurridos dichos plazos, únicamente podrá interponerse recurso contencioso-administrativo, sin perjuicio, en su caso, de la procedencia del recurso extraordinario de revisión.
>
> 2. El plazo máximo para dictar y notificar la resolución del recurso será de un mes.
>
> 3. Contra la resolución de un recurso de reposición no podrá interponerse de nuevo dicho recurso.»

Debe añadirse que el apartado 7 del artículo 42 de la LRJPAC establece que «El personal al servicio de las Administraciones públicas que tenga a su cargo el despacho de los asuntos, así como los titulares de los órganos administrativos competentes para instruir y resolver son directamente responsables, en el ámbito de sus competencias, del cumplimiento de la obligación legal de dictar resolución expresa en plazo», pudiendo dar lugar su incumplimiento a la exigencia de responsabilidad disciplinaria.

Segunda.- Del silencio administrativo negativo.

Ante la falta de respuesta administrativa, debemos hacer referencia a la jurisprudencia creada en torno al control constitucional de las resoluciones judiciales que declaran la extemporaneidad de recursos

contencioso-administrativos interpuestos contra la desestimación por silencio administrativo de solicitudes o reclamaciones de los interesados.

Puede citarse a tal efecto la Sentencia 72/2008, de 23 de junio de 2008, dictada por la Sala Primera del Tribunal Constitucional en el Recurso de amparo 6615-2005, Fundamento Jurídico 3:

> «Se ha venido reiterando, conforme a esta jurisprudencia constitucional, que el silencio administrativo negativo es simplemente una ficción legal que responde a la finalidad de que el administrado pueda acceder a la vía judicial superando los efectos de inactividad de la Administración; se ha declarado que, frente a las desestimaciones por silencio, el ciudadano no puede estar obligado a recurrir siempre y en todo caso, so pretexto de convertir su inactividad en consentimiento del acto presunto, imponiéndole un deber de diligencia que, sin embargo, no le es exigible a la Administración en el cumplimiento de su deber legal de dictar resolución expresa en todos los procedimientos. Bajo estas premisas, este Tribunal ha concluido que deducir de ese comportamiento pasivo del interesado su consentimiento con el contenido de un acto administrativo presunto, en realidad nunca producido, supone una interpretación que no puede calificarse de razonable -y menos aún, con arreglo al principio *pro actione*, de más favorable a la efectividad del derecho fundamental del art. 24.1 CE-, al primar injustificadamente la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido con su deber de dictar y notificar la correspondiente resolución expresa».

La institución del silencio administrativo negativo -a diferencia del silencio administrativo positivo, que tiene la consideración de verdadero acto administrativo finalizador del procedimiento- se configura por ley exclusivamente como una garantía para la defensa judicial de sus derechos por parte de los interesados. Por tanto, la Administración no queda eximida de su obligación de resolver, incluso, de modo que no queda sujeta al sentido del silencio.

Tercera.- Del derecho a una buena administración y los principios rectores de la actuación administrativa.

Como norma fundamental del ordenamiento jurídico propio, el Estatuto de Autonomía para Andalucía (art. 31) garantiza el derecho a una buena administración, que comprende el derecho de todos ante las Administraciones Públicas, a participar plenamente en las decisiones que les afecten, obteniendo de ellas una información veraz, y a que sus asuntos se traten de manera objetiva e imparcial y sean resueltos en un plazo razonable.

Por su parte, de acuerdo con el artículo 103 de la Constitución, esa Administración debe actuar de acuerdo con una serie de principios, entre ellos, los de eficacia y sometimiento a la ley y al Derecho.

Los mismos principios se recogen en el artículo 6 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.

Asimismo, de acuerdo con el artículo 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), las Administraciones públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con principios de eficacia, eficiencia y servicio a los ciudadanos, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho. Igualmente, deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima. En sus relaciones con la ciudadanía, las Administraciones públicas deben actuar de conformidad con los principios de transparencia y de participación.

A la vista de todo ello y de conformidad con lo establecido en el artículo 29.1 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, se formula a ese Ayuntamiento de Umbrete la siguiente

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO de los Deberes Legales contenidos en los preceptos que han sido transcritos.

RECOMENDACIÓN concretada en la necesidad de dar respuesta, a la mayor brevedad posible, al recurso de reposición presentado por la parte afectada con fecha 17 de noviembre de 2016.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Pedimos que anulen la reclamación para que devuelva una subvención por autónoma que no pudo justificar en plazos por enfermedad grave

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 16/6379 dirigida a Consejería de Economía y Conocimiento, Dirección General de Economía Social y Autónomos

- 12 Junio 2017

El Defensor del Pueblo Andaluz formula resolución ante la Dirección General de Economía Social y Autónomos, en el sentido de que actuando de oficio, se proceda a la revocación de los actos de gestión para el reintegro de la subvención concedida y de recaudación ejecutiva llevados a cabo respecto de la interesada, con devolución de lo que hasta ahora hubiere sido embargado y de los intereses devengados a su favor. Así como que se declare incobrable el crédito, y fallido a la persona beneficiaria de la subvención.

ANTECEDENTES

I.- La interesada solicitaba nuestra intervención en relación con las actuaciones referidas que para reintegro de subvención se le habían notificado con fecha 6 de abril de 2011, efectuando la Administración al momento de su iniciación, requerimiento de documentación acreditativa de reunir los requisitos exigidos en la Convocatoria.

Consta igualmente, aportada por la promovente de la queja, diversa documentación acreditativa de los actos y Resoluciones que en el procedimiento referido habría dictado la Administración de Empleo concedente de la subvención referida.

La interesada, manifiesta no haber podido atender aquella notificación al estar de baja médica por enfermedad grave, con ingreso hospitalario y que solo pudo recurrir en vía administrativa, al momento de la notificación de la resolución de reintegro, y alegando el cumplimiento del requisito de haber figurado como autónoma, mediante la aportación de informe actualizado de vida laboral, presentado el mes de septiembre de 2015 (nº 633/15419), en el que por la Tesorería General de la Seguridad Social se incluía como periodo de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos el periodo que va desde el 1 de abril de 2009, al 31 de diciembre de 2010.

II.- Admitida a trámite la queja, solicitamos informe a la Delegación Territorial de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo de Sevilla, quien nos comunicó que remitía a la Dirección General de Economía Social y Autónomos nuestra petición de informe, por ser esta la competente para resolver en relación al procedimiento de reintegro de la subvención concedida.

La respuesta de la Dirección General indicada, se recibía finalmente en fecha 17 de enero de 2017, indicando la misma, lo que extractamos seguidamente:

Conforme a lo establecido en la Orden de 15 de marzo de 2017, de la Consejería de Empleo (entonces), se establecían las Bases Reguladoras de la concesión de ayudas al amparo de lo establecido en el Decreto 175/2006, de 10 de Octubre, por el que se aprobó el Plan de Fomento y Consolidación del Trabajo Autónomo de Andalucía.

Resultando concedida una subvención a la interesada promovente de la queja por un importe de 6.000 euros, abonada a la misma en fecha 9 de junio de 2009.

En fecha 6 de abril de 2011 la Administración de Empleo le requirió la justificación y acreditación de haber mantenido la condición de autónoma al menos un año desde la fecha de iniciación de la actividad.

Desde la Dirección General se inició procedimiento de reintegro de la subvención con fecha 4 de febrero de 2015, y tras desestimar sus alegaciones y el subsiguiente recurso de reposición, al considerar como no acreditado el cumplimiento del requisito de mantenimiento de la condición de autónomo, notificó resolución de reintegro a la interesada el 28 de septiembre de 2015, desestimando el recurso; no constando que la misma solicitare fraccionamiento o aplazamiento alguno, pasando el procedimiento a la vía de apremio, al no efectuar el ingreso de lo reclamado en periodo voluntario.

Consta que la vía de apremio correspondiente es tramitada por el OPAEF (ascendiendo el total a embargar a 9.671,38 euros, incluyendo el principal más intereses y gastos).

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- El reintegro de subvenciones *por incumplimiento de las obligaciones y modificación de circunstancias* en las que se basó su concesión.

Tanto la Ley 38/2003 de 17 de noviembre General de Subvenciones, como su Reglamento de desarrollo aprobado por Real Decreto 887/2006 de 21 de julio, regulan el procedimiento de reintegro de subvenciones de modo detallado.

Conforme establece el articulo 36.2, de la citada Ley General de Subvenciones:

> «2. Son causas de anulabilidad de la resolución de concesión las demás infracciones del ordenamiento jurídico, y, en especial, de las reglas contenidas en esta ley, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.»

Como se desprende del estudio de las citadas normas y de la doctrina fijada por el Tribunal Supremo, las resoluciones de concesión de subvenciones presentan una naturaleza o carácter condicional cuyo otorgamiento se produce siempre bajo la condición resolutoria de que el beneficiario tenga un determinado comportamiento o, realice una determinada actividad en los términos señalados en el acto de concesión, conforme a lo establecido en el Ordenamiento jurídico.

De acuerdo con lo establecido en el articulo 37 de la Ley General de Subvenciones, procederá el reintegro de las cantidades percibidas y la exigencia del interés de demora correspondiente desde el momento del pago de la subvención hasta la fecha en que se acuerde la procedencia del reintegro, entre otros, en el siguiente caso:

> «c) Incumplimiento de la obligación de justificación o la justificación insuficiente, en los términos establecidos en el artículo 30 de esta ley, y en su caso, en las normas reguladoras de la subvención.»

En los procedimientos de reintegro de carácter general, conforme a la normativa de subvenciones indicada, deben seguirse las reglas siguientes: Notificación del acuerdo o resolución de iniciación del procedimiento de reintegro, en el mismo se han de indicar la causa que determine su inicio; las obligaciones incumplidas por la parte beneficiaria y el importe afectado de la subvención (en su totalidad

o en parte).

En la notificación del acuerdo de reintegro debe indicarse al beneficiario la concesión de un plazo de quince días para presentar alegaciones o los documentos que estime convenientes, como justificación del cumplimiento de sus obligaciones y de las condiciones impuestas en el acto concesional y contempladas en la Convocatoria.

Consta en las presentes actuaciones, como hemos expuesto anteriormente, que la Administración de Empleo en fecha 6 de abril de 2011, requirió la justificación y acreditación de haber mantenido la condición de autónoma al menos un año desde la fecha de iniciación de la actividad.

La interesada manifiesta -como hemos expuesto antes- no pudo atender atender aquel requerimiento por las razones indicadas y, añade que solo pudo recurrir -al momento de la notificación de la resolución de reintegro- alegando el cumplimiento del requisito de haber figurado como autónoma, mediante la aportación de informe actualizado de vida laboral, presentado el mes de septiembre de 2015 (nº 633/15419), en el que por la Tesorería General de la Seguridad Social se incluía como periodo de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos desde el 1 de abril de 2009, al 31 de diciembre de 2010.

SEGUNDA.- La indefensión como causa de revocación de actos en beneficio de los administrados.

En nuestra opinión, concurren circunstancias que justificarían la revocación de oficio de los actos dictados por la Dirección General de Economía Social y Autónomos, encaminados a la obtención del reintegro de la subvención como recurso de naturaleza pública y, a su recaudación encomendada al OPAEF.

Al respecto, debemos traer a colación lo establecido en el Artículo 219 de la Ley General Tributaria referida, establece:

> «1. La Administración tributaria podrá revocar sus actos en beneficio de los interesados cuando se estime que infringen manifiestamente la ley, cuando circunstancias sobrevenidas que afecten a una situación jurídica particular pongan de manifiesto la improcedencia del acto dictado, o cuando en la tramitación del procedimiento se haya producido indefensión a los interesados.
>
> La revocación no podrá constituir, en ningún caso, dispensa o exención no permitida por las normas tributarias, ni ser contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico.
>
> 2. La revocación sólo será posible mientras no haya transcurrido el plazo de prescripción.
>
> 3. El procedimiento de revocación se iniciará siempre de oficio, y será competente para declararla el órgano que se determine reglamentariamente, que deberá ser distinto del órgano que dictó el acto.
>
> En el expediente se dará audiencia a los interesados y deberá incluirse un informe del órgano con funciones de asesoramiento jurídico sobre la procedencia de la revocación del acto.
>
> 4. El plazo máximo para notificar resolución expresa será de seis meses desde la notificación del acuerdo de iniciación del procedimiento.
>
> Transcurrido el plazo establecido en el párrafo anterior sin que se hubiera notificado resolución expresa, se producirá la caducidad del procedimiento.
>
> 5. Las resoluciones que se dicten en este procedimiento pondrán fin a la vía administrativa.»

Diversas son las causas que justificarían en nuestra opinión la utilización de esa vía de revisión en el presente caso, aplicando -de oficio la Administración - el procedimiento de revocación de los actos recaudatorios y ejecutivos ya practicados, en virtud de lo establecido en el transcrito artículo 219, de la Ley General Tributaria.

De una parte, resulta evidente al momento de la tramitación de las actuaciones del procedimiento de reintegro, que la interesada estaba siendo tratada de enfermedad grave, por lo que no pudo acreditar y justificar en plazo, el cumplimiento de los requisitos que se le exigían y que sí reunía.

Tal imposibilidad basada en su estado de salud, a la postre, la habría colocado en situación de práctica indefensión. Pero, además, como posteriormente en vía de recurso administrativo pudo acreditar, mediante documental procedente del INSS, siempre reunió los requisitos cuya acreditación se le interesó, especialmente el de mantenimiento de la condición de autónomo, más de un año desde el inicio de la actividad.

TERCERA.- Las dificultades económicas en la extinción de la deuda: la insolvencia, la declaración de fallido y de crédito incobrable.

De otra parte, consideramos que en las actuaciones que nos ocupan concurre, además, la delicada situación económica de interesada.

En repetidas ocasiones durante la tramitación del procedimiento de queja, la interesada nos expone que se encuentra en situación de dificultad socio-económica, cuenta con escasos recursos económicos.

Hay que tener en cuenta que el procedimiento para el reintegro de las subvenciones, en cuanto a recursos de naturaleza pública que son, se ha de acomodar y ajustar al procedimiento, plazos y forma que establece el Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio.

El referido Reglamento, contiene especiales previsiones en cuanto a la forma de tratar la insolvencia, contenidas en los artículos 61 a 63 del Real Decreto 939/2005 de 29 de julio por el que se aprobó el Reglamento General.

El articulo 61 se refiere al concepto de deudor fallido y de crédito incobrable:

> «1. Se considerarán fallidos aquellos obligados al pago respecto de los cuales se ignore la existencia de bienes o derechos embargables o realizables para el cobro del débito. En particular, se estimará que no existen bienes o derechos embargables cuando los poseídos por el obligado al pago no hubiesen sido adjudicados a la Hacienda pública de conformidad con lo que se establece en el artículo 109. Asimismo, se considerará fallido por insolvencia parcial el deudor cuyo patrimonio embargable o realizable conocido tan solo alcance a cubrir una parte de la deuda.
>
> La declaración de fallido podrá referirse a la insolvencia total o parcial del deudor.
>
> Son créditos incobrables aquellos que no han podido hacerse efectivos en el procedimiento de apremio por resultar fallidos los obligados al pago.
>
> El concepto de incobrable se aplicará a los créditos y el de fallido a los obligados al pago.
>
> 2. Una vez declarados fallidos los deudores principales y los responsables solidarios, la acción de cobro se dirigirá frente al responsable subsidiario.
>
> Si no existieran responsables subsidiarios o, si existiendo, estos resultan fallidos, el crédito será declarado incobrable por el órgano de recaudación.»

En el presente caso, en que consta la alegación de la interesada además sobre sus limitados recursos económicos y la inexistencia de bienes embargables, y en particular de sueldos salarios o pensiones cuyo importe sobrepase el salario mínimo interprofesional, el procedimiento consideramos que debería culminar -si justifica y prueba tal situación- con la declaración de fallido de la obligada frente a la Administración de Empleo.

Con tal proceder, consideramos que la actuación administrativa resultaría más adecuada y garante del

principio de proporcionalidad establecido en el Ordenamiento jurídico tributario y de gestión recaudatoria.

Por cuanto antecede, y de conformidad y en aplicación de lo establecido en el Artículo 29.1, de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, formulamos a Dirección General concernida, la siguiente

RESOLUCIÓN

RECOMENDACIÓN: en el sentido de que actuando de oficio, se proceda a la revocación de los actos de gestión para el reintegro de la subvención concedida y de recaudación ejecutiva llevados a cabo respecto de la interesada, con devolución de lo que hasta ahora hubiere sido embargado y de los intereses devengados a su favor.

RECOMENDACIÓN: en el sentido de que, subsidiariamente, se declare incobrable el crédito y, fallido a la persona beneficiaria de la subvención.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Valoramos la declaración de insolvencia provisional (fallidos provisionales)

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/0026 dirigida a Ayuntamientos de Andalucía de más de 20.000 habitantes, Diputaciones Provinciales

- 15 Diciembre 2017

Cada vez es mayor el número de quejas promovidas a instancia de parte que recibe el Defensor del Pueblo Andaluz, en las que contribuyentes y deudores de las Haciendas Locales en difícil situación socio-económica y que, generalmente, han venido cumpliendo concienzudamente sus obligaciones tributarias en periodo voluntario, se ven ahora abocados a afrontar un procedimiento de apremio que finalizará con el embargo de bienes y derechos o, en el mejor de los casos, teniendo que abonar los recargos de apremio y ejecutivo, así como el pago de intereses; y, en casos de solicitudes de aplazamiento y fraccionamiento de aquellas deudas tributarias o de naturaleza pública, con el deber de constitución de garantías, con los sobrecostes que ello les genera.

Como muestra de nuestra afirmación citaremos que, en relación a la recaudación ejecutiva de deudas tributarias o de naturaleza pública por las Haciendas Locales de la Comunidad Autónoma, respecto de contribuyentes en difícil situación socio-económica últimamente hemos tramitado los expedientes de queja 13/5248; 14/1045; 14/5557; 15/777; 15/3779; 16/181; 16/577; 16/1133; 16/2932; 16/3174; 16/4971; 16/5940.

Común a todos estos casos ha sido que, por los Servicios y Organismos Administrativos encargados de la Recaudación por las respectivas Administraciones Locales, aun cuando se constataba la afección a contribuyentes con bajos recursos económicos y en situaciones próximas a la exclusión social, si no en ella, se finalizaban los procedimientos recaudatorios mediante el embargo de los escasos bienes en su posesión y la mayor parte de las veces con la traba de los importes depositados en cuentas bancarias, en no pocas ocasiones ingresados por las Administraciones Públicas en concepto de ayudas sociales, prestaciones por desempleo o pensiones.

En nuestras actuaciones en la materia hemos comprobado que las Administraciones gestoras y recaudadoras de tributos y recursos de naturaleza pública venían actuando conforme a derecho, ya que respetaban lo establecido en la Ley 58/2003, de 17 de noviembre, General Tributaria y lo regulado en el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprobó el Reglamento General de Recaudación, realizando gestiones para el cobro de la deuda tributaria primero en vía voluntaria y, posteriormente, en vía ejecutiva, concluyendo, en caso de impago, con el inicio del procedimiento de apremio que habitualmente incluye el embargo de bienes para asegurar el cobro del principal de la deuda mas los recargos e intereses.

Dado que estos obligados tributarios carecen de recursos suficientes para pagar la deuda tributaria y los ingresos que perciben no superan los límites de inembargabilidad fijados por la vigente Ley de

enjuiciamiento civil, en muchas ocasiones y tras un largo proceso durante el que se suceden infructuosamente los intentos de cobro y los embargos, el procedimiento culmina con la declaración de fallido de los obligados al pago y con la declaración del crédito como parcial o totalmente incobrable.

Tal forma de proceder, por más que resulte ajustada a la normativa vigente, es evidente que ocasiona importantes perjuicios en el caso de obligados tributarios en situaciones de necesidad, ya que los mismos se ven obligados a acudir, una y otra vez, a los organismos recaudatorios para tratar de levantar los embargos realizados indebidamente sobre sus ingresos acreditando documentalmente que los ingresos embargados no superan los límites de inembargabilidad legalmente previstos.

No se trata únicamente de meros inconvenientes o molestias, sino que el levantamiento de un embargo improcedente requiere de numerosas gestiones por parte del deudor embargado, tanto ante la entidad financiera, como ante el organismo de recaudación, que muchas veces implican desplazamientos y costes adicionales, además de requerir unos conocimientos de los procedimientos a seguir que muchas veces no están a su alcance.

Pero el mayor perjuicio derivado de estos embargos indebidos es la imposibilidad para el deudor de disponer de los fondos embargados o trabados mientras se solventan los procedimientos de reconocimiento de la inembargabilidad y devolución de ingresos indebidos, que a veces se prolongan durante meses. Siendo así que por lo general esos ingresos son los únicos que percibe el deudor y precisa disponer de los mismos para atender gastos básicos como la manutención o el pago de la vivienda o de suministros básicos. No es infrecuente que, como consecuencia de estos embargos, los afectados incurran en impagos que deriven en cortes de suministros básicos o la incoación de procesos de ejecución de créditos.

Nuestras intervenciones en estos casos, aunque puedan ayudar a agilizar el procedimiento de levantamiento de la traba y la devolución de lo ingresado indebidamente, no sirven para solucionar el problema de fondo, ya que la aplicación de la legislación vigente conlleva una inercia por parte de los organismos recaudatorios que les lleva a repetir los procedimientos cobratorios, embargando las cuentas del deudor una y otra vez, en un proceso que sólo concluye cuando finalmente se acuerdan la declaración de insolvencia y fallido.

Una forma de evitar este tipo de situaciones, que perjudican por igual a Administraciones y contribuyentes, sería generalizar una buena práctica diseñada e implementada por el Organismo Autónomo de Gestión Tributaria del Ayuntamiento de Málaga (GESTRISAM), consistente en la incorporación a su Ordenanza General de Gestión, Inspección y Recaudación de Ingresos de Derecho Público de un nuevo procedimiento de declaración de insolvencia provisional, cuyo objeto es facilitar una mayor protección a las personas en situación de necesidad económica o en exclusión social deudoras de la Hacienda Municipal.

La modificación en la referida Ordenanza (entrada en vigor el 20 de mayo de 2016), se incluye en el articulo 35.6 de la misma, con el siguiente contenido:

> «6 En el caso de que, a través de la información obtenida como consecuencia de las actuaciones recaudatorias realizadas durante el procedimiento de apremio respecto del obligado, se constate la inexistencia de bienes y créditos embargables o que el único bien realizable fuese la vivienda habitual del mismo, se procederá a iniciar el expediente de insolvencia provisional en el que se distinguirá:
>
> a) En el caso de inexistencia de bienes embargables y, en particular de sueldos salarios o pensiones cuyo importe sobrepase el salario mínimo interprofesional, el procedimiento culminará con la declaración de fallido del obligado.
>
> b) Si el único bien realizable fuese la vivienda habitual, acreditada tal circunstancia y en atención al principio de proporcionalidad establecido en el artículos 3 y 169 de la Ley 58/2003, de 17 de

diciembre, General Tributaria, el procedimiento de apremio se limitará al embargo de dicha vivienda sin proceder a realizar actuaciones tendentes a su enajenación. Se actuará de igual forma con la deuda que, en lo sucesivo, devengue el obligado y que se vea incursa en el procedimiento de apremio. En caso de solvencia sobrevenida, transmisión del bien, ejecución de acreedores preferentes u otras similares, se continuará el procedimiento de apremio.»

Como puede verse, se establece una nueva regulación de la situación provisional de insolvencia y de la declaración de fallidos y de créditos incobrables.

El procedimiento se inicia de oficio o mediante solicitud del sujeto pasivo titular de la deuda tributaria en vía ejecutiva en aquellos casos en que se considere que la deuda no puede ni previsiblemente va a poder ser afrontada por el deudor, ni siquiera acudiendo a fórmulas de fraccionamiento o aplazamiento. El deudor debe aportar la documentación acreditativa de su situación económica para su verificación por la Administración, procediéndose a la paralización cautelar del procedimiento de apremio y a la declaración provisional de insolvencia.

El Organismo recaudador vigilará la posible solvencia sobrevenida para, en su caso, proceder a la rehabilitación de los créditos subsistentes, de no mediar prescripción, de conformidad a lo establecido en el articulo 63 del Reglamento General de Recaudación.

Especialmente acertada es la decisión de que el embargo de la vivienda donde resida el deudor, cuando sea el único bien ejecutable, no impida la declaración de fallido por insolvencia provisional, garantizándose, en aplicación del principio de proporcionalidad, la no ejecución del embargo mientras resida el deudor en la misma.

La página web de GESTRISAM recoge amplia información sobre los requisitos exigidos, los supuestos en que resulta de aplicación y el procedimiento a seguir, incluyendo los modelos de solicitud. Para un mejor conocimiento incluimos enlace a dicha página web: http://gestrisam.malaga.eu/portal/menu/seccion_0007/secciones/subSeccion...

Es de reseñar también que la iniciativa del Organismo Autónomo de Gestión Tributaria del Ayuntamiento de Málaga ha merecido el reconocimiento de la FEMP y ha sido incluido como buena práctica en su página web: http://femp.femp.es/Portal/Front/Atencion_al_asociado/BuenasPracticasDet...

En nuestra opinión, mediante las medidas aprobadas, la Administración tributaria municipal cumplimenta su deber de colaboración, asistencia e información respecto a los obligados tributarios para un mejor cumplimiento de sus derechos y obligaciones en la relación jurídico tributaria y establece un procedimiento idóneo para evitar perjuicios innecesarios a los contribuyentes que no puedan hacer frente a sus débitos tributarios, sin menoscabo de los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de la potestad tributaria.

Por cuanto antecede, esta Institución se ha planteado la conveniencia de iniciar actuaciones para propiciar la difusión y aplicación de esta buena práctica entre los organismos de recaudación dependientes de las Entidades Locales andaluzas.

Es por lo que, de conformidad con lo establecido en el articulo 1.1, en relación con el artículo 10.1 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, reguladora de la Institución, su titular ha decidido la iniciación de queja de oficio al respecto y, en aplicación de lo establecido en el artículo 29.1 de la citada Ley, la formulación de Resolución de posicionamiento (SUGERENCIA) instando de los Organismos de Gestión, Inspección y Recaudación tributaria tanto municipales como provinciales de Andalucía en el sentido de que procedan a aprobar modificación de su Ordenanza General en la materia incluyendo las medidas y procedimientos tendentes al reconocimiento de la situación provisional de insolvencia y fallido en los términos antes expuestos.

Pedimos a la Diputación que devuelva la plusvalía por la dación en pago de su vivienda

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 14/5447 dirigida a Diputación de Sevilla, Organismo Provincial de Asistencia Económica y Fiscal. "Opaef"

- 27 Agosto 2015

El Defensor del Pueblo Andaluz insta del Organismo Provincial de Asistencia Económica y Fiscal. "Opaef" (Diputación de Sevilla) el reconocimiento del derecho de las personas promotoras de la queja a ser beneficiarias de la exención prevista en el artículo 105.1.c) del Texto Refundido de la Ley Reguladora de Haciendas Locales, para los supuestos de dación en pago de la vivienda habitual, procediendo de oficio a la devolución de los ingresos indebidamente percibidos en concepto de Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.

ANTECEDENTES

I.- Los interesados (...) y (...), y, en relación con liquidación por el Impuesto de Plus Valía emitida por el Ayuntamiento de Castilblanco de los Arroyos respecto de la dación en pago de la vivienda con referencia catastral (...), nos exponen que han venido realizando algunas actuaciones de reclamación ante el mismo, que les comunicó su disposición a tratar de reducir la cuantía liquidada en tal concepto, para lo que realizarían actuaciones ante el OPAEF, según les indicaron.

Como quiera que transcurría el tiempo y desde la Administración Municipal nada se les informaba, en fecha 27 de junio de 2014 solicitaron del Organismo Provincial la exención en el pago de la plusvalía, conforme a lo establecido en el Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.

Debiendo formular nuevamente en fecha 26 de agosto de 2014 una nueva solicitud para la anulación de liquidaciones que ya le habían sido practicadas, sin actualizar la valoración catastral que había efectuado el Catastro, tras la transmisión efectuada a la entidad inmobiliaria dependiente de la entidad financiera que les había facilitado el préstamo hipotecario.

Dado que no se les facilitaba una contestación o respuesta, volvieron a insistir una vez más ante el OPAEF con fecha 21 de noviembre de 2014, al considerar que la transmisión de su vivienda habitual por la que se liquidaba el referido impuesto, fue realmente una dación en pago de la misma, en la cual habitan ahora al habérsele concedido un alquiler social.

La parte interesada considera que debería habérsele aplicado la nueva exención prevista para los supuestos de dación en pago en el Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio, que introdujo una modificación a tal efecto en el art. 105 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales. Razón por la cual solicitaba nuestra intervención para que se anulase la liquidación practicada.

II.– En las actuaciones, fue solicitado informe al Organismo Provincial de Asistencia Económica y Fiscal, que en sus respuestas, extractado en lo que interesa, nos venía a exponer que el Organismo Provincial de Asistencia Economica y Fiscal tiene delegadas las competencias de inspección y recaudación del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana en el municipio de Castilblanco de los Arroyos mediante Convenio con el Ayuntamiento, de fecha 12 de Abril de 2007.

En el marco de dicha delegación, añadía el OPAEF en su informe, el Ayuntamiento les remitió con fecha 2 de diciembre de 2013 para liquidación por el IIVTNU la escritura correspondiente a la transmisión de la vivienda en cuestión; añadiendo el referido informe, que la escritura aparecía titulada como "compraventa con subrogación hipotecaria" y, que en su estipulación primera los intervinientes manifiestan que venden y transmiten la plena propiedad de la finca.

Nos informaba el Organismo que las liquidaciones emitidas por el OPAEF fueron notificadas a los intervinientes en fecha de mayo de 2014, formulando los mismos solicitud de exención de pago con fecha 27 de junio de 2014, aportando a tal efecto como acreditación un certificado de LA CAIXA de compromiso de condonación parcial de deuda garantizada condicionado a la transmisión del inmueble a un tercero.

Afirmando el OPAEF que, al respecto de la cuestión de la exención solicitada se remitían a anteriores informes remitidos a esta Institución sobre la naturaleza jurídica del contrato de compraventa y la libre manifestación de las partes, en alusión al criterio de interpretación y valoración aplicado por el Organismo, consistente en presumir la certeza de las declaraciones contenidas en los documentos públicos suscritos ante Notario, tanto por lo referido a las partes intervinientes como por lo que afecta al negocio jurídico realizado; añadiendo que no consideraba afectado por la certificación aportada por los interesados la naturaleza jurídica del contrato y su objeto de compraventa.

Añadía el referido informe que con fecha 26 de agosto de 2014, uno de los interesados comparecía ante el OPAEF, siendo asesorado para formalizar recurso contra la liquidaciones notificadas, cuya gestión de cobro quedaba en suspenso en aquel momento (pues el periodo de ingreso en voluntaria habría concluido el 21 de julio de 2014, estando el valor incurso en vía de apremio).

En fecha 3 de octubre de 2014, se proponía la estimación del recurso y la anulación de las liquidaciones practicadas, expidiéndose otras nuevas con fecha 12 de noviembre de 2014 y concediendo a los interesados como plazo de ingreso hasta el 20 de enero de 2015. No obstante, éstos solicitan la anulación de las liquidaciones practicadas por considerar exenta la operación, en fecha 21 de noviembre de 2014.

Para finalizar, indicaba el OPAEF que mediante Resolución de la Vicepresidenta dictada el 9 de enero de 2015, se desestimaba solicitud/recurso de los interesados, por las razones anteriormente señaladas.

III.- Coincidiendo con la tramitación de la presente resolución, en fecha 11 de junio de 2015 recibimos escrito de la Gerencia del OPAEF, en el que se nos indicaba que la misma contaba con un nuevo informe de la Dirección General de Tributos, que la obligaba a revisar sus criterios al respecto de la cuestión de fondo en los expedientes de esta naturaleza que tramitamos respecto al Organismo provincial.

La síntesis del informe referido y los planteamientos de la Gerencia del OPAEF respecto a la aplicación del mismo y la revisión de sus criterios de aplicación, se incluyen con posterioridad en el siguiente apartado, de Consideraciones (Consideración Cuarta de esta Resolución).

En base a los referidos antecedentes, conviene realizar a la Administración actuante las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Sobre la tributación en los supuestos de trasmisión de la vivienda por dación en pago o ejecución hipotecaria.

Debemos comenzar señalando que esta obligación tributaria venía siendo objeto de numerosas críticas ya

que resultaba difícil de entender y aceptar que se cobrase este tributo a unas familias que, tras sufrir el drama de haber perdido sus hogares por no poder hacer frente al pago de sus hipotecas, se veían obligadas al pago de un impuesto que gravaba un enriquecimiento que para ellos resultaba absolutamente inexistente.

Haciéndose eco de estas críticas y para tratar de solventar este problema, el Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, modificó -añadiéndole un nuevo apartado 3-, el Art. 106 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, con la siguiente redacción:

«3. En las transmisiones realizadas por los deudores comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 2 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, con ocasión de la dación en pago de su vivienda prevista en el apartado 3 del Anexo de dicha norma, tendrá la consideración de sujeto pasivo sustituto del contribuyente la entidad que adquiera el inmueble, sin que el sustituto pueda exigir del contribuyente el importe de las obligaciones tributarias satisfechas.»

Esta modificación legal permitió relativizar en cierto modo el impacto negativo de tan injustificado tratamiento fiscal a las familias que se habían visto obligadas a efectuar una dación en pago de sus viviendas. No obstante, el alcance efectivo de esta norma resultó muy limitado al estar condicionado al hecho de que la dación en pago se hubiese producido como consecuencia de la aplicación por la entidad financiera del Código de Buenas Prácticas regulado en esta norma, siendo así que en bastantes ocasiones las entidades financieras acordaban las daciones en pago fuera de este procedimiento como una forma de eludir la asunción del papel de sustitutos del contribuyente que le otorgaba la nueva redacción del artículo 106.

Además, la modificación normativa no incluía en su ámbito de aplicación las daciones en pago operadas con anterioridad a su aprobación, ni recogía los supuestos de trasmisiones de viviendas operadas en el seno de procedimientos de ejecución hipotecaria judiciales o notariales.

La constatación del reducido alcance de la norma es la que justifica que se acordare por el Gobierno, por razones de urgencia, mediante el Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio, una nueva modificación del art. 105 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales por la que, además de declarar exentas del pago del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana las trasmisiones realizadas con ocasión de la dación en pago a una entidad financiera de la vivienda habitual del deudor hipotecario o garante del mismo, extendió dicha exención a las trasmisiones de viviendas realizadas en procesos de ejecución hipotecarias judicial o notarial y ordenó su aplicación retroactiva a las trasmisiones acordadas a partir del 1 de enero de 2010.

Con posterioridad, tras la convalidación del Real Decreto Ley 8/2014 citado, por el Congreso de los Diputados, en sesión celebrada el 10 de julio, se procedía a su tramitación como Proyecto de Ley en las Cortes, tramitación que dio lugar a la aprobación y promulgación Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, entrada en vigor el mismo día de su publicación (BOE de 17 de octubre de 2014); manteniendo el Legislador ordinario las previsiones normativas sobre las exenciones establecidas inicialmente por el Gobierno.

A la vista de esta nueva modificación operada en el IIVTNU y con el objetivo de que la exención tributaria incluida en la misma pudiera beneficiar realmente a las personas que habían tenido que pagar dicho tributo tras perder sus viviendas al entregarlas como dación en pago a la entidad financiera por no poder pagar sus hipotecas, esta Institución acordó iniciar de oficio la queja 14/3994 a fin de trasladar a todos los Ayuntamientos de Andalucía la petición de que aplicaran de oficio dicha exención devolviendo lo cobrado desde 2010 en concepto de IIVTNU en todos los supuestos contemplados en el Real Decreto-Ley 8/2104 y especialmente en los casos de dación en pago de la vivienda habitual.

En paralelo a estas actuaciones, esta Institución publicó un Comunicado del Defensor del Pueblo Andaluz a las Administraciones Locales con competencias en materia de gestión, liquidación y recaudación, solicitando actuaciones de oficio para la devolución de las cantidades percibidas por plusvalías en los casos de dación en pago de la vivienda y ejecuciones hipotecarias y notariales.

El mismo figura inserto en la página web de la Institución, enlace: http://www.defensordelpuebloandaluz.es/sites/default/files/comunicadoPLU...ÍAS090714.pdf, donde puede ser libremente accedido, siendo del siguiente tenor literal:

"El Defensor del Pueblo Andaluz valora muy positivamente la inclusión en el Real Decreto-Ley 8 /2014, de 4 de julio, de una modificación del art. 105 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales por la que se declaran exentas del pago del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (Plusvalía) las trasmisiones realizadas con ocasión de la dación en pago a una entidad financiera de la vivienda habitual del deudor hipotecario o garante del mismo.

Esta nueva exención, que es también extensible a aquellas daciones en pago realizadas en procesos de ejecución hipotecarias judicial o notarial, se aplicará a las trasmisiones acordadas a partir del 1 de enero de 2014 y tendrá efectos retroactivos para las trasmisiones que se hubieran efectuado en los 4 años anteriores a dicha fecha.

Esto implica que las personas que con posterioridad al 1 de enero de 2010 hayan pagado plusvalía a algún Ayuntamiento como consecuencia de haber tenido que entregar su vivienda habitual a un a entidad financiera por no poder pagar el crédito hipotecario, tendrán ahora derecho a que se les devuelva ese dinero al haber quedado exento de tributación el hecho imponible.

Esta Institución teme que la información acerca de esta novedad legislativa no llegue a conocimiento de muchas de las personas que podrían beneficiarse de la misma y que, en su mayoría, son personas en situación económica muy desfavorecida.

Por ello, el Defensor del Pueblo Andaluz solicita públicamente a todos los Ayuntamientos andaluces que hagan un esfuerzo por identificar e informar a todas las personas que puedan resultar beneficiarias de esta exención, procediendo a devolver de oficio las cantidades ingresadas en concepto de plusvalía cuando se acredite que se reúnen los requisitos para ello.

Al objeto de identificar e informar a las posibles personas beneficiarias, los Ayuntamientos podrían utilizar los datos que figuran en las liquidaciones del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, correspondiente a los ejercicios anteriores no prescritos, en los que figure como adquirente del bien una entidad de crédito o cualquier otra entidad que de manera profesional realice la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios.

El Defensor del Pueblo Andaluz considera que la exención aprobada por el art. 123 del Real Decreto-Ley 8/2014 podría beneficiar a muchas personas y familias que están pasando por una difícil situación económica.

Por ello, para conseguir que esta medida tenga una efectividad real, solicita la colaboración activa de los Ayuntamientos andaluces, tanto en la tarea de identificar e informar a esas personas, como en la devolución de oficio y con la mayor premura de las cantidades cobradas."

En el curso de la tramitación de la queja de oficio 14/3994 recibimos informe emitido por el OPAEF expresando su conformidad con el objetivo pretendido en la petición cursada por esta Institución pero manifestando también una serie de dudas e inconvenientes para su aplicación efectiva, que hacían dudar de la voluntad real de dicho organismo de dar cumplimiento a la petición de esta Institución.

Así, indicaba que el procedimiento regulado en el Art. 105 de la Ley Reguladora de Haciendas Locales era rogado, por lo que entendían que para aplicar la exención y devolver lo cobrado por este tributo debería

mediar la solicitud de los interesados acreditando reunir los requisitos; añadiendo que tanto para el caso de solicitud por parte de los posibles beneficiarios de la exención, como para el caso de que el Organismo actuara de oficio, le resultaría muy difícil, certificar la ausencia de bienes y derechos en la unidad familiar.

Igualmente, el informe del OPAEF en dicha queja de oficio aducía la dificultad de probar la habitualidad en la residencia, pues en los Padrones Fiscales de los que dispone el Organismo solo figura el domicilio a efectos de notificaciones, sin las correspondientes actualizaciones. Al margen de lo anterior, añadía que acordar de oficio la aplicación de la exención y la incoación de un procedimiento de devolución de ingresos indebidos sería adoptar por parte del Organismo una decisión que afectaría al estado de ingresos de otra entidad local (el Ayuntamiento delegante), lo que excedería del ámbito de las delegaciones convenidas.

En consecuencia el OPAEF manifestaba en aquellas actuaciones que no iniciaría de oficio los expedientes de devolución que pudieren resultar de la exención establecida en el Art. 123 del Real Decreto Ley 8/2014 citado, sino que los expedientes con tal finalidad deberían iniciarse a instancia del interesado o del Ayuntamiento correspondiente, y, en todo caso, previa acreditación por el transmitente del cumplimiento de los requisitos.

SEGUNDA.- Sobre la obligación de la Administración tributaria de devolución de oficio de las cantidades ingresadas.

La Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, incluye en su artículo 30, entre los deberes y obligaciones de las Administraciones Tributarias la de «realizar las devoluciones derivadas de la normativa de cada tributo, la de devolución de ingresos indebidos, la de reembolso de los costes de las garantías y la de satisfacer intereses de demora».

A este respecto, el artículo 31 del mismo texto regula las devoluciones derivas de la normativa de cada tributo estableciendo lo siguiente:

«1. La Administración tributaria devolverá las cantidades que procedan de acuerdo con lo previsto en la normativa de cada tributo.

Son devoluciones derivadas de la normativa de cada tributo las correspondientes a cantidades ingresadas o soportadas debidamente como consecuencia de la aplicación del tributo.

2. Transcurrido el plazo fijado en las normas reguladoras de cada tributo y, en todo caso, el plazo de seis meses, sin que se hubiera ordenado el pago de la devolución por causa imputable a la Administración tributaria, ésta abonará el interés de demora regulado en el artículo 26 de esta ley, sin necesidad de que el obligado lo solicite. A estos efectos, el interés de demora se devengará desde la finalización de dicho plazo hasta la fecha en que se ordene el pago de la devolución.»

A la vista de estos preceptos legales, debemos tomar en consideración que el art. 123 del Real Decreto-ley 8/2014, establecía que la nueva exención incluida por el mismo en la regulación del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana se aplicará «con efectos desde el 1 de enero de 2014, así como para los hechos imponibles anteriores a dicha fecha no prescritos».

Esto implica una aplicación retroactiva de la nueva exención que alcanzaría a los hechos imponibles producidos a partir del 1 de enero de 2010 y, que debe traducirse necesariamente en la devolución por las Administraciones Tributarias locales de las cantidades percibidas por este impuesto desde dicha fecha, cuando concurran los requisitos exigidos para la aplicación de dicha exención.

Por su parte, el art. 34 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, incluye entre los derechos y garantías de los obligados tributarios lo siguiente:

«b) Derecho a obtener, en los términos previstos en esta Ley, las devoluciones derivadas de la normativa

de cada tributo y las devoluciones de ingresos indebidos que procedan, con abono del interés de demora previsto en el artículo 26 de esta Ley, sin necesidad de efectuar requerimiento alguno.»

Al venir establecida la obligación de devolución en la nueva regulación legal del tributo, la misma debería realizarse de oficio por parte de las Administraciones implicadas y, al no fijarse plazo alguno en el real Decreto-ley 8/2014, ni tampoco, posteriormente en la Ley 18/2014, la misma debería ser efectiva en un plazo no superior a 6 meses desde la aprobación de dicha norma, para evitar la imposición de los correspondientes intereses de demora.

A este respecto, entendemos que por parte de las Administraciones tributarias locales debería incoarse de oficio un procedimiento general de devolución de ingresos derivado del cambio normativo en el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana operado por el Real Decreto-ley 8/2014 y mantenido tras la entrada en vigor de la Ley 18/2014, de 15 de octubre.

Dicho procedimiento debe incluir una fase de comprobación de los hechos imponibles afectados por la exención, para lo cual podrían utilizarse los datos que figuran en las liquidaciones del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, correspondiente a los ejercicios anteriores no prescritos, en los que figure como adquirente del bien una entidad de crédito o cualquier otra entidad que de manera profesional realice la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios.

Una vez comprobados los hechos imponibles, deberá procederse a la identificación de los sujetos pasivos afectados, procediendo a continuación a notificar a los mismos el procedimiento incoado a los efectos de que acrediten la concurrencia de los requisitos previstos en la normativa para resultar beneficiarios de la exención.

Dado que es previsible que en algunos supuestos resulte difícil la notificación a los sujetos pasivos por haber modificado los mismos su domicilio fiscal tras la pérdida de su vivienda, consideramos que resultaría conveniente que por los Ayuntamientos se realizase una campaña informativa pública sobre el proceso de devolución iniciado.

No obstante, alega al respecto el OPAEF como impedimento para que las Administraciones Tributarias concernidas en el presente asunto actúen de oficio, que la reforma normativa por la que se ha establecido la exención que nos ocupa considera la misma como rogada y que, por tanto, es necesaria para su concesión la solicitud a instancia de parte y la acreditación de reunir los requisitos legalmente establecidos.

A este respecto, debemos decir que en absoluto se deduce de la reforma normativa del tributo que la aplicación de la exención deba ser rogada como pretende ese organismo. Antes al contrario, por lo que hemos expuesto anteriormente parece claro que dicha exención viene estipulada ex lege por lo que debe aplicarse de oficio por las administraciones concernidas, incluso en aquellos supuestos en que la aplicación de la exención deba realizarse con carácter retroactivo por así disponerlo la norma reguladora.

Por tanto, no resulta aceptable la negativa de ese organismo a actuar de oficio para la devolución de los ingresos indebidamente percibidos con arreglo a la nueva redacción del precepto legal. El hecho de que sea necesario acreditar por los posibles beneficiarios de la devolución la concurrencia de determinados requisitos fijados por la norma, en ningún caso impide la actuación de oficio por parte de la Administración para la devolución de los ingresos percibidos, sino que únicamente conlleva la inclusión, dentro del procedimiento administrativo de devolución, de un trámite para solicitar al interesado la aportación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos legalmente estipulados, siempre y cuando dicha acreditación no pueda realizarse por la propia Administración.

Pero es que además, en el presente caso, consta en las actuaciones que por los interesados se presentó, solicitud o escrito reclamando la anulación de la liquidación a su nombre, cuestión esta reconocida incluso en escritos informativos del OPAEF remitidos a esta Institución, razón por la cual parece evidente que en el presente caso resulta superfluo el debate sobre el carácter rogado o de oficio de la aplicación de la

exención.

TERCERA.- Sobre las previsiones legales en relación con la tributación de las daciones en pago de la vivienda habitual y la acreditación de sus requisitos.

Conforme a lo que estableció el art. 123, uno, c), del Real Decreto Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, se añadía una letra c) en el apartado 1 del artículo 105 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley Reguladora de Haciendas Locales, con la intención -meridianamente clara- de declarar exentos del impuesto que nos ocupa los incrementos de valor que fueren consecuencia de las transmisiones realizadas con ocasión de la dación en pago de la vivienda habitual garantizada con hipoteca, en circunstancias que evidenciaban la gravedad de la situación económica de muchas familias que no podían afrontar, por circunstancias sobrevenidas, aquellas deudas.

La anterior exención, incluida en el Ordenamiento jurídico tributario por el Gobierno y mediante la excepcional vía de urgencia, se mantuvo tras la convalidación del Real Decreto Ley 8/2014, citado y, tras su tramitación como Proyecto de Ley en las Cortes, tras la aprobación de Ley 18/2014, de 15 de octubre, citada, lo que ratifica la firme voluntad del legislador de que esta exención se haga efectiva y la misma beneficie realmente a quienes se vieron obligados al pago del tributo pese a haberse visto obligados a entregar sus viviendas habituales a la entidad financiera por no poder pagar la hipoteca que gravaba la misma.

De hecho esta Ley 18/2014 ha mantenido, el espíritu y finalidad pretendidos, con la inclusión de la exención anteriormente referida en la letra c) del apartado 1 del artículo 105 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, en los siguientes términos:

«Uno. Con efectos desde el 1 de enero de 2014, así como para los hechos imponibles anteriores a dicha fecha no prescritos, se añade una letra c) en el apartado 1 del artículo 105, que queda redactada de la siguiente forma:

c) Las transmisiones realizadas por personas físicas con ocasión de la dación en pago de la vivienda habitual del deudor hipotecario o garante del mismo, para la cancelación de deudas garantizadas con hipoteca que recaiga sobre la misma, contraídas con entidades de crédito o cualquier otra entidad que, de manera profesional, realice la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios.

Asimismo, estarán exentas las transmisiones de la vivienda en que concurran los requisitos anteriores, realizadas en ejecuciones hipotecarias judiciales o notariales.

Para tener derecho a la exención se requiere que el deudor o garante transmitente o cualquier otro miembro de su unidad familiar no disponga, en el momento de poder evitar la enajenación de la vivienda, de otros bienes o derechos en cuantía suficiente para satisfacer la totalidad de la deuda hipotecaria. Se presumirá el cumplimiento de este requisito. No obstante, si con posterioridad se comprobara lo contrario, se procederá a girar la liquidación tributaria correspondiente. A estos efectos, se considerará vivienda habitual aquella en la que haya figurado empadronado el contribuyente de forma ininterrumpida durante, al menos, los dos años anteriores a la transmisión o desde el momento de la adquisición si dicho plazo fuese inferior a los dos años.

Respecto al concepto de unidad familiar, se estará a lo dispuesto en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio. A estos efectos, se equiparará el matrimonio con la pareja de hecho legalmente inscrita.

Respecto de esta exención, no resultará de aplicación lo dispuesto en el artículo 9.2 de esta Ley.»

Merece la pena destacar la modificación operada por el legislador en el párrafo 3º de la letra c) del

precepto, respecto de la redacción contenida en el Real Decreto-Ley 8/2014, en relación con la acreditación de la inexistencia de bienes o derechos por parte del deudor para poder pagar la deuda hipotecaria en el momento de la dación en pago.

En la nueva redacción de este párrafo se señala que «Se presumirá el cumplimiento de este requisito. No obstante, si con posterioridad se comprobara lo contrario, se procederá a girar la liquidación tributaria correspondiente».

Esta modificación deja sin contenido otro de los reparos señalados por el OPAEF para el cumplimiento de la petición cursada por esta Institución en la queja de oficio 14/3994, cual era la dificultad de certificar la ausencia de bienes y derechos en la unidad familiar.

CUARTA.- Sobre la aplicación de la exención tributaria a supuestos de daciones en pago instrumentados mediante compraventa con subrogación hipotecaria de entidad diferente de la entidad financiera titular de la hipoteca.

Otra de las cuestiones o impedimentos que plantea el OPAEF para que se pueda reconocer la exención instada, parece residenciarse en el hecho de que, según la escritura pública firmada, la transmisión realizada por la parte interesada en nuestras actuaciones fue una compraventa con subrogación hipotecaria a favor de la entidad vinculada a la prestamista. Un hecho del que se hace derivar un aparente doble problema para la aplicación de la exención prevista legalmente:

1. La trasmisión no se realiza en favor de una “entidad de crédito o cualquier otra entidad que, de manera profesional, realice la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios”, como exige la norma, sino en beneficio de una entidad inmobiliaria distinta de la entidad crediticia con la que estaba constituida la hipoteca.

2. El negocio jurídico realizado no es una dación en pago, como exige la norma para que se aplique la exención, sino una compraventa con subrogación hipotecaria.

Por lo que respecta a las objeciones planteadas, debemos comenzar señalando que se da la circunstancia de que Building Center SAU resulta ser una entidad gestora de activos inmobiliarios, filial de la entidad financiera CaixaBanK acreedora de la garantía hipotecaria que impuso la transmisión a la misma.

Este hecho resulta público y notorio y basta para su constatación con una mera búsqueda en internet acerca de la denominación Building Center, para comprobar que los primeros resultados que se obtienen de dicha búsqueda se centran precisamente en destacar la relación de dependencia existente entre la entidad financiera CaixaBank y dicha entidad gestora de activos inmobiliarios.

Asimismo, resulta público y notorio que las entidades financieras han optado por crear filiales encargadas de gestionar los activos inmobiliarios procedentes de las ejecuciones hipotecarias o daciones en pago, siendo dichas filiales las que se hacen cargo de las viviendas objeto de dación en pago mediante la suscripción con el cedente de un contrato de compraventa con subrogación hipotecaria por una cantidad determinada, que no tiene porque coincidir con la deuda hipotecaria preexistente, pero que libera al cedente de sus obligaciones de pago con la entidad financiera, como lo demuestra el hecho -fácilmente comprobable- de que a continuación de la firma del contrato de compraventa se proceda a la inmediata cancelación de la deuda hipotecaria por parte de la entidad financiera, asumiendo ésta como una pérdida las cantidades no satisfechas de dicho crédito, sin reclamar su pago a la entidad inmobiliaria supuestamente subrogada en dichas obligaciones.

A nuestro entender, este tipo de contratos de compraventa con subrogación hipotecaria, mediante la interposición de un supuesto tercero, lo que hacen es enmascarar la realidad del negocio realizado que no es otro que una dación en pago liberatoria acordada entre la entidad financiera y el propietario de la vivienda hipotecada.

Una simulación que, aparte de otros fines, consiguió el beneficio para la entidad financiera de evitar que se le aplicase por parte de la Administración tributaria la figura del sustituto del contribuyente prevista en el RDL 6/2012, de 9 de marzo, para las trasmisiones inmobiliarias efectuadas por dación en pago.

Lo que significó que la entidad financiera se eximiese así de afrontar el coste de unos tributos a cuyo pago venía legalmente obligada.

No puede esta Institución por menos que lamentar el hecho de que por parte de las administraciones tributarias encargadas de gestionar y recaudar el impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana no se aplicara el suficiente empeño y diligencia para desvelar la realidad tributaria que ocultaban de este tipo de trasmisiones, lo que hubiera posibilitado que el rigor impositivo del pago del tributo recayera sobre quien realmente debió sufrirlo y no sobre quienes realmente lo padecieron como una injusta carga añadida al drama de la pérdida de su vivienda habitual.

Pero además de lo expuesto anteriormente, y por si siguieran existiendo dudas sobre la posibilidad de aplicar a este caso la exención tributaria al tratarse de una trasmisión realizada con un tercero aparentemente ajeno a la relación hipotecaria, debemos traer a colación que el asunto ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Dirección General de Tributos en respuesta de fecha 29 de enero de 2015 a Consultas Vinculantes V0324-15 y V0325-15, formuladas por una Asociación de entidades y empresas bancarias, sobre si las transmisiones de la vivienda habitual del deudor hipotecario a favor, no de la entidad acreedora, sino de un tercero (sociedad gestora de activos), pueden considerarse a estos efectos daciones en pago y por ello resultar beneficiarias de las exenciones establecidas legalmente.

Entiende la Dirección General lo siguiente: *"Pues bien, puede sostenerse que la dación en pago no queda desnaturalizada ni muta su naturaleza por el hecho de que se haga a favor de un tercero, distinto del acreedor hipotecario, siempre que sea éste el que imponga tal condición para acceder a la dación y la acepte como extintiva de la obligación. Es éste precisamente el caso planteado: el acreedor hipotecario accede a la dación y obliga al deudor a transmitir el inmueble a un tercero por él designado, posibilidad admitida en el Código Civil para el pago de las obligaciones (artículos 1.162 y 1.163).*

Por otra parte, la redacción literal de la exención permite sostener tal interpretación, porque no limita taxativamente a favor de quién ha de hacerse la dación, sino que exige tres requisitos que no obstarían a esa interpretación:

- Que la dación lo sea de la vivienda habitual del deudor o de su garante.

- Que la dación se realice para la cancelación de deudas garantizadas con hipoteca que recaiga sobre la vivienda habitual.

- Que esas deudas hipotecarias se hayan contraído con entidades de crédito o cualquier otra entidad que, de manera profesional, realice la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios."

Como puede observarse, no se exige que la transmisión en que consiste la dación se haga a favor de esa misma entidad de crédito, por lo que no debe excluirse la posibilidad de que la misma acreedora admita o imponga, sin alterar el carácter extintivo de la dación, la transmisión a un tercero designado a su voluntad.

Para mayor abundamiento, en el párrafo segundo del artículo 105.1.c) del TRLRHL y del artículo 33.3.d) de la LIRPF se señala que también opera la exención en las ejecuciones hipotecarias en las que como consecuencia de las mismas se produce una transmisión a favor de un tercero que no sea la entidad financiera acreedora. Algo que ocurre en la mayor parte de los supuestos de ejecución hipotecaria.

A la vista del pronunciamiento de la Dirección General de Tributos en su respuesta de fecha 29 de enero de 2015 a las Consultas Vinculantes V0324-15 y V0325-15, no apreciándose impedimento en la previsión legal y siendo lo más acorde con la finalidad de la norma y la voluntad expresada por el legislador, habría que concluir que por parte del OPAEF debería haberse acordado, sin mas demora, la aplicación al

supuesto que nos ocupa de la nueva exención prevista en el artículo 105.1.c) del TRLRHL y 33.3.d) de la LIRPF.

Sin embargo, no ha sido así, ya que según hemos conocido con ocasión de la tramitación de otro expediente de queja (15/311), igualmente sobre solicitud de exención en el cobro del IIVTNU por dación en pago de vivienda en otro Municipio de la Provincia, el OPAEF decidió elevar nueva consulta a la Administración Tributaria Estatal que dio lugar a la emisión de un Informe en fecha 10 de marzo de 2015 por la Subdirección General de Tributos Locales del que deducía que en supuestos como el que nos ocupa no resultaba de aplicación la exención solicitada, estando el transmitente obligado al pago de IIVTNU.

En el mencionado informe sostenía la Subdirección General citada que no procedía aplicar la exención porque no se daba cumplimiento al requisito de *"que la dación se realice la cancelación de la deuda garantizada con hipoteca que recaiga sobre la vivienda habitual del deudor o garante"*, *porque tal cancelación del préstamo hipotecario no se produce, sino que, tal como se señala expresamente en la escritura pública de "compraventa con subrogación de hipoteca" y en el documento expedido por la entidad financiera acreedora, la entidad adquirente se subroga en la posición del deudor hipotecario, por lo que el crédito hipotecario permanece vigente. Lo único que se produce es una condonación de un pequeño porcentaje de la deuda hipotecaria total con la entidad de crédito.*

El hecho de que en la escritura pública se señale que el precio de esta compraventa es retenido por la parte compradora con consentimiento y aprobación expresa de la parte vendedora, y con plena asunción de la deuda, para satisfacer la deuda pendiente del crédito con garantía hipotecaria que grava la finca directamente a la entidad acreedora CAIXA…, no puede interpretarse como sinónimo de "cancelación de la deuda garantizada con hipoteca", sino, sólo que como consecuencia de la subrogación de la entidad adquirente en la posición del deudor hipotecario, se retiene el precio de la compraventa en la cantidad concurrente con el crédito hipotecario, ya que si esta retención no se practicase, el precio real de la compraventa sería muy superior (el precio pactado + el importe del crédito hipotecario en el que se subroga la adquirente y respecto del que asume el pago). Una vez producida la subrogación la entidad adquirente tiene la obligación de satisfacer el crédito hipotecario en sus vencimientos pactados, aunque también puede decidir, como cualquier deudor hipotecario, cancelar anticipadamente todo o parte del crédito, de acuerdo con las cláusulas pactadas".

En relación con este Informe debemos decir, en primer lugar, que esta Institución ha tenido ya ocasión de trasladar al OPAEF con ocasión de otro expediente de queja su posición totalmente contraria a lo expuesto en el mismo y su firme oposición a la pretensión de dicho organismo de utilizar el contenido del mencionado informe para justificar su negativa a aplicar en todas sus consecuencias la exención establecida por la Ley 18/2014.

Entre las razones expuestas por esta Institución para discrepar del Informe emitido en fecha 10 de marzo de 2015 por la Subdirección General de Tributos Locales debemos destacar las siguientes:

"*(…), parece indubitado que la voluntad del legislador al introducir una nueva exención en el IIVTNU no es otra que la de eximir del pago de este tributo a aquellas personas que, por incapacidad económica para afrontar el pago de la hipoteca, han debido trasmitir la titularidad de su vivienda a la entidad financiera titular del crédito hipotecario a cambio de la condonación de la deuda resultante de dicho crédito.*

En el presente supuesto resulta acreditado que los interesados se encontraban en una situación económica que les impedía seguir afrontando el pago de su hipoteca, por lo que llegaron a un acuerdo con la entidad financiera para dar por cancelada dicha deuda a cambio de la dación en pago de la vivienda. Asimismo, queda acreditado que fue la entidad financiera la que impuso a los interesados como condición para hacer efectiva dicha cancelación de deuda la obligación de trasmitir la vivienda, mediante contrato de compraventa con subrogación hipotecaria, a una entidad de su titularidad dedicada a la gestión de activos inmobiliarios.

En consecuencia, no podemos por menos que entender que la negativa por parte del OPAEF a aplicar la exención legalmente prevista al supuesto que nos ocupa, supondría apartarse de la voluntad del legislador claramente expresada en el Real Decreto Ley 8/2014 y en la posterior Ley 18/2014.

Debemos recordar a estos efectos al organismo de gestión y recaudación tributaria que su actuación, aunque se realice por delegación en virtud de convenio de una entidad local, no debe tener como objetivo la salvaguarda a todo trance de los intereses económicos de la entidad delegante, sino que debe compatibilizar dicha función con la protección y salvaguarda de los derechos de los administrados tributarios, lo que implica que deberá sujetar su actuación a la legalidad tributaria, interpretando dicha legalidad, en caso de duda, de forma imparcial y objetiva, de forma que se protejan por igual los intereses de la Administración tributaria y los derechos de los obligados tributarios."

La posición de esta Institución en relación a este Informe ha quedado posteriormente ratificada por la propia Dirección General de Tributos ya que, en fecha 11 de junio de 2015, recibimos escrito de la Gerencia del OPAEF (en la queja 15/311), en el que se nos indicaba que la misma contaba con un nuevo informe de la Dirección General de Tributos, de fecha 7 de abril de 2015, dictado en sustitución del fechado el 10 de marzo de 2015.

Del contenido del nuevo informe extractamos a continuación sus aspectos mas relevantes:

"La exención introducida en el articulo 105.1.c) del TRLRHL por el Real Decreto-ley 8/2014 y la Ley 1812004 se establece, tal como señala la exposición de motivos, en favor de aquellas personas físicas que transmitan su vivienda habitual mediante dación en pago o como consecuencia de un procedimiento de ejecución hipotecaria.

Los dos primeros párrafos del articulo 105.1.c) del TRLRHL establecen que están exentos los incrementos de valor que se manifiesten como consecuencia de los siguientes actos: las transmisiones realizadas por personas físicas con ocasión de la dación en pago de la vivienda habitual del deudor hipotecario o garante del mismo, para la cancelación de deudas garantizadas con hipoteca que recaigan sobre la misma, contraídas con entidades de crédito o cualquier otra entidad que, de manera profesional, realice la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios.

Asimismo, estarán exentas las transmisiones de la vivienda en que concurran los requisitos anteriores, realizadas en ejecuciones hipotecarias judiciales o notariales.

En el caso objeto de informe es necesario analizar si la transmisión de la vivienda habitual del deudor hipotecario a favor, no de la entidad acreedora, sino de un tercero (sociedad gestora de activos), puede considerarse a estos efectos como dación en pago y, por ello, resultar beneficiaria de la exención en el IIVTNU regulada en el articulo 105.1.c) del TRLRHL.

Pues bien, puede sostenerse que la dación en pago no queda desnaturalizada ni muta su naturaleza por el hecho de que se haga a favor de un tercero, distinto del acreedor hipotecario, siempre que sea éste el que imponga tal condición para acceder a la dación y la acepte como extintiva de la obligación. Es éste precisamente el caso planteado: el acreedor hipotecario accede a la dación y obliga al deudor a transmitir el inmueble a un tercero por él designado, posibilidad admitida en el Código Civil para el pago de las obligaciones (artículos 1,162 y 1.183).

Por otra parte, la redacción literal de la exención permite sostener tal interpretación, porque no limita taxativamente a favor de quién ha de hacerse la dación, sino que exige tres requisitos que no obstarían a esta interpretación:

- Que la dación lo sea de la vivienda habitual del deudor o de su garante.

- Que la dación se realice para la cancelación de deudas garantizadas con hipoteca que recaiga sobre la vivienda habitual.

- Que esas deudas hipotecarias se hayan contraído con entidades de crédito o cualquier otra entidad que, de manera profesional, realice ta actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios.

Como puede observarse no se exige que la transmisión en que consiste la dación se haga a favor de esa misma entidad de crédito, por lo que no debe excluirse la posibilidad de que la misma acreedora admita o imponga, sin alterar el carácter extintivo de la dación, la transmisión a un tercero designado a su voluntad.

Para mayor abundamiento, en el párrafo segundo del artículo 105.1.c) del TRLKHL se señala que también opera la exención en las ejecuciones hipotecarias, en las que como consecuencia de las mismas se produce una transmisión a favor de un tercero que no será la entidad financiera acreedora en la mayor parte de los casos.

Por todo ello, no apreciándose impedimento en la previsión legal y siendo lo más acorde con la finalidad de la norma, se considera que esas transmisiones o daciones en pago a favor de un tercero autorizado e impuesto por la entidad acreedora deben ser objeto de la nueva exención prevista en el articulo 10S.1.C) del TRLRHL, lógicamente siempre que se cumplan los demás requisitos establecidos en dicho precepto."

En el escrito del OPAEF por el que se nos informaba de la existencia de este nuevo Informe de 7 de abril de 2015, se nos indicaba también que, en base a lo dispuesto en el mismo, se había considerado oportuno variar los criterios que venía manteniendo en sus respuestas a esta Institución, adoptando a partir del momento de la recepción del aludido informe los siguientes criterios para el tratamiento de los asuntos de esta naturaleza:

"- No practicar nuevas liquidaciones en relación con aquellas transmisiones que tengan una identidad o sustancial semejanza con la del reclamante [referida a los promotores de la queja 15/311]

- Estimar los recurso interpuestos frente a resoluciones denegatorias de la exención o liquidaciones por transmisiones en las que concurran los requisitos previstos en el informe de la Dirección General de Tributos y, que estuvieren pendientes de resolución.

- No revisar de oficio liquidaciones practicadas, dado que de los expedientes no se puede deducir el cumplimiento de la totalidad de los requisitos, todo ello, sin perjuicio del pronunciamiento que correspondiese si se interpusiera recurso o se solicitase la revisión de los mismos."

Respecto de estos nuevos criterios que han de guiar las actuaciones del OPAEF en relación con la aplicación de la nueva regulación del artículo 105.1.c) del TRLRHL operada por la Ley 18/2014, debemos decir que, como no podía ser de otra manera, compartimos lo expuesto en los dos primeros puntos -no practicar nuevas liquidaciones y estimar los recursos interpuestos- ya que los mismos no comportan sino un compromiso para el futuro de aplicación en sus justos términos de lo dispuesto en dicho texto legal, lo que, a su vez, comportaría una aceptación y compromiso por parte de ese organismo provincial de cumplimiento de las resoluciones que esta Institución viene reiteradamente dirigiéndole en relación con este asunto.

No obstante, debemos señalar que la decisión de estimar los recursos interpuestos frente a resoluciones denegatorias de la exención que estuvieran pendientes de resolución deja sin resolver aquellos casos, como el que nos ocupa, en los que ya se ha dictado resolución al recurso presentado y la misma ha resultado desestimatoria.

En estos casos, estimamos imprescindible que se proceda sin mas dilaciones por parte de ese organismo a revisar dichas resoluciones desestimatorias, iniciando los oportunos expedientes de devolución de ingresos indebidos.

Por lo que se refiere al último de los criterios adoptados por ese organismo provincial tras el nuevo informe de la Dirección General de Tributos, en el que ratifica la decisión de negarse a revisar de oficio las liquidaciones ya practicadas con el argumento de que "*de los expedientes no se puede deducir el*

cumplimiento de la totalidad de los requisitos", sólo podemos decir que nos ratificamos plenamente en lo ya expuesto en esta misma resolución en relación con esta cuestión, reiterando, una vez más, la necesidad de que por el OPAEF se proceda a revisar de oficio todas las liquidaciones practicadas desde 2010 en las que pudiera ser de aplicación la exención prevista en la Ley 18/2014, recabando de los sujetos pasivos la acreditación del cumplimiento de los requisitos exigibles, cuando ello resultara necesario.

Por todo lo anterior, en virtud del art. 29 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, procede formular al Organismo Provincial de Asistencia Económica y Fiscal, la siguiente

RESOLUCIÓN

RECOMENDACIÓN 1, para que, una vez acreditado el cumplimiento de los requisitos necesarios, reconozca el derecho de las personas promotoras de la presente queja a ser beneficiarias de la exención prevista en el artículo 105.1.c) del Texto Refundido de la Ley Reguladora de Haciendas Locales, conforme tenían interesado desde fecha 27 de junio de 2014, procediendo de oficio a la devolución de los ingresos indebidamente percibidos en concepto de Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.

RECOMENDACIÓN 2, para que se proceda a revisar de oficio las liquidaciones practicadas por el concepto tributario IIVTNU desde el año 2010 a fin de aplicar a las mismas la exención establecida en el Art. 105.1.c) del Texto Refundido de la Ley Reguladora de Haciendas Locales, según la redacción establecida en la Ley 18/2014, procediendo a la devolución de los ingresos percibidos por tal concepto siempre que se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en dicho precepto para la aplicación de tal exención.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Pedimos al Ayuntamiento de Sevilla que devuelva las tasas cobradas al propietario de un bar ya jubilado

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 14/5793 dirigida a Agencia Tributaria de Sevilla

- 28 Junio 2016

El Defensor del Pueblo Andaluz formula Resolución a la Agencia Tributaria del Ayuntamiento de Sevilla, por la que recomienda que se proceda a la revocación, en aplicación de lo establecido en el artículo 219, de la Ley General Tributaria, de los actos de gestión de la tasa de veladores y sillas y, de recaudación ejecutiva, llevados a cabo respecto del interesado, con devolución de lo hasta ahora embargado y de los intereses devengados a su favor.

ANTECEDENTES

I.- La parte promotora de la queja expone que desde el 31 de julio de 2011 causó baja -al jubilarse como autónomo- en arrendamiento de local sito en (...), respecto del cual tenía concedida licencia de apertura para bar a su nombre, desde el 5 de agosto de 1987.

Añade que comunicó la baja a los organismos municipales competentes, pese a lo cual con posterioridad ha recibido Diligencia de Embargo remitida por la Agencia Tributaria del Ayuntamiento de Sevilla (expediente Ejecutiva 2014/0003860), por un importe de 2.348,7 euros en concepto de tasa de veladores referido a los años de 2012 y 2013, posteriores al cese de su condición de inquilino del referido local, afirmando que él nunca solicitó, ni tuvo concedida, autorización para ocupación de vía pública con mesas y sillas.

Según informa, se ha personado en diversas dependencias de la Administración municipal solicitando -dada su condición de pensionista y sus circunstancias familiares- la suspensión del procedimiento de embargo, hasta tanto se aclare quién sea el responsable que deba afrontar el pago de aquellas tasas, pues entiende que resulta evidente que se ha producido un error .

Sin que por parte de la Administración municipal se resuelva en el sentido propugnado, antes bien la Agencia Tributaria del Ayuntamiento, le está cobrando mediante embargo en cuenta la deuda determinada y los intereses y recargos de ejecutiva.

II.- Admitida a trámite la queja, solicitamos el informe de la Agencia Tributaria del Ayuntamiento de Sevilla, en el que se nos exponía que por el interesado se solicitó la suspensión del procedimiento de apremio referido sin aportar justificante de garantía alguna y manifestando tener formulada denuncia por falsificación de firma en solicitud de veladores, por la que se tramitaba procedimiento en el Juzgado de Instrucción Nº 16 de los de Sevilla (...); insistiendo por otra parte la Agencia Tributaria citada en que, de

conformidad con lo establecido en los artículos 25 y 224 del Real Decreto 520/2005, por el que se aprobó el Reglamento General de desarrollo de la Ley 58/2003 de 17 de diciembre, General Tributaria en materia de revisión en vía administrativa, en la necesidad de que el interesado debía acompañar -a la solicitud de la suspensión del acto de embargo- la garantía que se establece en tales preceptos y con arreglo a las propias normas de presentación de las garantías.

CONSIDERACIONES

Primera.- Régimen jurídico de la solicitud de suspensión de actos impugnados en las presentes actuaciones.

Al respecto de la suspensión en la ejecución de actos recurridos, el articulo 224 de la Ley General Tributaria, citada, establece:

> «1. La ejecución del acto impugnado quedará suspendida automáticamente a instancia del interesado si se garantiza el importe de dicho acto, los intereses de demora que genere la suspensión y los recargos que procederían en caso de ejecución de la garantía, en los términos que se establezcan reglamentariamente.
>
> Si la impugnación afectase a una sanción tributaria, su ejecución quedará suspendida automáticamente sin necesidad de aportar garantías de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 212 de esta Ley.
>
> Si la impugnación afectase a un acto censal relativo a un tributo de gestión compartida, no se suspenderá en ningún caso, por este hecho, el procedimiento de cobro de la liquidación que pueda practicarse. Ello sin perjuicio de que, si la resolución que se dicte en materia censal afectase al resultado de la liquidación abonada, se realice la correspondiente devolución de ingresos.
>
> 2. Las garantías necesarias para obtener la suspensión automática a la que se refiere el apartado anterior serán exclusivamente las siguientes:
>
> a) Depósito de dinero o valores públicos.
>
> b) Aval o fianza de carácter solidario de entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o certificado de seguro de caución.
>
> c) Fianza personal y solidaria de otros contribuyentes de reconocida solvencia para los supuestos que se establezcan en la normativa tributaria.
>
> 3. Podrá suspenderse la ejecución del acto recurrido sin necesidad de aportar garantía cuando se aprecie que al dictarlo se ha podido incurrir en error aritmético, material o de hecho.
>
> 4. Si el recurso no afecta a la totalidad de la deuda tributaria, la suspensión se referirá a la parte recurrida, quedando obligado el recurrente a ingresar la cantidad restante.
>
> 5. En los casos del artículo 68.9 de esta Ley, si el recurso afecta a una deuda tributaria que, a su vez, ha determinado el reconocimiento de una devolución a favor del obligado tributario, las garantías aportadas para obtener la suspensión garantizarán asimismo las cantidades que, en su caso, deban reintegrarse como consecuencia de la estimación total o parcial del recurso.
>
> 6. Cuando deba ingresarse total o parcialmente el importe derivado del acto impugnado como consecuencia de la resolución del recurso, se liquidará interés de demora por todo el período de suspensión, sin perjuicio de lo previsto en el apartado 4 del artículo 26 y en el apartado 3 del artículo 212 de esta ley.»

En las presentes actuaciones, asiste cierta razón jurídico-formal a la Gerencia de la Agencia Tributaria municipal, al desestimar la solicitud de suspensión formulada por el interesado, al no ir acompañada materialmente de escrito formulando recurso o reclamación de naturaleza económico administrativa.

No obstante, lo anterior, concurren en el presente asunto actuaciones previas a la Diligencia de Embargo realizadas presencialmente por el interesado, tanto ante la Gerencia de Urbanismo, como ante la Agencia Tributaria.

Actuaciones que consistieron en la aportación de la documentación acreditativa tramitada ante la Administración municipal, en cuanto que titular de licencia de bar y para baja en la misma y, en la aportación de prueba acreditativa de la instrucción del procedimiento ordinario abreviado 258/2005 por denuncia a consecuencia de falsificación en documento público.

Consideramos que una actuación administrativa de la Agencia Tributaria de Sevilla accediendo a la suspensión solicitada considerando al mismo tiempo el escrito como recurso de reposición, hubiera resultado más acorde a los principios de buena fe y confianza legítima; más respetuosa con los derechos que configuran el estatuto del contribuyente; y más ajustada a la previsión del legislador ordinario incluida en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (aplicable supletoriamente) que en su artículo 110.2, establece: «el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación siempre que se deduzca su verdadero carácter».

Lo anterior, máxime cuando ya en fecha 24 de febrero de 2015, en el anteriormente reseñado proceso judicial se habían formulado las declaraciones de los inculpados conteniendo el reconocimiento de culpa y, que a todas luces probaban la veracidad de las alegaciones formuladas por el interesado en la vía ejecutiva y, evidenciaban el error de hecho sobre el sujeto pasivo y la indefensión que a partir de ese momento se estaría causando al interesado en nuestra queja.

Segunda.- Circunstancias que concurren en el presente supuesto y que justificarían la revocación de oficio de los actos de la Agencia tributaria municipal.

El Artículo 219 de la Ley General Tributaria referida, establece:

> «1. La Administración tributaria podrá revocar sus actos en beneficio de los interesados cuando se estime que infringen manifiestamente la ley, cuando circunstancias sobrevenidas que afecten a una situación jurídica particular pongan de manifiesto la improcedencia del acto dictado, o cuando en la tramitación del procedimiento se haya producido indefensión a los interesados.
>
> La revocación no podrá constituir, en ningún caso, dispensa o exención no permitida por las normas tributarias, ni ser contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico.
>
> 2. La revocación sólo será posible mientras no haya transcurrido el plazo de prescripción.
>
> 3. El procedimiento de revocación se iniciará siempre de oficio, y será competente para declararla el órgano que se determine reglamentariamente, que deberá ser distinto del órgano que dictó el acto.
>
> En el expediente se dará audiencia a los interesados y deberá incluirse un informe del órgano con funciones de asesoramiento jurídico sobre la procedencia de la revocación del acto.
>
> 4. El plazo máximo para notificar resolución expresa será de seis meses desde la notificación del acuerdo de iniciación del procedimiento.
>
> Transcurrido el plazo establecido en el párrafo anterior sin que se hubiera notificado resolución expresa, se producirá la caducidad del procedimiento.
>
> 5. Las resoluciones que se dicten en este procedimiento pondrán fin a la vía administrativa.»

Diversas son las causas que justificarían en nuestra opinión la utilización de esa vía de revisión en este caso, aplicando -de oficio esa Agencia- el procedimiento de revocación de los actos recaudatorios y ejecutivos ya practicados, en virtud de lo establecido en el artículo 219 de la Ley General Tributaria.

De una parte, resulta evidente al momento de la tramitación de las actuaciones judiciales, la improcedencia de los actos de gestión tributaria ejecutiva, frente al interesado en nuestra queja existiendo causa sobrevenida, que muestra y prueba a todas luces que el embargado no era el sujeto pasivo en la relación jurídico tributaria subyacente, existiendo un error manifiesto de hecho de persistir la pretensión de la Agencia municipal de considerarlo como tal y la improcedencia sobrevenida de que así sea.

Consideramos que en las actuaciones que nos ocupan concurren, de una parte, la delicada situación económica de la unidad familiar del interesado (esposa, hijos y nietos), siendo la pensión que percibe éste la única fuente de ingresos familiares. Razón por la cual, la administración atendiendo a las solicitudes de devolución de cantidades embargadas y los intereses devengados desde la fecha inicial de embargo, debería proceder a la revocación por las circunstancias sobrevenidas y al no haber prescrito el derecho a devolución de ingresos al interesado.

Por cuanto antecede, y de conformidad y en aplicación de lo establecido en el Artículo 29.1, de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, formulamos a la Gerencia de la Agencia Tributaria del Ayuntamiento de Sevilla, la siguiente

RESOLUCIÓN

RECOMENDACIÓN: En el sentido de que actuando de oficio, se proceda a la revocación en aplicación de lo establecido en el artículo 219, de la Ley General Tributaria, de los actos de gestión de la tasa de veladores y sillas y de recaudación ejecutiva llevados a cabo respecto del interesado, con devolución de lo hasta ahora embargado y de los intereses devengados a su favor.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Sugerimos al Ayuntamiento de Sanlúcar que reconozca la exención fiscal de su vehículo a una persona por incapacidad permanente

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 15/5280 dirigida a Ayuntamiento de Sanlúcar de Barrameda (Cádiz)

- 12 Diciembre 2016

El Defensor del Pueblo Andaluz formula Resolución ante el Ayuntamiento de Sanlúcar de Barrameda por la que recomienda que por el Ayuntamiento se adopten los acuerdos o resoluciones necesarios para el reconocimiento al interesado de la exención fiscal que solicitaba.

Asimismo, sugiere que se proceda a modificar la ordenanza fiscal reguladora del IVTM a los efectos de reconocer en la misma, a efectos de beneficios fiscales, la equiparación de derechos entre las situaciones discapacidad en grado igual o superior al 33% con la situaciones de los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad para el mismo.

ANTECEDENTES

I.- El interesado nos exponía que pese a haber pasado a situación de jubilación por Incapacidad Permanente Total para la profesión que venía desempeñando, el Ayuntamiento de Sanlúcar de Barrameda no le reconoce la exención en el Impuesto Municipal de Vehículos de Tracción Mecánica (motocicleta), que había solicitado en fecha 22 de junio y 4 de agosto de 2015, y, nuevamente, en fecha 20 de agosto de 2015, al no otorgar validez la Administración local a la documentación aportada con solicitudes anteriores en acreditación de la incapacidad y, que el interesado entiende adecuada a efectos de la exención solicitada.

Considerando que tal decisión no resultaba ajustada a Derecho, solicitó nuestra intervención con objeto de que se instare de esa Administración que, en ejercicio de sus potestades normativas, procediere a revisar si lo estimare conveniente la Resolución denegatoria antes citada.

II.- Admitida a trámite la queja y solicitado informe al Ayuntamiento, la Administración municipal nos indicaba que mediante Resolución de la Delegación municipal de Economía y Hacienda, de fecha 10 de agosto de 2015, que había sido debidamente notificada al interesado, se desestimó su solicitud, ya que uno de los requisitos establecidos al efecto era que *"el interesado debía aportar certificado de minusvalía emitido por órgano competente y justificar el destino del vehículo ante el Ayuntamiento de la imposición en los términos que éste establezca en la correspondiente Ordenanza Fiscal"*.

Según la información municipal, el interesado no habría aportado certificación de minusvalía emitido por

órgano competente, tal y como establece el artículo 93.1.e, apartado segundo del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprobó el TRLRHL, ni tampoco se había justificado el destino del vehículo.

Añadía el informe recibido de la Administración que por el interesado no se había formulado recurso o reclamación alguna respecto de la notificación recibida el 14 de agosto de 2015.

En el informe recibido, la Alcaldía nos indicaba la conveniencia de que el interesado se contactare con el Ayuntamiento para que fueren los técnicos municipales los que le indicaren el procedimiento y la documentación necesarios para solicitar y tramitar aquella exención.

Por cuanto antecede, y vista la información recabada y la legislación y normativa reglamentaria de aplicación, estimamos conveniente en el asunto objeto de la presente queja, efectuar las siguientes

CONSIDERACIONES

Primera.- Sobre las condiciones reguladas para la exención del IVTM a los vehículos de personas con discapacidad.

El artículo. 93.1.e) del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprobaba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, contempló la exención del Impuesto de vehículos de tracción mecánica para el caso de aquellos vehículos matriculados a nombre de personas discapacitadas para su uso exclusivo.

Precisando además el citado precepto, que a tales efectos se consideran personas con discapacidad las que tengan reconocida esta condición legal en grado igual o superior al 33%.

Conforme establece el artículo 93.2 del Texto Refundido, para poder aplicar tal exención las personas interesadas deben instar la concesión de la misma aportando el certificado de minusvalía emitido por el órgano competente y justificar el destino del vehículo ante el ayuntamiento de la imposición, en los términos que éste establezca en la correspondiente ordenanza fiscal.

Por su parte, el artículo 7 de la Ordenanza Fiscal nº 303 Reguladora del Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica del Ayuntamiento de Sanlúcar de Barrameda, establece que para gozar de la exención a que se refiere la letra e) del apartado 1 de este artículo los interesados deberán solicitar su concesión, acompañando a tal efecto certificado del grado de minusvalía emitido por el órgano competente de la Comunidad Autónoma.

En el presente caso, la resolución desestimatoria por parte de la Administración municipal está fundada por una parte en el hecho de que la certificación de discapacidad emitida por el órgano sectorial (INSS de Sevilla) no da cumplimiento a uno de los requisitos legalmente exigibles para que opere la citada exención. No aportando tampoco el interesado justificación del destino del vehículo ante el Ayuntamiento.

Segunda.- Sobre la equiparación entre discapacidad e incapacidad.

En virtud de lo establecido en el artículo 4 apartado 2, del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33% los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad para el mismo.

Esta equiparación legal entre el grado de discapacidad del 33% y determinados supuestos de incapacidad, que fue incluida en primera instancia por la Ley 51/2003, ha dado lugar a un encendido debate jurídico

acerca de cual sea el alcance real de la misma. Un debate, en el que ha terciado el Tribunal Supremo con una sentencia de 2 de diciembre de 2008, de la que se deducía que la homologación automática del 33% solo surtiría efectos cuando se tratase de acceder a algunos de los supuestos o beneficios que derivaban de la aplicación de la Ley 51/2003.

Dado que entre los supuestos o beneficios reconocidos en dicha Ley 51/2003 no parecían incluirse los referidos al ámbito tributario, algunas Administraciones han optado por rechazar la aplicación en dicho ámbito de la mencionada equiparación por entender que la misma carecería del necesario amparo normativo.

Por el contrario, otras administraciones, entendiendo que era voluntad del legislador hacer efectiva esta equiparación, han optado por solventar el obstáculo de la falta de un referente normativo modificando las normas reguladoras de los diferentes tributos para incluir en las mismas la citada equiparación.

Así, las figuras impositivas más relevantes han incorporado en su regulación la asimilación de la situación de incapacidad a la situación de discapacidad. Como ejemplo podemos citar La Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la renta de las personas físicas, modificada por la Ley 26/2014, de 27 de noviembre; el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, que aprueba el Texto refundido de la Ley sobre el Impuesto sobre Sociedades; el Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, que aprueba el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, etc.

El problema que se suscita en el ámbito tributario local para hacer efectiva la homologación referida del hecho de que la regulación básica se encuentra incluida en una norma estatal, el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprobaba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, que no puede ser directamente modificado por las entidades locales para incluir esta equiparación y que, hasta la fecha, no ha sido aún objeto de modificación por parte del Gobierno de España.

Así las cosas, algunas entidades locales, convencidas de la necesidad de dar efectividad a la previsión establecida por el legislador en la Ley 51/2003 y ratificada posteriormente en el Real Decreto Legislativo 1/2013, han optado por introducir dicha equiparación por vía reglamentaria mediante la modificación puntual de las Ordenanzas Fiscales reguladoras del Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica.

Otros ayuntamientos, por su parte, han optado por una vía de hecho para dar efectividad a dicha equiparación, obviando la modificación de la Ordenanza Fiscal y optando por incluir entre la documentación aceptada para la aplicación de la exención en el IVTM los documentos acreditativos de situaciones de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y los documentos acreditativos de la condición de pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad para el mismo.

Pese a que esta tendencia es claramente mayoritaria entre los Ayuntamientos andaluces, existen algunos que todavía se resisten a aplicar esta equiparación acogiéndose a la dicción literal del art. 93 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

Ante esta situación, y dado que la modificación de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales se antoja compleja y lejana, esta Institución consideró oportuno tratar de solventar el problema acudiendo a otra fórmula que posibilitase hacer efectiva la homologación referida efectos de la exención IVTM cumpliendo estrictamente con los requisitos formales estipulados en el art. 93, en particular por lo que se refiere a la exigencia de acreditar el grado de discapacidad mediante un certificado emitido por el órgano competente.

Dado que en Andalucía el órgano competente para la emisión de tal certificado es la -actual- Consejería de Igualdad y Políticas Sociales, se contactó con la Dirección General de Personas con Discapacidad, trasladándole la problemática creada e interesando la adopción de medidas para hacer efectiva dicha equiparación a efectos tributarios.

A esta petición respondió la Dirección General referida indicando que compartía el criterio de esta Defensoría en el sentido de que, tras la entrada en vigor del citado Real Decreto Legislativo 1/2013 es plenamente equiparable, a todos los efectos, a los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de Incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez y los de clases pasivas, un grado de discapacidad del 33%.

Asimismo, y en aplicación de esta consideración, la Dirección General informó que en fecha 16 de julio de 2014, había emitido una Instrucción a todos los centros EVO de Andalucía, para que en el ejercicio de sus funciones de valoración, orientación e integración de las personas con discapacidad, tuvieran en cuenta las siguientes consideraciones:

"(…) Tras la ratificación por España de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, el 3 de diciembre de 2007, se promulgó la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la referida Convención que ha incidido especialmente en la modificación legislativa antidiscriminatoria en materia de discapacidad y, asimismo, por mandato de la citada Ley, se ha aprobado el Real Decreto Legislativo 1/2103, de fecha 29 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, que refunde y armoniza normas estatales destinadas a la atención social y la no discriminación de las personas con discapacidad.

La Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en su articulo 4.2 establece "Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad."

En relación con lo anterior, y por lo que se refiere a la expedición de certificados respecto del grado de discapacidad se establece en la Instrucción lo siguiente: *"(…) Con respecto al grado de discapacidad, aunque el resultado de la valoración obtenida fuese inferior al 33%, en la resolución de grado de discapacidad le calificaremos con el 33%, sin perjuicio de que en el dictamen técnico se ponga el grado de discapacidad obtenido tras la aplicación de los baremos…"*

Para el caso de que en el Sistema Integrado de Servicios Sociales no obraren antecedentes respecto de la persona solicitante del reconocimiento de grado de discapacidad, la Instrucción prevé que se procederá a su examen y evaluación para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, a los efectos de poder emitir el dictamen técnico facultativo; añadiendo *"(…) Si la persona obtuviese un grado de discapacidad inferior al 33%, en su dictamen técnico se recogerá este dato, pero en la resolución de grado de discapacidad le tenemos que dar el 33% en aplicación del articulo 4.2 de la Ley General de los derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social…".*

De este modo, en los dictámenes técnicos elaborados desde la aprobación de esta Instrucción se incluye una redacción del siguiente tenor:

> «En relación con la solicitud de fecha 19/11/2014 de Reconocimiento del Grado de Discapacidad formulada a favor de: con DNI
>
> Esta Delegación Territorial,
>
> RESUELVE:
>
> Que D/Dª , conforme a lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad

y de su inclusión social, en su artículo 4.2, siendo pensionista de la Seguridad Social y teniendo reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de absoluta, presenta una discapacidad de 33% desde ---»

A la vista de lo expuesto anteriormente, y como ya hemos señalado a ese Ayuntamiento en la queja 15/4363, anteriormente tramitada, parece que no existen ya razones o justificaciones que impidan la equiparación de las situaciones discapacidad en grado igual o superior al 33% con la situaciones de los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad para el mismo, a los efectos de la obtención de beneficios tributarios, como es el caso de la exención contemplada para el IVTM en el art. 93 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprobaba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

Por cuanto antecede, y en ejercicio de las facultades y atribuciones que al Defensor del Pueblo Andaluz asigna el 29 .1 de la Ley 9/1983 de 1 de diciembre, reguladora de la Institución, se formula a la Alcaldía Presidencia del Ayuntamiento de Sanlúcar de Barrameda la siguiente

RESOLUCIÓN

RECOMENDACIÓN: En el sentido de que por el Ayuntamiento se adopten los acuerdos o resoluciones necesarios para el reconocimiento al interesado de la exención fiscal que solicitaba.

SUGERENCIA: En el sentido de que se proceda a modificar la ordenanza fiscal reguladora del IVTM a los efectos de reconocer en la misma, a efectos de beneficios fiscales, la equiparación de derechos entre las situaciones discapacidad en grado igual o superior al 33% con la situaciones de los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad para el mismo.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Es necesario que el Ayuntamiento atienda la solicitud de información de un ciudadano sobre la concesión de quioscos

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 15/5201 dirigida a Ayuntamiento de Sevilla

- 23 Febrero 2016

El Defensor del Pueblo Andaluz formula Resolución al Ayuntamiento de Sevilla concretada en una Recomendación para que dé respuesta, a la mayor brevedad posible, al escrito presentado por la parte promotora de la queja con fecha 5 de julio de 2015, solicitando información relativa a concesiones de quioscos.

ANTECEDENTES

I. Con fecha 26 de octubre de 2015 fue registrada de entrada en este Comisionado del Parlamento de Andalucía comunicación remitida por Dª (...), a través de la cual nos exponía lo siguiente:

Que con fecha 5 de julio de 2015 había dirigido escrito al Ayuntamiento de Sevilla, en relación a solicitud de información relativa a concesiones de quioscos.

Que a pesar del tiempo transcurrido, aún no había recibido respuesta a su solicitud de información.

II. Reunidos cuantos requisitos formales resultan exigidos por el apartado primero del artículo 16 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, esta Institución acordó admitir a trámite la queja y, consiguientemente, solicitar a esa Administración que resolviese expresamente, sin más dilaciones, el escrito presentado por la parte promotora de la queja, informándonos al respecto.

III. A pesar de haber transcurrido un plazo más que prudencial desde la remisión de la mencionada solicitud y de haber reiterado la misma, hasta la fecha no se ha obtenido respuesta de ese organismo.

De tales circunstancias no cabe más que extraer la existencia de un reconocimiento tácito de los hechos expuestos por la parte promotora de la queja.

En base a los referidos antecedentes, conviene realizar a ese Organismo las siguientes

CONSIDERACIONES

Primera.- De la obligación de resolver a cargo de la Administración Pública.

El artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), establece la obligación de la Administración

de dictar en todos los procedimientos resolución expresa sobre el fondo del asunto y notificar la misma, sin perjuicio de que en el procedimiento intervenga prescripción, renuncia, caducidad o desistimiento, o bien la desaparición sobrevenida de su objeto, pues cuando concurran estas circunstancias habrá de dictarse dicha resolución en tal sentido. Quedan exceptuados de esta obligación exclusivamente los supuestos de terminación del procedimiento por pacto o convenio, o los relativos al ejercicio de derechos sometidos únicamente al deber de comunicación previa a la Administración.

Debe añadirse que el apartado 7 del artículo 42 de la LRJPAC establece que «El personal al servicio de las Administraciones públicas que tenga a su cargo el despacho de los asuntos, así como los titulares de los órganos administrativos competentes para instruir y resolver son directamente responsables, en el ámbito de sus competencias, del cumplimiento de la obligación legal de dictar resolución expresa en plazo», pudiendo dar lugar su incumplimiento a la exigencia de responsabilidad disciplinaria.

Segunda.- Del derecho a una buena administración y los principios rectores de la actuación administrativa.

Como norma fundamental del ordenamiento jurídico propio, el Estatuto de Autonomía para Andalucía (art. 31) garantiza el derecho a una buena administración, que comprende el derecho de todos ante las Administraciones Públicas, a participar plenamente en las decisiones que les afecten, obteniendo de ellas una información veraz, y a que sus asuntos se traten de manera objetiva e imparcial y sean resueltos en un plazo razonable.

Por su parte, de acuerdo con el artículo 103 de la Constitución, esa Administración debe actuar de acuerdo con una serie de principios, entre ellos, los de eficacia y sometimiento a la ley y al Derecho.

Los mismos principios se recogen en el artículo 6 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.

Asimismo, de acuerdo con el artículo 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), las Administraciones públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con principios de eficacia, eficiencia y servicio a los ciudadanos, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho. Igualmente, deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima. En sus relaciones con la ciudadanía, las Administraciones públicas deben actuar de conformidad con los principios de transparencia y de participación.

Tercera.- Sobre el deber y la obligación de transparencia.

Continuando con lo anteriormente señalado, conviene traer a colación el deber de transparencia por el que inexorablemente ha de regirse la actividad pública. Deber éste cuyo contenido y alcance ha sido recientemente ampliado a través de la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico interno de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía.

Con respecto a esta última debe significarse que -en el momento de su promulgación- ya en su preámbulo se señalaba lo siguiente:

> «El derecho a la información cuenta con antecedentes en el derecho comparado. Desde la Ley de Suecia de 1766, pasando por el art. 14 de la Declaración de Derechos Humanos y Civiles de Francia de 1789, la Resolución de la Asamblea General de la ONU 59 de 1946; la Ley de Libertad de Información de 1966 de los Estados Unidos; la Recomendación del Consejo de Europa de 1981 sobre el Acceso a la Información en manos de las Autoridades Públicas y finalmente, el Convenio del Consejo de Europa sobre Acceso a los Documentos Públicos de 18 de junio de 2009.
>
> En nuestro país, tanto la Constitución Española como el Estatuto de Autonomía para Andalucía, cuentan con diferentes preceptos que fundamentan la regulación de la transparencia.

> En desarrollo de la Constitución española, se pretende ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública, así como reconocer y garantizar el derecho de acceso a la información relativa a aquella actividad, con el fin de facilitar, en cumplimiento del artículo 9.2 de la Constitución española a la participación de todos los ciudadanos en la vida política; garantizar, de conformidad con el artículo 9.3 de la misma la publicidad de las normas, la seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos; y por último, garantizar, conforme al artículo 20.1.d) de la Constitución española el derecho a recibir libremente información veraz de los poderes públicos y, conforme al artículo 105 b) de la Constitución española el acceso de los ciudadanos a la información pública.
>
> Igualmente, el fomento de transparencia encuentra fundamento en diversos preceptos del Estatuto de Autonomía para Andalucía. Pretende fomentar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1, la calidad de la democracia facilitando la participación de todos los andaluces en la vida política; conseguir, como objetivo básico, en defensa del interés general, la participación ciudadana en la elaboración, prestación y evaluación de las políticas públicas, así como la participación individual y asociada en el ámbito político, en aras de una democracia social avanzada y participativa, como dispone el artículo 10.3.19; promover, de conformidad con los dispuesto en el artículo 11, el desarrollo de una conciencia ciudadana y democrática plena; constituir, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 30.1.e), cauce de ejercicio del derecho de participación política, y en particular, del derecho a participar activamente en la vida pública andaluza estableciendo mecanismos necesarios de información, comunicación y recepción de propuestas. (...)
>
> La legislación autonómica andaluza cuenta con antecedentes que regulan diversos aspectos de la transparencia. Especial mención merece la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, que en su art. 3 configura la transparencia como un principio general de organización y funcionamiento, y en el capítulo I del título IV regula los derechos de la ciudadanía ante la actuación administrativa.
>
> Asimismo, la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, configura la transparencia, en su artículo 27, como un principio informador de los servicios locales de interés general al tiempo que, en su artículo 54, ya contiene obligaciones específicas de publicidad activa.»

Al respecto es necesario asumir, por tanto, la importancia que tiene la transparencia en la buena gobernanza, puesto de manifiesto en el Libro Blanco de la Gobernanza Europea, y acogiendo lo señalado en el Convenio Europeo sobre el Acceso a los Documentos Públicos, que en su preámbulo asienta la máxima de que *"Todos los documentos públicos son en principio públicos y solamente pueden ser retenidos para proteger otros derechos e intereses legítimos"*.

En los momentos actuales y, tras la entrada en vigor de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía -el 31 de junio de 2015-, hay que tener en cuenta establecido en la Disposición Final Quinta de la misma: «Las Entidades Locales andaluzas dispondrán de un plazo máximo de dos años, desde la entrada en vigor de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, para adaptarse a las obligaciones contenidas en esta Ley».

Transcurrido el plazo de adaptación fijado en la Ley estatal básica de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, desde el 10 de diciembre de 2015, resulta exigible a las Entidades y Administraciones Locales de Andalucía, el catálogo de obligaciones establecido en materia de transparencia en su doble vertiente: publicidad activa y acceso a la información pública por los ciudadanos.

Lo anterior, con la pretendida finalidad y objeto, señalado en el Artículo 1 de la Ley autonómica de servir como cauce o instrumento para *"facilitar el conocimiento por la ciudadanía de la actividad de los poderes públicos y de las entidades con financiación pública, promoviendo el ejercicio responsable de dicha actividad y el desarrollo de una conciencia ciudadana y democrática plena"*.

Tratándose en el supuesto de hecho que analizamos en las presentes actuaciones de la falta de respuesta o silencio administrativo, mantenido por la Administración municipal en relación con un escrito o petición de acceso a información obrante en poder de la Entidad Local Ayuntamiento de Sevilla, entendemos que por aplicación de lo establecido en el Artículo 3, d) de la Ley 1/2014, citada, la misma, resulta plenamente incardinada en el ámbito subjetivo de aplicación, en cuanto en cuanto integrada en la Administración Local de Andalucía, resultando el Ayuntamiento sujeto obligado a facilitar -directa o indirectamente- el acceso y suministrar la información solicitada por la parte interesada en este procedimiento.

Lo anterior, por cuanto que al respecto del acceso y obtención de la información solicitada, en aplicación de lo establecido en el Artículo 7 de la repetida Ley 1/2014, cualquier persona legitimada ostenta los siguientes derechos:

> «Se reconocen los siguientes derechos:
>
> a) Derecho a la publicidad activa. Consiste en el derecho de cualquier persona a que los poderes públicos publiquen, en cumplimiento de la presente ley, de forma periódica y actualizada, la información veraz cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública.
>
> b) Derecho de acceso a la información pública. Consiste en el derecho de cualquier persona a acceder, en los términos previstos en esta ley, a los contenidos o documentos que obren en poder de cualesquiera de las personas y entidades incluidas en el ámbito de aplicación de la presente ley y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones.
>
> c*)* Derecho a obtener una resolución motivada. Consiste en el derecho de la persona solicitante a que sean motivadas las resoluciones que inadmitan a trámite la solicitud de acceso, que denieguen el acceso, que concedan el acceso tanto parcial como a través de una modalidad distinta a la solicitada, así como las que permitan el acceso cuando haya habido oposición de una tercera persona interesada.
>
> d) Derecho al uso de la información obtenida. Consiste en el derecho a utilizar la información obtenida sin necesidad de autorización previa y sin más limitaciones de las que deriven de esta u otras leyes.»

A la vista de todo ello y de conformidad con lo establecido en el artículo 29.1 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, se le formula ese Ayuntamiento de Sevilla la siguiente

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO de los Deberes Legales contenidos en los preceptos que han sido transcritos.

RECOMENDACIÓN concretada en la necesidad de dar respuesta, a la mayor brevedad posible, al escrito presentado por la parte afectada con fecha 5 de julio de 2015.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Que el Ayuntamiento de Cantillana atienda a la petición de cita de un vecino

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 16/2343 dirigida a Ayuntamiento de Cantillana (Sevilla)

- 01 Septiembre 2016

El Defensor del Pueblo Andaluz formula Resolución al Ayuntamiento de Cantillana, recomendando dar respuesta, a la mayor brevedad posible, al escrito de petición presentado por la persona afectada con fecha 7 de agosto de 2015, solicitando información y audiencia con la persona titular de la Alcaldía.

ANTECEDENTES

I. Con fecha 5 de mayo de 2016 fue registrada de entrada en este Comisionado del Parlamento de Andalucía comunicación remitida por D. (...), a través de la cual nos exponía lo siguiente:

Que con fecha 7 de agosto de 2015 había dirigido escrito al Ayuntamiento de Cantillana, solicitando información a ese Ayuntamiento.

Que a pesar del tiempo transcurrido, aún no había recibido respuesta a su solicitud de información.

II. Reunidos cuantos requisitos formales resultan exigidos por el apartado primero del artículo 16 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, esta Institución acordó admitir a trámite la queja y, consiguientemente, solicitar a esa Administración que resolviese expresamente, sin más dilaciones, el escrito de petición presentado por la parte promotora de la queja, informándonos al respecto.

III. A pesar de haber transcurrido un plazo más que prudencial desde la remisión de la mencionada solicitud y de haber reiterado la misma, hasta la fecha no se ha obtenido respuesta de ese organismo.

En base a los referidos antecedentes, conviene realizar a ese Organismo las siguientes

CONSIDERACIONES

Primera.- Sobre el régimen jurídico del derecho de petición.

El derecho citado se encuentra reconocido, como derecho fundamental, en el artículo 29 de la Constitución española y en el artículo 30.1,d), del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

Así el Constituyente estableció en el apartado 1, del artículo 29 indicado:

> «Todos los españoles tendrán el derecho de petición individual y colectiva, por escrito, en la forma y con los efectos que determine la ley.»

Las determinaciones de la ley reguladora del régimen jurídico del Derecho fundamental de petición, se plasmaron mediante la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición.

> La Ley mencionada se aparta de un excesivo rigor formalista y está orientada principalmente a lograr la plena satisfacción del derecho, razón por la que en aplicación de los criterios doctrinales e interpretativos del Tribunal Constitucional, -como indica el Legislador en el Preámbulo- «la Ley presta singular atención a las obligaciones de los poderes públicos y autoridades destinatarias de las peticiones».
>
> Por ello regula «la obligación de los destinatarios públicos de las peticiones de acusar recibo de las recibidas y, salvo excepciones tipificadas restrictivamente, la obligación de tramitarlas y contestarlas adecuadamente, lo que constituye desarrollo del contenido esencial de este derecho.»

Cabe añadir al respecto que el derecho de petición es susceptible de tutela judicial mediante las vías reforzadas, establecidas en el en el artículo 53.2 de la Constitución.

Así las resoluciones recaídas respecto de las solicitudes presentadas para el ejercicio del derecho de petición, podrán ser objeto de recurso contencioso-administrativo, por el procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, establecido en los artículos 114 y siguientes de la 29/1988, de 13 de julio, tanto en el caso de la inadmisión de la petición, como la omisión de respuesta o falta de requisitos mínimos en la facilitada.

Segunda.- Del deber de respuesta en relación con el ejercicio del derecho de petición.

El escrito en que se deduzca la petición podrá presentarse ante cualquier registro o dependencia admitida a estos efectos por la legislación reguladora del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (artículo 6.1, de la Ley Orgánica 4/2001).

Constituyendo una obligación de la administración, institución pública o autoridad que reciba una petición el acusar recibo de la misma y comunicarlo al interesado dentro de los diez días siguientes a su recepción.

Debiendo -en su caso- conceder un plazo de quince días al interesado para subsanar los defectos o carencias de su escrito de petición.

Al respecto de la inadmisión del escrito de petición, cabe tener en cuenta que el artículo 8 fija restrictivamente los casos en que procedería la misma:

> «No se admitirán las peticiones cuyo objeto sea ajeno a las atribuciones de los poderes públicos, instituciones u organismos a que se dirijan, así como aquéllas cuya resolución deba ampararse en un título específico distinto al establecido en esta Ley que deba ser objeto de un procedimiento parlamentario, administrativo o de un proceso judicial.
>
> Tampoco se admitirán aquellas peticiones sobre cuyo objeto exista un procedimiento parlamentario, administrativo o un proceso judicial ya iniciado, en tanto sobre los mismos no haya recaído acuerdo o resolución firme.»

Cuando el destinatario de la petición se estime incompetente para el conocimiento de ella, remitirá las actuaciones al órgano que considere competente, si ambos pertenecieran a la misma institución, administración u organismo.

En virtud de lo establecido en el artículo 9.1, de la Ley Orgánica 4/2001, citada, la declaración de inadmisibilidad será siempre motivada y, deberá acordarse y notificarse al peticionario en los cuarenta y cinco días hábiles siguientes al de presentación del escrito de petición.

Los principios y directrices básicas fijados en la Ley Orgánica reguladora del Derecho de Petición,

presentan vocación garantista con la finalidad de que por los destinatarios se cumplimenten las peticiones recibidas de la ciudadanía, como un instrumento más de participación ciudadana, sujeto a la especial protección de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo, de la Constitución.

Así el artículo 11 de la citada Ley Orgánica establece sobre la tramitación y contestación de peticiones admitidas lo siguiente:

> «1. Una vez admitida a trámite una petición, la autoridad u órgano competente vendrán obligados a contestar y a notificar la contestación en el plazo máximo de tres meses a contar desde la fecha de su presentación. Asimismo podrá, si así lo considera necesario, convocar a los peticionarios en audiencia especial.
>
> 2. Cuando la petición se estime fundada, la autoridad u órgano competente para conocer de ella, vendrá obligado a atenderla y a adoptar las medidas que estime oportunas a fin de lograr su plena efectividad, incluyendo, en su caso, el impulso de los procedimientos necesarios para adoptar una disposición de carácter general.
>
> 3. La contestación recogerá, al menos, los términos en los que la petición ha sido tomada en consideración por parte de la autoridad u órgano competente e incorporará las razones y motivos por los que se acuerda acceder a la petición o no hacerlo. En caso de que, como resultado de la petición, se haya adoptado cualquier acuerdo, medida o resolución específica, se agregará a la contestación.
>
> 4.La autoridad u órgano competente podrá acordar, cuando lo juzgue conveniente, la inserción de la contestación en el diario oficial que corresponda.
>
> 5.Anualmente la autoridad u órgano competente confeccionará una memoria de actividades derivadas de las peticiones recibidas.»

En el presente caso, a la vista de las manifestaciones realizadas por la persona promotora de la queja, que no han sido desvirtuadas por el Ayuntamiento, debemos considerar constatado que el escrito de petición presentado el pasado 31 de octubre de 2015 solicitando una audiencia con el Alcalde para tratar asunto que consideraba de su competencia, no ha sido objeto de respuesta pese a haber transcurrido sobradamente los plazos legalmente habilitados para su admisión o inadmisión del mismo. En consecuencia, hemos de concluir la existencia de un incumplimiento por parte de ese organismo del deber de respuesta legalmente estipulado en la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición.

A la vista de todo ello y, de conformidad con lo establecido en el artículo 29.1 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, se le formula esa Alcaldía-Presidencia del Ayuntamiento de Sevilla la siguiente

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO de los Deberes Legales contenidos en los preceptos que han sido transcritos.

RECOMENDACIÓN concretada en la necesidad de dar respuesta, a la mayor brevedad posible, al escrito de petición presentado por la persona afectada, con fecha 7 de agosto de 2015.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Instamos al Ayuntamiento de Chiclana a que responda a la solicitud de una vecina sobre la numeración de los edificios de una calle

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 16/4043 dirigida a Ayuntamiento de Chiclana de la Frontera (Cádiz)

- 14 Noviembre 2016

El Defensor del Pueblo Andaluz formula Resolución al Ayuntamiento de Chiclana de la Frontera, por la que recomienda dar respuesta, a la mayor brevedad posible, al escrito presentado por la parte afectada con fecha 10 de febrero de 2016, solicitando la numeración de edificios de una calle de la localidad.

ANTECEDENTES

I. Con fecha 13 de julio de 2016 fue registrada de entrada en este Comisionado del Parlamento de Andalucía comunicación remitida por (…), en nombre y representación de D. (…), a través de la cual nos exponía lo siguiente:

Que con fecha 10 de febrero de 2016, así como en fechas anteriores, el afectado había dirigido escrito al Ayuntamiento de Chiclana de la Frontera solicitando se proceda a la numeración de edificios en la calle donde reside.

Que a pesar del tiempo transcurrido, aún no había recibido respuesta a su solicitud.

II. Reunidos cuantos requisitos formales resultan exigidos por el apartado primero del artículo 16 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, esta Institución acordó admitir a trámite la queja y, consiguientemente, solicitar a esa Administración que resolviese expresamente, sin más dilaciones, el escrito presentado por la parte promotora de la queja, informándonos al respecto.

III. A pesar de haber transcurrido un plazo más que prudencial desde la remisión de la mencionada solicitud y de haber reiterado la misma, hasta la fecha no se ha obtenido respuesta de ese organismo.

De tales circunstancias no cabe más que extraer la existencia de un reconocimiento tácito de la falta de respuesta denunciada por la parte promotora de la queja.

En base a los referidos antecedentes, conviene realizar a ese Organismo las siguientes

CONSIDERACIONES

Primera.- De la obligación de resolver a cargo de la Administración Pública.

Debemos aclarar que a la solicitud de la interesada -que presentó en fecha 13 de julio de 2016- le resulta

de aplicación el régimen jurídico de procedimiento y obligación de responder determinado en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Ello, por expresa previsión contenida al efecto en la Disposición transitoria tercera, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Que establece:

"*Régimen transitorio de los procedimientos:*

a) A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior."

El artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), establece la obligación de la Administración de dictar en todos los procedimientos resolución expresa sobre el fondo del asunto y notificar la misma, sin perjuicio de que en el procedimiento intervenga prescripción, renuncia, caducidad o desistimiento, o bien la desaparición sobrevenida de su objeto, pues cuando concurran estas circunstancias habrá de dictarse dicha resolución en tal sentido. Quedan exceptuados de esta obligación exclusivamente los supuestos de terminación del procedimiento por pacto o convenio, o los relativos al ejercicio de derechos sometidos únicamente al deber de comunicación previa a la Administración.

Debe añadirse que el apartado 7 del artículo 42 de la LRJPAC establece que «El personal al servicio de las Administraciones públicas que tenga a su cargo el despacho de los asuntos, así como los titulares de los órganos administrativos competentes para instruir y resolver son directamente responsables, en el ámbito de sus competencias, del cumplimiento de la obligación legal de dictar resolución expresa en plazo», pudiendo dar lugar su incumplimiento a la exigencia de responsabilidad disciplinaria.

Segunda.- Del silencio administrativo negativo. Ante la falta de respuesta administrativa, debemos hacer referencia a la jurisprudencia creada en torno al control constitucional de las resoluciones judiciales que declaran la extemporaneidad de recursos contencioso-administrativos interpuestos contra la desestimación por silencio administrativo de solicitudes o reclamaciones de los interesados.

Puede citarse a tal efecto la Sentencia 72/2008, de 23 de junio de 2008, dictada por la Sala Primera del Tribunal Constitucional en el Recurso de amparo 6615-2005, Fundamento Jurídico 3: «Se ha venido reiterando, conforme a esta jurisprudencia constitucional, que el silencio administrativo negativo es simplemente una ficción legal que responde a la finalidad de que el administrado pueda acceder a la vía judicial superando los efectos de inactividad de la Administración; se ha declarado que, frente a las desestimaciones por silencio, el ciudadano no puede estar obligado a recurrir siempre y en todo caso, so pretexto de convertir su inactividad en consentimiento del acto presunto, imponiéndole un deber de diligencia que, sin embargo, no le es exigible a la Administración en el cumplimiento de su deber legal de dictar resolución expresa en todos los procedimientos. Bajo estas premisas, este Tribunal ha concluido que deducir de ese comportamiento pasivo del interesado su consentimiento con el contenido de un acto administrativo presunto, en realidad nunca producido, supone una interpretación que no puede calificarse de razonable —y menos aún, con arreglo al principio pro actione, de más favorable a la efectividad del derecho fundamental del art. 24.1 CE—, al primar injustificadamente la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido con su deber de dictar y notificar la correspondiente resolución expresa».

La institución del silencio administrativo negativo -a diferencia del silencio administrativo positivo, que tiene la consideración de verdadero acto administrativo finalizador del procedimiento- se configura por ley exclusivamente como una garantía para la defensa judicial de sus derechos por parte de los interesados. Por tanto, la Administración no queda eximida de su obligación de resolver, incluso, de modo que no queda sujeta al sentido del silencio.

Tercera.- Del derecho a una buena administración y los principios rectores de la actuación administrativa.

Como norma fundamental del ordenamiento jurídico propio, el Estatuto de Autonomía para Andalucía (art. 31) garantiza el derecho a una buena administración, que comprende el derecho de todos ante las Administraciones Públicas, a participar plenamente en las decisiones que les afecten, obteniendo de ellas una información veraz, y a que sus asuntos se traten de manera objetiva e imparcial y sean resueltos en un plazo razonable.

Por su parte, de acuerdo con el artículo 103 de la Constitución, esa Administración debe actuar de acuerdo con una serie de principios, entre ellos, los de eficacia y sometimiento a la ley y al Derecho.

Los mismos principios se recogen en el artículo 6 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.

Asimismo, de acuerdo con el artículo 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), las Administraciones públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con principios de eficacia, eficiencia y servicio a los ciudadanos, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho. Igualmente, deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima. En sus relaciones con la ciudadanía, las Administraciones públicas deben actuar de conformidad con los principios de transparencia y de participación.

A la vista de todo ello y de conformidad con lo establecido en el artículo 29.1 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, se formula a ese Ayuntamiento de Chiclana de la Frontera la siguiente

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO de los Deberes Legales contenidos en los preceptos que han sido transcritos.

RECOMENDACIÓN concretada en la necesidad de dar respuesta, a la mayor brevedad posible, al escrito presentado por la parte afectada con fecha 10 de febrero de 2016.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Le pedimos al Ayuntamiento de San Juan de Aznalfarache que responda a varios escritos de un ciudadanos solicitando que le devuelvan unas cantidades embargadas

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 16/4245 dirigida a Ayuntamiento de San Juan de Aznalfarache (Sevilla)

- 05 Diciembre 2016

El Defensor del Pueblo Andaluz efectúa Resolución al Ayuntamiento de San Juan de Aznalfarache, por la que recomienda dar respuesta, a la mayor brevedad posible, a los escritos presentados por la parte promotora de la queja, con fechas 7 y 30 de marzo y 11 de julio de 2016, solicitando la devolución de cantidades embargadas.

ANTECEDENTES

I. Con fecha 22 de julio de 2016 fue registrada de entrada en este Comisionado del Parlamento de Andalucía comunicación remitida por D. (...), a través de la cual nos exponía lo siguiente:

Que con fecha 7 y 30 de marzo de 2016, así como en fecha 11 de julio de 2016, el afectado había dirigido escrito al Ayuntamiento de San Juan de Aznalfarache solicitando la devolución de cantidades embargadas.

Que a pesar del tiempo transcurrido, aún no había recibido respuesta a su solicitud.

II. Reunidos cuantos requisitos formales resultan exigidos por el apartado primero del artículo 16 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, esta Institución acordó admitir a trámite la queja y, consiguientemente, solicitar a esa Administración que resolviese expresamente, sin más dilaciones, el escrito presentado por la parte promotora de la queja, informándonos al respecto.

III. A pesar de haber transcurrido un plazo más que prudencial desde la remisión de la mencionada solicitud y de haber reiterado la misma, hasta la fecha no se ha obtenido respuesta de ese organismo.

De tales circunstancias no cabe más que extraer la existencia de un reconocimiento tácito de la falta de respuesta denunciada por la parte promotora de la queja.

En base a los referidos antecedentes, conviene realizar a ese Organismo las siguientes

CONSIDERACIONES

Primera.- De la obligación de resolver a cargo de la Administración Pública.

Debemos aclarar que a la solicitud de la persona interesada -que presentó en fecha 11 de julio de 2016, la última- también le resulta de aplicación el régimen jurídico de procedimiento y obligación de responder determinado en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Ello, por expresa previsión contenida al efecto en la Disposición transitoria tercera, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Que establece:

> «Régimen transitorio de los procedimientos:
>
> a) A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior.»

El artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), establece la obligación de la Administración de dictar en todos los procedimientos resolución expresa sobre el fondo del asunto y notificar la misma, sin perjuicio de que en el procedimiento intervenga prescripción, renuncia, caducidad o desistimiento, o bien la desaparición sobrevenida de su objeto, pues cuando concurran estas circunstancias habrá de dictarse dicha resolución en tal sentido. Quedan exceptuados de esta obligación exclusivamente los supuestos de terminación del procedimiento por pacto o convenio, o los relativos al ejercicio de derechos sometidos únicamente al deber de comunicación previa a la Administración.

Debe añadirse que el apartado 7 del artículo 42 de la LRJPAC establece que «El personal al servicio de las Administraciones públicas que tenga a su cargo el despacho de los asuntos, así como los titulares de los órganos administrativos competentes para instruir y resolver son directamente responsables, en el ámbito de sus competencias, del cumplimiento de la obligación legal de dictar resolución expresa en plazo», pudiendo dar lugar su incumplimiento a la exigencia de responsabilidad disciplinaria.

Segunda.- Del silencio administrativo negativo.

Ante la falta de respuesta administrativa, debemos hacer referencia a la jurisprudencia creada en torno al control constitucional de las resoluciones judiciales que declaran la extemporaneidad de recursos contencioso-administrativos interpuestos contra la desestimación por silencio administrativo de solicitudes o reclamaciones de los interesados.

Puede citarse a tal efecto la Sentencia 72/2008, de 23 de junio de 2008, dictada por la Sala Primera del Tribunal Constitucional en el Recurso de amparo 6615-2005, Fundamento Jurídico 3: «Se ha venido reiterando, conforme a esta jurisprudencia constitucional, que el silencio administrativo negativo es simplemente una ficción legal que responde a la finalidad de que el administrado pueda acceder a la vía judicial superando los efectos de inactividad de la Administración; se ha declarado que, frente a las desestimaciones por silencio, el ciudadano no puede estar obligado a recurrir siempre y en todo caso, so pretexto de convertir su inactividad en consentimiento del acto presunto, imponiéndole un deber de diligencia que, sin embargo, no le es exigible a la Administración en el cumplimiento de su deber legal de dictar resolución expresa en todos los procedimientos. Bajo estas premisas, este Tribunal ha concluido que deducir de ese comportamiento pasivo del interesado su consentimiento con el contenido de un acto administrativo presunto, en realidad nunca producido, supone una interpretación que no puede calificarse de razonable —y menos aún, con arreglo al principio pro actione, de más favorable a la efectividad del derecho fundamental del art. 24.1 CE—, al primar injustificadamente la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido con su deber de dictar y notificar la correspondiente resolución expresa».

La institución del silencio administrativo negativo -a diferencia del silencio administrativo positivo, que tiene la consideración de verdadero acto administrativo finalizador del procedimiento- se configura por ley exclusivamente como una garantía para la defensa judicial de sus derechos por parte de los interesados. Por tanto, la Administración no queda eximida de su obligación de resolver, incluso, de modo que no

queda sujeta al sentido del silencio.

Tercera.- Del derecho a una buena administración y los principios rectores de la actuación administrativa.

Como norma fundamental del ordenamiento jurídico propio, el Estatuto de Autonomía para Andalucía (art. 31) garantiza el derecho a una buena administración, que comprende el derecho de todos ante las Administraciones Públicas, a participar plenamente en las decisiones que les afecten, obteniendo de ellas una información veraz, y a que sus asuntos se traten de manera objetiva e imparcial y sean resueltos en un plazo razonable.

Por su parte, de acuerdo con el artículo 103 de la Constitución, esa Administración debe actuar de acuerdo con una serie de principios, entre ellos, los de eficacia y sometimiento a la ley y al Derecho.

Los mismos principios se recogen en el artículo 6 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.

Asimismo, de acuerdo con el artículo 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), las Administraciones públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con principios de eficacia, eficiencia y servicio a los ciudadanos, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho. Igualmente, deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima. En sus relaciones con la ciudadanía, las Administraciones públicas deben actuar de conformidad con los principios de transparencia y de participación.

A la vista de todo ello y de conformidad con lo establecido en el artículo 29.1 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, se formula a ese Ayuntamiento de San Juan de Aznalfarache la siguiente

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO de los Deberes Legales contenidos en los preceptos que han sido transcritos.

RECOMENDACIÓN concretada en la necesidad de dar respuesta, a la mayor brevedad posible, a los escritos presentados por la parte afectada con fechas 7 y 30 de marzo y 11 de julio de 2016.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Reclamamos que se le dé de baja en la tasa por recogida de residuos domésticos y se le devuelva lo cobrado

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 16/4247 dirigida a Ayuntamiento de Cártama (Málaga)

- 18 Agosto 2016

El Defensor del Pueblo Andaluz formula Resolución al Ayuntamiento de Cártama recomendando que se tramite la baja en el padrón de la Tasa por la prestación del servicio de gestión de residuos domésticos a la parte promotora de la queja y, en consecuencia, se proceda a anular las liquidaciones emitidas, tanto si se han abonado como si estuvieran pendientes de pago, y a devolver los ingresos indebidamente cobrados por las mismas, si fuere el caso.

ANTECEDENTES

I.- El interesado presentó escrito de queja en fecha 22 de julio de 2016 (recepción en el Servicio de Correos) manifestando que mediante Decreto 2016/0294 de la Delegación Municipal de Hacienda se incluyó la vivienda con referencia catastral (...) como objeto tributario en el Padrón de la Tasa de Recogida de Residuos, para el ejercicio de 2014.

Resolución que al mismo tiempo liquidaba por los hechos imponibles de ejercicios anteriores no prescritos, en aplicación de las Tarifas incluidas en el Art. 5.1 de la Ordenanza Fiscal nº 10 , en concepto de vivienda en diseminado, por un importe de 42 euros /ejercicio.

Acreditaba el interesado en la documentación adjunta a su queja, que en fecha 2 de marzo de 2016 había formulado reclamación y, tras la desestimación de ésta, recurso de reposición en fecha 7 de abril de 2016, haciendo constar en sus alegaciones básicamente y en síntesis que la Administración municipal en la zona de diseminado en que habita no cuenta con elementos del servicio que permitan considerar que el mismo se presta de forma efectiva.

Los contenedores más próximos que se dice haber instalado por el Ayuntamiento, están a un kilómetro, presentando difícil acceso desde la vivienda del interesado, por lo que éste cuestionaba la procedencia de realizarle liquidaciones por la Tasa del servicio de gestión de residuos domésticos, al entender que la distancia existente entre su propiedad y el contenedor del servicio más próximo excedía de los límites que permitirían considerar que el servicio referido se presta efectivamente.

II. Entre la documentación aportada con el escrito de queja, el interesado nos enviaba copia de la notificación recibida de la Administración municipal por la que se le trasladó Decreto de Alcaldía 2016/1862, de 12 de abril de 2016, desestimatorio del Recurso de Reposición antedicho (Expte. ...), argumentando la Administración en favor de su pretensión de incluir el objeto tributario en el Padrón

fiscal referido y, para liquidar por los hechos imponibles de los ejercicios no prescritos, que tal actuación resultaba conforme a la Ordenanza referida, con reducción en la tarifa, al considerar que el servicio -si bien para viviendas en diseminado- estaba efectivamente establecido al facilitar contenedores para la recogida de residuos en la zona en cuestión, reconociendo en informe técnico-administrativo incorporado a la resolución, que el más próximo para el interesado estaba a un kilómetro de distancia.

Por todo lo anteriormente expuesto, tras la admisión a trámite al constar en la queja -suficientemente documentada- actos administrativos sustanciales del procedimiento seguido y la documental acreditativa de su realización y tramitación, deseamos formular al respecto las siguientes

CONSIDERACIONES

Primera.- La Ordenanza Fiscal Reguladora y la normativa básica de Haciendas Locales.

Como consta en el artículo 1 de la Ordenanza Fiscal número 10, reguladora de la tasa de recogida de basuras, el Ayuntamiento, en uso de las facultades que le corresponden por aplicación de lo establecido los artículos 133.2 y 142 de la Constitución, y en el artículo 106 de la Ley 7/1.985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 15 y siguientes del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobó la Tasa por recogida de Basuras que se regirá por la citada Ordenanza Fiscal, cuyas normas atienden a lo previsto en el artículo 57 del citado Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales y al principio de legalidad y restantes que configuran el sistema tributario, en virtud de lo establecido en el artículo 31 de la Constitución:

> «1 Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio.
>
> 2 El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía.
>
> 3 Sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley.»

El artículo 2 de la ordenanza fiscal reguladora de la Tasa por la prestación del servicio de gestión de residuos domésticos señala que constituye su hecho imponible la prestación del servicio de recepción obligatoria de recogida de basuras domiciliarias y residuos sólidos de inmuebles, dentro de la zona de cobertura y prestación del servicio citado.

Por otra parte, el artículo 20 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales establece que el hecho imponible de las Tasas será «la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local, así como por la prestación de servicios públicos o la realización de actividades administrativas de competencia local que se refieran, afecten o beneficien de modo particular a los sujetos pasivos».

El problema de fondo objeto de la queja que se somete a nuestra consideración radica en la determinación de si se produce el hecho imponible, conforme a lo regulado en el Ordenamiento antes citado.

Aun cuando en las presentes actuaciones el Ayuntamiento reconoce directamente al interesado que el servicio no se presta en las mismas condiciones que en zona urbana, sí mantiene que lo presta y está efectivamente establecido en la mejor forma posible, habiendo instalado diversos grupos de contenedores en accesos al diseminado a cierta distancia de la vivienda del interesado, razón por la cual ha reducido la cuantía de la tasa con respecto a la que cobra en zona urbana.

Así, la cuota tributaria según la tarifa establecida en el Artículo 5.1 de la Ordenanza Fiscal número 10, es

de 42 euros para vivienda en diseminado, y de 59 euros en vivienda en zona urbana.

SEGUNDA.- La interpretación jurisprudencial sobre la efectiva prestación del servicio.

Para fundamentar nuestra Resolución hemos de recurrir a la interpretación jurisprudencial contenida en la doctrina fijada por el Tribunal Supremo en sus Sentencias al respecto.

El Alto Tribunal defiende que **procede la tasa cuando el servicio se presta efectivamente, con independencia del grado de uso, o no uso, que el particular haga de de dicho servicio** en lo que se ha dado en llamar "la efectiva prestación del servicio o realización de la actividad por la Administración municipal", que se convierte en el requisito clave para poder someter al hecho imponible y liquidar por la tasa, que solamente se devenga cuando, además de que exista el servicio en el municipio, dicho servicio se preste de manera efectiva a quienes se exige su pago.

Han sido diversas las Sentencias que se han venido pronunciando sobre la cuestión:

En Sentencia de 20 de febrero de 1996, afirma el Tribunal que «*la efectiva prestación de un servicio municipal es presupuesto imprescindible para que pueda exigirse tasa por tal concepto por cuanto el hecho imponible en el mismo viene constituido por la efectiva prestación de un servicio que beneficie o afecte de modo particular al sujeto pasivo, sin que la mera existencia del servicio municipal sea suficiente para constituir a una persona en sujeto pasivo de la tasa establecida para su financiación, si el servicio no se presta en forma que aquélla pueda considerarse especialmente afectada por aquél, en forma de beneficio efectivo o provocación de la actividad municipal.*»

En parecidos términos, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1997, consideró que:

> «…Es obligado, a este respecto, recordar que el hecho imponible de la tasa viene constituido por la prestación de un servicio o la realización de una actividad que beneficia o afecta de modo particular al sujeto pasivo. Lo dice taxativamente el artículo 26.1. a) de la Ley General Tributaria de 1963 (RCL 1963, 2490 y NDL 15243), según el cual 'las tasas son tributos cuyo hecho imponible consiste en la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de Derecho público que se refieran, afecten, o beneficien a los sujetos pasivos, cuando concurran las dos circunstancias siguientes:
>
> a) Que sean de solicitud o recepción obligatoria para los administrados; b) Que no puedan prestarse o realizarse por el sector privado por cuanto impliquen intervención en la actuación de los particulares o cualquier otra manifestación del ejercicio de autoridad o por que, en relación a dichos servicios, esté establecida su reserva a favor del sector público conforme a la normativa vigente.
>
> … ni siquiera la mera existencia de un servicio municipal es suficiente para constituir a una persona en sujeto pasivo de la tasa establecida para su financiación, si el servicio no se presta de modo que aquélla pueda considerarse especialmente afectada por él, en forma de beneficio efectivo o provocación por el interesado de la actividad municipal, pues solo con esas características puede ser un servicio municipal legitimador de la exigencia de la tasa.»

Igualmente hemos de traer a colación la interpretación doctrinal de los Tribunales Superiores de Justicia muy detallada en relación a cómo probar la efectiva prestación del servicio, considerando la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 11 de mayo de 1998, que «a carga de probar el hecho imponible generador de cualquier tributo incumbe a la Administración que reclama su pago. Y esa prueba, por lo que hace a la tasa de basuras, requiere demostrar que el domicilio del pretendido obligado no sólo ha dispuesto de un servicio de recogida en su proximidad sino que ha podido beneficiarse del mismo en términos y condiciones que no comporten un sacrificio personal superior al que se considera tolerable a estos efectos en los usos sociales».

Por otra parte, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 27 de septiembre

de 1997, declaró improcedente el cobro de la tasa, al haber quedado acreditado que en el domicilio de la recurrente no existía contenedor de basuras a menos de 300 metros. No se considera prestado el servicio municipal y por ello no se realiza el hecho imponible que habilita a reclamar el pago de la tasa.

En ese sentido señalaba la citada Sentencia: «en el domicilio de la entidad recurrente no existe ni ha existido nunca contenedor de basuras, encontrándose el más próximo a 300 metros de distancia, y que por tanto no se le ha realizado el servicio de recogida de basuras, procede declarar vulnerados los artículos 20 y 26 de la Ley de Haciendas Locales, ya que para poderse exaccionar una tasa determinada es necesario que el municipio preste el servicio y que éste beneficie especialmente al administrado o le afecte de modo particular, por lo que no se puede exaccionar una tasa por un servicio que no se presta».

Así pues, como lo cuestionado en las presentes actuaciones resulta ser que el interesado no dispone a una distancia razonable de los elementos del servicio instalados para la recogida de los residuos de su vivienda, que se encuentran a un kilómetro de distancia de la misma, de acuerdo con la interpretación jurisprudencial señalada, y en ejercicio de las facultades y atribuciones que a esta Institución confiere el artículo 29.1, de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, formulamos a la Alcaldía Presidencia del Ayuntamiento de Cártama la siguiente

RESOLUCIÓN

RECOMENDACIÓN en el sentido de que se tramite la baja en el padrón de la Tasa por la prestación del servicio de gestión de residuos domésticos al interesado y, en consecuencia, se proceda a anular las liquidaciones emitidas, tanto si se han abonado como si estuvieran pendientes de pago, y a devolver los ingresos indebidamente cobrados por las mismas, si fuere el caso.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Pedimos al Ayuntamiento de Estepona que devuelva a una vecina lo cobrado por la tasa del servicio contraincendios del municipio

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 16/5012 dirigida a Ayuntamiento de Estepona (Málaga)

- 19 Diciembre 2016

El Defensor del Pueblo Andaluz formula resolución ante el Ayuntamiento de Estepona, por la que recomienda que, incumplidos los requisitos legales y procedimentales que han de reunir los actos de notificación, se proceda a revocar los actos liquidatorios y recaudatorios efectuados y que se refieren anteriormente, con devolución de lo cobrado.

Asimismo, sugiere que subsidiariamente, y por si no se estimare aplicar la revocación, en el sentido de que por los órganos competentes de la Administración de gestión tributaria y recaudatoria, se proceda a iniciar las actuaciones tendentes a la baja contable de la cantidad inicialmente liquidada y de los consiguientes recargos e intereses, previa declaración de fallido (al menos temporalmente o en forma provisional) de la deudora y de incobrable del crédito.

ANTECEDENTES

I.- La interesada nos exponía que en fecha 31 de mayo de 2016 ha recibido comunicación de su entidad financiera mediante la que se le informaba que en cumplimiento de Diligencia de Embargo emitida por el Patronato de Recaudación Provincial de Málaga, se le retenía y trababa en cuenta el importe de 438,62 euros (principal, recargos e intereses), al parecer por impago de liquidación número 8/2011 del Servicio Contra Incendios del Ayuntamiento de Estepona.

Añadía que habiendo reclamado la misma, solicitando con fecha 8 de junio de 2016 la anulación de la liquidación y la devolución de lo cobrado (29,10 euros) a cuenta de aquella cantidad trabada, el Ayuntamiento resolvió desestimando su pretensión, pese a que ella no era la propietaria de la vivienda sí ocupaba en alquiler aquélla colindante a la que acudió el servicio de bomberos por emergencia grave (derrumbe accidental).

II.- Admitida a trámite la queja y solicitado informe al referido Ayuntamiento, por el mismo se nos contestaba que ante el impago de la Liquidación 8/2011 efectuada por la tasa del Servicio de Bomberos, la misma referida liquidación fue notificada mediante publicación en el BOP nº 150 de 5 de agosto de 2011, iniciándose la vía de apremio en fecha 10 de mayo de 2012.

Añadía el Ayuntamiento que se había producido el embargo de 29,10 euros a cuenta de la deuda total y, que en fecha 20 de junio de 2016, mediante Decreto 16009/2016 de la Alcaldía, desestimatorio -por haber transcurrido más de cuatro años- de la reclamación de la interesada, se le notificó en fecha 23 de junio de

2016.

Además, según informaba, el Ayuntamiento habría considerado a la interesada sujeto pasivo de la tasa en aplicación de lo que establecía el artículo 3.1 de la Ordenanza 2.8 reguladora de la misma, que consideraba como tal a *"los usuarios de las fincas dañadas que hayan sido objeto de la prestación del servicio, entendiendo que estos son según los casos los dueños, los inquilinos y los arrendatarios de estas fincas".*

Por cuanto antecede, efectuamos las siguientes

CONSIDERACIONES

Primera.- La Ordenanza Fiscal Reguladora de la Tasa por el Servicio de Prevención y Extinción de incendios y Protección General de las Personas y Bienes: El sujeto pasivo y el hecho imponible.

No cabe duda que en aplicación de lo establecido en el artículo 3.1 de la Ordenanza Fiscal del Ayuntamiento de Estepona referida, sujeto pasivo de la tasa puede resultar también el inquilino de una finca siniestrada o afectada por razones de seguridad; así:

"1. Son sujetos pasivos contribuyentes las personas físicas o jurídicas y las entidades a que se refiere el artículo 35.4 de la Ley General Tributaria, ***usuarios de las fincas dañadas que hayan sido objeto de la prestación del servicio, entendiendo que éstos son, según los casos, los dueños, los inquilinos y los arrendatarios de estas fincas****."*

Ahora bien, teniendo en cuenta las circunstancias que concurrieron, no parece o resulta tan claro que la persona interesada en la queja, realizare el hecho imponible y la solicitud de la prestación del servicio que desencadenare el devengo de la tasa liquidada.

Hay que tener en cuenta, además, que el artículo 2.1 de la referida Ordenanza Fiscal, respecto del hecho imponible y devengo de la tasa establece:

"1. Constituye el hecho imponible de la tasa la prestación de servicios dentro del término municipal por parte del Parque Municipal de Bomberos en los casos de incendios y alarmas de incendio, derrumbes totales o parciales de edificios o instalaciones, ruinas, derribos, inundaciones, salvamentos y otros necesarios para la protección de personas y bienes.

2. Se devenga la tasa cuando la prestación del servicio o realización de la actividad municipal ***sea solicitada*** *por los particulares y también cuando se lleve a cabo de oficio por razones de seguridad,* ***siempre que la prestación de este servicio redunde en beneficio del sujeto pasivo****."*

En la situación de hechos descrita en las presentes actuaciones, se desprende que la interesada -ante una emergencia puntual, derrumbe de una vivienda colindante a consecuencia de las fuertes lluvias caídas- efectuó llamada al teléfono de Emergencias 112, una actuación cívica digna de elogio y que debe desencadenar la actuación de oficio del correspondiente Servicio de Emergencias más adecuado para afrontar la producida. La interesada en nuestra queja no llamó directamente al Servicio de Bomberos, ni, según parece, requirió la intervención de dicho servicio.

Por otra parte, de las circunstancias que concurren en los hechos expuestos en las presentes actuaciones resulta muy dudoso que, de la actuación del referido Servicio, acudiendo a comprobar y verificar los daños producidos en el derrumbe habido en vivienda colindante a la ocupada por la interesada, se desprenda un beneficio para la ésta que justifique la realización del hecho imponible y el devengo -a su iniciativa o petición- de la tasa.

En todo caso, de haberse producido algún beneficio tangible para la vivienda que ocupaba como inquilina la interesada a consecuencia de la actuación de los bomberos en el inmueble derrumbado, éste hubiese

revertido principalmente en el propietario de la misma.

En nuestra opinión, resulta, cuando menos, inadecuado o bastante forzado imputar a la interesada el envío del Servicio de Bomberos al lugar del derrumbe y atribuirle el beneficio del servicio prestado, pues la Administración municipal ni tan siquiera ha acreditado haber intentado liquidar por aquel pretendido servicio, a la propiedad de la vivienda siniestrada o a la de la vivienda colindante, y sin que tampoco se haya acreditado la no concurrencia de sustitutos del contribuyente en los términos establecidos en el artículo 3.4, de la propia Ordenanza Fiscal que nos ocupa, dirigiendo la liquidación a las posibles entidades aseguradoras del riesgo, si las hubiere.

Al margen de lo anterior, nos resulta incomprensible cómo en la gestión tributaria del procedimiento para la liquidación de la tasa y la recaudación de su importe en voluntaria las notificaciones a quien -en nuestra opinión- no resultaba sujeto pasivo, se traten de notificar en el domicilio del que, a causa del derrumbe en inmueble continuo, se había tenido que ausentar y no se realicen mayores esfuerzos por los Servicios Administrativos municipales para la notificación en domicilio nuevo, optando por la notificación mediante edictos.

Con tal proceder, qué duda cabe que se ha producido o generado a la interesada una indefensión, contraviniendo la doctrina del Tribunal Constitucional mantiene una línea interpretativa al respecto de la notificación por comparecencia y edictos, considerando que la misma «tiene un carácter supletorio y excepcional, debiendo ser reputada como el último remedio, por lo que únicamente es compatible con el artículo 24 de la Constitución Española si existe la certeza o, al menos, la convicción razonable de la imposibilidad de localizar al demandado (sentencias 152/1999, FJ 4º; 20/2000, FJ 2ª, y 53/2003 , FJ 3º)».

Indefensión que en tanto en cuanto significaría incumplimiento de los requisitos para notificación de los actos de gestión tributaria, aconsejaría la revocación de los actos liquidatorios y recaudatorios efectuados; por aplicación de lo establecido en el articulo 219.1 de la Ley 57/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, con devolución de cantidades embargadas a cuenta e intereses y recargos que ya la Administración hubiere percibido.

Segunda.- Circunstancias socio-económicas de la interesada en las presentes actuaciones.

Igualmente debemos reprobar al Ayuntamiento el trato dado a la interesada en cuantas dependencias y servicios municipales debió visitar y a los que debió acudir, para exponer -en vano- su difícil situación económica y su condición de no propietaria de la vivienda que ocupaba y mucho menos de la derrumbada.

En las presentes actuaciones, la liquidación de tasa por el servicio de prevención y extinción de incendios y protección general de las personas y bienes, tenía un importe de 438,62 euros (principal, recargos e intereses de demora).

Todo ello, dada la delicada situación socio-económica, próxima a la exclusión social de la interesada, ya que tanto ella como su esposo no tienen ingresos de ningún tipo, careciendo ambos de trabajo y, por tanto, en una situación que pudiera ser calificada como de insolvencia, cuando menos, provisional, nos lleva, además de cuestionar la condición de sujeto pasivo de la interesada, a preguntarnos si tiene algún sentido, económico o de cualquier otra índole, el proseguir con unas actuaciones recaudatorias tan contrarias a principios de justicia social, proporcionalidad y capacidad económica, actuaciones que sólo parecen haber prosperado ocasionalmente por la vía del embargo parcial.

A este respecto, debemos recordar que para tales situaciones de insuficiencia o carencia de medios, la normativa reguladora de la recaudación contempla las figuras de la declaración de fallido y los créditos incobrables, que resultan de aplicación para casos -como el que nos ocupa- de obligados al pago que carezcan de bienes embargables o realizables y en difícil situación económica.

En efecto, el Art. 61.1, del Reglamento General de Recaudación, dispone lo siguiente:

> «1. Se considerarán fallidos aquellos obligados al pago respecto de los cuales se ignore la existencia de bienes o derechos embargables o realizables para el cobro del débito. En particular, se estimará que no existen bienes o derechos embargables cuando los poseídos por el obligado al pago no hubiesen sido adjudicados a la Hacienda pública de conformidad con lo que se establece en el artículo 109. Asimismo, se considerará fallido por insolvencia parcial el deudor cuyo patrimonio embargable o realizable conocido tan solo alcance a cubrir una parte de la deuda.
>
> La declaración de fallido podrá referirse a la insolvencia total o parcial del deudor.
>
> Son créditos incobrables aquellos que no han podido hacerse efectivos en el procedimiento de apremio por resultar fallidos los obligados al pago.
>
> El concepto de incobrable se aplicará a los créditos y el de fallido a los obligados al pago.»

En relación con lo anteriormente establecido el apartado 2 del citado Art. 61 establece:

> «2. Una vez declarados fallidos los deudores principales y los responsables solidarios, la acción de cobro se dirigirá frente al responsable subsidiario.
>
> Si no existieran responsables subsidiarios o, si existiendo, estos resultan fallidos, el crédito será declarado incobrable por el órgano de recaudación.»

Sentadas las circunstancias personales y socio-ecónomicas de la interesada y su esposo, entendemos que se dan los elementos suficientes para proceder a las declaraciones de fallido y crédito incobrable.

No podemos compartir los argumentos en los que la Administración apoya su actuación liquidatoria y recaudatoria a ultranza, seguida tanto por el Ayuntamiento de Estepona, como por el Patronato, sin tener en cuenta la exención incluida en la referida Ordenanza fiscal de aplicación, que en su artículo 5.2º, establece : *"Si los sujetos pasivos obligados al pago no tuviesen concertada póliza de seguro, disfrutarán de una exención subjetiva sobre la vivienda afectada, siempre que los ingresos familiares no superen 5 veces el IPREM"*.

Es muy posible que los propietarios de la vivienda derrumbada y de la vivienda colindante, que ocupaba la interesada como inquilina, dispusiesen de póliza de seguros que podría haberse hecho cargo del importe de la tasa en caso de que hubieran sido requeridos para ello, lo que en ningún momento consta que hiciese el Ayuntamiento, que parece haber optado por la solución mas cómoda de imputar la tasa a la persona que efectuó la llamada desencadenante de la actuación dado que concurría su condición de inquilina del inmueble colindante.

A la vista de todo ello y de conformidad con lo establecido en el artículo 29, apartado 1, de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre del Defensor del Pueblo Andaluz, se formula la siguiente

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO del deber de cumplir los preceptos constitucionales, y legales y reglamentarios referidos en esta Resolución.

RECOMENDACIÓN en el sentido de que incumplidos los requisitos legales y procedimentales que han de reunir los actos de notificación, se proceda a revocar los actos liquidatorios y recaudatorios efectuados y que se refieren anteriormente, con devolución de lo cobrado.

SUGERENCIA: Subsidiariamente, y por si no se estimare aplicar la revocación, en el sentido de que por los órganos competentes de la Administración de gestión tributaria y recaudatoria, se proceda a iniciar las actuaciones tendentes a la baja contable de la cantidad inicialmente liquidada y de los consiguientes recargos e intereses, previa declaración de fallido (al menos temporalmente o en forma provisional) de la

deudora y de incobrable del crédito.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Queremos conocer las proyectos de protección de la Casa Morisca del Albaicín

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 16/1490 dirigida a Consejería de Turismo y Deporte, Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte en Granada, Ayuntamiento de Granada

- 12 Julio 2016

RESUMEN DEL RESULTADO (CIERRE DE QUEJA DE OFICIO)

Solicitamos medidas de control y protección de las condiciones de la Casa Morisca de la Calle Yanguas, en Granada.

04-04-2016 APERTURA DE LA QUEJA DE OFICIO

Esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz ha venido desarrollando una amplia y dilatada labor de atención al eficaz sistema normativo de promoción y protección del patrimonio histórico artístico.

Así, en los sucesivos Informes Anuales al Parlamento, al igual que con motivo de la elaboración de los Informes Especiales, la Institución ha querido contribuir al mejor desempeño de las actuaciones de los poderes públicos para la protección y puesta en valor de nuestra riqueza monumental. Todo ello en consonancia con las funciones de protección y tutela de los derechos establecidos en los artículos 44 de la Constitución y 33 y 37.1º.18 del Estatuto de Autonomía en el ámbito de la Cultura.

En el amplio escenario de intervenciones de este tipo que se producen a lo largo del territorio andaluz, ocupa un lugar preeminente las acciones que posibilitan el efectivo disfrute de nuestro patrimonio cultural gracias a promover su conocimiento y protección.

Sin duda, en determinadas comarcas y localidades de Andalucía, esta tarea compleja e ingente adquiere la dificultad de la alta concentración de este patrimonio histórico y monumental. Tal es el caso, sin lugar a dudas, de la ciudad de Granada.

Es conocida la permanente actuación de esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz en relación con las actuaciones de protección y tutela del conjunto patrimonial de valor histórico y cultural de Granada. Han sido muy numerosas las quejas iniciadas de oficio, o a partir de las iniciativas ciudadanas, que han sido tramitadas ante las autoridades locales y esa misma Delegación Territorial o sus servicios centrales de la Consejería de Cultura.

Estas quejas han abordado situaciones de deterioro de los inmuebles, régimen de protección, proyectos o intervenciones de conservación, medidas de ayudas o subvenciones, etc. lo que ha supuesto completar todo un elenco de cuestiones relacionadas con las competencias de la administración cultural.

En esta ocasión debemos centrar nuestra atención en el estado de conservación y régimen de protección de los inmuebles conocidos como “Casa Morisca” situada en la Calle Yanguas del Albaicín granadino.

Recientes informaciones hacen mención a la situación de riesgo que sufre el inmueble ante la ausencia de intervenciones por la inejecución del los proyectos conservacionistas que estaban ya dotados de las correspondientes licencias. Estos retrasos han llevado, según las informaciones, al agravamiento de su estado de conservación que amenaza gravemente su estabilidad.

Por ello, hemos considerado oportuno incoar queja de oficio al amparo del artículo 10 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre del Defensor del Pueblo Andaluz, ante la Delegación Territorial de Cultura y el Ayuntamiento de Granada, a fin de conocer:

- régimen de protección que ostente en la actualidad la Casa morisca de la C/ Yanguas en El Albaicín, de Granada.
- estado de conservación del inmueble.
- relación de intervenciones y proyectos que se hubieran proyectado y/o ejecutado en los últimos años
- causas que habrían provocado la no ejecución de los proyectos previstos.
- medidas para compeler y llevar a término las intervenciones de tutela y protección del inmueble.

12-07-2016 CIERRE DE LA QUEJA DE OFICIO

Solicitamos medidas de control y protección de las condiciones de la Casa Morisca de la Calle Yanguas, en Granada.

Recibimos informe de la Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte en Granada, de fecha 12 de mayo de 2016, nº de Registro de Salida 3224, con referencia SGP/ATN/mmg, relativo al expediente arriba indicado, promovido de oficio por esta Institución, en relación con la situación que sufre el inmueble de la Casa Morisca situada en la calle Yanguas.

También recibimos informe de la Concejalía de Mantenimiento, Obras Municipales y Urbanismo, del Ayuntamiento de Granada, de fecha 18 de abril de 2016, relativo al expediente arriba indicado.

A tenor de la información recibida desde la Delegación de Cultura y el propio Ayuntamiento, se tramita la caducidad de la licencia en su día otorgada para abordar el proyecto previsto en el inmueble, debido a su inejecución.

En tal sentido, dado que dicho inmueble no se encuentra en un “entorno de monumento”, recordamos la necesidad de mantener las labores de seguimiento del inmueble, a fin de garantizar sus condiciones de mantenimiento y conservación en los términos exigidos por las disposiciones legales a los titulares de los inmuebles.

Pedimos que se extremen las medidas de vigilancia y protección de los entornos de El Albaicín

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 17/0431 dirigida a Ayuntamiento de Granada, Consejería de Turismo y Deporte, Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte en Granada

- 26 Junio 2017

Esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz tramita la queja identificada con el número señalado en el encabezamiento. Las diferentes actuaciones en el curso de este expediente nos han permitido analizar la situación planteada en la queja y, tras diversos trámites, que a continuación se detallan, hemos considerado procedente emitir un pronunciamiento formal como Resolución, según establece el artículo 29.1 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, reguladora del Defensor del Pueblo Andaluz.

ANTECEDENTES

1.- Con fecha 27 de Febrero de 2017 el Defensor del Pueblo Andaluz acordó la apertura de queja de oficio relativa a proliferación de daños y pintadas en los entornos de El Albaicín en Granada, ante el Ayuntamiento de la ciudad y la Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte. Dicha queja de oficio supuso la petición de información dirigida ante estos organismos en los siguientes términos:

> *"Esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz ha venido desarrollando una amplia y dilatada labor de atención al eficaz sistema normativo de promoción y protección del patrimonio histórico artístico.*
>
> *Así, en los sucesivos Informes Anuales al Parlamento, al igual que con motivo de la elaboración de los Informes Especiales, la Institución ha querido contribuir al mejor desempeño de las actuaciones de los poderes públicos para la protección y puesta en valor de nuestra riqueza monumental. Todo ello en consonancia con las funciones de protección y tutela de los derechos establecidos en los artículos 44 de la Constitución y 33 y 37.1º.18 del Estatuto de Autonomía en el ámbito de la cultura.*
>
> *En el amplio escenario de intervenciones de este tipo que se producen a lo largo del territorio andaluz, en ocasiones aparecen noticias sobre la ausencia de protección y tutela de estos inmuebles o espacios, por lo que se sitúan bajo la amenaza de intervenciones de terceros que perjudiquen su conservación o incluso quedando en un riesgo cierto de daños en los paramentos, muros y elementos de las fachadas .*
>
> *En esta ocasión hemos conocido, según diversos medios de comunicación, de la deplorable imagen que presentan varios itinerarios urbanos del barrio de El Albaicín, con una presencia continua y reiterada de pintadas y agresiones gráficas en paredes, muros y otros elementos exteriores de los*

edificios que conforman este barrio cargado de valores históricos, y artísticos de la ciudad.

En concretos las imágenes recogen un estado ciertamente colmatado de maltrato a los paños de estos muros y paredes junto a la Iglesia de San Andrés, el Aljibe del Zenete, Huerto del Carlos, Arco de las Pesas, Palacio de Dar-Al-Horra, etc. Podría decirse que la integridad de los valores y atractivos de estos entornos urbanos resulta igualmente coherente en relación a su degradación sistemática a través de una presencia absolutamente generalizada de estas pintadas y acciones vandálicas.

Esta situación dista mucho de ser considerada un hecho aislado, hasta el extremo de que los daños al patrimonio de este entorno del barrio granadino dificulta la propia apreciación de sus valores y belleza que quedan rotundamente degradadas.

Según se recoge en distintas informaciones, se han abordado algunos proyectos de rehabilitación y limpieza. Se alude a proyectos autorizados por la Comisión de Patrimonio que fueron asumidos en 2014 por la Agencia Albaicín, pero no fueron finalmente ejecutados.

Esta Institución al tener conocimiento de esta noticia sobre los hechos, ha considerado oportuno profundizar en las causas de esta peculiar situación que, en todo caso, necesitaría una información más detallada y explicativa. Por ello, hemos considerado oportuno proponer incoar queja de oficio al amparo del artículo 10 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre del Defensor del Pueblo Andaluz, ante el Ayuntamiento de Granada y la Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte de Granada, a fin de conocer:

- *estado de situación y daños de los inmuebles, recorridos y escenarios del barrio del Albaicín causados por pintadas, ataques gráficos o vandalismo.*
- *medidas protectoras previstas para el Conjunto del barrio del Abaicín.*
- *ejecución y control de las mismas.*
- *proyectos que se prevean realizar para la conservación del entorno.*
- *denuncias o iniciativas que se hayan recibido sobre estos daños y sus respuestas.*
- *cualquier otra circunstancia que consideren oportuno transmitir para esclarecer el asunto que nos ocupa".*

2.- La queja de oficio incoada nos ha permitido conocer los informes elaborados desde la Agencia Albaicín, el Ayuntamiento de la ciudad y la Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte.

Dicha "Agencia Pública Administrativa Local Albaicín Granada" nos indica, en un detallado informe sobre estos daños que:

"En el año 2011 esta limpieza incluyó dos áreas. La primera fue la eliminación de graffitis en un muro de bloques de hormigón de cerramiento de un solar en la Cuesta del Chapiz mediante el encalado del muro. Esta actividad fue sufragada por el voluntariado del Grupo Scout Albaicín 524 y la Asociación de Vecinos Albaicín Alto.

La segunda área de limpieza fue un muro de ladrillo y mampostería en el Callejón de las Monjas. Estas limpieza fue sufragada por el extinto IMFE (Instituto Municipal de Formación y Empleo del Ayuntamiento de Granada) a través de los alumnos de un curso monográfico sobre limpieza de Graffitis. Estos alumnos estuvieron dirigidos por el tutor del curso, responsable de la empresa Entorno SinGraffiti S.L.

En 2012 la acción de limpieza tuvo lugar sobre los muros de ladrillo y hormigón que cierran el solar de la muralla zirí, en la calle Aljibe de la Gitana. La financiación de esta actuación estuvo nuevamente sufragada mediante el voluntariado del grupo Scout Albaicín 524 y la Asociación de Vecinos Albaicín Alto".

Por su parte, la Delegación Territorial de Cultura manifiesta que:

> *"Las actuaciones de inspección, se amplían con la comprobación, informe y autorización de las medidas propuestas por el Ayuntamiento de Granada en las ordenes de ejecución para exigir a los particulares el cumplimiento del deber de conservación contemplado en la vigente; con la tramitación de las denuncias recibidas de particulares.*
>
> *Existe una estrecha colaboración con la Unidad de Policía Judicial adscrita la Fiscalía Superior de Andalucía en virtud del protocolo establecido en diciembre de 2009, a propósito de la tramitación de las Diligencias Informativas número 90/2009; y con la Administración de Justicia, para emisión de informes periciales de valoración del daño producido al BIC y la asistencia a procedimientos judiciales para asesoría en materia de protección de patrimonio histórico.*
>
> *Con fecha 11 de noviembre de 2016 se dicta Resolución de la Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte en Granada, por la que se autoriza el proyecto de colocación de cámaras de vigilancia destinadas a evitar las agresiones producidas por los graffitis en el patrimonio histórico del barrio del Albaicín.*
>
> *Entre las propuestas de inversión para la protección y conservación de Bienes de Interés Cultural, elevadas por la Delegación Territorial de Cultura para el ejercicio 2017, se incluyó como prioridad el proyecto de eliminación de pintadas en los BIC "Puerta de las Pesas" y "Puerta Monaita", con una inversión de 120.000 euros. Esta medida fue incluida entre las propuestas de inversión como medida previa y complementaria a la instalación de las cámaras de vigilancia en el barrio del Albaicín, fruto del acuerdo alcanzado entre el Ayuntamiento de Granada y la Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte.*
>
> *Finalmente hay que señalar la firma del Convenio suscrito entre el Patronato de la Alhambra y el Ayuntamiento de Granada donde contemplan actuaciones encaminadas a la limpieza de pintadas".*
>
> También los servicios municipales de la Policía Local nos indicaron que
>
> "*desde este Cuerpo de Policía Local, se ha llevado a cabo una intensísima labor de vigilancia a fin de evitar esos comportamientos incívicos, mediante minutas permanentes en las zonas más emblemáticas del mismo. Prueba de ello es más de 41 intervenciones llevadas a cabo por unidades de Policía Local, de lasque se desprenden diligencias contra el patrimonio artístico, ilícitos, administrativos, etc….*
>
> *Es para este servicio de Policía Local, una prioridad absoluta en la protección de nuestro patrimonio, que en este caso se concentra en el Barrio del Albaycín."*

Analizado el contenido de dicha información, hemos de ofrecer a la luz de los datos las siguientes

CONSIDERACIONES

Primera.- La protección normativa del entorno de El Albaicín.

Estos aspectos analizados de deterioro en los entornos urbanos de El Albaicín tienen su régimen de protección establecido por la Ley de Patrimonio Histórico 16/1985, de 25 de Junio, la propia Ley de Patrimonio Histórico Andaluz, Ley 14/2007, de 26 de Noviembre (LPHA) y específicas disposiciones de desarrollo y especiales, en concreto citamos el Plan Especial de Protección y Reforma Interior del Albaicín (PEPRI-A).

Desde luego, citamos igualmente que, a partir de la entrada en vigor del nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía (Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo), el fundamento de la citada Ley de Patrimonio Histórico de Andalucía encuentra en el artículo 10.3.3º su principal referencia cuando se refiere «al

afianzamiento de la conciencia de identidad y de la cultura andaluza a través del conocimiento, investigación y difusión del patrimonio histórico» como uno de los objetivos básicos de la Comunidad Autónoma. A su vez, el artículo 68.3.1º del Estatuto de Autonomía para Andalucía atribuye a la Comunidad Autónoma «la competencia exclusiva en materia de protección del patrimonio histórico, artístico, monumental, arqueológico y científico».

Ciertamente la modificación experimentada por el Estatuto de Autonomía para Andalucía, con ocasión de la reforma habida en el año 2007, no ha hecho sino potenciar, más si cabe, las ideas y principios expresados en el anterior texto estatutario de 1981.

En este sentido, a través del artículo 33 de la norma estatutaria se establece que «Todas las personas tienen derecho, en condiciones de igualdad, al acceso a la cultura, al disfrute de los bienes patrimoniales, artísticos y paisajísticos de Andalucía, al desarrollo de sus capacidades creativas individuales y colectivas, así como el deber de respetar y preservar el patrimonio cultural andaluz».

Asimismo, los ordinales 17º y 18º del apartado primero del artículo 37 prevén, como principios rectores de las políticas públicas, «el libre acceso de todas las personas a la cultura y el respeto a la diversidad cultural»; y «la conservación y puesta en valor del patrimonio cultural, histórico y artístico de Andalucía, especialmente del flamenco».

Esta apuesta decidida supone una perfecta reivindicación de la cultura como auténtico valor característico de la sociedad andaluza y, por tanto, su disfrute y acceso se convierten en objetivos prioritarios para los poderes púbicos y autoridades culturales, en particular.

De todo ello deducimos la importancia de disponer en el ordenamiento jurídico andaluz de las normas adecuadas para definir y alcanzar los objetivos citados promoviendo su aprobación y cumplimiento. En el seno de dichas normas se establecen una serie de disposiciones destinadas a la protección y puesta en valor del patrimonio histórico-cultural, entre las que aparece la catalogación de los bienes y su adscripción a un determinado régimen legal para garantizar los objetivos establecidos por el ordenamiento jurídico cultural.

Volviendo al ámbito que nos ocupa, la citada LPHA en su artículo 14 establece la obligación de los titulares de los inmuebles y bienes integrantes del Patrimonio, catalogados o no, a conservarlos, mantenerlos y custodiarlos para la salvaguarda de sus valores. La zona afectada dispone de inmuebles de distinta titularidad ya sea eclesiástica, municipal, autonómica, o también privada.

Junto a estos elementos considerados, el PEPRI-A se detiene de manera muy concreta en señalar aspectos que deben ser acogidos en su ámbito de protección de este ámbito específico de la ciudad de Granada y así cita:

> *"PROTECCIÓN DE OTROS ELEMENTOS DE INTERÉS*

1. *BIENES OBJETO DE PROTECCIÓN*

> *Se consideran bienes de protección específica aquellos lugares, sitios o parajes naturales vinculados a acontecimientos o recuerdos del pasado, a tradiciones populares, creaciones culturales o de la naturaleza y a obras del hombre, así como a aquellos elementos urbanos de interés en la caracterización de la historia o imagen urbana de la ciudad, conforme a lo establecido por la vigente legislación en materia de protección del patrimonio.*

1. *ÁMBITO Y CONDICIONES ESPECIALES DE APLICACIÓN*

> *En el ámbito del presente Plan, se consideran como elementos de interés a proteger:*
>
> *- Los itinerarios o recorridos de interés*

- Los sitios y lugares de interés o valor histórico

- Las vistas de interés

1. *ITINERARIOS O RECORRIDOS DE INTERÉS*
2. *Tendrán consideración de itinerarios de interés los recorridos que destacan por su carácter histórico y/o por sus valores ambientales o paisajísticos.*
3. *En el ámbito del presente Plan se consideran itinerarios o recorridos de interés:*

- Camino del Sacromonte, Ermita del Santo Sepulcro, Abadía del Sacromonte

- Recorrido desde el Callejón del Santo Sepulcro a la Fuente de la Bicha

- Recorrido por el circuito del trazado de la muralla zirí

1. *SITIOS Y LUGARES DE INTERÉS O VALOR HISTÓRICO*
2. *Son espacios, sitios o parajes naturales o urbanos vinculados a acontecimientos, recuerdos del pasado, o tradiciones que destacan por su especial interés o por su valor histórico.*

Se trata, por tanto, de lugares que fueron soportes de acontecimientos históricos que soportan conmemoraciones relacionadas con el acervo cultural del Albayzín y Sacromonte.

1. *En el ámbito del presente Plan Especial, se señalan los siguientes sitios o lugares de interés:*

- Abadía del Sacromonte y su entorno

- Ermita de San Miguel

1. *VISTAS DE INTERÉS*
2. *Se consideran paisajes y vistas de interés para su protección las perspectivas observables desde enclaves determinados que configuran visiones tradicionales o de interés del Albayzín y Sacromonte o de alguno de sus elementos.*
3. *En el ámbito del presente Plan Especial, se consideran vistas de interés:*

- Las vistas de la Alhambra desde el Camino del Sacromonte

- Las vistas de la Alhambra y el Generalife desde el Mirador de San Nicolás

- Las vistas de la Alambra, la Ciudad y la vega de Granada desde el Mirador de San Cristóbal

- Las vistas del recinto monumental de la Alhambra perceptibles desde la Plaza de Carvajales, San Miguel Alto y cuevas.

- Las vistas del valle del Darro desde el Camino del Sacromonte".

Citamos igualmente la Ordenanza Municipal para la convivencia en el espacio público de Granada, así como el artículo 155 de la Ley 7/2002 de 17 de Diciembre de Ordenación Urbanística de Andalucía.

Por tanto, la normativa recoge una amplitud de instrumentos que otorgan a estos entornos urbanos un régimen de protección sólidamente establecido y que dispone de las vías y medidas necesarias para ofrecer a tales elementos la tutela que merecen.

Segunda.- La descripción del daño.

A partir de la información detallada y cronificada que hemos recibido, debemos destacar, en primer lugar, la plena confirmación de un estado generalizado de ataques y deterioros de las fachadas y elementos viarios en El Albaicín granadino.

Los datos aportados ratifican una reiterada presencia de estos actos vandálicos en los itinerarios de esta emblemática zona de la capital granadina. Las imágenes del estado de fachadas, mobiliario urbano, pavimentos y toda superficie susceptible de ser lastimada son ciertamente impactantes en un doble sentido. De un lado, por la contemplación de abandono y deterioro que generan y, de otro, por la consternación que ese resultado provoca degradando un espacio que encierra todos los mejores valores de la cultura y de la historia de una ciudad como Granada.

Las imágenes que se han aludido a la hora de motivar la presente actuación de oficio han sido ofrecidas por los medios de comunicación locales implicados en el problema, si bien son la actualización, en una concreta fecha, del estado de situación cotidiano que este entorno presenta y, por desgracia, con la categoría de normalizado; en el sentido de que el impacto de estos ataques han ocupado la "norma" de su imagen y estado.

El reportaje aludido no es una noticia; es la crónica de una situación permanente que podría relatarse en cualquier otro momento. La continuidad de este atentado permanente, grave e indeleble, ha llegado a identificarse en la propia habitualidad de El Albaicín. Resulta difícil ver este espacio sin la huella del vandalismo que se lo ha apropiado.

El informe que nos ha ofrecido la Agencia hace un relato de los edificios intervenidos para su limpieza. El listado de tales intervenciones de este Plan URBAN parece reflejar casi la globalidad del caserío, plazas, aljibes, mobiliario y fachadas del entorno afectado. Tras este detallado elenco de inmuebles, más que una relación de intervenciones puntuales, parece el listado catastral de la zona. ¿Queda algo sin manchar, pintar o degradar?

El informe no hace sino ratificar ese factor de generalidad que ha adquirido El Albaicín en su imagen deteriorada y antiestética de sus zonas y recorridos. La contemplación de estos itinerarios —como una suma de fachadas, edificios, paseos y espacios dispuestos como crisol patrimonial de una ciudad y su historia— queda escondida y degradada por la barbarie de estas acciones que destrozan toda esta belleza con la misma facilidad con la que se aprieta un aerosol.

El daño que se provoca se expande como un racimo ya que no sólo afecta a los elementos propios de los viarios públicos, fachadas y paramentos de inmuebles sino que contagian los espacios contemplativos en los que se integran cada uno de estos elementos dañados. La mancha gráfica deteriora la fachada, destroza la lucidez de la calle, anula la imagen integrada de un itinerario característico y termina por destruir un recorrido urbano frustrado en mostrarse con todo su esplendor.

Una pintada es un deterioro para la superficie afectada; pero también el soporte sobre el que se cercena la posibilidad de disfrutar de un escenario visual integral cargado de valor y de belleza. El supuesto de los miradores desactivados en su potencial contemplativo por estas pintadas son un perfecto ejemplo del efecto exponencial que provoca la pintada obscena hasta destrozar toda la sensibilidad de un paisaje.

Tercera.- Las medidas correctivas y de reparación.

Las informaciones por las Administraciones implicadas son un relato del empeño por mitigar los impactos de los daños de pintadas y agresiones gráficas que padece el Albaicín.

Estos esfuerzos son continuos en el tiempo y generalizados en cuanto a los actores que se ven compelidos

a acometer tales reparaciones. Ya hemos comprobado la repartida titularidad de los elementos atacados que implican a titulares de carácter público y, desde luego, también privados que asumen la obligación de mantener y conservar estos inmuebles cada vez que son objeto de los asaltos de estas pintadas.

Somos conscientes de que, una y otra vez, se procuran reparar estos daños con un considerable esfuerzo para los vecinos afectados que, de nuevo y al poco tiempo, deben soportar añadidas pintadas a su costa. Obviamente, si ese gasto de reparación termina resultando inasumible para las disponibilidades presupuestarias públicas, las economías familiares de estos titulares no pueden soportar una sucesiva asunción de las acciones de adecentamiento de sus paredes y fachadas cada vez que vuelven a producirse estos ataques.

Frente a esta situación, hemos de constatar, igualmente, la notable reacción de las autoridades en relación con la aplicación de medidas paliativas. Las informaciones ofrecidas son una cronología de esfuerzos por atajar los efectos de este vandalismo crónico.

El relato de los planes, programas, convenios, acuerdos e intervenciones para la protección y limpieza de estas zonas ofrece un corolario de décadas de lucha contra estas prácticas. Y del mismo modo, se aluden a cifras destinadas a la protección de la zona, y sus espacios de cientos de miles de euros, que, en parte, se destinan a la reparación de los ataques de pinturas y otros deterioros.

Citamos algunos de estos programas que han servido, entre otras acciones, para responder a este sistemático ataque. Hablamos del Programa europeo URBAN de 2002 o de la acción “Échale una mano al Albaicín” de 2008, medidas de sensibilización y participación asociativa en 2009, con ejecución de retiradas de pintadas por importe de 10.000 euros y otra ejecución a finales de ese año por una cuantía de 95.615,2 euros. Añadimos, dentro del URBAN por importe de 2.000.000 euros, el proyecto de “Rehabilitación de cubiertas y fachadas de edificios singulares”, el plan de mantenimiento de la red de aljibes de 2009 y 2010, donde se realizaron tareas de limpieza de estas agresiones con un coste de más de 8.000 euros, a los que se sumaron otros 8.750 euros en 2012 para nuevas tareas de limpieza de estos elementos. Se añade en la información recibida una nueva actuación en diciembre de 2016 para un total de 13 aljibes atacados y pintados que contará con una segunda fase para finales del presente ejercicio de 2017.

Incluso dentro de las subvenciones el Ministerio de Cultura sobre paisajes y valores contemplativos, se realizan en 2010 y 2011 actuaciones en miradores de la ciudad distorsionados en su contemplación por la frecuente presencia de pintadas y ataques a estos entornos. Como ejemplo, se cita que el programa de 2010 sobre cuatro miradores tuvo un importe de 162.749,00 euros. En 2011 el arreglo de nuevos miradores supuso un importe de 151.402,84 euros.

No terminan aquí estas reparaciones. El plan de Turismo de Granada 2005-2015 acogió una intervención especial en el entorno de la Ermita y mirador de San Miguel Alto con la obligada limpieza de pintadas con una inversión global de 273.305,91 euros.

La Delegación Territorial de Cultura apunta, en su esfuerzo más reciente, sendos proyectos para limpiar las Puertas de las Pesas y Monaita por valor de 120.000 euros en este ejercicio de 2017.

En suma, aunque las cifras no se hayan facilitado con un desglose específico que concrete el destinado a la limpieza y adecentamiento de estos daños gráficos, son cientos de miles de euros los que se deducen de esta relación de intervenciones correctivas que tratan de paliar los daños infringidos en este entorno urbano de valor histórico y patrimonial de alcance mundial.

Estas reacciones públicas denotan, ciertamente, una respuesta orientada en el compromiso por evitar estos efectos y evidencian la preocupación por reparar los desperfectos provocados en itinerarios, fachadas, aljibes y superficies del entorno de El Albaicín. Esta idea se desprende del relato de las informaciones ofrecidas y que sitúan desde 2002 (Plan URBAN) las acciones programadas de lucha contra este modelo de vandalismo, sin descartar otras intervenciones, probablemente, muy anteriores.

Pero, tras la dilatada cronología de medidas correctivas y los resultados cuasi permanentes de destrozos e impactos, a pesar de esos empeños, la lucha contra el vandalismo gráfico ofrece más sombras que luces. Las pintadas siguen, y hasta crecen, en su extensión e impactos. Tanto que el ritmo reparador que requieren no puede, ni de lejos, lograr una amortiguación que persista apenas un plazo de tregua que se agota desde el caprichoso instante en el que los autores de estas fechorías ratifican su cómoda e irresponsable animosidad dañina. Cómoda por la facilidad con la que se generan e irresponsable por la nula trascendencia personal de estos daños.

Podemos, pues, deducir que la estrategia parece centrarse en procurar arreglar lo que se estropea, en el plazo que se pueda y con el alcance que permita el presupuesto. Todo parece indicar que difícilmente se podrá limpiar más; ahora toca ensuciar menos.

Y ello habrá de venir de la mano de avanzar en las labores de concienciación ciudadana en favor de este patrimonio común, en la línea que se apuntaba desde el Ayuntamiento, de trabajar en formación en centros escolares, espacios específicos para murales alternativos, concienciación social, reforzar la implicación vecinal, etc. Y algo más.

Cuarta.- Otras iniciativas relativas a la exigencia de responsabilidades.

Destacamos el dato aportado en el informe de la Agencia Municipal Albaicín de la detención en 2010 de un grupo de vándalos y la condena de uno de ellos por los daños producidos. No se relata otro caso, lo cual no deja de resultar aparentemente contradictorio con la contumacia de estas actitudes lesivas, su concentración en escenarios repetidos (*"Pintada sobre pintada"*) y su continuidad en el tiempo.

La ejecución de la medida sancionadora al menor condenado es un ejemplo de la dimensión reparadora del reproche judicial, ya que el pago de la multa y las horas de trabajos en beneficio a la comunidad que se impusieron se dedicaron expresamente a la reparación y limpieza del aljibe dañado a cargo del responsable. Lástima que no se dispongan de otros ejemplos que permitan analizar el impacto social de estas respuestas correctivas que están legalmente previstas pero poco aplicadas.

Se alude a 41 intervenciones de la Policía Local de las que podrían desprenderse diligencias contra el patrimonio, ilícitos administrativos, etc. Pero resulta obvio que el escenario de las responsabilidades exigidas a los sujetos que protagonizan estos daños reincidentes queda aún por explorar.

La reacción de los poderes públicos ante el grave quebrantamiento de las normas de convivencia es también un deber de las denominadas Autoridades que ostentan la responsabilidad —irrenunciable e insustituible— de aplicar las normas que nuestra comunidad ciudadana ha fijado para garantizar y defender los valores y derechos de todos. Del mismo modo que se dispone de un amplio desarrollo normativo de identificación y protección de estos valores patrimoniales que se expresan en el entorno del Albaicín, también existe un régimen correctivo y sancionador para ser aplicado ante tales supuestos lesivos y dañinos. El sistema normativo es bifronte: protección de un patrimonio y responsabilidad para quien lo ataque.

En el marco de acciones preventivas parece situarse los proyectos de dotar, siempre con las debidas garantías, sistemas de vigilancia de estos itinerarios urbanos amenazados y que, con su puesta en marcha, podrán merecer una evaluación de su eficacia.

En suma, hoy Andalucía, y Granada como entidad señera, se ofrecen al mundo desde la plataforma irreemplazable de su cultura y su historia como un foco de atracción mundial de reconocimiento y desarrollo. La fuerza y convicción de estos mensajes necesita la credibilidad de sus compromisos efectivos para su protección y puesta en valor.

Por ello, la joya de El Albaicín no tolera la condena que le equipara a los peores rincones degradados y

sucios del peor suburbio imaginado. Nos resistimos a que su dimensión universal de belleza patrimonial e histórica amenace con invertirse, para transformarse en la imagen de la dejación y la incapacidad de proteger sus méritos.

La entidad universal de El Albaicín, el orgullo de una ciudad por su patrimonio y la capacidad otorgada a sus poderes públicos para defenderlos deben ser argumentos más que suficientes para vencer la estulticia de un vándalo.

A la vista de las anteriores Consideraciones, esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz ha acordado dirigir al Ayuntamiento de Granada y a la Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte de Granada las siguientes

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO del marco normativo citado a lo largo de la presente Resolución.

RECOMENDACIÓN de que se extremen las medidas de vigilancia y protección de los entornos de El Albaicín a fin de evitar daños y acciones lesivas contra los elementos que componen sus itinerarios urbanos y que perjudican sus valores patrimoniales e históricos.

SUGERENCIA, para que se potencien las acciones de concienciación y educación de los valores protegibles del entorno patrimonial de El Albaicín y se potencie la implicación ciudadana y vecinal en su conservación y mejora.

Ver cierre de actuación de oficio

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

¿Quién autorizó y por qué la intervención en el Castillo de Villamartín? Queremos conocer los motivos

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 16/1306 dirigida a Consejería de Turismo y Deporte, Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte en Cádiz, Ayuntamiento de Villamartín (Cádiz)

- 16 Marzo 2016

Esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz ha venido desarrollando una amplia y dilatada labor de atención al eficaz sistema normativo de promoción y protección del patrimonio histórico artístico.

Así, en los sucesivos Informes Anuales al Parlamento, al igual que con motivo de la elaboración de los Informes Especiales, la Institución ha querido contribuir al mejor desempeño de las actuaciones de los poderes públicos para la protección y puesta en valor de nuestra riqueza monumental. Todo ello en consonancia con las funciones de protección y tutela de los derechos establecidos en los artículos 44 de la Constitución y 33 y 37.1º.18 del Estatuto de Autonomía en el ámbito de la cultura.

En el amplio escenario de intervenciones de este tipo que se producen a lo largo del territorio andaluz, en ocasiones aparecen noticias sobre la ausencia de protección y tutela de estos inmuebles o espacios, por lo que se sitúan bajo la amenaza de intervenciones de terceros que perjudiquen su conservación o incluso quedando en un riesgo cierto de expolio. De igual modo, interesa cooncer el desarrollo de las mediasd de protección y control de intervenciones o proyectos que se realizan en bienes inmuebles y monumentos para asegurar el respeto a las normas de tutel y protección del patrimonio histórico.

En esta ocasión hemos conocido, según diversos medios de comunicación, la ejecución de unas obras de restauración del Castillo de Matrera, en Villamartín (Cádiz).

Según nuestros datos, dicho baluarte constituye un claro ejemplo de las construcciones defensivas de época nazarí y que se encontraba en grave estado de conservación.

Más allá de la polémica en orden a las opiniones que ha merecido el resultado final de la intervención, quisiéramos corrobrar la adecuada tramitación del proyecto de intervención, su estudio e intervención de las autoridades locales y culturales y la aplicación de los criterios y garantías que una actuación de esta envergadura necesita por exigencias legales.

De ahí que, esta Institución al tener conocimiento de estas noticias sobre el caso, ha considerado oportuno profundizar en las causas de esta actuación que, en todo caso, necesitaría una información más detallada y explicativa. Por ello, hemos considerado oportuno incoar queja de oficio al amparo del artículo 10 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre del Defensor del Pueblo Andaluz, ante el Ayuntamiento de Villamertín y la

Delegación Territorial de Cultura de Cádiz, a fin de conocer:

- medidas protectoras establecidas para el castillo de Matrera en Villamartín con carácter previo a la ejecución del actual proyecto.
- tramitación del proyecto motivo de ejecución.
- proyectos que se prevean realizar con un carácter más definitivo para la conservación del inmueble y su entorno.
- intervención de las autoridades culturales en la adopción las medidas de estudio, información y valoración del proyecto, así como, en su caso, futuras actuaciones.
- Autoridades intervinientes y fechas de concesión de las licencias, en su caso, de demolición, ejecución de obra y control de las certificaciones finales conforme proyectos.

Ver Resolución

Investigamos los daños ocasionados al molino de aceite en Gandul en Alcalá de Guadaira (Sevilla)

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/0105 dirigida a Ayuntamiento de Alcalá de Guadaíra (Sevilla), Consejería de Turismo y Deporte, Delegación Territorial de Cultura , Turismo y Deporte en Sevilla

- 01 Marzo 2017

RESUMEN DEL RESULTADO (CIERRE DE QUEJA DE OFICIO)

Con motivo de la tramitación de la presente queja, incoada de oficio, relativa a medidas de protección en el entorno de El Gandul, en Alcalá de Guadaira (Sevilla), esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz solicitó a la Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte de Sevilla y al Ayuntamiento de Alcalá de Guadaira, información sobre el estado de conservación y posibles intervenciones sobre el sitio.

A la vista de las informaciones recibidas, ambas administraciones actúan para definir los usos y actuaciones que afectan a este elemento, así como para intervenir mediante la aplicación de las medidas que el transcurso del tiempo aconseja adoptar.

Dados los compromisos indicados en las medidas posibles a acordar, procede concluir nuestras actuaciones, sin perjuicio de desplegar en adelante las acciones de seguimiento que el caso aconseje velando por las medidas garanticen y protejan este entorno de El Gandul y sus elementos amparados por la protección que la legislación les otorga.

01-03-2017 APERTURA DE LA QUEJA DE OFICIO

Esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz ha venido desarrollando una amplia y dilatada labor de atención al eficaz sistema normativo de promoción y protección del patrimonio histórico artístico.

Así, en los sucesivos Informes Anuales al Parlamento, al igual que con motivo de la elaboración de los Informes Especiales, la Institución ha querido contribuir al mejor desempeño de las actuaciones de los poderes públicos para la protección y puesta en valor de nuestra riqueza monumental. Todo ello en consonancia con las funciones de protección y tutela de los derechos establecidos en los artículos 44 de la Constitución y 33 y 37.1º.18 del Estatuto de Autonomía en el ámbito de la cultura.

En el amplio escenario de intervenciones de este tipo que se producen a lo largo del territorio andaluz, en ocasiones aparecen noticias sobre la ausencia de protección y tutela de estos inmuebles o espacios, por lo que se sitúan bajo la amenaza de intervenciones de terceros que perjudiquen su conservación o incluso quedando en un riesgo cierto de expolio.

En esta ocasión hemos conocido, según diversos medios de comunicación, de la destrucción por una excavadora de un antiguo molino de aceite que abastecía a la aldea alcalareña de Gandul, elemento de gran interés etnológico, y que como destaca el medio, tiene hasta solera literaria al ser el lugar en el que se alojó el escritor Washington Irving en 1829, y que quedo inmortalizado en su obra «Cuentos de la Alhambra».

Ante el mal estado del molino al parecer se había solicitado por un grupo ecologista su rehabilitación, denunciándose que no se trataba de un hecho aislado y que la destrucción del patrimonio de este entorno dificulta el proyecto de creación en la zona de un Parque Cultural que garantice la conservación de todos sus elementos: poblado, necrópolis, ciudad romana y valores naturales. Todo ello a pesar de que en marzo de 2014 se aprobara por el Pleno municipal de Alcala de Guadaira el impulso del Parque Cultural.

Según la base de datos de Patrimonio Inmueble de Andalucía del Instituto Andaluz de Patrimonio Histórico el código 01410040108 identifica el Conjunto Arqueológico de El Gandul, catalogado como Bien de Interés Cultural con fecha 4-6-1931, por lo que ostenta los valores y régimen de protección que resultarían claramente vulnerados, según la descripción de la situación.

Esta Institución al tener conocimiento de esta noticia sobre el caso, ha considerado oportuno profundizar en las causas de esta peculiar situación que, en todo caso, necesitaría una información más detallada y explicativa. Por ello, hemos considerado oportuno proponer incoar queja de oficio al amparo del artículo 10 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre del Defensor del Pueblo Andaluz, ante el Ayuntamiento de Alcalá de Guadaira y la Delegación Territorial de Cultura de Sevilla, a fin de conocer:

- causas y motivos por los que se han producidos los daños descritos en el molino de aceite.

- medidas protectoras previstas para el Conjunto Histórico de Gandul.

- ejecución y control de las mismas.

- proyectos que se prevean realizar para la conservación del entorno.

- denuncias o iniciativas que se hayan recibo sobre estos daños y sus respuestas.

10-11-2017 CIERRE DE LA QUEJA DE OFICIO

Con motivo de la tramitación de la presente queja, incoada de oficio, relativa a medidas de protección en el entorno de El Gandul, en Alcalá de Guadaira (Sevilla), esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz solicitó a la Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte de Sevilla y al Ayuntamiento de Alcalá de Guadaira, información sobre el estado de conservación y posibles intervenciones sobre el sitio.

Esa Delegación nos ha remitido informe en el que, entre otras consideraciones, nos indica que:

"La legislación autonómica (patrimonial, urbanística y medioambiental) contempla procedimientos que garantizan la protección de los bienes integrantes del patrimonio histórico de los municipios, así como de sus valores paisajísticos y ambientales, fundamentalmente a través de los plantes urbanísticos y territoriales, en concreto con los trámites de Evaluación Ambiental Estratégica y los correspondientes informes sectoriales, para que en el caso de los bienes integrantes del patrimonio histórico éstos pasen a formar parte de los catálogos urbanísticos (cuya elaboración corresponde a los Ayuntamientos) y por tanto al "Inventario de Bienes Reconocidos del Patrimonio Histórico Andaluz, inventario que se ha creado tras la entrada en vigor de la Ley 14/2007 del PHA (art. 13), como complemento al Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz, en colaboración con los Ayuntamientos, a quienes corresponde también la misión de colaborar activamente en la protección y conservación de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Andaluz que radiquen en su término municipal, en especial a través de la ordenación urbanística, así como realzar y dar a conocer el valor cultural de los mismos (art. 14)."

Por su parte, el Ayuntamiento de Alcalá de Guadaira explica:

"Este molino pertenece a una propiedad privada y no tiene hasta la fecha protección ni catalogación específicas, ni a nivel local, ni autonómico ni estatal. En este sentido, el expediente de queja referido adolece de ciertos errores en lo referente a la protección del área de Gandul, que es relevante señalar. Actualmente en la zona concurren dos protecciones de carácter patrimonial:

- *La Declaración de la "Necrópolis doménica de Los Alcores, en Gandul", realizada en 1931 y que en virtud de la Ley 16/1986 de Patrimonio Histórico Español pasa a ostentar la categoría de Bien de Interés Cultural. Esta protección afecta exclusivamente a los elementos funerarios de época prehistórica, de los que no se documenta ninguno en la zona afectada por el derrumbe en cuestión.*
- *La incoación de expediente de "Zona Arqueológica de Gandul", realizada en 1991 y sin resolución administrativa hasta la fecha. Dicho expediente sí incluye la parcela del molino de aceite arruinado, si bien por su propia naturaleza atiende exclusivamente a la protección de elementos arqueológicos explícitamente identificado, lo que no es el caso.*

Por el contrario, no existe el denominado "Conjunto Arqueológico de Gandul", ni los edificios adscritos a la antigua aldea de Gandul se encuentran amparados por ningún tipo de protección específica.

Los mencionados derrumbes, efectivamente observados en la visita realizada, aparentaban no ser recientes, y en cualquier caso no han sido provocados por ninguna máquina ni son consecuencia de ninguna demolición, con el carácter de intencionalidad que este término conlleva, sino que se han producido por causas naturales. La excavadora objeto de la denuncia no ha tenido otra función que la retirada de los restos de dicho derrumbe, por iniciativa de los propietarios del inmueble afectado".

A la vista de las anteriores informaciones, ambas administraciones actúan para definir los usos y actuaciones que afectan a este elemento, así como para intervenir mediante la aplicación de las medidas que el transcurso del tiempo aconseja adoptar.

Dados los compromisos indicados en las medidas posibles a acordar, procede concluir nuestras actuaciones, sin perjuicio de desplegar en adelante las acciones de seguimiento que el caso aconseje velando por las medidas garanticen y protejan este entorno de El Gandul y sus elementos amparados por la protección que la legislación les otorga.

Actuamos de oficio ante los daños y pintadas contra restos neolíticos en la Cueva del Tesoro, en Rincón de la Victoria (Málaga)

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/3240 dirigida a Consejería de Turismo y Deporte, Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte en Málaga, Ayuntamiento de Rincón de la Victoria (Málaga)

- 25 Enero 2018

RESUMEN DEL RESULTADO (CIERRE DE QUEJA DE OFICIO)

Tomamos buena cuenta de las reacciones que se han puesto en marcha desde las autoridades culturales para adoptar las medidas oportunas y para la investigación técnico-arqueológica del impacto que se ha producido en el yacimiento. Así se nos indican las actuaciones de investigación e intervención arqueológica que se aluden en sendas informaciones.

Por ello, en estos momentos en los que se relatan los estudios para evaluar la afectación a este elemento, procede aguardar sus resultados y analizar toda la actividad de impulso a los procedimientos incoados desde el punto de vista de la disciplina patrimonial y cultural. En su momento se podrán analizar las circunstancias del yacimiento arqueológico y poder evaluar las medidas anunciadas dirigidas a su protección, custodia y puesta en valor.

19/06/2017 APERTURA DE LA QUEJA DE OFICIO

Esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz ha venido desarrollando una amplia y dilatada labor de atención al eficaz sistema normativo de promoción y protección del patrimonio histórico artístico.

Así, en los sucesivos Informes Anuales al Parlamento, al igual que con motivo de la elaboración de los Informes Especiales, la Institución ha querido contribuir al mejor desempeño de las actuaciones de los poderes públicos para la protección y puesta en valor de nuestra riqueza monumental. Todo ello en consonancia con las funciones de protección y tutela de los derechos establecidos en los artículos 44 de la Constitución y 33 y 37.1º.18 del Estatuto de Autonomía en el ámbito de la cultura.

En el amplio escenario de intervenciones de este tipo que se producen a lo largo del territorio andaluz, ocupa un lugar preeminente las acciones que posibilitan el efectivo disfrute de nuestro patrimonio cultural gracias a promover su conocimiento e investigación a través de las intervenciones arqueológicas «con el objetivo de que la investigación revierta en un aumento y cualificación del conocimiento histórico de nuestro pasado y presente», en los términos que afirma el Decreto 168/2003, de 17 de Junio (BOJA 134, de 15 de Julio), por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Arqueológicas.

En el conjunto de actividades de protección de la riqueza arqueológica andaluza, las autoridades culturales ha venido desarrollando una importante labor de localización, descripción e investigación de las zonas que han acreditado este interés en el conjunto de elementos que componen el rico y variado Patrimonio Histórico Andaluz.

Así, en el caso del territorio de la provincia de Málaga, concretamente en el entorno de su costa, hemos tenido conocimiento del asalto y ataque de las pinturas rupestres de la denominada Cueva del Tesoro, en Rincón de la Victoria, en la zona de las cavidades de Higuerón-Suizo y Victoria. Se trata de un recinto, en dicho término municipal, que alberga concretos ejemplos de pinturas rupestres datadas en las épocas del Paleolítico y Neolítico y, por tanto, de gran valor.

De hecho, tal recinto ostenta la clasificación de Bien de Interés Cultural (BIC) como Zona Arqueológica bajo la denominación de Cuevas del Tesoro-Higuerón y de la Victoria, o también "*Cuevas del Tesoro-Higuerón-Victoria, Complejo Cantal Alto:Cueva del Higuerón, Cueva de la Victoria, Cueva de los Gures y Cueva de la Esperanza, Cuevas del Higuerón o del Suizo y de la Victoria*"(BOE de 16 de mayo de 2002).

Según las informaciones publicadas, se han denunciado agresiones con motivo del ataque con pinturas a estos recintos y sus entornos. Tales hechos han sido conocidos por las autoridades descubriendo indicios, como utensilios y cierto mobiliario, que parecen apuntar a una cierta continuidad en la presencia habitual de sujetos en estos recintos. Algunas declaraciones hablan de *"daños incalculables que ponen en peligro las pinturas rupestres de la cueva".*

Por ello, interesa conocer las medidas que se han adoptado por la autoridad cultural en orden a la delimitación y protección de este importante yacimiento, así como los elementos de protección y defensa ante el riesgo de estos ataques que violentan los restos susceptibles de tutela y defensa. Igualmente, es necesario conocer el alcance de los daños supuestos en estas inscripciones y las medidas que, en su caso, se prevean adoptar para su reparación.

En suma, resulta de sumo interés conocer el resultado práctico de las disposiciones declarativas de un régimen de delimitación y protección de este yacimiento no sólo como objeto de intervenciones de investigación y estudio sino, en particular, como instrumento que ponga en marcha todas las medidas de protección y tutela que se nos antojan esenciales para hacer posible la conservación de tales restos y su posterior explotación científica y para impedir supuestos de agresiones y expolios de la envergadura como la que se ha descrito en el lamentable caso de este yacimiento en Rincón de la Victoria (Málaga).

Por ello, hemos considerado oportuno proponer incoar queja de oficio al amparo del artículo 10 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre del Defensor del Pueblo Andaluz, ante la Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte de Málaga y el Ayuntamiento de Rincón de la Victoria, a fin de conocer:

- medidas de protección de la "Cueva del Tesoro", en Rincón de la Victoria.
- labores de intervención arqueológica que se hubieran realizado.
- descripción de los daños que se hubieran provocado sobre las inscripciones y pinturas del yacimiento.

25-01-2018 CIERRE DE LA QUEJA DE OFICIO

En el informe recibido desde la Delegación Territorial de Cultura de fecha 11 de julio de 2017, se nos indica que:

"*Con fecha 20/06/2017, esta Delegación Territorial remitió el anterior informe de los Servicios Técnicos de Arqueología de esta Delegación al Puesto Principal de la Guardia Civil de Rincón de la Victoria y al Equipo de Policía Judicial de la Guardia Civil de Vélez-Málaga para su conocimiento e incorporación a las investigaciones policiales en curso.*

Con fecha 20/06/2017, esta Delegación Territorial dirigió escrito de requerimiento al Excmo.

Ayuntamiento de Rincón de la Victoria, para que, de conformidad con lo establecido en el artículo 14.1 de la Ley 14/2007, de 26 de noviembre del Patrimonio Histórico de Andalucía, y como titular del citado bien, procediera presentar, en el plazo de dos meses, ante esta Delegación, un proyecto o propuesta técnica, que contemple las siguientes medidas:

El establecimiento de un sistema de cerramiento de los accesos a la cueva así como las medidas de seguridad que sean necesarias para evitar el libre acceso a la cavidad, garantizando la salvaguarda de los valores patrimoniales de la misma.

La limpieza de la cueva para extraer de su interior todos los elementos exógenos a ésta (mobiliario, desechos, etc.).

Igualmente se le comunicó que, para ello, debería llevarse a cabo una Actividad Arqueológica Preventiva de Control Arqueológico de Movimientos de Tierra, durante el proceso de limpieza, que sería autorizada, previamente por esta Delegación Territorial y realizado por técnico competente (arqueólogo), debiendo presentar el correspondiente proyecto de actividad arqueológica que deberá ajustarse a los requisitos y condiciones establecidos por el Reglamento de Actividades Arqueológicas, aprobado por Decreto 168/2003, de 17 de junio".

Además el propio Ayuntamiento de Rincón de la Victoria nos indica que:

"*Con fecha 27-06-2017, se recib e escrito de la Consejería de Cultura, Turismo y Deporte sobre requerimiento conservación y mantenimiento Cueva de la Victgoria, dentro de la Z.A. BIC, Cuevas del Higuerón y la Victoria en Cantal Alto, Rincón de la Victoria, solicitando a este Ayuntamiento que presente un proyecto o propuesta técnica que contemple las siguientes medidas:*

1.- Establecimiento de un sistema de cierre de los accesos a la cueva, así como las medidas de seguridad que sean necesarias para evitar el libre acceso a la cavidad, garantizando la salvaguarda de los valores patrimoniales de la misma.

2.- La limlpieza de la cueva para extraer de su interior todos los elementos exógenos a ésta (mobiliario, desechos, etc.).

Con fecha 25/08/2017, se presenta en el Registros General de la Delegación Territorial de Cultura, un Proyecto de Intervención arqueológica Puntual en modalidad movimiento de tierras, para que se conceda la autorización pertinente.

Posteriormente, con fecha 22-09-207, se recibe requerimiento de la Consejería de Cultura para subsanación de documentación en relación a dicha solicitud. La documentación requerida ha sido presentada el día 06-10-2017, en la Consejería de Cultura, estando a la espera de la autorización para la referida intervención arqueológica de la Cueva de la Victoria."

Tomamos buena cuenta de las reacciones que se han puesto en marcha desde las autoridades culturales para adoptar las medidas oportunas y para la investigación técnico-arqueológica del impacto que se ha producido en el yacimiento. Así se nos indican las actuaciones de investigación e intervención arqueológica que se aluden en sendas informaciones.

Por ello, en estos momentos en los que se relatan los estudios para evaluar la afectación a este elemento, procede aguardar sus resultados y analizar toda la actividad de impulso a los procedimientos incoados desde el punto de vista de la disciplina patrimonial y cultural. En su momento se podrán analizar las circunstancias del yacimiento arqueológico y poder evaluar las medidas anunciadas dirigidas a su protección, custodia y puesta en valor.

Investigamos los destrozos en un yacimiento arqueológico en Benahadux (Almería) durante unas obras

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/1625 dirigida a Consejería de Turismo y Deporte, Delegación Territorial de Cultura , Turismo y Deporte en Almeria

- 29 Mayo 2017

RESUMEN DEL RESULTADO (CIERRE DE QUEJA DE OFICIO)

En el informe recibido desde la Delegación Territorial de Cultura se nos indica que *"La actuación llevada a cabo en febrero pasado no ha sido autorizada, puesto que el Ministerio de Fomento la ha realizado sin presentar proyecto previamente para su autorización".*

Tuvimos conocimiento de que, en el municipio almeriense de Benahadux, un yacimiento de alto valor habría sido objeto de un reciente expolio con motivo de las obras de construcción de infraestructuras viarias. Este lugar cuenta con declaración de Bien de Interés Cultural (BIC).

03-04-2017 APERTURA DE LA QUEJA DE OFICIO

Esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz ha venido desarrollando una amplia y dilatada labor de atención al eficaz sistema normativo de promoción y protección del patrimonio histórico artístico.

Así, en los sucesivos Informes Anuales al Parlamento, al igual que con motivo de la elaboración de los Informes Especiales, la Institución ha querido contribuir al mejor desempeño de las actuaciones de los poderes públicos para la protección y puesta en valor de nuestra riqueza monumental. Todo ello en consonancia con las funciones de protección y tutela de los derechos establecidos en los artículos 44 de la Constitución y 33 y 37.1º.18 del Estatuto de Autonomía en el ámbito de la cultura.

En el amplio escenario de intervenciones de este tipo que se producen a lo largo del territorio andaluz, ocupa un lugar preeminente las acciones que posibilitan el efectivo disfrute de nuestro patrimonio cultural gracias a promover su conocimiento e investigación a través de las intervenciones arqueológicas «con el objetivo de que la investigación revierta en un aumento y cualificación del conocimiento histórico de nuestro pasado y presente», en los términos que afirma el Decreto 168/2003, de 17 de Junio (BOJA 134, de 15 de Julio), por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Arqueológicas.

En el conjunto de actividades de protección de la riqueza arqueológica andaluza, las autoridades culturales ha venido desarrollando una importante labor de localización, descripción e investigación de las zonas que han acreditado este interés en el conjunto de elementos que componen el rico y variado Patrimonio Histórico Andaluz.

Así, en el caso del municipio de Benahadux, hemos tenido conocimiento de un yacimiento de alto valor que habría sido objeto de un reciente expolio en este año con motivo de las obras de construcción de infraestructuras viarias. Este lugar cuenta con declaración de Bien de Interés Cultural (BIC). Según la información publicada *"fue la Asociación de Amigos de la Alcazaba quien advirtió y denunció en primer lugar ante la Fiscalía los daños causados en alrededor de 1.000 metros cuadrados de este yacimiento prehistórico, ibérico, púnico y romano de 'El Chuche', protegido como BIC desde 1999. Las obras de ampliación de una rotonda han arrasado al menos una tumba de la Cultura de Los Millares y la Edad del Cobre de unos 5.000 años de antigüedad"*. La misma entidad añadía que *"...es muy llamativo que la misma Administración que ha destruido el yacimiento sin pedir permiso a la Consejería de Cultura para acometer las obras, como establece la Ley".*

Desconocemos si tales hechos han sido investigados y si se están siguiendo las correspondientes actuaciones judiciales.

No obstante, y más allá de esta vía judicial, interesa conocer las medidas que se han adoptado por la autoridad cultural en orden a la delimitación y protección de este importante yacimiento, así como los elementos de protección y defensa ante el riesgo de estos supuestos actos que violentan los restos susceptibles de tutela y defensa.

Por ello, y al margen de esas actuaciones que dé lugar la denuncia o la instrucción judicial del caso, resulta de sumo interés conocer el resultado práctico de las disposiciones declarativas de un régimen de delimitación y protección de este yacimiento; no sólo como objeto de intervenciones de investigación y estudio sino, en particular, como instrumento que ponga en marcha todas las medidas de protección y tutela que se nos antojan esenciales para hacer posible la conservación de tales restos y su posterior explotación científica.

A la luz de los acontecimientos, resulta de especial interés conocer las medidas de protección establecidas y, asimismo, la capacidad de respuesta y reacción de la autoridades culturales para impedir supuestos de agresiones de la envergadura como la que se ha descrito en el yacimiento de "El Chuche" en Benahadux (Almería).

Por ello, hemos considerado oportuno proponer incoar queja de oficio al amparo del artículo 10 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre del Defensor del Pueblo Andaluz, ante la Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte de Almería, a fin de conocer:

- medidas de protección del yacimiento arqueológico de "El Chuche" en Benahadux (Almería), declarado BIC.
- labores de intervención arqueológica que se hubieran realizado o calendario de intervenciones arqueológicas previstas sobre tal yacimiento.
- proyectos de obra sobre la delimitación del BIC y régimen de autorizaciones, en su caso concedidas.
- acciones de control y seguimiento de la ejecución de las mismas.
- entidad de los supuestos daños causados en el ámbito protegido del BIC y medidas adoptadas.

29-05-2017 CIERRE DE LA QUEJA DE OFICIO

En el informe recibido desde la Delegación Territorial de Cultura se nos indica que *"La actuación llevada a cabo en febrero pasado no ha sido autorizada, puesto que el Ministerio de Fomento la ha realizado sin presentar proyecto previamente para su autorización".*

Ciertamente, nos encontramos ante un supuesto singularmente grave de expolio de un yacimiento formalmente declarado como BIC que parece que no ha logrado hacer operativas ni efectivas las medidas de protección que, como tal elemento del patrimonio cultural, ostenta.

Y adquiere una dimensión de mayor gravedad a partir de que el factor que ha provocado el impacto ha sido la ejecución de una obra pública viaria que, por su propia naturaleza, debiera

aportar una especial definición de su localización y definición del proyecto. Analizando la normativa aplicable, resulta difícil imaginar la elaboración de un proyecto que no haya advertido la localización previa, formal y publicitada de este yacimiento arqueológico.

Tomamos buena cuenta de las reacciones inmediatas que se han puesto en marcha desde las autoridades culturales para adoptar las medidas oportunas y para la investigación técnico-arqueológica del impacto que se ha producido en el yacimiento. Así se nos indica que a partir de un llamada a la Policía Autonómica el 22 de Febrero alertando de las obras, se han realizado las inspecciones necesarias y puesto en aviso a la Fiscalía así como a los supuestos promotores de las obras a través de la Subdelegación del Gobierno y su Demarcación de Carreteras.

El informe hasta ahora realizado explica que:

"Zona Arqueológica de El Chuche para generar nuevos taludes. Este aporte ha ocultado tanto un tramo del antiguo trazado de la carretera como los taludes por ella generados.

En el antiguo talud situado frente a la rotonda actual, en torno a la coordenada UTM 548788-4084996, se podía observar hasta la fecha los restos de una estructura arqueológica seccionada por la antigua carretera que correspondían a una tumba en fosa.

El volumen de terreno aportado es cuantioso generando taludes de gran extensión y pendiente no muy acusada hacia la zona de contacto con la carretera y de gran altura y pendiente hacia el Este.

No es posible establecer si la estructura arqueológica que se veía en el antiguo talud ha sido destruida o sólo ha quedado sepultada bajo el terreno. Para determinar el grado de afección concreto debería realizarse una excavación arqueológica de la zona."

En estos momentos se nos informa de que:

"Únicamente comentar que, desde la llamada de la Policía Autonómica el día 22 de febrero, sobre las 14,00 horas, procedimos de la forma anteriormente expuesta, y que, tras este proceder, un Funcionario del a Dirección General de Carreteras se personó en esta Delegación con un Arqueólogo el pasado 30 de marzo, mostrando su intención de presentar un proyecto de intervención arqueológica en el área afectada por la actuación y, desde entonces, el Arqueólogo ha venido varias veces para consultar cuestiones del proyecto con nuestra Arqueóloga."

Por ello, en estos momentos en los que se preparan los estudios para evaluar la afectación a este elemento, procede aguardar sus resultados y disponer todas la actividad para impulsar los procedimientos incoados desde el punto de vista de la disciplina patrimonial y cultural, así como en el ámbito judicial.

En su momento se podrán analizar las circunstancias por las que el yacimiento ha permanecido ignorado en relación con las obras invadiendo los terrenos afectos al BIC, al igual que analizar el funcionamiento concreto de las medidas de detección y denuncia de los hechos junto al esclarecimientos de las responsabilidades y reparación de los daños evaluados.

¿Por qué no se ha desarrollado el derecho a visitar gratuitamente los Bienes Culturales previsto en la Ley 14/2007?

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 16/0443 dirigida a Consejería de Cultura

- 05 Agosto 2016

RESUMEN DEL RESULTADO (CIERRE DE QUEJA DE OFICIO)

Recibimos informe de la Consejería de Cultura, de fecha 7 de junio de 2016, relativo al expediente arriba indicado, promovido de oficio por esta Institución, en relación a la visita pública gratuita a bienes de interés cultural.

Según su contenido, hemos de entender que el núcleo de la resolución emitida y valorada por la Consejería ha sido aceptado ya que, aun sin contar con la definitiva aprobación del Reglamento anunciado, se han dispuesto medidas alternativas a través de la redacción de unas Instrucciones que han sido cursadas a las Delegaciones Territoriales respectivas.

En todo caso, debemos insistir en el objetivo principal de nuestra iniciativa de oficio; a saber, que tras nueve años de espera, la cuestión del desarrollo reglamentario analizado sigue siendo un aspecto necesario y no atendido. Por ello, permaneceremos atentos al anuncio sobre la redacción del reglamento de que *"la versión definitiva pueda estar lista en los próximos meses"*.

04-02-2016 APERTURA DE LA QUEJA DE OFICIO

Esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz ha venido desarrollando una amplia y dilatada labor de atención al eficaz sistema normativo de promoción y protección del patrimonio histórico artístico.

Así, en los sucesivos Informes Anuales al Parlamento, al igual que con motivo de la elaboración de los Informes Especiales, la Institución ha querido contribuir al mejor desempeño de las actuaciones de los poderes públicos para la protección y puesta en valor de nuestra riqueza monumental. Todo ello en consonancia con las funciones de protección y tutela de los derechos establecidos en los artículos 44 de la Constitución y 33 y 37.1º.18 del Estatuto de Autonomía en el ámbito de la cultura.

En el amplio escenario de intervenciones de este tipo que se producen a lo largo del territorio andaluz, ocupa un lugar preeminente las acciones que posibilitan el efectivo disfrute de nuestro patrimonio cultural gracias a promover su conocimiento y contemplación mediante visitas en el caso de bienes inmuebles o exposiciones y actividades de divulgación, cuando hablamos del patrimonio de carácter mobiliario.

Esta previsión recogida en la normativa patrimonial es ciertamente esencial en el contexto de hacer

partícipe a la ciudadanía de los valores que ofrecen nuestros bienes culturales y que permiten su disfrute, pero también el general conocimiento de la sociedad de las manifestaciones culturales de su pasado. Una conciencia que revierte en un lógico orgullo y motivo añadido para su defensa y protección.

Efectivamente, la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía.(BOJA número 248 de 19/12/2007), señala:

CAPÍTULO I I I

Régimen jurídico

Artículo 14. Obligaciones de las personas titulares.

1. Las personas propietarias, titulares de derechos o simples poseedoras de bienes integrantes del Patrimonio Histórico Andaluz, se hallen o no catalogados, tienen el deber de conservarlos, mantenerlos y custodiarlos de manera que se garantice la salvaguarda de sus valores. A estos efectos, la Consejería competente en materia de patrimonio histórico podrá asesorar sobre aquellas obras y actuaciones precisas para el cumplimiento del deber de conservación.

2. En el supuesto de bienes y actividades inscritas en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz deberán, asimismo, permitir su inspección por las personas y órganos competentes de la Administración de la Junta de Andalucía, su estudio por las personas investigadoras acreditadas por la misma, así como facilitar la información que pidan las Administraciones Públicas competentes sobre el estado de los bienes y su utilización.

3. Cuando se trate de Bienes de Interés Cultural, además se permitirá la visita pública gratuita, al menos cuatro días al mes, en días y horas previamente señalados, constando esta información de manera accesible y pública a los ciudadanos en lugar adecuado del Bien de Interés Cultural. El cumplimiento de esta obligación podrá ser dispensado total o parcialmente por la Consejería competente en materia de patrimonio histórico cuando medie causa justificada. En el caso de bienes muebles se podrá, igualmente, acordar como obligación sustitutoria el depósito del bien en un lugar que reúna las adecuadas condiciones de seguridad y exhibición durante un período máximo de cinco meses cada dos años o, preferentemente, su préstamo temporal para exposiciones organizadas por la Consejería competente en materia de patrimonio histórico.

4. Reglamentariamente se determinarán las condiciones en que tales deberes deban ser cumplidos.

Al día de la fecha, esta previsión reglamentaria no se ha cumplido. Ciertamente es un desarrollo que resulta muy necesario para disponer con detalle este mecanismo esencial para el efectivo acceso y disfrute de nuestra cultura, como hemos apuntado antes, por más que las líneas establecidas en el párrafo 3 citado dejan con un detalle significativo los términos de este sistema de disfrute gratuito de los BIC., ya sea en la frecuencia temporal, como en las condiciones económicas de gratuidad; incluso se establecen medidas de publicidad para fomentar la demanda ciudadana para el ejercicio de este derecho de libre acceso.

Pero con todo, la previsión normativa sigue quedando pendiente tras la aprobación del texto legal habilitante allá por 2007. Desde luego, nueve años parecen suficientes para haber abordado esta obligación reguladora con el rango reglamentario previsto.

De otro lado, deseamos anticipar que esta actuación de oficio no se circunscribe a un mero impulso reglamentarista. Pretendemos con ella poner de manifiesto que esa ausencia prolongada de regulación específica no deja de plantear sus conflictos y hasta despertar demandas e iniciativas ciudadanas de colectivos relacionados con la acción cultural que, de manera más o menos reiterada, solicitan la aprobación del reglamento comprometido.

Citamos grupos y entidades que promueven la elaboración y aprobación de este derecho, al igual que en diferentes quejas y actuaciones de esta Institución surge recurrentemente la oportunidad de contar con esta norma que aporte concreción y desarrollo a la previsión legal. El último ejemplo que podemos citar es la queja 15/5286 que trata, precisamente, sobre el derecho que reclama una entidad cultural almeriense para poder garantizar su derecho de acceso libre y gratuito a estos inmuebles BIC. La respuesta ofrecida por la Delegación Territorial a esta Institución alude a que *"Actualmente la situación es la misma ya que aún no se han publicado el reglamento que recoja cómo han de cumplirse los deberes que la Ley establece para los titulares de inmuebles declarados BIC".*

Sin perjuicio de valorar en el seno de dicho expediente esta respuesta, si debemos anticipar nuestra posición de que, más allá de contar con la previsión de desarrollo reglamentario, el tenor literal del artículo 14.3 de la Ley 14/2007 resulta harto elocuente y más que suficiente para reconocer ese derecho de acceso libre y gratuito incluidas las condiciones de periodicidad temporal que en el mismo precepto se establecen y que, por ende, resultan perfectamente aplicables en sus propios términos, sin que la normativa posterior anunciada venga a constituirse en un elemento que llegue a condicionar la eficacia de este mecanismo reconocido en una norma de rango legal de manera expresa, concreta y exigible.

Por ello, hemos considerado oportuno proponer incoar queja de oficio al amparo del artículo 10 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre del Defensor del Pueblo Andaluz, ante la Consejería de Cultura, a fin de conocer:

-razones que, supuestamente, habrían demorado las previsiones de desarrollo reglamentario del párrafo 4 del artículo 13 de la Ley 14/2007, de Patrimonio Histórico de Andalucía.

-previsión de trabajos y calendarios para su aprobación.

-intervención de las autoridades culturales para garantizar este derecho de acceso reconocido por la Ley, como pudieran ser instrucciones de aplicación del artículo 14.3, acciones de control para su cumplimiento, procedimientos sancionadores incoados, etc.

05-08-2016 CIERRE DE LA QUEJA DE OFICIO

Recibimos informe de la Consejería de Cultura, de fecha 7 de junio de 2016, relativo al expediente arriba indicado, promovido de oficio por esta Institución, en relación a la visita pública gratuita a bienes de interés cultural.

Según su contenido, hemos de entender que el núcleo de la resolución emitida y valorada por la Consejería ha sido aceptado ya que, aun sin contar con la definitiva aprobación del Reglamento anunciado, se han dispuesto medidas alternativas a través de la redacción de unas Instrucciones que han sido cursadas a las Delegaciones Territoriales respectivas.

En todo caso, debemos insistir en el objetivo principal de nuestra iniciativa de oficio; a saber, que tras nueve años de espera, la cuestión del desarrollo reglamentario analizado sigue siendo un aspecto necesario y no atendido. Por ello, permaneceremos atentos al anuncio sobre la redacción del reglamento de que *"la versión definitiva pueda estar lista en los próximos meses".*

Ver Resolución

Pedimos la regulación del derecho de visita gratuita a los monumentos

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 16/0443 dirigida a Consejería de Cultura

- 12 Abril 2016

Nos ponemos nuevamente en contacto en relación con el expediente de queja indicado, promovido de oficio por esta Institución, relativa a Regulación del derecho al acceso libre y gratuito de los BIC mediante el Reglamento previsto desde 2007.

Hemos analizado la documentación e información obra en el expediente de queja, al amparo de lo dispuesto en el apartado primero del artículo 29 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, formulamos a la Consejería de Cultura, Resolución concretada en los siguientes

ANTECEDENTES

En enero de 2016 el Defensor del Pueblo Andaluz acordó la incoación de oficio de la presente queja en los siguientes términos:

> *"Esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz ha venido desarrollando una amplia y dilatada labor de atención al eficaz sistema normativo de promoción y protección del patrimonio histórico artístico.*
>
> *Así, en los sucesivos Informes Anuales al Parlamento, al igual que con motivo de la elaboración de los Informes Especiales, la Institución ha querido contribuir al mejor desempeño de las actuaciones de los poderes públicos para la protección y puesta en valor de nuestra riqueza monumental. Todo ello en consonancia con las funciones de protección y tutela de los derechos establecidos en los artículos 44 de la Constitución y 33 y 37.1º.18 del Estatuto de Autonomía en el ámbito de la cultura.*
>
> *En el amplio escenario de intervenciones de este tipo que se producen a lo largo del territorio andaluz, ocupa un lugar preeminente las acciones que posibilitan el efectivo disfrute de nuestro patrimonio cultural gracias a promover su conocimiento y contemplación mediante visitas en el caso de bienes inmuebles o exposiciones y actividades de divulgación, cuando hablamos del patrimonio de carácter mobiliario.*
>
> *Esta previsión recogida en la normativa patrimonial es ciertamente esencial en el contexto de hacer partícipe a la ciudadanía de los valores que ofrecen nuestros bienes culturales y que permiten su disfrute, pero también el general reconocimiento de la sociedad de las manifestaciones culturales de su pasado. Una conciencia que revierte en un lógico orgullo y motivo añadido para su defensa y protección.*

Efectivamente, la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía.(BOJA número 248 de 19/12/2007), señala:

CAPÍTULO III

Régimen jurídico

Artículo 14. Obligaciones de las personas titulares.

1. Las personas propietarias, titulares de derechos o simples poseedoras de bienes integrantes del Patrimonio Histórico Andaluz, se hallen o no catalogados, tienen el deber de conservarlos, mantenerlos y custodiarlos de manera que se garantice la salvaguarda de sus valores. A estos efectos, la Consejería competente en materia de patrimonio histórico podrá asesorar sobre aquellas obras y actuaciones precisas para el cumplimiento del deber de conservación.

2. En el supuesto de bienes y actividades inscritas en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz deberán, asimismo, permitir su inspección por las personas y órganos competentes de la Administración de la Junta de Andalucía, su estudio por las personas investigadoras acreditadas por la misma, así como facilitar la información que pidan las Administraciones Públicas competentes sobre el estado de los bienes y su utilización.

3. Cuando se trate de Bienes de Interés Cultural, además se permitirá la visita pública gratuita, al menos cuatro días al mes, en días y horas previamente señalados, constando esta información de manera accesible y pública a los ciudadanos en lugar adecuado del Bien de Interés Cultural. El cumplimiento de esta obligación podrá ser dispensado total o parcialmente por la Consejería competente en materia de patrimonio histórico cuando medie causa justificada. En el caso de bienes muebles se podrá, igualmente, acordar como obligación sustitutoria el depósito del bien en un lugar que reúna las adecuadas condiciones de seguridad y exhibición durante un período máximo de cinco meses cada dos años o, preferentemente, su préstamo temporal para exposiciones organizadas por la Consejería competente en materia de patrimonio histórico.

4. Reglamentariamente se determinarán las condiciones en que tales deberes deban ser cumplidos.

Al día de la fecha, esta previsión reglamentaria no se ha cumplido. Ciertamente es un desarrollo que resulta muy necesario para disponer con detalle este mecanismo esencial para el efectivo acceso y disfrute de nuestra cultura, como hemos apuntado antes, por más que las líneas establecidas en el párrafo 3 citado dejan con un detalle significativo los términos de este sistema de disfrute gratuito de los BIC., ya sea en la frecuencia temporal, como en las condiciones económicas de gratuidad; incluso se establecen medidas de publicidad para fomentar la demanda ciudadana para el ejercicio de este derecho de libre acceso.

Pero con todo, la previsión normativa sigue quedando pendiente tras la aprobación del texto legal habilitante allá por 2007. Desde luego, nueve años parecen suficientes para haber abordado esta obligación reguladora con el rango reglamentario previsto.

De otro lado, deseamos anticipar que esta actuación de oficio no se circunscribe a un mero impulso reglamentista. Pretendemos con ella poner de manifiesto que esa ausencia prolongada de regulación específica no deja de plantear sus conflictos y hasta despertar demandas e iniciativas ciudadanas de colectivos relacionados con la acción cultural que, de manera más o menos reiterada, solicitan la aprobación del reglamento comprometido.

Citamos grupos y entidades que promueven la elaboración y aprobación de este derecho, al igual que en diferentes quejas y actuaciones de esta Institución surge recurrentemente la oportunidad de contar con esta norma que aporte concreción y desarrollo a la previsión legal. El último ejemplo que podemos citar es la queja 15/5286 que trata, precisamente, sobre el derecho que reclama una

entidad cultural almeriense para poder garantizar su derecho de acceso libre y gratuito a estos inmuebles BIC. La respuesta ofrecida por la Delegación Territorial a esta Institución alude a que "Actualmente la situación es la misma ya que aún no se han publicado el reglamento que recoja cómo han de cumplirse los deberes que la Ley establece para los titulares de inmuebles declarados BIC".

Sin perjuicio de valorar en el seno de dicho expediente esta respuesta, si debemos anticipar nuestra posición de que, más allá de contar con la previsión de desarrollo reglamentario, el tenor literal del artículo 14.3 de la Ley 14/2007 resulta harto elocuente y más que suficiente para reconocer ese derecho de acceso libre y gratuito incluidas las condiciones de periodicidad temporal que en el mismo precepto se establecen y que, por ende, resultan perfectamente aplicables en sus propios términos, sin que la normativa posterior anunciada venga a constituirse en un elemento que llegue a condicionar la eficacia de este mecanismo reconocido en una norma de rango legal de manera expresa, concreta y exigible.

Por ello, hemos considerado oportuno proponer incoar queja de oficio al amparo del artículo 10 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre del Defensor del Pueblo Andaluz, ante la Consejería de Cultura, a fin de conocer:

- *razones que, supuestamente, habrían demorado las previsiones de desarrollo reglamentario del párrafo 4 del artículo 13 de la Ley 14/2007, de Patrimonio Histórico de Andalucía.*
- *previsión de trabajos y calendarios para su aprobación.*
- *intervención de las autoridades culturales para garantizar este derecho de acceso reconocido por la Ley, como pudieran ser instrucciones de aplicación del artículo 14.3, acciones de control para su cumplimiento, procedimientos sancionadores incoados, etc.*
- *cualquier otra circunstancia que consideren oportuno transmitir para esclarecer el asunto que nos ocupa".*

1. Consiguientemente, se procedió a solicitar informe a la Consejería de Cultura, que fue recibido desde la Dirección General de Bienes Culturales en Febrero de 2016. Dicho escrito podría resumirse en varios apartados:
2. Una decidida afirmación de las bondades de la primigenia Ley 14/2007, cuya aplicación es pauta esencial de las actividades de la Consejería.
3. La actitud de la Consejería para promover su difusión y cumplimiento entre las entidades y colectivos especialmente llamados a su aplicación, en especial a la representación de la Iglesia Católica en Andalucía, para acercar a la ciudadanía el patrimonio que posee.
4. En cuanto respecta al derecho de visitas libres y gratuitas, conforme establece el artículo 14.3, explican que se están elaborando unas instrucciones a las Delegaciones Territoriales para facilitar una aplicación homogénea del ejercicio y condiciones de estas visitas.
5. Finalmente abogan porque el desarrollo del texto reglamentario integral podría concluir en un plazo que sitúan en los próximos meses.

Teniendo en cuenta los antecedentes descritos, se estima oportuno realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

Primera.- A partir de la entrada en vigor del nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía (Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo), el fundamento de la Ley de Patrimonio Histórico de Andalucía encuentra en el artículo 10.3.3º su principal referencia cuando se refiere «al afianzamiento de la conciencia de identidad y de la cultura andaluza a través del conocimiento, investigación y difusión del patrimonio histórico» como uno de los objetivos básicos de la Comunidad Autónoma. A su vez, el artículo 68.3.1º del Estatuto de

Autonomía para Andalucía atribuye a la Comunidad Autónoma «la competencia exclusiva en materia de protección del patrimonio histórico, artístico, monumental, arqueológico y científico».

Ciertamente la modificación experimentada por el Estatuto de Autonomía para Andalucía, con ocasión de la reforma habida en el año 2007, no ha hecho sino potenciar, más si cabe, la idea expresada en la párrafo transcrito de la que fundamenta la anterior cita legal.

En este sentido, a través del artículo 33 de la norma estatutaria se establece que «Todas las personas tienen derecho, en condiciones de igualdad, al acceso a la cultura, al disfrute de los bienes patrimoniales, artísticos y paisajísticos de Andalucía, al desarrollo de sus capacidades creativas individuales y colectivas, así como el deber de respetar y preservar el patrimonio cultural andaluz».

Asimismo, los ordinales 17º y 18º del apartado primero del artículo 37 prevén, como principios rectores de las políticas públicas, «el libre acceso de todas las personas a la cultura y el respeto a la diversidad cultural»; y «la conservación y puesta en valor del patrimonio cultural, histórico y artístico de Andalucía, especialmente del flamenco».

Esta apuesta decidida supone una perfecta reivindicación de la cultura como auténtico valor característico de la sociedad andaluza y, por tanto, su disfrute y acceso se convierten en objetivos prioritarios para los poderes púbicos y autoridades culturales, en particular.

De todo ello deducimos la importancia de disponer en el ordenamiento jurídico andaluz de las normas adecuadas para definir y alcanzar los objetivos citados promoviendo su aprobación y cumplimiento.

Segunda.- La citada LPHA en el artículo 14 apartado primero, establece en relación a la conservación y mantenimiento del conjunto patrimonial histórico-artístico lo siguiente:

> «Las personas propietarias, titulares de derechos o simples poseedoras de bienes integrantes del Patrimonio Histórico Andaluz, se hallen o no catalogados, tienen el deber de conservarlos, mantenerlos y custodiarlos de manera que se garantice la salvaguarda de sus valores. A estos efectos, la Consejería competente en materia de patrimonio histórico podrá asesorar sobre aquellas obras y actuaciones precisas para el cumplimiento del deber de conservación».

El párrafo clave en relación con el tema que nos ocupa es el 3º, cuando se señala que «Cuando se trate de Bienes de Interés Cultural, además se permitirá la visita pública gratuita, al menos cuatro días al mes, en días y horas previamente señalados, constando esta información de manera accesible y pública a los ciudadanos en lugar adecuado del Bien de Interés Cultural. El cumplimiento de esta obligación podrá ser dispensado total o parcialmente por la Consejería competente en materia de patrimonio histórico cuando medie causa justificada. En el caso de bienes muebles se podrá, igualmente, acordar como obligación sustitutoria el depósito del bien en un lugar que reúna las adecuadas condiciones de seguridad y exhibición durante un período máximo de cinco meses cada dos años o, preferentemente, su préstamo temporal para exposiciones organizadas por la Consejería competente en materia de patrimonio histórico».

Este texto arrastra una clara inspiración del artículo 13.2 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (BOE de 29 de junio de 1985). El texto cita:

> « Asimismo, los propietarios y, en su caso, los titulares de derechos reales sobre tales bienes, o quienes los posean por cualquier título, están obligados a permitir y facilitar su inspección por parte de los Organismos competentes, su estudio a los investigadores, previa solicitud razonada de éstos, y su visita pública, en las condiciones de gratuidad que se determinen reglamentariamente, al menos cuatro días al mes, en días y horas previamente señalados. El cumplimiento de esta última obligación podrá ser dispensado total o parcialmente por la Administración competente cuando medie causa justificada. En el caso de bienes muebles se podrá igualmente acordar como obligación sustitutoria el depósito del bien en un lugar que reúna las adecuadas condiciones de

seguridad y exhibición durante un período máximo de cinco meses cada dos años».

Igualmente, el Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, de desarrollo parcial de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (BOE 24, de 28 de enero de 1985), en su Disposición Adicional Cuarta dispone:

> «Cuarta.
>
> 1. Los propietarios y, en su caso, los titulares de derechos reales sobre Bienes de Interés Cultural deberán permitir la visita pública y gratuita de los mismos a las personas que acrediten la nacionalidad española.
>
> 2. Esta visita comprenderá la contemplación de tales bienes, con exclusión, en el caso de inmuebles, de los lugares o dependencias de los mismos que no afecten a su condición de bien de interés cultural. Respecto a su reproducción fotográfica o dibujada se estará a lo que determine el órgano competente para la protección del bien, salvando, en todo caso, los eventuales derechos de propiedad intelectual.
>
> 3. La visita a que se refiere esta disposición se permitirá de acuerdo con un calendario y horario que deberá ser aprobado por el órgano competente para la protección del bien y, en el caso de inmuebles, se hará constar en un lugar visible que sea compatible con los valores artísticos de éstos (modificado el apartado 3 por el art. 5.2 del Real Decreto 64/1994, de 21 de enero).
>
> 4. El cumplimiento de lo previsto en los apartados anteriores podrá ser dispensado conforme al artículo 13.2 de la Ley 16/1985».

Ciertamente, el párrafo citado de la LPHA implica una decidida y manifiesta intervención pública por la divulgación, puesta en valor y disfrute de ese patrimonio histórico-artístico que se considera básico para instituir nuestra cultura en un elemento de referencia de la ciudadanía. Tal compromiso ha sido reconocido por su significado y alcance y, coherentemente, su efectivo cumplimiento y garantía deben ser un escenario de atención para esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz, como hemos querido argumentar con motivo de la apertura de la presente queja de oficio.

Insistimos en que la redacción de este párrafo de la ley andaluza, aun cuando se remite en su punto 4º a un ulterior desarrollo reglamentario, expone de manera específica —y con un nivel de concreción que podría considerarse inusual para una norma de rango legal, aunque de clara inspiración estatal— una serie de términos que fijan con suficiente detalle las condiciones en las que estas visitas gratuitas deben permitirse (cuatro días al mes, indicando horas de duración del acceso gratuito y con la obligación de publicitar este derecho y las condiciones para hacerlo efectivo).

El diseño de esos accesos gratuitos, gracias a su definición, ha permitido constituir un título legal suficiente para definir ese derecho y quedar en condiciones de hacerse efectivo y exigible en base a la propia formulación legal. Ciertamente, cuando hemos tenido antecedentes de conflictos por el ejercicio efectivo de estas visitas gratuitas, no podemos relatar situaciones que hayan excusado la previsión reglamentaria como motivo de impedimento para no permitir estos accesos. En las ocasiones en las que hemos tratado esta singular cuestión, la posición de la Consejería ha partido de la ratificación de este derecho y de promover, con mayor o menor diligencia, su cumplimiento.

A pesar de ello, no es menos cierto que su regulación debe ser concretada, no tanto en cuanto a su alcance, como en relación con las causas de dispensa, que podrá ser «total o parcial por causa justificada» incluyendo aquellos aspectos que a la vista de las experiencias acumuladas, aconsejen a criterio de la autoridad cultural completar las condiciones normativas de ejercicio de tal derecho de visita y acceso. Tal es el caso de inmuebles declarados BIC y que pudieran constituir domicilio particular o los recintos religiosos gestionados con criterios de clausura. Veamos, pues, las vicisitudes de este anunciado desarrollo normativo.

Tercera.- En la respuesta ofrecida desde la Consejería, se ratifica la decisión de abordar el desarrollo reglamentario con un carácter integral para el conjunto del texto legal y abarcando sistemáticamente la totalidad de aspectos que se recogen en la citada Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía.

Ciertamente dicho criterio obedece a la decisión del órgano competente y que ostenta la discrecional iniciativa de diseñar las acciones de desarrollo reglamentario en los términos que considere más oportunos. De hecho, la opción de procurar un texto reglamentario íntegro supone un esfuerzo por cohesionar los textos normativos ayudando a un diseño integrado que facilita, sin duda, la sistemática y los principios acordes con los valores del ordenamiento jurídico, evitando una atomicidad normativa y una dispersión que ayudan poco a alcanzar un tratamiento racional y unitario del régimen jurídico en la materia que se trate.

Sentado lo anterior, no es menos cierto que dicha estrategia aglutinada a la hora de abordar el futuro reglamento, se hace depender de que finalmente se alcance a disponer de dicho texto en un tiempo y alcance que resulte acorde con las necesidades que requiera la propia aplicación de la normativa cultural en función de sus necesidades. De tal forma que, una vez asumido un desarrollo unitario del Reglamento, y transcurrido un determinado plazo sin haber alcanzado el objetivo de su aprobación, no resulta extraño evaluar si dicha estrategia se compadece con la necesidad de disponer de una concreción reguladora que se fijó con la aprobación de la Ley en 2007 y que, la día de la fecha, no cuanta con su previsto desarrollo.

Podemos añadir que el tiempo transcurrido sin lograr la aprobación del Reglamento se justifica desde la Consejería por la indudable dificultad técnica a la hora de abordar los numerosos aspectos que se recogen en la LPHA. Así se nos indica que *"estamos ante una materia compleja pues no es cuestión de reglamentar únicamente dicho punto* [el derecho de visita gratuita] *sin todo el contenido normativo de todo el cuerpo legal, haciéndolo bajo un proyecto unitario".* También se añade que *"La Consejería no ha dejado de trabajar desde el primer día … contando con un grupo técnico de trabajo para la elaboración del reglamento que ya ha realizado varias versiones con las que se está trabajando hasta llegar a la definitiva".*

Traemos aquí a colación un dato que no ha sido incluido en el informe que nos ha remitido la Consejería. Nos referimos a la Resolución de 26 de septiembre de 2011, de la Dirección General de Bienes Culturales, por la que se acuerda someter a información pública el Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento General de desarrollo de la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía.

Dicho trámite creemos que aporta un hito singular en este proceso que tratamos de analizar y que evidencia, sin lugar a dudas, los trabajos a los que genéricamente se alude en la información de la Consejería. Y a partir del trámite aludido, hemos comprobado algunas reseñas a cargo de entidades y colectivos que se hicieron eco de tal invitación, al igual que otras que advirtieron de la falta de consecuencias prácticas de tal proyecto, de cara a la aprobación final del Reglamento.

De dicho trámite formal de información pública, a falta de datos específicos, sólo podemos deducir la acumulación de criterios como resultado del proceso participativo, del mismo modo que constatamos la falta de una conclusión resolutiva que diera luz finalmente al texto reglamentario esperado.

En todo caso, y compartiendo esa dificultad técnica y el trabajo que su regulación exige, nueve años de espera para disponer del reglamento previsto sugieren otras valoraciones a la hora de analizar el resultado de la estrategia elegida. Empleando los mismos criterios, cabe plantear la alternativa de haber procedido a una reglamentación sectorial que aunque parcial, sí habría permitido desarrollar sin las actuales demoras aspectos específicos de la, entonces novedosa, LPHA .

Se alude desde la Consejería que en su día se optó *"la sabia previsión en el apartado segundo de la Disposición Derogatoria de mantener vigentes los reglamentos de desarrollo de la anterior Ley 1/1993, de*

3 de Julio", lo cual viene a solucionar la aplicación práctica e inmediata de una serie de normas con la entrada en vigor de la nueva LPHA. Sin embargo, esa previsión con el tiempo transcurrido ha derivado en la continuidad de "los reglamentos de desarrollo" de la ley derogada que no se compadece ni con esa pluralidad normativa que se pretende evitar, ni con la aplicación específica y desarrollada de las novedades de la LPHA .

Parece coherente pensar que la propia oportunidad de aprobación de la Ley 14/2007 evidenciaba la necesidad de superar y avanzar sobre la anterior Ley 1/1991, de 3 de Julio, por lo que poner en marcha sus contenidos y desarrollos debía ser un objetivo que, al día de la fecha, merecería un resultado más concluyente.

De hecho, con motivo de la tramitación de otras quejas, resulta evidente la oportunidad de contar con este desarrollo reglamentario y evitar afirmaciones de que *"Actualmente la situación es la misma ya que aún no se han publicado el reglamento que recoja cómo han de cumplirse los deberes que la Ley establece para los titulares de inmuebles declarados BIC".*

Tras las actividades desplegadas por el "grupo técnico de trabajo" y la elaboración de "varias versiones" la ausencia de un texto final persiste en contradicción con los compromisos de la Consejería en orden a la importancia y prioridad de estos cometidos reguladores. En suma, la espera del Reglamento tras casi una década creemos que supera con creces la justificación aportada en base a la "materia compleja".

Cuarta.- Hemos aludido a la elaboración de un borrador de Reglamento, según dispuso la Resolución de 26 de septiembre de 2011, de la Dirección General de Bienes Culturales, por la que se acuerda someter a información pública el Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento General de desarrollo de la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía.

En relación con la materia específica que nos ocupa sobre las visitas gratuitas y libres a los BIC, dicho borrador recogía la siguiente propuesta:

> *"Artículo 33. Visita pública gratuita a los Bienes de Interés Cultural.*

1. *Conforme a lo previsto en el artículo 14.3 de la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía, cuando se trate de Bienes de Interés Cultural, además de las obligaciones generales a que se refieren los artículos anteriores, las personas propietarias, titulares de derechos o simples poseedoras de los bienes deberán permitir la visita pública gratuita, durante al menos cuatro días al mes, en días y horario habitual previamente señalados. Esta visita comprenderá, en todo caso, el acceso y la contemplación de los bienes en su integridad, sin perjuicio, de la posibilidad de dispensa, total o parcial, regulada en los apartados siguientes.*
2. *En el plazo de tres meses, contados a partir de la publicación de la inscripción del Bien de Interés Cultural en el Catálogo General, las personas propietarias, titulares de derechos o simples poseedoras, deberán presentar a la Consejería competente en materia de patrimonio histórico una propuesta en la que se concreten días y horas de visita pública gratuita. Recibida dicha comunicación, la Consejería competente en materia de patrimonio histórico resolverá de acuerdo a las circunstancias expuestas, teniendo en cuenta las características del bien protegido. Cualquier modificación del horario de la visita pública gratuita se ajustará a lo dispuesto anteriormente.*
3. *Fijados el calendario y el horario, éstos se expondrán de forma permanente al público, en un lugar adecuado, accesible y visible desde el espacio público, que sea compatible con los valores del bien, utilizando medios que no perturben su contemplación, entorno o estética.*
4. *En el caso de bienes muebles, se podrá acordar como obligación sustitutoria el depósito del bien en un lugar que reúna las adecuadas condiciones de seguridad y exhibición durante un período máximo de cinco meses cada dos años o, preferentemente, su préstamo temporal para exposiciones organizadas por la Consejería competente en materia de patrimonio histórico.*

5. *Se podrá dispensar total o parcialmente del cumplimiento de la obligación de permitir la visita pública gratuita cuando concurra causa justificada, que deberá invocarse y acreditarse suficientemente por el interesado, ponderándose, en cada caso, las circunstancias existentes"*

En relación a la redacción propuesta, hemos de señalar que su contenido implica una reproducción de los términos ya recogidos en el apartado 3 del artículo 14 de la citada LPHA. También se señalan los plazos para la comunicación del régimen propuesto de visitas a partir de la inscripción del BIC en el Catálogo General; y, en su apartado 5, prevé la aplicación de un régimen de dispensa.

Precisamente en este particular aspecto es donde se sugieren mayores comentarios, ya que estamos abordando las «circunstancias existentes» que alcanzarían a enervar el derecho reconocido legalmente de visita. Estamos, pues, ante la definición normativa de las causas que, de manera parcial o total, dispensan a la titularidad del BIC de la obligación de permitir estas visitas.

Quizás la primera observación que nos permitimos ofrecer es el escaso desarrollo que ofrece el texto reglamentario (en borrador) para definir estas «causas justificadas». Debemos recordar que el fin de dicha norma es la concreción de las disposiciones de rango legal que necesitan la correspondiente aclaración o desarrollo. Y elementales principios de seguridad jurídica aconsejan que el Reglamento avance y especifique qué causas se deben configurar como«justificadas» para relegar el derecho establecido en el texto legal. La doctrina constitucional ha definido la necesidad de que todo régimen de excepción o limitación de los derechos debe ser motivada, limitada al fin legítimo que persiga y, desde luego, definida de una manera certera que impida interpretaciones extensivas que vayan más allá de lo estrictamente necesario, con el fin último de que, lo se establece como excepción, no produzca en su aplicación práctica un detrimento o menoscabo del contenido esencial del derecho reconocido.

En el caso que nos ocupa, el corolario de causas justificadas que dejan sin efecto del derecho de visita, debe ser más específico y concreto. Queremos apuntar a dos posibles técnicas: bien acudiendo a una sistemática enunciadora de causas ya ejemplificadas, o bien mediante una serie descriptiva en general de los motivos que constituirían motivadamente una dispensa.

De hecho, la propia aplicación práctica de las dispensas que operan en el momento actual ya permite a las autoridades culturales conocer un repertorio de causas que operan para condicionar las visitas. Ya en la exposición de la queja de oficio que tramitamos, señalábamos varias causas relacionadas con el uso del inmueble como los casos de viviendas privadas, o recordamos también los supuestos de inmuebles de destino religioso en régimen de clausura o de especial aislamiento de las personas que residen en ellos. Cuenta, sin duda, la Consejería de Cultura con una relación específica de dispensas que merecen ser incorporadas en función de las causas que ofrecen, para ilustrar debidamente esta relación «justificada» y que, en cada supuesto, ha obtenido una «ponderación de las causas existentes» hasta merecer dicha dispensa de visita.

En todo caso, insistimos en la oportunidad de que la redacción del reglamento logre, en una compaginación de objetivos, clarificar los motivos de dispensa del derecho-obligación de visitas de los BIC, a la par que avanzar en unos términos comprensiblemente amplios en la redacción del texto de la LPHA, pero que se compadecen mal con la finalidad última del reglamento por su tímida definición.

Creemos, en suma, que es muy necesario que el futuro reglamento avance en la clarificación de las causas que eximen del acceso gratuito a los BIC, como mejora técnica de la redacción ofrecido por la LPHA, así como elemento de seguridad jurídica para garantizar el derecho reconocido en su artículo 14.3.

Quinta.- Finalmente apuntamos la oportunidad de que, más allá del proceso de regulación normativa del derecho de visita gratuita a los BIC, se dispusieran a su vez de medidas de control y tutela de su efectivo cumplimiento.

En la respuesta que nos han ofrecido, se hace mención a la preparación de unas Instrucciones dirigidas a las respectivas Delegaciones Territoriales para que *"faciliten de manera homogénea el cumplimiento de*

dicha obligación". Compartiendo la medida, ciertamente, dicho objetivo podemos entenderlo como la necesidad de complementar con unas normas de carácter interno la ausencia de los criterios que reglamentariamente, e incorporados al ordenamiento jurídico, se hace necesarios para garantizar el efectivo respeto a los contenidos del precepto de la LPHA.

En esta misma línea, estas actuaciones desplegadas por las autoridades culturales implicarían una comprobación de todos los elementos que el artículo 13.4 señala, referidos a: la identificación del BIC; su sujeción al derecho de visita; régimen de dispensa total o parcial que tuviera, seguimiento de las condiciones de fechas y horarios, análisis de las causas que en su día aconsejaron la dispensa, publicidad de los accesos establecidos, etc.

De hecho, este tipo de comprobaciones se han desarrollado a partir de varios casos tramitados como quejas, que han supuesto una actuación de comprobación a cargo del personal de la Consejería, al igual que se han realizado inspecciones más sistematizadas, tal y como se han hecho eco algunos medios de comunicación a partir de iniciativas de entidades y asociaciones culturales de defensa del patrimonio (como en Jaén).

Se trataría de que este tipo de seguimientos tuviera una planificación propia y anticipada, que permitiera una ordenación programada de la intervención de las autoridades culturales, más allá de circunstancias específicas provocadas por reclamaciones o quejas.

El resultado de esta labor de comprobación permitiría una necesaria actualización del régimen de aplicación de estos derechos de visita a los BIC y la oportunidad para potenciar su promoción y difusión entre la ciudadanía.

Además se nos ocurre apuntar un efecto de estímulo por la identificación de estos inmuebles como potenciales elementos de atracción cultural, divulgativa y turística. Recientes ejemplos de inmuebles BIC que han establecido un régimen de visitas (Las Dueñas, en Sevilla) ha merecido una más que notable acogida e interés de la ciudadanía que avalaría esta estrategia.

La potenciación de mecanismos que publiciten estos destinos y la consiguiente posibilidad de su visita promocionando una versión libre y gratuita puede ser un método que incremente ese interés por un patrimonio que, en una gran parte, permanece oculto o desconocido para el público. Una acción pública recordando su existencia y animando a su contemplación puede ser fuente de un verdadero impulso para el reconocimiento y puesta en valor de nuestro patrimonio cultural.

Por todo lo anterior, y de conformidad con lo establecido en el artículo 29, apartado 1, de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, se formula a la Consejería de Cultura las siguientes

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO de las disposiciones legales citadas en el texto de la presente resolución.

RECOMENDACIÓN**,** a fin de que la Consejería de Cultura promueva, tras los trámites oportunos, la definitiva aprobación del reglamento de desarrollo de la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía, tras nueve años desde su aprobación.

SUGERENCIA, para que la Consejería de Cultura disponga un plan específico con medidas de comprobación y control del régimen de cumplimiento del derecho de visita reconocido a los BIC en el artículo 13.4 de la LPHA.

Según establece el artículo 29.1 de la Ley 9/1983, la autoridad a la que se dirige la Resolución viene obligada a responder por escrito en término no superior a un mes, comunicando la adopción de las medidas adecuadas en el sentido que se recoge en la Resolución dictada o, en su caso, las razones que le impidan adoptar tal decisión.

Ver asunto solucionado o en vías de solución.

Ver cierre de actuación de oficio.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Queremos conocer las acciones de protección para los monumentos de Baza

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 16/0761 dirigida a Consejería de Cultura

- 29 Septiembre 2016

RESUMEN DEL RESULTADO (CIERRE DE QUEJA DE OFICIO)

Hemos de entender como aceptadas las Recomendaciones que se han formulado, por más que insistamos en la oportunidad de avanzar en la clarificación y concreción de la programación de expedientes BIC que afecten a la localidad de Baza, dentro del contexto de necesidades evaluadas para la provincia de Granada a estos efectos.

Del mismo modo, y por cuanto respecta a la situación que pesa sobre determinados inmuebles, y muy en especial sobre el antiguo Convento de San Jerónimo, hemos de insistir, según la línea expresada con motivo de numerosas actuaciones anteriores, en que la formalización de los mismos como BIC no deja de ratificar formalmente la valoración de este inmueble histórico como acreedor de las intervenciones de conservación y protección que manifiestamente necesita.

Por ello, esta Institución continuará desplegando las intervenciones de seguimiento y control que en cada momento aconseje las acciones de tutela sobre el Antiguo Convento de San Jerónimo, de Baza.

16-02-2016 APERTURA DE LA QUEJA DE OFICIO

Esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz ha venido desarrollando una amplia y dilatada labor de atención al eficaz sistema normativo de promoción y protección del patrimonio histórico artístico.

Así, en los sucesivos Informes Anuales al Parlamento, al igual que con motivo de la elaboración de los Informes Especiales, la Institución ha querido contribuir al mejor desempeño de las actuaciones de los poderes públicos para la protección y puesta en valor de nuestra riqueza monumental. Todo ello en consonancia con las funciones de protección y tutela de los derechos establecidos en los artículos 44 de la Constitución y 33 y 37.1º.18 del Estatuto de Autonomía en el ámbito de la Cultura.

En el amplio escenario de intervenciones de este tipo que se producen a lo largo del territorio andaluz, ocupa un lugar preeminente las acciones que posibilitan el efectivo disfrute de nuestro patrimonio cultural gracias a promover su conocimiento y protección.

Sin duda, en determinadas comarcas y localidades de Andalucía, esta tarea compleja e ingente adquiere la dificultad de la alta concentración de este patrimonio histórico y monumental. Tal es el caso, sin lugar a dudas, de la ciudad de Baza en la provincia de Granada.

Tal es así que Baza cuenta con la declaración de Conjunto Histórico en virtud del Decreto de 20 de Mayo

de 2003 (BOJA 114 de 17 de Junio). Dicha declaración concede un régimen de protección a los inmuebles ubicados en el ámbito delimitado por este régimen legal de protección y tutela.

Conoce esa Consejería la permanente actuación de esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz en relación con las actuaciones de protección y tutela del conjunto patrimonial de valor histórico y cultural de Baza. Han sido muy numerosas las quejas iniciadas de oficio, o a partir de las iniciativas ciudadanas, que han sido tramitadas ante las autoridades locales y esa misma Delegación Territorial o sus servicios centrales de la Consejería de Cultura.

Estas quejas han abordado situaciones de deterioro de los inmuebles, régimen de protección, proyectos o intervenciones de conservación, medidas de ayudas o subvenciones, etc. lo que ha supuesto completar todo un elenco de cuestiones relacionadas con las competencias de la administración cultural.

Esta pluralidad de expedientes de queja ha supuesto, en ocasiones, una superposición de temas, de manera duplicada o redundante, sobre varios monumentos o inmuebles bacetanos afectados por muy diversas cuestiones. Y uno de los aspectos que se ha planteado de manera reiterada ha sido la determinación de algunos de estos inmuebles como destinatarios de medidas de declaración formal como "*Bien de Interés Cultura*l" (BIC).

Entre los antecedentes podemos citar la queja 14/4930, o al queja 11/4605 en la que la Secretaría General de Cultura, abordando la situación del Convento de San Jerónimo, informó a este Comisionado del Parlamento que *"una vez redactada la documentación técnica preceptiva, se va a incoar la inscripción en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz del mencionado inmueble como Bien de Interés Cultural siendo de aplicación las medidas previstas en la legislación vigente"* (salida 201464100004104, de 20 de Junio de 2014).

Por contra, con motivo de la queja 15/4443, la Delegación Territorial valoraba de manera contraria dicha decisión y se concluía que *"dicho inmueble ya contaba con un régimen de protección administrativa sobre la Iglesia y el Convento de San jerónimo de Baza"* (salida 688 236, de 21 de octubre de 2015).

Los antecedentes abarcan a otros inmuebles que han sido identificados como posibles destinatarios de estas declaraciones como BIC en determinados momentos y, con posterioridad, tales decisiones o bien no han concluido con la atribución de dicho régimen de protección o, simplemente, habrían sido motivo de una valoración contraria. En todo caso, carecemos de una información actualizada y concreta sobre estos supuestos expedientes o procesos de declaración de Bien de Interés Cultural que necesitan una clarificación en relación con la pluralidad de inmuebles que pudieran quedar afectados. Ciertamente, pretendemos disponer de una programación objetiva y evaluable para argumentar nuestras intervenciones, así como contar con una herramienta válida que ordene las continuas peticiones de intervención que se reciben desde las iniciativas ciudadanas.

A tal fin procede dirigirnos ante esa Consejería para conocer los criterios de ordenación para el inicio de los expedientes de catalogación de los inmuebles susceptibles de merecer dicha medida, de conformidad con el artículo 9.1 de la Ley 14/2007 de 26 de Noviembre de Patrimonio Histórico de Andalucía y Decreto 4/1993, de 26 de Enero por el que se aprueba el reglamento de organización administrativa del Patrimonio Histórico de Andalucía.

Por ello, hemos considerado oportuno incoar queja de oficio al amparo del artículo 10 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre del Defensor del Pueblo Andaluz, ante la Consejería de Cultura, a fin de conocer:

- Inmuebles con la declaración de Bien de Interés Cultural e inscritos en el Catálogo General de Patrimonio Histórico Andaluz en la localidad de Baza.
- Expedientes incoados para dicha declaración y estado de su tramitación.
- Inmuebles o bienes cuyo valor o características aconsejen su inclusión en dicho régimen de protección y calendarios previsibles para el inicio de la tramitación de sus correspondientes expedientes.
- cualquier otra circunstancia que consideren oportuno transmitir para esclarecer el asunto que nos

ocupa.

29-09-2016 CIERRE DE LA QUEJA DE OFICIO

La Consejería de Cultura ha respondido a la resolución dictada en el expediente manifestando:

“En relación con este expediente el dos de agosto pasado se realizó visita de inspección al inmueble con el objeto de actualizar la documentación técnica redactada en el año 2009, que en breve se remitirá a la Dirección General de Bienes Culturales para su tramitación.

Recomendación, a fin de que la Consejería de Cultura, valore y determine la relación de inmuebles merecedores, en cada caso, de ser incoados para su declaración como BIC en la ciudad de Baza y, una vez determinados, proceda a su tramitación conforme a los requisitos de impulso y celeridad.

1. Antiguo Convento de San Jerónimo.

Como prioridades en materia de catalogación para 2016, como ya se dijo en el punto 3 de la respuesta de la Dirección de Bienes Culturales de 15 de marzo de 2016 al escrito de queja del Defensor del Defensor del Pueblo Andaluz, además de la declaración del antiguo convento de Santo Domingo, al que se ha hecho referencia en el apartado anterior, se consideraba prioritaria de Bien de Interés Cultural del Antiguo Convento de San Jerónimo, en Baza.

En relación con el último inmueble, hay que señalar que por Resolución del 27 de julio de 2016, de la Dirección General de Bienes Culturales y Museos, se incoó el procedimiento para la inscripción en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz, como Bien de Interés Cultural, con la tipología de Monumento, del Antiguo Monasterio de San Jerónimo en Baza (Granada).

2.- Programación para el año 2017.

Con respecto a otras posibles declaraciones del BIC en Baza a incluir en la programación para el año 2017, hay que recordar la existencia de otros 21 “expedientes históricos” (incoados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 14/2007 de 26 de noviembre de Patrimonio Histórico Andaluz) en la provincia de Granada, cuya resolución o nueva incoación con la Ley andaluza, debe considerarse prioritaria, con respecto a nuevas incoaciones”.

A la vista de dicha respuesta, hemos de valorar la aceptación expresa a la Recomendación dictada para la inscripción en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz, como Bien de Interés Cultural, con la tipología de Monumento, del Antiguo Monasterio de San Jerónimo en Baza (Granada).

Igualmente, la autoridad cultural ha manifestado su prioridad en los calendarios de programación de declaración de BiC para el Convento de Santo Domingo, de Baza.

En conjunto, **hemos de entender como aceptadas las Recomendaciones que se han formulado, por más que insistamos en la oportunidad de avanzar en la clarificación y concreción de la programación de expedientes BIC que afecten a la localidad de Baza, dentro del contexto de necesidades evaluadas para la provincia de Granada a estos efectos.**

Del mismo modo, y por cuanto respecta a la situación que pesa sobre determinados inmuebles, y muy en especial sobre el antiguo Convento de San Jerónimo, hemos de insistir, según la línea expresada con motivo de numerosas actuaciones anteriores, en que la formalización de los mismos como BIC no deja de ratificar formalmente la valoración de este inmueble histórico como acreedor de las intervenciones de conservación y protección que manifiestamente necesita.

Por ello, esta Institución continuará desplegando las intervenciones de seguimiento y control que en cada momento aconseje las acciones de tutela sobre el Antiguo Convento de San

Jerónimo, de Baza.

Pedimos medidas de protección eficaces para la riqueza arqueológica de Huelva

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 16/0784 dirigida a Consejería de Turismo y Deporte, Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte en Huelva

- 18 Julio 2016

Tras analizar la información ofrecida por las autoridades culturales, el Defensor del Pueblo Andaluz ha considerado dirigir una resolución que añadimos a continuación:

Nos ponernos nuevamente en contacto en relación con el expediente de queja indicado, promovido de oficio por esta Institución, relativa a *"Medidas de protección ante la devastación del yacimiento arqueológico de Santa Marta-La Orden, de Huelva*", seguida ante la Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte.

Hemos analizado la documentación e información que obra en el expediente de queja y, al amparo de lo dispuesto en el apartado primero del artículo 29 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, formulamos a la Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte de Huelva, Resolución concretada en los siguientes

ANTECEDENTES

I. En Febrero de 2016 el Defensor del Pueblo Andaluz acordó la incoación de oficio de la presente queja en los siguientes términos:

> "Esta *Institución del Defensor del Pueblo Andaluz ha venido desarrollando una amplia y dilatada labor de atención al eficaz sistema normativo de promoción y protección del patrimonio histórico artístico.*
>
> *Así, en los sucesivos Informes Anuales al Parlamento, al igual que con motivo de la elaboración de los Informes Especiales, la Institución ha querido contribuir al mejor desempeño de las actuaciones de los poderes públicos para la protección y puesta en valor de nuestra riqueza monumental. Todo ello en consonancia con las funciones de protección y tutela de los derechos establecidos en los artículos 44 de la Constitución y 33 y 37.1º.18 del Estatuto de Autonomía en el ámbito de la cultura.*
>
> *En el amplio escenario de intervenciones de este tipo que se producen a lo largo del territorio andaluz, ocupa un lugar preeminente las acciones que posibilitan el efectivo disfrute de nuestro patrimonio cultural gracias a promover su conocimiento e investigación a través de las intervenciones arqueológicas «con el objetivo de que la investigación revierta en un aumento y cualificación del conocimiento histórico de nuestro pasado y presente», en los términos que afirma el Decreto 168/2003, de 17 de Junio (BOJA 134, de 15 de Julio), por el que se aprueba el*

Reglamento de Actividades Arqueológicas.

En el conjunto de actividades de protección de la riqueza arqueológica andaluza, las autoridades culturales han venido desarrollando una importante labor de localización, descripción e investigación de las zonas que han acreditado este interés en el conjunto de elementos que componen el rico y variado Patrimonio Histórico Andaluz.

Así, en el caso de la ciudad de Huelva, la Orden de 14 de mayo de 2001 determinó la inscripción en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz la Zona Arqueológica de Huelva (BOJA 75, de 3 de Julio de 2001). La cita Orden es un compendio expositivo del valor e interés del pasado de la ciudad de Huelva y de sus restos arqueológicos, acreditados mediante intervenciones, a las que se suma todo un corolario de nuevos yacimientos que, sin duda alguna, reflejan los vestigios del pasado milenario de la ciudad.

Se señalan hasta nueve zonas repartidas por toda la ciudad, debidamente delimitadas que adquieren la categoría de "yacimientos arqueológicos" lo que implica «proteger y conservar el patrimonio arqueológico existente en la ciudad» y «concretar el régimen de investigación de estos bienes conforme a un adecuado marco para la difusión de los valores culturales que han motivado la inscripción».

De ahí que, coherentemente con los bienes protegibles, se describan toda una serie de medidas especificadas como "Instrucciones Particulares" para la protección de estos espacios y la previsión de su estudio, investigación y puesta en valor por la comunidad científica.

Una de estas zonas es la señalada como B-3 Santa Marta-La Orden. Según indica la Orden de 14 de Mayo de 2001, «En 1998 se llevó a cabo en este sector una intervención arqueológica de urgencia, documentándose una estructura de almacenamiento de época islámica. También pudieron recogerse materiales de la Edad del Cobre». Según informaciones posteriores, en la zona se encontraron en 2006 millares de estructuras arqueológicas con vestigios desde la prehistoria, así como dos conjuntos de ídolos -con 29 estatuillas en total- datados en torno al tercer milenio antes de Cristo. Se llegó a publicar que el yacimiento arqueológico se encontraba a la espera -desde 2006- de contar con los permisos de excavación y estaba llamado a confirmar a Huelva como ***la ciudad más antigua de Occidente.***

El pasado día 12 de Enero se produjo una denuncia a cargo de un técnico arqueólogo que alertaba de una serie de movimientos de tierras en la zona de Santa Marta-La Orden que habrían supuesto "rebaja del terreno de hasta cinco metros, en cuatro parcelas de restos arqueológicos, alguno de ellos acreditados como necrópolis de 5.000 años de antigüedad". Los informes elaborados a partir de ese momento describen sencillamente una perfecta devastación del yacimiento.

La denuncia fue presentada ante el SEPRONA y en estos momentos se encuentra sometida a los trámites judiciales correspondientes.

Más allá de las actuaciones que dé lugar la instrucción del caso, interesa conocer las actuaciones previas de la autoridad cultural en orden a las previsiones establecidas desde que fueron declarados e inscritos como tales yacimientos por Orden de 14 de mayo de 2001. Es decir, resulta de sumo interés conocer el resultado práctico de estas disposiciones declarativas de un régimen de delimitación y protección de estos yacimientos no sólo como objeto de intervenciones de investigación y estudio sino, en particular, como instrumento que ponga en marcha todas las medidas de protección y tutela que se nos antojan esenciales para hacer posible la conservación de tales restos y su posterior explotación científica.

A la luz de los acontecimientos, resulta de especial interés conocer las medidas de protección establecidas y, asimismo, la capacidad de respuesta y reacción de la autoridad cultural para impedir supuestos de agresiones y expolios de la envergadura como la que se ha descrito en el

lamentable caso del yacimiento de Santa Marta-La Orden de Huelva.

Por ello, hemos considerado oportuno incoar queja de oficio al amparo del artículo 10 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre del Defensor del Pueblo Andaluz, ante la Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte de Huelva, a fin de conocer:

- *medidas de protección de los yacimientos declarados en virtud de la Orden de 14 de mayo de 2001 que se hubieran adoptado por las autoridades culturales desde su aprobación.*
- *labores de intervención arqueológica que se hubieran realizado desde la aprobación de dicha Orden.*
- *calendario de intervenciones arqueológicas previstas sobre tales yacimientos.*
- *cualquier otra circunstancia que consideren oportuno transmitir para esclarecer el asunto que nos ocupa".*

II.- Tras la correspondiente petición de informe, la Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte de Huelva nos remitió un escrito (201699900093404, de 11.03.2016) atendiendo a la solicitud dirigida. Dicho escrito recoge una completa y cuidada relación de intervenciones de ese organismo en relación con la protección de patrimonio arqueológico y una detallada valoración del impacto provocado por el expolio de la zona afectada en el sector B-3 Santa Marta-La Orden. Es, sin duda, un informe en su contenido y plazos acorde con la entidad del problema planteado y que denota la singular implicación en relación con las singulares circunstancias que acentúan la gravedad de los acontecimientos producidos frente a este valor patrimonial del pasado histórico de Huelva.

Tras un detallado repaso de las actuaciones de protección, estudio y conservación de los valores arqueológicos de la ciudad de Huelva, ofrece un apartado final a modo de resumen:

"La inscripción en el CGPHA de la Zona Arqueológica de Huelva ha demostrado su eficacia para la sistematización de las excavaciones y demás actividades arqueológicas en el ámbito del a misma cuya finalidad no ha sido sino la de ahondar en el conocimiento histórico de la ciudad de Huelva, habiendo permitido establecer a través de sus instrucciones particulares, unos cauces procedimentales robustos que posibilitan y aseguran la protección del patrimonio arqueológico y la documentación del registro arqueológico presente en la zona Arqueológica de Huelva en coordinación con el Ayuntamiento de Huelva, en el ejercicio de sus competencias en materia de urbanismo.

Desde su inscripción en el CGPHA se han multiplicado exponencialmente las excavaciones, sondeos arqueológicos y controles de movimientos de tierra habiéndose sistematizado la realización de las mismas de forma previa a la materialización de los aprovechamientos urbanísticos o en desarrollo de los mismos a través del control arqueológico de los movimientos de tierra, en función de la naturaleza de las obras o actuaciones proyectadas.

En áreas como Saltés o Parrales no se autorizan más actuaciones que las asociadas a la propia investigación arqueológica a través de excavaciones o sondeos arqueológicos.

Los resultados de las 209 intervenciones arqueológicas que desde su incoación se llevaron a cabo han permitido contrastar la corrección en la delimitación de tales áreas habiendo permitido su documentación efectiva. Ha sido ágil, como en el caso que nos ocupa, en la ampliación de la delimitación de la zona Arqueológica, así, como se indicó la ampliación de este sector de la Zona arqueológica es clara muestra del compromiso con la preservación del referido registro arqueológico en atención a la evolución del conocimiento que de los mismos se infería del resultado de las investigaciones arqueológicas.

La protección conferida al yacimiento a través de la inscripción de oficio por la Consejería de Cultura del mismo en el CGPHA como BIC Zona Arqueológica es la que permite abordar en sucesos como el acaecido que supusieron una extracción de tierras hasta una cota cercana a los 5 metros en alguno de sus vértices, la instrucción del procedimiento por vía penal, al contemplar el vigente

Código Penal en su artículo 323 entre los delitos contra el patrimonio histórico la destrucción de yacimientos arqueológicos que se encuentren significados como Bienes de Interés Cultural, aportando, en definitiva tal inscripción en el CGPHA, la base legal para actuar en defensa de este patrimonio arqueológico.

Aún en casos tan desafortunados como el acaecido en el reciente expolio, tres de las cuatro parcelas afectadas ya habían sido excavadas arqueológicamente en cumplimiento de las cautelas dictadas por la Consejería, restando en ellas el control arqueológico del resto de movimientos de tierra, por lo que existía un conocimiento fehaciente de la existencia del yacimiento y de la necesidad de acometer las actividades arqueológicas que fueron, de hecho, acometidas por la propiedad en las parcelas afectadas a excepción de la 8.1.

No es pues la falta de conocimiento de esa condición de Zona arqueológica la que ha llevado al expolio, sino la total vulneración de las disposiciones legales que garantizan la protección del yacimiento y que obligaban a la previa solicitud de autorización a la Consejería de Cultura dentro del trámite preceptivo de otorgamiento de licencia urbanística de obras por el Atontamiento de Huelva. No es achacable pues a una falta de señalización o deslinde a través de vallados, ni a la ausencia de un nítido cauce procedimental que a través de autorizaciones y licencias, así como del ejercicio de la labor de inspección asegure la preservación del registro arqueológico sino a una transgresión llana y absoluta del referido cauce procedimental acotado del que existía un conocimiento cierto por la propiedad.

Sin el más mínimo ánimo de restar relevancia a los hechos de la gravedad de los acaecidos, que han sido elevados a la Fiscalía por esta Consejería por entender que pudieran ser constitutivos de un delito contra el Patrimonio Histórico tipificado en el art. 323 del vigente Código Penal, sí resulta oportuno, por contra, dimensionar debidamente la escala de los mismos en relación al propio yacimiento y a la totalidad de la zona arqueológica, así:

La afectación sobre la Zona Arqueológica se produce en las parcelas 8.1., 8.2, 8.3 y 8.4 parcialmente, suponiendo un área afectada total de 11.605,86 m2 que supone una afección sobre el 4,88% 8.3 y 8.4 fueron intervenidas arqueológicamente en 2007/2008, sin embargo la parcela 8.1 no había sido objeto de intervención arqueológica alguna, constituyendo esta parcela un 0,65% del Sector B-3 del BIC y un 0,04 % de la superficie completa de la Zona Arqueológica.

Pretender extrapolar lo acaecido el 0,04% de la Zona Arqueológica al resto de la misma y a la dinámica general instaurada desde la promulgación del expediente de protección patrimonial de la Zona Arqueológica de Huelva no deja de ser profundamente alejado de toda representatividad, si quiera estadística, y desde luego constituye una excepción y no una norma, incluso en la acepción estadística del término, no siendo en cualquier caso reflejo de la dinámica establecida en modo alguno, que ha contribuido en cualquier caso reflejo de la dinámica establecida en modo alguno, que ha contribuido en gran medida a la caracterización y estudio del relevante patrimonio arqueológico de la cuidad".

Teniendo en cuenta los antecedentes descritos, se estima oportuno realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

Primera.- El establecimiento de un sistema legal de reconocimiento y tutela del patrimonio arqueológico andaluz es, sin duda, uno de los elementos que caracterizan la normativa cultural autonómica, fundamentalmente expresada en la Ley 14/2007, de Patrimonio Histórico de Andalucía (LPHA).

La inclusión del concepto, con un alcance y sentido propios en dicha norma, su definición legal y el establecimiento de un régimen de protección perfectamente equiparable al resto de categorías, que han ocupado tradicionalmente la acción cultural protectora de los poderes públicos, son pasos que hacen más que evidente la perfecta concienciación entre la Administración Cultural, del sentido y dimensión de

nuestra riqueza histórica escondida a lo largo de todo el territorio de Andalucía y, no lo olvidemos, de sus costas y fondos marinos.

La exposición de motivos de la Ley 14/2007 es sumamente clarificadora para centrar los valores y objetivos establecido por el ordenamiento jurídico cultural:

> «Se parte, en primer lugar, de un concepto de Patrimonio Arqueológico basado en la utilización de la metodología arqueológica, estableciendo, en los mismos términos que la legislación estatal, la naturaleza demanial de los objetos y restos materiales que sean descubiertos. Este carácter de bienes de dominio público se presumirá también de los elementos hallados con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, una vez transcurrido el plazo previsto en la Disposición transitoria tercera.
>
> Se mantienen la figura cautelar de la Zona de Servidumbre Arqueológica y los elementos sustanciales del sistema de autorización de las actividades arqueológicas. Al mismo tiempo, se sujetan a autorización las actividades que permitan la localización o detección de restos arqueológicos, circunstancia que deberá reflejarse en los Estatutos de aquellas asociaciones que tengan entre sus fines la detección de objetos que se encuentren en el subsuelo. Se trata de un ámbito en el que deben extremarse los controles administrativos, pues, con independencia del valor de los objetos que puedan hallarse, la destrucción de la estratigrafía por excavaciones en las que no se aplica la metodología arqueológica supone una pérdida de información irreparable. Especial importancia tienen también las actividades arqueológicas previas a la intervención sobre inmuebles protegidos, sobre las que se ha tratado de establecer una regulación equilibrada que, al mismo tiempo, se adecue a lo establecido por la Ley 7/2002. Así se concretan y especifican las obligaciones del promotor de las obras conforme al aprovechamiento urbanístico atribuido, si bien la Administración cultural podrá ampliar a su costa la extensión de la actividad arqueológica por razones de protección o interés científico».

Así, el aludido Título V, desarrollado en los artículos 47 a 60, determina las acciones específicas que la Ley otorga a esta tipología de nuestro patrimonio histórico arqueológico que acuña, como nota característica, su valor protegible a pesar de que, en gran parte, no ofrece la evidencia de su contemplación; le basta su existencia para que la riqueza que encierra merezca por sí misma ser conservada con celo para su estudio y puesta en valor.

Pero más específicamente, el Decreto 168/2003, de 17 de Junio, del Reglamento de Actividades Arqueológicas, supone un desarrollo singular de los espacios de valor arqueológico con el objetivo de fijar las intervenciones y definir los protocolos técnicos y procedimientos de tutela que estas labores técnicas y científicas necesitan para su ejecución, procurando las garantías y protección de todos los valores que encierran estos bienes.

Segunda.- A la vista de la pormenorizada regulación que se cita, la Comunidad Autónoma Andaluza, a través de su Administración Cultural, ha venido desarrollando una labor concienzuda de identificación, valoración y formal reconocimiento de estos yacimientos con el objetivo primordial de otorgarles los sistemas legales de tutela y protección que hemos indicado anteriormente.

El Catálogo General de Patrimonio Histórico de Andalucía (CGPHA) señala hasta 261 inmuebles catalogados como Zonas Arqueológicas, elementos declarados formalmente como yacimientos inscritos, como tal categoría, entre los elementos que merecen tal definición y alcance legal de protección. La provincia de Huelva acoge 27 de estos elementos repartidos por todo su territorio.

Conforme a este régimen normativo, más específicamente, la ciudad de Huelva ha sido destinataria de un amplio reconocimiento de su valor histórico, a través de su profunda y extensa huella arqueológica, gracias a una labor de investigación desarrollada durante los años setenta, que acumuló las evidencias y conocimientos del ingente valor histórico que albergaba el subsuelo de la ciudad de Huelva.

Estos precedentes motivaron la incoación del procedimiento para la inscripción específica en el CGPHA de la Zona Arqueológica de Huelva (ZAH) según la Resolución de 29 de Septiembre de 1999, dela Dirección General de Bienes Culturales. Desde entonces, y con la anotación en dicho CGPHA con carácter preventivo, Huelva ostentaba un reconocimiento formal de su valor arqueológico según ya disponía la anterior Ley de Patrimonio, Ley 1/1991, de 3 de Junio.

Pero ha sido la Orden de 14 de Mayo de 2001 (BOJA 75, de 3 de Julio) la que formalizó las declaraciones de variados yacimientos identificados que se encuentran en su término municipal. Unos yacimientos que ratifican en sus respectivos instrumentos de declaración el valor que encierran:

> «La trayectoria histórica de la ciudad de Huelva se materializa en la riqueza de su sustrato arqueológico, que compone el gran archivo no escrito de la historia de la ciudad. La investigación arqueológica sobre estos bienes culturales se ha venido desarrollando, aunque de forma intermitente y por diferentes equipos, desde la década de los años setenta hasta la actualidad. De todo ello resulta que en el conocimiento de la historia no escrita de la ciudad de Huelva, a pesar de la extensa bibliografía con que cuenta, tiene aún amplias lagunas de información, cuya tutela se hace especialmente necesaria debido a su extraordinaria vulnerabilidad al daño y la destrucción» (Orden de 14 de Mayo de 2001, BOJA 75, de 3 de Julio).

La incorporación de la Zona Arqueológica de Huelva como elemento inscrito en el Catálogo General de Patrimonio Histórico Andaluz (CGPHA), supuso un paso decisivo para el reconocimiento y puesta en valor de dicho valor histórico-cultural. De ahí que el informe que analizamos señala que "*Desde su inscripción en el CGPHA se han multiplicado exponencialmente las excavaciones, sondeos arqueológicos y controles de movimientos de tierra habiéndose sistematizado la realización de las mismas de forma previa a la materialización de los aprovechamientos urbanísticos o en desarrollo de los mismos a través del control arqueológico de los movimientos de tierra, en función de la naturaleza de las obras o actuaciones proyectadas".*

La aportación de la Delegación Territorial indica, oportunamente, que "*Los resultados de las 209 intervenciones arqueológicas que desde su incoación se llevaron a cabo han permitido contrastar la corrección en la delimitación de tales áreas habiendo permitido su documentación efectiva. Ha sido ágil, como en el caso que nos ocupa, en la ampliación de la delimitación de la zona Arqueológica, así, como se indicó la ampliación de este sector de la Zona arqueológica es clara muestra del compromiso con la preservación del referido registro arqueológico en atención a la evolución del conocimiento que de los mismos se infería del resultado de las investigaciones arqueológicas".*

Por tanto, el informe recibido supone la plasmación documentada y cronológica de todo un proceso de trabajo y recuperación del valor arqueológico de Huelva y su constatación científica y acreditada de un pasado milenario que se despliega en sus distintos asentamientos a lo largo y ancho de la extensión del término municipal. Una trayectoria protagonizada por profesionales, científicos, la comunidad artística y cultural de la ciudad e, incluso, con la inteligente implicación de sectores económicos, aunados en comprender la dimensión de riqueza y reconocimiento que encierra la puesta en valor y la defensa de ese ingente patrimonio.

Todo un relato de precedentes de trabajo y compromiso que se contradice con los acontecimientos de expolio de Enero de 2016 en la zona de Santa Marta-La Orden.

Tercera.- Los acontecimientos producidos en la zona identificada como sector B-3 han supuesto todo un compendio de transgresiones e incumplimientos de este sistema normativo de tutela cultural. Toda la reseña del ordenamiento jurídico cultural, que hemos destacado en los apartados anteriores, ha quedado degradada a un puro relato de *"la transgresión llana y absoluta del cauce procedimental"* establecido por la normativa, como bien se califica en el informe de Cultura.

La descripción del daño causado que ofrece la propia Delegación de Cultura alude a *"la pérdida*

irreparable de información arqueológica de valor incalculable así como de daños de bienes muebles e inmuebles del Patrimonio Histórico Andaluz", si bien se complementa manifestando que *"la afectación sobre la Zona Arqueológica se produce en las parcelas 8.1, 8.2 y 8.3 y 8.4 parcialmente, suponiendo un área afectada de un total de 11.605 m2 que supone una afección sobre el 4,88% del Sector B-3 y sobre el 0,30% de toda la Zona Arqueológica de Huelva".*

Como se ha indicado en la motivación de la presente queja de oficio, la cuestión nuclear no reside tanto en las medidas formales declarativas, sobradamente descritas, cuanto en su eficacia para la protección de tales zonas de valor arqueológico; tampoco merece especial interés comentar un cálculo relativista de porcentajes sobre la evidencia de una devastación patrimonial.

Entendemos mucho más oportuno interesarnos en analizar, con una vocación colaborativa y de mejora, las capacidades de reacción de las autoridades competentes. En este concreto ámbito de interés queremos citar, brevemente, las circunstancias que pesan en cuanto al factor tiempo, los medios empleados y el lugar de los hechos, para poder comentar ese elemento reactivo que hubiera protegido los valores arrasados ante la contumacia de los hechos.

Es importante detenernos en las fechas. Sin perjuicio del resultado que se alcance tras las actividades de investigación o esclarecimiento de los hechos —ya sea en un escenario administrativo o en el curso de las propias actuaciones judiciales incoadas— las operaciones de expolio contra el yacimiento debieron necesitar un imprescindible espacio de tiempo en los trabajos y movimientos de tierra. Recordamos que las reseñas aparecidas en los medios de comunicación, y no desmentidas, hablan de una primaria reacción a cargo de un profesional arqueólogo (D.G.B.) que interpone una denuncia el día 12 de Enero de 2016 ante el SEPRONA que, como sección especializada de la Guardia Civil en protección de patrimonio histórico, inicia a su vez sus indagaciones. Esta iniciativa de denuncia se hace pública en los medios de comunicación: *"Destruyen el yacimiento de La orden para el relleno de la estación del AVE"* (Huelva Información de 16.01.2016) o *"Investigan unos movimientos de tierra ilegales en un yacimiento neolítico"* (El Mundo 17.01.2016).

No hemos podido encontrar otra evidencia previa de denuncia o de alerta sobre los hechos acontecidos. Pero en cambio, sí se citan actuaciones sobre el yacimiento días antes, sin mayor precisión, que no permiten aclarar el momento inicial en el que se perpetran las excavaciones. Se indica que son *"varias las semanas que se sabe hacen falta para que el talud de corte realizado para la extracción tenga esos metros de profundidad".* Otro dato citamos, cual es la aparición de una imagen en la prensa local que muestra trabajos de la maquinaria bajo el epígrafe *"Dos camiones y una excavadora en el yacimiento arqueológico el pasado mes de diciembre"* (Huelva Información de 22.01.2016).

A este respecto, citamos la información ofrecida en el Pleno del Parlamento (Pregunta Oral POP-00021) en la que se alude a que *"la denuncia se produjo el día 12 y el día 13 ya estaban los técnicos de la Consejería, de la delegación territorial evaluando los daños y haciendo la inspección correspondiente" (*Diario de Sesiones 27, de 11 de Febrero, página. 147*).* La actuación formal por la Autoridad Cultural se dicta el 18 de Enero, como *"medida cautelar con la paralización de los movimientos de tierras en las parcelas afectadas y la apertura del trámite de actuaciones previstas por posible infracciones graves a la Ley de Patrimonio Histórico Andaluz, dando cuenta a la Fiscalía de Medio Ambiente al considerar indicios delictivos de los hechos"* (comunicado de la Delegación Territorial de Cultura, publicado en Huelva Información 26.01.2106).

Más allá del tiempo que se ha dedicado a este expolio, aludimos a los medios para su ejecución. Aparece reflejada la intervención de una maquinaria pesada compuesta, en concretas fases de las actuaciones, de dos potentes grúas orugas extractoras que con la pluma alzada pueden alcanzar fácilmente los diez metros de altura, junto a la presencia y deambular de camiones de transportes de tierras y áridos. Según nos describen por el impacto de los expolios, "*supusieron una extracción de tierras hasta una cota cercana a los 5 metros en alguno de sus vértices*" sobre el ras de suelo a lo largo de una extensa superficie.

Comentamos también el escenario donde se produce esta devastación patrimonial de *"pérdida irreparable"*. Semejante despliegue de maquinaria y camiones de tonelaje se produce en una zona urbana consolidada, en el propio núcleo de la capital. Una intervención con todas las connotaciones de evidencia y notoriedad, producida en un escenario ajeno a lugares rurales o apartados en los que podrían parecer más ocultas estas operaciones de excavación, al menos para las autoridades o sistemas de control.

Ciertamente, estos tres condicionantes, por sus propias características, dificultan toda noción de ocultación o la imposibilidad de minorar la notoriedad de las acciones perpetradas. Por el tiempo que se necesitó para alcanzar ese grado de movimiento de tierras, por el tonejale de los recursos empleados y debido a la realización en un espacio abierto y ubicado en el núcleo urbano de una capital.

Y apuntamos un último dato que no deberíamos dejar de comentar, cual es la aparente conectividad de estos movimientos de tierra con las obras que se desarrollan en el entorno para la construcción de la futura estación de trenes que albergará el AVE, bajo la gestión de Adif. Según las informaciones recibidas, el expolio producido se atribuye, supuestamente, a labores de acopio de arena y material para las obras de infraestructuras ferroviarias de la estación para el AVE en la ciudad.

Precisamente, la categoría de obra pública de esta infraestructura implica la definición de un proyecto previo sometido a las necesarias autorizaciones y licencias que podrían haber incluido, entre sus condicionantes, la colindante presencia de estas zonas arqueológicas declaradas y protegidas, en los términos que la legislación establece y que hemos descrito antes. Una proximidad que habría operado, en su caso, como un factor de evidente limitación en los espacios a intervenir, desde el punto de vista de la aplicación común del régimen establecido en la Ley 14/2007 (artículos 33 a 39), pero además reforzado por las Instrucciones Particulares que se describen en el punto 7 de la citada Orden de 14 de Mayo de 2001.

Y, del mismo modo, cabe deducir que la ejecución de este singular proyecto está sometida a las oportunas labores de control y seguimiento para velar por la buena marcha de las obras y su correcta ejecución, por lo que cabría suponer, dicho en términos de mera hipótesis, una vigilancia añadida en las operaciones realizadas en el núcleo de la obra, pero también en las labores de carácter accesorio o complementario como podría ser la obtención de material de áridos o arenisca. Resulta difícil imaginar que estas operaciones extractivas no estén previamente proyectadas, comunicadas o, cuando menos. sometidas a cualquier trámite que, por menor que resulte, habría exigido la intervención de una actuación a cargo de la Administración.

Dando por cierta la absoluta carencia de licencia o autorización alguna para realizar tales trabajos, nos situaríamos en el escenario previsto en lar artículo 39.1 y 2 de la LPHA cuando califica de «ilegales las actuaciones realizadas y nulas las licencias otorgadas sin contar con la autorización o, en su caso, la comunicación previa prevista en el artículo 33, apartados 3 y 5, o sin atenerse a las condiciones impuestas en la autorización». Así como la previsión recogida en ese apartado 2 «la Consejería competente en materia de patrimonio histórico ordenará la suspensión inmediata de los cambios o modificaciones que se estén realizando en los bienes inscritos, cuando no haya recibido comunicación previa de los mismos o no los haya autorizado o, en su caso, se incumplan las condiciones impuestas en la autorización».

Es decir, todo un corolario de circunstancias que, lejos de ampararse en la clandestinidad que suele acompañar a las acciones de expolio más frecuentes, se ha producido con una notoriedad y exposición ciertamente tan inusuales como alarmantes. Inusuales ya que el extenso y documentado informe, que nos ha sido remitido, hace una detallada relación de la protección arqueológica de la Zona de Huelva que se ha desarrollado mediante un correcto control de las intervenciones urbanísticas sometidas a licencias y autorizaciones específicas a lo largo de 15 años. Y decimos alarmantes por cuanto, a pesar de estos antecedentes, los hechos producidos han puesto en evidencia la eficacia de ese régimen protector que, hasta la fecha, habría dado una respuesta procedimentada a las iniciativas urbanísticas o constructivas en terrenos incluidos en las zonas protegidas por su interés histórico-cultural.

Cuarta.- A la vista de las anteriores circunstancias, creemos que cabe valorar la actuación de la Delegación Territorial con una actitud más ambiciosa, en la medida en que la reacción formal ante el expolio conocido ofrece evidentes oportunidades de mejora.

La valoración final de la Delegación se expresa de una manera argumentada:

> *"Pretender extrapolar lo acaecido el 0,04% de la Zona Arqueológica al resto de la misma y a la dinámica general instaurada desde la promulgación del expediente de protección patrimonial de la Zona Arqueológica de Huelva no deja de ser profundamente alejado de toda representatividad, si quiera estadística, y desde luego constituye una excepción y no una norma, incluso en la acepción estadística del término, no siendo en cualquier caso reflejo de la dinámica establecida en modo alguno, que ha contribuido en cualquier caso reflejo de la dinámica establecida en modo alguno, que ha contribuido en gran medida a la caracterización y estudio del relevante patrimonio arqueológico de la ciudad".*

Reconociendo la acreditada solvencia técnica de su autoría, la cuestión a debatir no debería centrarse en la excepcionalidad del acontecimiento del expolio, producido en contraposición a un marco ordenado y procedimentado de tutela arqueológica desarrollada durante lustros. Sin dejar de reconocer el carácter inusual del acontecimiento, ello no debe orillar el análisis crítico de la capacidad de detección, control y respuesta de las autoridades culturales ante este fenómeno, por infrecuente que resulte.

Lo excepcional del caso no puede postergar toda una trayectoria de trabajo; pero sí debe despertar un juicio crítico sobre qué factores de información y detección habrían mejorado la capacidad de respuesta. Resulta evidente que las causas que explican esta devastación son imputables a quienes ordenaron y ejecutaron el expolio; para ello se sustancian los procedimientos para esclarecer hechos, tipificar conductas y determinar sus consecuencias.

Pero mientras, desde otro escenario analítico, resulta muy oportuno abordar qué medidas de mejora se pueden implementar tras su estudio. Y así, se suscitan varias cuestiones; por ejemplo, acreditar el momento en el que se inician estas extracciones sobre la zona protegida, cuyas fechas pueden ser sustancialmente previas a la denuncia formal que se presenta el 12 de Enero; recordamos que la envergadura de las extracciones hace pensar, y así se ha publicado, que se ha necesitado un tiempo más prolongado para lograr esos movimientos de tierra, en extensión y profundidad, a la vista de la huella dejada en la zona protegida. O, así mismo, analizar si seis días es el plazo que entiende la Ley cuando señala que la autoridad «ordenará la suspensión inmediata» desde que se produce la denuncia (12 de Enero) hasta que se decreta la medida cautelar (18 de Enero). También se suscita el posible estudio de medidas de vallado o, cuando menos, sistemas identificativos que adviertan *in situ* las zonas protegidas más allá de los efectos registrales que publicitan estos espacios protegidos. Y, volviendo al supuesto origen del daño, cabe plantear las causas que no han puesto de manifiesto las intervenciones extractivas que se acometían enmarcadas en la ejecución de una obra pública tan singular como la futura estación de AVE.

El conocimiento de los hechos y la magnitud de los daños provocados ha generado en la sociedad onubense una reacción de sorpresa y de incomprensión. Queremos hacernos eco de opiniones expresadas por colectivos, entidades y profesionales relacionados con la cultura, y especialmente sensibilizados ante este expolio, cuando aducen su sorpresa y posterior decepción al comprobar que no ha sido posible generar un efecto impeditivo de esta agresión al patrimonio cultural y arqueológico de Huelva.

Por ello, partiendo de que estas actuaciones devastadoras se han provocado desde la más absoluta inobservancia de las normas, podemos —todos los poderes públicos— reflexionar críticamente cómo mejorar las intervenciones de protección y defensa del patrimonio histórico. En suma, creemos que existen espacios para la reflexión y el análisis de las actuaciones desplegadas por la Autoridad Cultural ante este grave suceso que pueden aportar oportunidades de mejora y, en su caso, métodos correctivos.

Por la trayectoria volcada en la defensa del patrimonio arqueológico de Huelva y por el ejercicio de las responsabilidades que la sociedad demanda, en estos delicados momentos, la actuación de la Administración Cultural debe aportar un destacado liderazgo en la defensa y promoción de los valores histórico-culturales de Huelva. La Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte debe impulsar todas las actuaciones de esclarecimiento y determinación de las responsabilidades incurridas, promover la reparación de los daños y, desde luego, ejercer las potestades de tutela y protección que se han visto gravemente afectadas por la devastación en el yacimiento Santa Marta-La Orden.

Por todo lo anterior, y de conformidad con lo establecido en el artículo 29, apartado 1, de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, se formula a la **Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte** las siguientes

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO de las disposiciones legales citadas en el texto de la presente resolución.

RECOMENDACIÓN 1**,** a fin de que la Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte de Huelva impulse, desde su ámbito de competencia, los procedimientos incoados para el esclarecimiento y determinación de responsabilidades ante el expolio del yacimiento Santa Marta-La Orden.

RECOMENDACIÓN 2, a fin de que por la Delegación se evalúen todas las actuaciones desarrolladas en torno al expolio del yacimiento Santa Marta-La Orden y se analicen los mecanismos de detección y las pautas de respuesta desplegadas.

RECOMENDACIÓN 3, a fin de que la Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte de Huelva analice los contenidos de las Instrucciones Particulares establecidas en la Orden de 14 de Mayo de 2001, por la que se inscribe específicamente en le CGPHA la Zona Arqueológica de Huelva (BOJA 75, de 3 de Julio), a fin de ratificar, o en su caso modificar, aquellas medidas que se estimen necesarias a la vista de los hechos producidos en el expolio del sector Santa Marta-La Orden.

SUGERENCIA, para que la Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte de Huelva, junto a la propia Consejería de Cultura, analice la oportunidad de estudiar un protocolo, o una específica metodología, para yacimientos amenazados, ya sea de una manera preventiva ante especiales riesgos, o ya sea ante daños que se hayan producido.

Según establece el artículo 29.1 de la Ley 9/1983, la autoridad a la que se dirige la Resolución viene obligada a responder por escrito en término no superior a un mes, comunicando la adopción de las medidas adecuadas en el sentido que se recoge en la Resolución dictada o, en su caso, las razones que le impidan adoptar tal decisión.

Igualmente, el artículo 29.2 de la Ley citada establece que el Defensor del Pueblo Andaluz podrá incluir el caso en el Informe Anual al Parlamento ante la falta de información de las razones que impiden adoptar las medidas expuestas por el Defensor o en aquellos supuestos en que el Defensor del Pueblo Andaluz considere que era posible una solución positiva y ésta no se hubiera conseguido.

Ver apertura de actuación de oficio

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

defensor del pueblo Andaluz

Queremos conocer las medidas para la protección de inmuebles singulares en Motril (Granada)

Queremos conocer las medidas para la protección de inmuebles singulares en Motril (Granada)

- 10 Mayo 2017

El Defensor del Pueblo Andaluz ha abierto una queja de oficio ante el Ayuntamiento de Motril, a fin de conocer:

- Régimen de protección que ostente en la actualidad el centro histórico de la ciudad de Motril.
- Medidas de carácter urgente que se pretendan adoptar para la identificación o catalogación de los inmuebles susceptibles de contar con un régimen singular de protección y amenazados en su conservación.
- Iniciativas adoptadas para la protección urbanística o cultural de los inmuebles merecedores de tutela.
- Cualquier otra circunstancia que consideren oportuno transmitir para esclarecer el asunto que nos ocupa.

- Queja de Oficio 17/2407

¿Cierran los museos por las tardes en verano?. Lo preguntamos

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/3454 dirigida a Consejería de Cultura

- 26 Junio 2017

Esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz ha venido desarrollando una amplia y dilatada labor de atención al eficaz sistema normativo de promoción y protección del patrimonio histórico artístico.

Así, en los sucesivos Informes Anuales al Parlamento, al igual que con motivo de la elaboración de los Informes Especiales, la Institución ha querido contribuir al mejor desempeño de las actuaciones de los poderes públicos para la protección y puesta en valor de nuestra riqueza monumental. Todo ello en consonancia con las funciones de protección y tutela de los derechos establecidos en los artículos 44 de la Constitución y 33 y 37.1º.18 del Estatuto de Autonomía en el ámbito de la cultura.

En el amplio escenario de intervenciones de este tipo que se producen a lo largo del territorio andaluz, ocupa un lugar preeminente las acciones que posibilitan el efectivo disfrute de nuestro patrimonio cultural gracias a promover su conocimiento y contemplación. Este objetivo es ciertamente esencial en el contexto de hacer partícipe a la ciudadanía de los valores que ofrecen nuestros bienes culturales y que permiten su disfrute, pero también el general reconocimiento de la sociedad de las manifestaciones culturales de su pasado. Una conciencia que revierte en un lógico orgullo y motivo añadido para su defensa y protección.

Entre los instrumentos singulares de la conservación, estudio y puesta en valor de la riqueza artística de Andalucía, contamos con la red de Museos y servicios análogos dependientes de la Junta de Andalucía. Por ello la Ley 8/2007, de 5 de Octubre, de Museos y Colecciones Museográficas de Andalucía declara:

> «…la idea de superar el concepto de museo como simple depósito de materiales y centro de investigación reservado a una minoría y, por el contrario, su entendimiento como un núcleo de proyección cultural y social. Lo cierto es que durante estos años los museos han adquirido un papel protagonista en el desarrollo e impulso de la cultura, además de ser un innegable elemento de atracción turística. Así, el museo ha dejado de ser tenido en cuenta nada más que en función de su contenido y ha pasado a tener sentido en función de su papel sociocultural, como institución a la que los ciudadanos acceden siendo conscientes del disfrute de un patrimonio que les pertenece y demandan una mayor calidad en los servicios que presta el museo».

Con todo, en el curso de esta situación, esta Institución ha tenido conocimiento de la orden de restringir los horarios de visita del Museo de Málaga y que, según las mismas informaciones, estaría acogido a un régimen de apertura que no ha podido *"encontrar fórmulas para compatibilizar el convenio colectivo del personal con el horario habitual de apertura"*. Tal es así que la entidad de la Aduana de la capital, que ha adquirido una referencia propia en la oferta cultural de Andalucía, es accesible en horario único de mañana de 9,00 horas a 15,00 horas de martes a domingo.

Según se explicaba, se trata de un criterio aplicable al conjunto de empleados adscritos la sistema de museos de la Junta de Andalucía, y no sólo de Málaga.

En todo caso, y sin perjuicio de analizar las informaciones que se reciban en orden al marco convencional del personal afectado, el resultado no parece coherente con la apuesta de promoción y potenciación de los centros museísticos específicos de la ciudad de Málaga, con un carácter estratégico para su posicionamiento entre los destinos culturales preferentes, cuando se restringe la disponibilidad de acceso de visitantes de esta manera tan rotunda y precisamente afectando a una de las épocas del año en la que la ciudad despliega toda su capacidad de atracción y presencia en los itinerarios elegidos por su potenciales visitantes.

Pero este ejemplo resulta absolutamente predicable del conjunto de la oferta museística de Andalucía en la época de mayor afluencia de visitantes de nuestra Comunidad Autónoma.

Por ello, hemos considerado oportuno proponer incoar queja de oficio al amparo del artículo 10 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre del Defensor del Pueblo Andaluz, ante la Consejería de Cultura, a fin de conocer:

- régimen de horarios de visitas establecido para los museos de Málaga, en particular el centro de La Aduana, así como del resto de Andalucía.
- disponibilidad para ampliar el régimen horario de apertura diario o de sus jornadas semanales.

Ver Resolución del dPA

Queremos que los museos abran por las tardes durante el verano

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 17/3454 dirigida a Consejería de Cultura

- 16 Octubre 2017

Esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz tramita la queja identificada con el número señalado en el encabezamiento. Las diferentes actuaciones en el curso de este expediente nos han permitido analizar la situación planteada en la queja y, tras diversos trámites, que a continuación se detallan, hemos considerado procedente emitir un pronunciamiento formal como Resolución, según establece el artículo 29.1 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, reguladora del Defensor del Pueblo Andaluz.

ANTECEDENTES

1.- Con fecha 25 de Junio de 2017 el Defensor del Pueblo Andaluz acordó incoar queja de oficio relativa al régimen de apertura del museos malagueños ante la Consejería de Cultura. El interés de esta actuación de oficio se centraba en desarrollar algunas informaciones a propósito del funcionamiento del Museo de La Aduana en Málaga pero que, sin duda, podría aplicarse a un ámbito generalizado de la organización de la oferta de servicios museísticos en el conjunto de Andalucía.

Dicha queja de oficio supuso la petición de información dirigida ante dicha Consejería a fin de conocer:

- *"régimen de horarios de visitas establecido para los museos de Málaga, en particular el centro de La Aduana, así como del resto de Andalucía.*
- *disponibilidad para ampliar el régimen horario de apertura diario o de sus jornadas semanales.*
- *cualquier otra circunstancia que consideren oportuno transmitir para esclarecer el asunto que nos ocupa".*

2.- Con fecha 31 de Julio la Dirección General de Bienes Culturales y Museos emitió un clarificador informe en el que se exponía:

> *"El Museo de Málaga, es un museo de titularidad estatal y gestión autonómica, siendo el único de estas características en Málaga. Fue creado por Real Orden de 3 de marzo de 1073, y en él se unificaban en una sola entidad administrativa los antiguos Museos Provinciales de Bellas Artes y Arqueología.*
>
> *En 2005 se firma en Málaga el Acuerdo entre la Junta de Andalucía y el Estado por el que el Palacio de la Aduana, de titularidad estatal, se destina a sede del Museo de Málaga, quedando desde entondes adscrito al Ministerio deCultura. Desde el año 2006 hasta el 2 de diciembre de*

20015, fecha en la que se firma el Protocolo de cesión por parte del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte a la Juanta de Andalucía, una vez acometidas las obras de rehabilitación del edificio y la ejecución museográfica, la consejería deCultura asume todos aquelloa trabajos destinados a su puesta en funcionamiento como equipamiento cultural de primer orden, en sintonía con el posicionamiento estratégico desarrollado e impulsado por la ciudad de Málaga, y, de manera principal, en respuesta a la demanda y movilización de la sociedad malagueña en favor dela apertura del Museo de Málaga.

El contexto en el que se planifica la apertura del Museo de Málaga atiende, de una parte , al necesario rigor que una institución de esta complejidad exige, y de otra, a innegables criterios de sostenibilidad y, por tanto, ajustados a la realidad de la gestión pública de este tipo de equipamientos culturales. La apertura del Museo de Málaga responde a un firme compromiso de la Junta de Andalucía en un contexto donde los efectos de las limitaciones de gasto público impuestas en 2012 aún persisten, y, aún así, la administración autonómica atendió las obligaciones inherentes a la contratación del personal necesario para la apertura pública del Museo de Málaga, con las garantías y acuerdos necesarios en lo que se refiere al ordenamiento previsto por la Función Pública andaluza.

El Museo de Málaga forma parte de la instituciones museísticas gestionadas por la Consejería de Cultura, y, en consecuencia, cumple con las medidas relativas a los horarios de apertura de los museos y conjuntos culturales gestionados por la Consejería Cultura y que han sido aprobados en la Subcomisión de la Vigilancia de la Consejería de Cultura del VI Convenio Colectivo del personal laboral de la Junta de Andalucía.

El 20 de octubre de 2014 se suscribió un Acuerdo para el calendario de apertura pública en los museos y conjuntos culturales, por parte de todas las centrales sindicales que integran dicha comisión: USTEA, CSIF, CCOO Y UGT. La vigencia del acuerdo es de 4 años por lo que tiene validez hasta octubre de 2018.

El horario de apertura de los museos acordado en dicho documento es el siguiente:

-Horarios de apertura pública en museos:

- Del 1 de enero al 15 de junio y del 16 de septiembre al 31 de diciembre:

- De martes a sábados, la jornada de apertura será de 9,00 horas a 19,30 horas.

-Domingos y festivos de 9,00 horas a 15,30 horas.

-Verano: de 16 de junio al 15 de septiembre:

-De martes a domingo y festivos incluidos: de 9,00 horas a 15,30 horas.

En noviembre de 2015, la Subcomisión de Vigilancia acordó por unanimidad de todas las centrales sindicales, la ampliación para 2016 del horario de apertura de los museos en una hora en el horario de invierno, manteniendo el horario del periodo estival previsto en el acuerdo de 2014. De esta manera pasaba a cerrar en el horario de invierno a las 20,30 horas, en lugar de la 19,30 horas. Ello fue posible gracias a la eliminación de la reducción del 10% de la jornada laboral temporal a partir de enero de 2016.

Un año más tarde, la Subcomisión de Vigilancia, en reunión mantenida el 21 de diciembre de 2016, adoptó mediante acuerdo mantener para 2017 el mismo horario que regía hasta esa fecha, si bien minorando en media hora, como consecuencia de la entrada en vigor del Decreto Ley 5/2016, de 11 de octubre, que restablece la jornada ordinaria de treinta y cinco horas semanales de promedio de cómputo anual.

De esta manera, el horario que rige para los museos, de conformidad con las centrales sindicales en 2017 es el siguiente:

-Horarios de apertura pública en museos:

- Del 1 de enero al 15 de junio y del 16 de septiembre al 31 de diciembre:

- De martes a sábados, la jornada de apertura será de 9,00 horas a 20,00 horas.

-Domingos y festivos de 9,00 horas a 15,00 horas.

-Verano: de 16 de junio al 15 de septiembre:

-De martes a domingo y festivos incluidos: de 9,00 horas a 15,00 horas.

Con carácter previo es preciso incidir que la reducción de los horarios de tarde en la época estival se produce en el año 2012, como consecuencia de las restricciones financieras, de déficit y de la imposibilidad de contratar nuevo personal excepto para sectores prioritarios derivadas de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera impulsada por el Gobierno de la Nación. Ello motivó a su vez que el Parlamento de Andalucía, se viese obligado a aprobar la Ley 3/2012, de 21 de septiembre. De Medidas Fiscales, Administrativas, laborales y en materia de Hacienda Pública para el reequilibrio económico-financiero de la Junta de Andalucía.

Recuérdese que la citada Ley Orgánica, a partir de su entrada en vigor en las CCAA, debían respetar no sólo un límite máximo de déficit sino también un crecimiento limitado de le gasto público y un objetivo de deuda. Todo ello acompañado de un detallado mecanismo sancionador en caso de incumplimiento.

Finalmente hay que señalar que una modificación de los horarios de los museos, debe ser acordada con las centrales sindicales presentes en la Subcomisión de Vigilancia de la Consejería de Cultura del VI Convenio Colectivo del personal laboral de la Junta de Andalucía."

Analizado el contenido de su información, hemos de ofrecerles a la luz de los datos las siguientes

CONSIDERACIONES

Primera.- Esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz ha venido desarrollando una amplia y dilatada labor de atención al eficaz sistema normativo de promoción y protección del patrimonio histórico artístico.

Así, en los sucesivos Informes Anuales al Parlamento, al igual que con motivo de la elaboración de los Informes Especiales, la Institución ha querido contribuir al mejor desempeño de las actuaciones de los poderes públicos para la protección y puesta en valor de nuestra riqueza monumental. Todo ello en consonancia con las funciones de protección y tutela de los derechos establecidos en los artículos 44 de la Constitución y 33 y 37.1º.18 del Estatuto de Autonomía en el ámbito de la cultura.

En el amplio escenario de intervenciones de este tipo que se producen a lo largo del territorio andaluz, ocupa un lugar preeminente las acciones que posibilitan el efectivo disfrute de nuestro patrimonio cultural gracias a promover su conocimiento y contemplación. Este objetivo es ciertamente esencial en el contexto de hacer partícipe a la ciudadanía de los valores que ofrecen nuestros bienes culturales y que permiten su disfrute, pero también el general reconocimiento de la sociedad de las manifestaciones culturales de su pasado. Una conciencia que revierte en un lógico orgullo y motivo añadido para su defensa y protección.

Entre los instrumentos singulares de la conservación, estudio y puesta en valor de la riqueza artística de Andalucía, contamos con la red de Museos y servicios análogos dependientes de la Junta de Andalucía. Por

ello la Ley 8/2007, de 5 de Octubre, de Museos y Colecciones Museográficas de Andalucía declara:

> «…la idea de superar el concepto de museo como simple depósito de materiales y centro de investigación reservado a una minoría y, por el contrario, su entendimiento como un núcleo de proyección cultural y social. Lo cierto es que durante estos años los museos han adquirido un papel protagonista en el desarrollo e impulso de la cultura, además de ser un innegable elemento de atracción turística. Así, el museo ha dejado de ser tenido en cuenta nada más que en función de su contenido y ha pasado a tener sentido en función de su papel sociocultural, como institución a la que los ciudadanos acceden siendo conscientes del disfrute de un patrimonio que les pertenece y demandan una mayor calidad en los servicios que presta el museo».

Por tanto, desde el punto de vita de la normativa de alcance cultural, la actividad museística se relaciona como «núcleo de proyección cultural y social» elementos esenciales de acopio y exhibición de la actividad creativa y reflejo de una cultura y una historia dignas de conocimiento y disfrute por parte de la ciudadanía andaluza y, desde luego, con una inequívoca vocación universal.

Segunda.- A partir de este marco, la Institución del Defensor del Pueblo Andaluz ha tenido conocimiento de la restricción de los horarios de visita del Museo de Málaga y que, según las mismas informaciones, estaría afectada por un régimen de apertura que no ha podido *"encontrar fórmulas para compatibilizar el convenio colectivo del personal con el horario habitual de apertura"*. Tal es así que la entidad de La Aduana de la capital malagueña, que ha adquirido una referencia propia en la oferta cultural de Andalucía, es accesible durante el verano en horario único de mañana de 9,00 horas a 15,00 horas de martes a domingo.

Pero es que, según se explicaba, se trata de un criterio aplicable al conjunto de empleados adscritos la sistema de museos de la Junta de Andalucía, y no sólo de Málaga. Por ello, este ejemplo resulta absolutamente predicable del conjunto de la oferta museística de Andalucía en la época de mayor afluencia de visitantes de nuestra Comunidad Autónoma.

Según la información ofrecida, la fijación de la jornada y horario deviene del VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Junta de Andalucía, aplicado en la Subcomisión de Cultura según sucesivos acuerdos de 20 de Octubre de 2014, Noviembre de 2015 y Diciembre de 2016.

Obviamente, el marco convencional implica el escenario de negociación y acuerdos que debe aplicarse a los recursos culturales como son los museos para la fijación de los horarios de su personal sin que desde esta Institución se contradiga su legitimidad. Es el resultado final de dichos horarios y jornadas lo que sometemos a la consideración de la Administración Cultural para que sean abordados en las negociaciones hasta obtener el resultado que, creemos, resulte más acorde con las necesidades del servicio que se presta por estos recursos culturales museísticos.

Nada más lejos de la motivación de esta Institución parecer simplista o desatenta a las dificultades que implica alcanzar este resultado que permita un horario amplio y versátil para los museos; máxime ante reducciones de jornada y severas limitaciones de personal, como las que se describen en el informe de la Consejería.

Pero hemos de insistir en la necesidad de disponer de un régimen de apertura al público coherente con la entidad del servicio que se presta y con la obligación de otorgar a la oferta museística la presencia y desarrollo de toda la potencialidad para el que se ha creado.

Tercera.- Sin perjuicio de las informaciones que se reciben en orden a los condicionantes del convenio colectivo aplicable para el personal adscrito a estos museos, el resultado no parece coherente con otros

mensajes de fomento y atracción promovido desde los poderes públicos. Nos referimos a la afectación de este sistema de apertura y exhibición de los museos frente a sus potenciales interesados en su contemplación y disfrute, entre los que destacan los visitantes que viajan a estos destinos atraídos por unos elementos variados que dan forma a una determinada oferta turística.

Resulta evidente la apuesta de promoción y potenciación de Andalucía como destino cultural y donde los centros museísticos constituyen una herramienta imprescindible. La fundamentación legal de estos recursos culturales, que hemos citado más arriba, profundiza en estos espacios como perfectos focos de atracción para visitantes que ratifican el interés de su presencia en nuestra tierra para valorar y reconocer una trayectoria histórica de cultura. Pero a ellos, también se suman otros turistas que superan durante su estancia los objetivos típicos —y tópicos— hasta descubrir esos valores culturales que refuerzan la validez y la potencialidad de un destino que puede darles más, mucho más, que esa versión constreñida que reduce Andalucía como destino de toalla y sangría.

Así, se ha acuñado una noción de turismo cultural que pretende aunar los rasgos de la actividad ordinaria de visitante ocasional con una motivación enriquecida por otros intereses que, a su vez, amplifican las ofertas que se brindan en un concreto destino añadiendo una versatilidad en sus focos o motivos de visita y presencia.

Precisamente, la Ley 3/2011, de 23 de Diciembre, de Turismo de Andalucía (BOJA 255 de 31 de Diciembre) ofrece el marco normativo de esta argumentación. Así:

> «Artículo 1. Objeto y finalidad de la Ley.
>
> 1. El objeto de la presente Ley es la ordenación, la planificación y la promoción del turismo sostenible.
>
> 2. En el marco del Estatuto de Autonomía la presente Ley tiene como finalidad:
>
> a) El impulso del turismo sostenible como sector estratégico de la economía andaluza, generador de empleo y desarrollo económico.
>
> b) La promoción de Andalucía como destino turístico, atendiendo a la realidad cultural, medioambiental, económica y social, favoreciendo la desestacionalización y garantizando el tratamiento unitario de su marca turística».

Igualmente a la hora de señalar las acciones de planificación que la Ley persigue, se establece:

> «Artículo 10. Acciones de ordenación y fomento.
>
> La consecución de los objetivos generales de la Ley se llevará a cabo mediante el apoyo y el impulso de las acciones siguientes:
>
> … e) La preservación y, en su caso, mejora del atractivo de los espacios culturales o naturales objeto de frecuente visita turística, facilitando su transitabilidad y la comprensión de los valores que los caracterizan y manteniendo su especificidad y su integridad ambiental…

Sin duda, esta línea de trabajo implica, para una industria turística como la española, toda un visión estratégica de enorme calado y que requiere, junto a una planificación compleja, un compromiso de muy largo recorrido entre todos los sectores implicados. Del mismo modo, territorialmente los destinos o áreas de recepción de estos flujos de visitantes se han ido adaptando para mejorar y actualizar sus ofertas dentro de estas líneas generales que el sector turístico demanda. Y entre estos proyectos que se han esforzado por reinterpretar sus potencialidades de atracción y actividad turísticas, destaca la ciudad de Málaga.

La citada Ley del Turismo relata, entre sus objetivos, toda esta apuesta cuyos resultados se pueden contemplar entre las dotaciones museísticas creadas en Málaga con todo su sentido y estrategia. Dice el citado artículo 10 entre los objetivos de la actividad promocional:

> «i) La rehabilitación de espacios y edificios de interés patrimonial, sin menoscabo de las competencias atribuidas a la Consejería competente en materia de patrimonio histórico, con destino al desarrollo de actividades turísticas o a la prestación de servicios turísticos».

Ciertamente, la capital mediterránea ha sido escenario de un trabajo ímprobo para su posicionamiento entre los destinos culturales preferentes. Pocos ejemplos pueden parecer más claros a la hora de orientar un modelo consolidado de oferta turística con otros contenidos que han elegido la cultura, en sus más variadas formas, como motor de atracción y prestigio.

La expresión de desconcierto, y hasta enfado, de la persona que formula la queja podría ser predicable a otras muchas personas que acuden a nuestra tierra atraídas por una potente oferta apoyada en el potencial artístico e histórico de Andalucía y reciben esta incoherente limitación en los accesos.

Tras este relato de trabajo, compromiso y esfuerzo desplegado en Málaga —y en otros destinos andaluces— confirmar la restricción de los horarios de tarde en museos, coincidiendo con la época estival, es toparse con un despropósito. Limitar el disfrute de estas auténticas joyas de atracción cultural tras el esfuerzo por crearlas define, cuando menos, la incongruencia. Cuando se restringe la disponibilidad de acceso de visitantes de esta manera tan rotunda, y precisamente afectando a la época del año en la que la ciudad despliega toda su capacidad de atracción y presencia, desaparece toda la inteligencia desplegada durante décadas para construir el turismo que soñábamos.

Cuarta.- Buena parte de la argumentación de las políticas de turismo, que se desprende de la normativa comentada, hace alusión a una interdependencia que el sector turístico presenta sobre otros sectores y valores. Así se habla de la implicación en la ordenación del territorio, la sostenibilidad, sus efectos en el medio ambiente, en las comunicaciones, yacimientos de empleo, cualificación de profesionales, etc.

Y también se habla de los retos de una actividad económica, como es la del turismo, globalizada y con una feroz competencia. Retomando el caso que analizamos, hemos querido indagar, sin mayor alcance, algunos otros ejemplos de horarios y regímenes de aperturas de varios museos, obtenidos de sus respectivas informaciones en internet.

Así el Centro Reina Sofía de Madrid, en su sede principal del edificio Sabatini y edificio Nouvel publica sus horarios:

Lunes 10:00 - 21:00 h

Martes Cerrado

*Miércoles-sábado 10:00 - 21:00 h**

Domingo Consultar horarios de apertura

Festivos Consultar los días de cierre

Hemos consultado otro centro de ubicación provincial y de alcance más limitado como el Museo de Arte Contemporáneo de Cuenca, que establece:

De martes a viernes y festivos: 11:00 – 14:00 h. y 16:00 – 18:00 h.

Sábados: 11:00 – 14:00 h. y 16:00 – 20:00 h.

Domingos: 11:00 – 14:30 h.

Lunes: cerrado

Cierra: 1 de enero; Jueves Santo (tarde); Viernes Santo; 18, 19, 20 y 21 de septiembre; 24, 25 y 31 de diciembre

Por su parte el Museo de Valladolid fija el siguiente régimen de visitas para su público:

Horario de apertura:

Invierno (de Octubre a Junio)

- *de Martes a Sábado: de 10 a 14 y de 16 a 19 horas*
- *Domingo: de 10 a 14 horas*

Verano (de Julio a Septiembre)

- *de Martes a Sábado: de 10 a 14 y de 17 a 20 horas*
- *Domingo: de 10 a 14 horas*

Cerrado los Lunes y los días 1 y 6 de Enero, 13 de Mayo, 8 de Septiembre, 24, 25 y 31 de Diciembre. Consultar festivos restantes.

El Museo de arte clásico en Mérida tiene establecido sus horarios como:

Invierno (1 de octubre al 31 de marzo): *De 09:30 a 18:30 h (de martes a sábado)*

Verano (del 1 de abril al 30 de septiembre) *De 09:30 a 20:00 h (de martes a sábado)*

Domingos y festivos *De 10:00 a 15:00 h (todo el año)*

Cerrado: *Todos los lunes del año, 1 de enero, 1 de mayo, 24, 25 y 31 de diciembre, 2 festivos locales (1 de septiembre y 10 de diciembre)*

Parece desprenderse que las jornadas de tarde se ofrecen en las aperturas durante todo el año y el criterio estival no condiciona ni limita esa posibilidad de acceso del público. Desde luego estos breves apuntes no pretenden ofrecer una analítica comparativa del sistema museístico de ámbito nacional. Tan sólo se ha procurado indagar en diversos destinos y en museos variados por su localización y contenidos para comprobar que el criterio de limitación de los horarios de tarde no se aplica.

Podría objetarse que algunos de estos ejemplos son museos o centros señeros por su trascendencia (Reina Sofía de Madrid) o muy especializados (Museo de Mérida), pero creemos que también pueden ser referentes a los que se aspira a emular procurando en la oferta museística andaluza lograr la mayor equiparación en todo aquello que refuerce el valor y prestigio de nuestras propias organizaciones expositivas.

Pero es que esta comparación se hace más destacada si atendemos a otros recursos culturales en la propia ciudad de Málaga. Y así, la Colección del Museo Ruso de Málaga establece un horario de martes a domingo: de 9:30 a 20:00. 24 y 31 de diciembre: de 9:30 a 15:00. Y el propio Centro Pompidou de Málaga fija su apertura Lunes, Miércoles, Jueves, Viernes, Sábado y Domingo 9:30 - 20:00h (incluyendo festivos). Cerrado todos los martes, 1 de enero y 25 de diciembre.

Añadimos un último argumento a la hora de atender a la organización y horarios de los recursos culturales, como es el caso de la bibliotecas. Desde 2011 se acordó el cierre de estos servicios en jornadas de tarde desde 16 de Junio a 15 de Septiembre, lo que ha generado repetidas quejas de usuarios y

entidades que finalmente han merecido una información ofrecida desde la Administración Cultural indicando que se confía que sea el verano de 2017 el último en el que se aplica esta restricción del horario de tarde durante el verano. Hoy, tras no pocas gestiones correctivas, se ultiman los preparativos para superar esta anomalía del servicio. Esperemos que los Museos merezcan un trato que recupere la utilidad de un horario adecuado a su función.

Quinta.- En suma, la restricción de horario de tarde de los museos dependientes de la gestión autonómica parece comportarse como una peculiar seña de los centros andaluces que no se compadece ni con las prácticas comparadas de los horarios del sector, ni con la funcionalidad que se exige a estos recursos en cuanto a su esencial aportación a la actividad cultural y turística.

Estos recursos creados para la conservación y estudio de la riqueza artística y cultural son, ante todo, instrumentos de exhibición, atracciones para la contemplación y puesta en valor de sus contenidos. Constituyen un atractivo que tienen en su propia esencia la vocación de presencia y alarde ante un público incitado para despertar su interés y provocar su visita.

El cierre de estos espacios durante las tardes en la época del año con mayor potencialidad de visitantes es una inadecuada medida que contradice el sentido y alcance del sistema museístico andaluz. Creemos que la superación de esta situación debe ser un objetivo prioritario para los responsables y gestores culturales de la Junta de Andalucía.

A la vista de las anteriores Consideraciones, esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz ha acordado dirigir a la **Consejería de Cultura** las siguientes

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO de la normativa citada a lo largo de la presente resolución.

SUGERENCIA, a fin de procurar la apertura de los recursos museísticos en jornadas de tarde sin restricciones en periodos estivales.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Pedimos que la identificación del instituto se haga de acuerdo a la normativa de la Memoria Histórica y Democrática

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 17/2318 dirigida a Consejería de Educación

- 28 Diciembre 2017

Esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz tramita la queja identificada con el número señalado en el encabezamiento. Las diferentes actuaciones en el curso de este expediente nos han permitido analizar la situación planteada en la queja y, tras diversos trámites, que a continuación se detallan, hemos considerado procedente emitir un pronunciamiento formal como Resolución, según establece el artículo 29.1 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, reguladora del Defensor del Pueblo Andaluz.

ANTECEDENTES

I.- Con fecha 20 de Abril de 2017 en nombre del "Foro por la Memoria del Campo de Gibraltar" se presenta escrito de queja discrepando de la identificación de un centro educativo en base a identidades y sujetos que contraviene la normativa de memoria democrática. Se trata del Instituto de Educación Secundaria (IES) "Menéndez Tolosa", de la Línea de la Concepción (Cádiz) en referencia a Camilo Menéndez Tolosa, Ministro del Ejército y Capitán General.

II.- Esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz entendió oportuno admitir a trámite la queja orientada a conocer con mayor detalle las circunstancias acaecidas, así como las medidas adoptadas en relación con el cambio de denominación de dicho Instituto de Educación Secundaria (IES) de la Línea de la Concepción (Cádiz). La respuesta ofrecida por la Consejería de Educación se basó en los argumentos empleados mediante resolución de 24 de Julio de 2017:

> *"En virtud de lo previsto en el Decreto 207/2015, de 14 de julio, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Educación, es la Dirección General de Planificación y Centros, bajo la dirección, coordinación y control de la Viceconsejería, como encargada de la planificación de los centros docentes (art. 7.2.a) y de la propuesta de clasificación, creación, autorización, cese, modificación o transformación de los centros docentes y el mantenimiento del registro de los mismos (art. 7.2.g), la encargada de proponer el cambio (a instancias del Consejo Escolar del centro de que se trate), y la persona titular del a Consejería la que debe aprobarlo mediante Orden.*
>
> *Teniendo en cuenta que se ha cumplido el procedimiento establecido en la norma para la propuesta de cambio de denominación específica del centro educativo, y que en dicho procedimiento no está prevista fase de alegaciones alguna, habría que concluir que no procede el escrito del "Foro por la Memoria del Campo de Gibraltar", ni la pretensión del recurrente, o al menos, que las*

manifestaciones vertidas en dicho escrito no tienen por qué ser tenidas en cuenta necesariamente a la hora de aprobar el cambio.

Por otro lado, en cuanto a la cuestión de fondo planteada, estas dependencias administrativas no tienen elementos de juicio suficientes para entrar a valorar si la nueva denominación prevista, "Tolosa", pudiera resultar contraria a lo previsto en el art. 15 de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, de la Memoria Histórica.".

Teniendo en cuenta los antecedentes descritos, se estima oportuno realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

Primera.- El motivo central de la queja presentada es la discrepancia expresada por una entidad implicada en la defensa de los valores de la memoria histórica, el denominado "Foro por la Memoria democrática del Campo de Gibraltar", ante la denominación de un Instituto de Enseñanza Secundaria (IES) en La Línea de la Concepción, aludiendo a una figura identificada con la dictadura.

Dicha denominación contravendría la Ley 52/2007, de 26 de Diciembre, de Memoria Histórica, así como la Ley 2/2017, de 28 de marzo, de Memoria Histórica y Democrática de Andalucía. (BOJA número 63 de 03/04/2017) y sus disposiciones de desarrollo.

En concreto, la ley estatal señala:

«Artículo 15. Símbolos y monumentos públicos.

1. Las Administraciones públicas, en el ejercicio de sus competencias, tomarán las medidas oportunas para la retirada de escudos, insignias, placas y otros objetos o menciones conmemorativas de exaltación, personal o colectiva, de la sublevación militar, de la Guerra Civil y de la represión de la Dictadura. Entre estas medidas podrá incluirse la retirada de subvenciones o ayudas públicas.

2. Lo previsto en el apartado anterior no será de aplicación cuando las menciones sean de estricto recuerdo privado, sin exaltación de los enfrentados, o cuando concurran razones artísticas, arquitectónicas o artístico-religiosas protegidas por la ley.

3. El Gobierno colaborará con las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales en la elaboración de un catálogo de vestigios relativos a la Guerra Civil y la Dictadura a los efectos previstos en el apartado anterior.

4. Las Administraciones públicas podrán retirar subvenciones o ayudas a los propietarios privados que no actúen del modo previsto en el apartado 1 de este artículo».

Por su parte, la norma legal andaluza especifica:

«Artículo 32. Elementos contrarios a la Memoria Histórica y Democrática.

1. La exhibición pública de escudos, insignias, placas y otros objetos o menciones, como el callejero, inscripciones y otros elementos adosados a edificios públicos o situados en la vía pública, realizados en conmemoración, exaltación o enaltecimiento individual o colectivo del golpe militar de 1936 y del franquismo, de sus dirigentes o de las organizaciones que sustentaron al régimen dictatorial, se considera contraria a la Memoria Democrática de Andalucía y a la dignidad de las víctimas.

2. Las administraciones públicas de Andalucía, en el ejercicio de sus competencias y de conformidad con lo establecido en el apartado primero, adoptarán las medidas necesarias para proceder a la retirada o eliminación de los elementos contrarios a la Memoria Democrática de Andalucía, sin perjuicio de las actuaciones que las víctimas, sus familiares o las entidades memorialistas puedan llevar a cabo en defensa

de su derecho al honor y la dignidad (...)

5. Cuando los elementos contrarios a la Memoria Democrática estén colocados en edificios de carácter público, las instituciones o personas jurídicas titulares de los mismos serán responsables de su retirada o eliminación.

6. Para la determinación de los elementos contrarios a la Memoria Democrática que no hayan sido retirados o eliminados voluntariamente, mediante Orden de la persona titular de la Consejería competente en materia de memoria democrática, se constituirá un comité técnico que elaborará una relación de los elementos que deben ser retirados o eliminados. La composición y las reglas de funcionamiento de este comité técnico, que estará adscrito a la Dirección General competente por razón de la materia, serán establecidas asimismo por Orden, con sujeción a lo dispuesto en la sección 1.ª del capítulo II del título IV de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía. La Dirección General competente notificará a las personas titulares de los elementos incluidos en esa relación el incumplimiento de su obligación de eliminarlos o retirarlos».

A la vista de tales preceptos, no parece que permanezcan dudas respecto de la inidoneidad del uso de la denominación del IES afectado y, por tanto, quedando llamada a su adecuación.

Segunda.- Ante la petición dirigida por el interesado, quien comparece a su vez en nombre del "Foro por la Memoria del Campo de Gibraltar", la argumentación que merece en la resolución de la Consejería está basada en dos argumentos que podríamos intentar resumir.

De un lado, de carácter procedimental, se indica que el proceso de denominación del IES ha seguido los pasos establecidos de realizar una proposición del Consejo Escolar y su elevación a la autoridad educativa para la aprobación, en su caso, por el titular de la Consejería competente del nuevo nombre del IES. También se explica que no está previsto las manifestaciones de terceros actores que pudieran alegar distintas cuestiones al respecto, como es el caso del denominado "Foro por la Memoria del Campo de Gibraltar", cuyas opiniones *"no tienen por qué ser tenidas en cuenta necesariamente a la hora de aprobar el cambio".*

Y, en cuanto al núcleo de la cuestión debatida, contenida en el *petitum* del recurso resuelto, se alude a que *"estas dependencias administrativas no tienen elementos de juicio suficientes para entrar a valorar si la nueva denominación propuesta "Tolosa" pudiera resultar contraria a lo previsto en el artículo 15 de la Ley 52/2007, de 26 de Diciembre de Memoria Histórica".*

En suma, aunando las anteriores argumentaciones, se desestima por la Consejería de Educación el recurso interpuesto.

Tercera.- Ciertamente, la respuesta que ofrece la entidad educativa merece una opinión discrepante. Siguiendo el correlato que resumimos antes, podemos indicar que

a) En relación con la aportación al debate de las posiciones del "Foro por la Memoria del Campo de Gibraltar", compartimos la apreciación de no estar esa Administración supeditada a los criterios o alegaciones de terceros en este proceso de estudio, propuesta y evaluación del nombre de los centros educativos, como señala el texto de la resolución. Probablemente, en el proceso de elaboración del cambio de nombre, el papel de estas entidades ciudadanas encajaría mejor en el curso de los contactos o apreciaciones que se generan en el seno del Consejo Escolar entre sus miembros y contando con sus conocimientos, criterios o intereses representados.

Lo cual no se contradice con la aprovechable aportación de elementos que, desde su función participativa, o de un concreto conocimiento, realiza ese Foro como una contribución específica al caso y que puede incorporar datos o referencias que, sin duda, enriquecen ese ejercicio racional para discernir los mejores criterios para la selección del nombre idóneo con el que identificar al IES.

Pero incluso, en el ámbito de la normativa que procura estas participaciones, se ha partido de un especial reconocimiento al indicar la norma estatal «El legislador considera de justicia hacer un doble reconocimiento singularizado. En primer lugar, a los voluntarios integrantes de las Brigadas internacionales, a los que se les permitirá acceder a la nacionalidad española sin necesidad de que renuncien a la que ostenten hasta este momento (art. 18); y, también, a las asociaciones ciudadanas que se hayan significado en la defensa de la dignidad de las víctimas de la violencia política a que se refiere esta Ley (art. 19)».

E insistiendo en esta línea, la Exposición de motivos de la Ley andaluza establece también «El título IV reconoce la relevancia del movimiento asociativo y fundacional en la preservación de la Memoria Democrática y en la defensa de los derechos de las víctimas, y establece que la Administración de la Junta de Andalucía adoptará medidas de fomento en su favor. Además, prevé el Registro de las Entidades de Memoria Democrática de Andalucía y crea el Consejo de la Memoria Histórica y Democrática de Andalucía como órgano colegiado consultivo y de participación del movimiento memorialista que opera en Andalucía».

Por tanto, la normativa en materia de Memoria Democrática resulta especialmente acogedora de todo el movimiento asociativo y de participación ciudadana, reconociéndole un papel impulsor en todos los procesos de recuperación de la memoria y reparación de las víctimas.

b) El objetivo nuclear de la normativa aplicable al caso es evitar el uso de denominaciones, símbolos o manifestaciones externas realizadas en su día en claro apoyo, reconocimiento o mérito del bando vencedor de la contienda civil.

En el marco de tales mandatos legales, la actuación emprendida por la Administración educativa parte de una situación evidente, cual es la presencia de un IES denominado "Camilo Menéndez Tolosa", que contradice los principios y objetivos que se han descrito en la normativa aplicable.

Resulta evidente que la denominación del IES otorgada en su día pretendía ofrecer público reconocimiento a la persona del militar aludido. Y así la corrección de la denominación del IES *"Camilo Menéndez Tolosa"* por el de *"Tolosa"* se presenta, evidentemente, como la respuesta de la administración educativa para superar ese inicial efecto, aunque no deja de quedarse en una alteración formal del nombre de una concreta persona, eliminando el primer apellido y permaneciendo el de "*Tolosa*".

No parece que se haya abordado la cuestión del cambio de denominación en base a ideas creativas o de mayor espectro. Ha bastado eliminar ese apellido inicial (*"Menéndez"*) y permanecer el segundo ("*Tolosa* ") con una denominación más singular que precisamente conserva los términos más especiales que ayudan a la identificación del centro ("*el Tolosa*") y, por ello, deja inmutable la referencia a la identidad que se pretende superar. Descartamos que la intención sea realizar referencia alguna a esa ciudad guipuzcoana o despertar alguna sobrevenida acción de evocación a dicha localidad, cuyas razones permanecerían ignotas.

Desde luego, el gesto manifiesto e intencionado de superar el uso de una concreta figura militar para nombrar al IES no se consigue con tan timorato abordaje. Es decir; si se trata de atender los principios y objetivos establecidos por una norma de rango legal como es la Ley de Memoria Histórica, el resultado final no se aproxima a un elemental aprobado. La referencia identificativa del centro educativo en torno al militar aludido sigue perfectamente presente y el objetivo, a la hora de superar dicho referente en su denominación oficial, permanece fallido.

Ante este relato, la argumentación expresada en la resolución no responde a la cuestión analizada. Antes al contrario; proclama una actitud inhibitoria señalando que *"estas dependencias administrativas no tienen elementos de juicio suficientes para entrar a valorar si la nueva denominación propuesta "Tolosa" pudiera resultar contraria a lo previsto en el artículo 15 de la Ley 52/2007, de 26 de Diciembre de Memoria Histórica".*

La lectura de esta idea reconoce la falta de criterio sobre la cuestión debatida para dictar a continuación una resolución de la autoridad educativa. Tal carencia —tan expresamente manifestada— nos induce a considerar que, si esa autoridad adolece de "*elementos de juicio suficientes",* no debe concluir en la ratificación de tal carestía de criterios, sino en procurar adquirirlos en el curso de las actuaciones que el propio procedimiento administrativo común le otorga.

Partiendo de esa valoración expresada de ausencia de criterios, el impulso de los trámites deberían llevar a la solicitud de los informes necesarios, preceptivos o no, para poder completar los fundamentos y conocimientos oportunos para resolver con rigor el caso. Así se desprende los artículos 79 y 80 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común.

Y, a tales efectos, baste señalar la existencia, en el seno del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, de una Consejería de Presidencia, Administración Local y Memoria Democrática en la que poder completar esos *"elementos de juicio necesarios"*. Concretamente a la Dirección General de Memoria Democrática le corresponden las atribuciones previstas en el artículo 30 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, y las funciones de planificación, dirección, coordinación, control técnico y propuesta de actuación en materia de Memoria Histórica y Democrática.

De igual modo, a la hora de procurar adquirir un repositorio de criterios, y sin ánimo de ser exhaustivos, la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía alteró la denominación del Centro de Salud de Algeciras " *Camilo Menéndez Tolosa*" por el de "*Algeciras-Centro*", en aplicación de la normativa de Memoria Histórica. Pero es que, en idéntica situación a la que nos encontramos, con fecha 6 de Octubre 2017, el pleno del ayuntamiento de Burgos retiró la Medalla de Oro de la ciudad precisamente a Camilo Menéndez Tolosa, junto a otras personas relacionadas con la dictadura.

Parecen supuestos suficientemente claros y aplicables al caso como para servir de precedentes sólidos que habilitan a la Consejería para una intervención más decidida en la supresión del nombre "*Tolosa*" del IES linenese.

Cuarta.- En resumen, y más allá de la aplicación práctica de este posicionamiento en el seno del procedimiento administrativo que se sustancia con la resolución dictada, consideramos que no se ha alcanzado un resultado acorde con la idoneidad del nombre que se otorga la IES de La Línea de la Concepción, en relación con los preceptos reguladores de la Memoria Histórica y Democrática de Andalucía.

Por todo lo anterior, y de conformidad con lo establecido en el artículo 29, apartado 1, de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, se formula a la **Consejería de Educación** la siguiente

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO del deber de cumplir los preceptos de legalidad constitucional y ordinaria que hemos referido en la parte expositiva.

RECOMENDACIÓN, a fin de que se promueva una identificación del IES de La Línea de la Concepción acorde con la normativa reguladora de la Memoria Histórica y Democrática.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Preguntamos por la suspensión de una carrera de la mujer contra el cáncer de mama en Sevilla

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/5334 dirigida a Ayuntamiento de Sevilla

- 23 Noviembre 2017

La Institución del Defensor del Pueblo Andaluz ha tenido conocimiento, por distintos medios de comunicación (prensa escrita, redes sociales, noticias de televisión de ámbito nacional) de la suspensión el pasado domingo día 8 de Octubre de la prueba denominada "*Carrera de la Mujer*" de Sevilla.

Desde esta Institución abogamos por la condición, entre otros, del factor corrector de desequilibrios sociales y fomento de la solidaridad que supone el deporte, así el Preámbulo de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, señala que «constituye como un elemento fundamental del sistema educativo y su práctica es importante en el mantenimiento de la salud y, por tanto, es un factor corrector de desequilibrios sociales que contribuye al desarrollo de la igualdad entre los ciudadanos, crea hábitos favorecedores de la inserción social y, asimismo, su práctica en equipo fomenta la solidaridad. Todo esto conforma el deporte como elemento determinante de la calidad de vida y la utilización activa y participativa del tiempo de ocio en la sociedad contemporánea».

La recientemente aprobada Ley 5/2016, de 19 de julio, del Deporte Andaluz, incide en dicho aspecto «postulando al deporte como un derecho de la ciudadanía, mediante el reconocimiento de la existencia de la práctica deportiva en toda su magnitud, que incluye desde el deporte de competición al deporte de ocio», «teniendo la consideración de actividad de interés general que cumple funciones sociales, culturales, educativas, económicas y de salud», «inspirada en el principio de igualdad efectiva y en la plena integración de las personas con discapacidad, personas mayores y los grupos de atención especial … reconociendo del derecho al deporte con carácter universal e imponiendo a todas las administraciones públicas el deber de garantizar el acceso de la ciudadanía a la practica del deporte en igualdad de condiciones y de oportunidades».

Por lo tanto, partimos de la premisa de apoyar toda iniciativa deportiva que redunde en beneficio de la sociedad en general, y más aún, cuando en un evento como el que nos ocupa, no solo se dan cita deportistas de todas las edades, condiciones y niveles, sino que se congrega un gran número de personas que están o han estado enfermas de cáncer de mama, así como sus familias; y que su única finalidad es aportar, en la medida de sus posibilidades, su contribución al avance en el estudio de esta enfermedad y sus respuestas contra la misma.

Los objetivos perseguidos por los colectivos promotores de esta iniciativa ciudadana merecen el reconocimiento y apoyo de toda la sociedad, así como de los poderes públicos.

El pasado jueves 5 de Octubre, previo a la carrera, fue presentada oficialmente en el Ayuntamiento de Sevilla, con la presencia de cuatro deportistas sevillanas que iban a participar en la prueba: Almudena

Rodríguez, María Pujol, Carmen Valle Atienza y Carmen Gutiérrez. Acudieron autoridades del Ayuntamiento de Sevilla, así como de la dirección del circuito nacional de la Carrera de la Mujer, entidades de apoyo y la Junta Provincial de Sevilla de la Asociación Española Contra el Cáncer.

La organización, por su parte, destacó el fuerte apoyo recibido por parte del Ayuntamiento de Sevilla, su compromiso con el deporte femenino y el impulso para que la carrera volviera a celebrarse en el mítico escenario donde se ha desarrollado durante las diez primeras ediciones, entorno a la Plaza de España y el Parque de María Luisa de la ciudad de Sevilla.

Esta convocatoria, ampliamente publicitada y aplaudida, supo despertar la adhesión de numerosas participantes y el apoyo de variados colectivos implicados en la lucha contra el cáncer y el apoyo a las personas afectadas.

Cuando todo se disponía a servir de una movilización para fundir la solidaridad y el deporte, la convocatoria se ve súbitamente truncada con la cancelación de su celebración. La repentina decisión que implicaba la suspensión del evento suscitó de inmediato una confrontación de versiones y motivos entre los responsables municipales y la entidad organizadora.

Por parte del Ayuntamiento de Sevilla se publicó el siguiente comunicado oficial:

"El gobierno aclara que la suspensión de la Carrera de la Mujer es responsabilidad exclusiva de la empresa privada que la organiza.

La celebración de la Carrera de la Mujer en Sevilla ha sido suspendida por una decisión exclusiva de la empresa privada que organiza el evento que es la única responsable de que se cumplan las adecuadas medidas de seguridad y movilidad, así como que se garantice la adecuación a la normativa de ocupación del espacio público.

Durante los últimos días se han sucedido los avisos dado que la empresa privada promotora del evento no había cumplido con los requisitos exigidos en materia de seguridad, movilidad y ocupación del espacio público dependiente de la Gerencia de Urbanismo, fundamentales para la autorización por parte de la Delegación de Seguridad, Movilidad y Fiestas Mayores.

No obstante, durante los últimos días se ha venido trabajando de forma intensa con el único objetivo de no causar molestias y dar respuesta a las miles de personas que habían confiado en esta empresa privada y habían adquirido los dorsales para el evento, sobre todo dada la importancia que tienen para la ciudad los eventos deportivos en la vía pública.

Por este motivo, se ha trabajado hasta el último momento y el dispositivo del Ayuntamiento estaba preparado para la celebración de la Carrera desde todas las áreas municipales, y así se le comunicó a la organización.

En la inspección realizada en la mañana de hoy y tal y como se les había advertido se les comunicó que el dispositivo estaba preparado para la realización de la carrera pero que se mantenían incumplimientos administrativos en cuanto a la documentación y las autorizaciones necesarias para la celebración de un evento de estas características. Ante ese aviso, y de forma imprevista, la organización anunció la suspensión del evento al negarse a asumir cualquier tipo de responsabilidad administrativa que pudiera derivar".

Por su parte, la empresa organizadora -Motor Press Ibérica-, comunicó lo siguiente:

"El Ayuntamiento de Sevilla ha impedido dar la salida de la Carrera de la Mujer 2017, con 14.000 participantes ya preparadas para celebrar uno de los mayores festivales del deporte femenino en Europa

Antes que nada queremos pedir disculpas a las 14.000 mujeres que hoy iban a formar una marea rosa

maravillosa en las calles de Sevilla. Somos muy conscientes de la ilusión con la que afrontáis cada año la prueba, lo dentro que lleváis la Carrera de la Mujer, y la desilusión que os ha supuesto que hoy no os hayan dejado correr.

El año pasado la prueba ya sufrió un cambio de recorrido comunicado apenas 72 horas antes de su celebración. Este año el Ayuntamiento de Sevilla propuso a la organización llevar el evento a la Isla de La Cartuja en un circuito que por las dimensiones de las calles hacía imposible albergar con un mínimo de seguridad a las 14.000 participantes, que igualmente hubieran tenido graves problemas para trasladarse a la salida ante la escasez de transporte público en domingo.

Finalmente por parte del Ayuntamiento, se decidió retornar la Carrera de la Mujer al lugar donde se celebró desde su primera edición pero sólo este mismo lunes fue comunicada a la organización tal decisión, dándose a esta sólo 48 horas para poder entregar toda la documentación requerida que incluía un plan de autoprotección que nunca había sido solicitado para este evento. Fue preparada y entregada en tiempo récord en el Ayuntamiento, que este mismo jueves estuvo presente en la presentación en la que en ningún momento se refirió a problemas en la organización.

Queremos dejar muy claro que desde el viernes por la tarde está en poder del Ayuntamiento absolutamente toda la documentación correcta para la celebración del evento. La organización, a pesar del perjuicio económico generado, ha decidido devolver íntegramente el importe de las inscripciones a todas las mujeres. Toda la información para esta devolución será publicada en la web oficial de la prueba.

Motorpress Ibérica se reserva el derecho de emprender todas las acciones jurídicas y legales que estén en su mano para proteger sus derechos y su imagen. Tras 14 años celebrando esta prueba en España queremos transmitir nuestro más profundo pesar por los inconvenientes causados a todas las participantes y esperamos que la fuerza de la marea rosa sea lo suficientemente fuerte para superar este difícil momento para el evento deportivo y solidario más importante de Europa".

Sin perjuicio de profundizar más adelante en los detalles del caso, ambas versiones aluden a un intercambio de proyectos desde la entidad promotora y de correcciones que se requieren desde el Ayuntamiento. Se desprende, finalmente, que la definición del proyecto de carrera y las medidas adoptadas no obtuvieron la conformidad municipal para la realización del evento.

En este sentido, se entiende oportuno que esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz tome mayor conocimiento de la situación, y en virtud de lo dispuesto en el art. 10.1 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, reguladora de esta Institución, se propone iniciar una actuación de oficio para que por parte del Ayuntamiento de Sevilla se informe al respecto y, en concreto, sobre los siguientes extremos:

- Normativa aplicada a la tramitación y estudio de la solicitud para la organización del evento. Protocolos o procedimientos especiales diseñados por el Ayuntamiento para la formalización y tramitación de estos eventos o actividades en la vía pública.
- Fecha de la solicitud formal para la celebración del evento y descripción de los aspectos sustanciales del proyecto de carrera en materia de seguridad, movilidad, ocupación del espacio público, etc.
- Requerimientos municipales efectuados para su corrección o adecuación por la empresa organizadora en cada una de estas materias.
- Resultado de la aplicación por la entidad promotora de las subsanaciones requeridas.
- Título de licencia o autorización municipal, en su caso, para la celebración de la prueba y fecha de su expedición.
- Revocación o resolución contraria, en su caso, de la celebración de la prueba y notificación a la entidad promotora.
- Identidad del sujeto, entidad o autoridad que suspende la prueba.
- Consecuencias que podrían derivar de dichas irregularidades o incumplimientos de haberse celebrado la prueba.

¿Pueden participar en la Maraton de Sevilla los menores discapacitados en sillas de ruedas?. Actuamos de oficio para conocerlo

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/0142 dirigida a Ayuntamiento de Sevilla

- 28 Septiembre 2017

RESUMEN DEL RESULTADO (CIERRE DE QUEJA DE OFICIO)

La queja de oficio se tramitó para estudiar la participación de menores de edad en la prueba de maratón de Sevilla, a pesar de la exigencia de contar con la mayoría de edad para tomar parte en la prueba. En concreto se analizaba la presencia de menores con discapacidad entre los participantes y la respuesta que ofrecía la entidad responsable del Ayuntamiento de Sevilla ante esta circunstancia no prevista en las normas de la organización.

La respuesta del IMD recoge textualmente:

> *"Le informamos que las inscripciones en Maratón están reguladas por la IAFA y la RFEA y están reservadas exclusivamente a las personas mayores de edad"*
>
> La concisa contestación a las diversas consideraciones, que se contienen a lo largo de la resolución, no facilita precisamente el debate sobre los distintos puntos planteados desde esta Institución. En todo caso, sí podemos deducir la actitud coincidente de ese IMD con las normas vigentes de la prueba de maratón exigiendo la mayoría de edad para los participantes.
>
> Entendiendo pues aceptada por el Instituto Municipal de Deportes del Ayuntamiento de Sevilla la resolución dirigida, procede dejar constancia de dicha colaboración y concluir nuestras actuaciones en el presente expediente de queja. En todo caso, continuaremos atentos a la evolución del caso y a la aplicación de los criterios anunciados en próximas convocatorias de esta prueba atlética.

01-03-2017 APERTURA DE LA QUEJA DE OFICIO

Ha tenido conocimiento esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz, por medio de la redes sociales y otras vías de opinión, de la existencia de un movimiento asociativo que está fomentando la participación de menores con discapacidad que utilizan sillas de ruedas en competiciones o eventos deportivos, como la Maratón de Sevilla, realizando tal participación mediante la colaboración de corredores voluntarios que hacen turnos empujando la silla del menor.

Ciertamente, el deporte tiene la condición de factor corrector de desequilibrios sociales, así el Preámbulo de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, señala que «constituye como un elemento fundamental

del sistema educativo y su práctica es importante en el mantenimiento de la salud y, por tanto, es un factor corrector de desequilibrios sociales que contribuye al desarrollo de la igualdad entre los ciudadanos, crea hábitos favorecedores de la inserción social y, asimismo, su práctica en equipo fomenta la solidaridad. Todo esto conforma el deporte como elemento determinante de la calidad de vida y la utilización activa y participativa del tiempo de ocio en la sociedad contemporánea».

La recientemente aprobada Ley 5/2016, de 19 de julio, del Deporte Andaluz, incide en dicho aspecto «postulando al deporte como un derecho de la ciudadanía, mediante el reconocimiento de la existencia de la práctica deportiva en toda su magnitud, que incluye desde el deporte de competición al deporte de ocio», «teniendo la consideración de actividad de interés general que cumple funciones sociales, culturales, educativas, económicas y de salud», «inspirada en el principio de igualdad efectiva y en la plena integración de las personas con discapacidad, personas mayores y los grupos de atención especial… reconociendo del derecho al deporte con carácter universal e imponiendo a todas las administraciones públicas el deber de garantizar el acceso de la ciudadanía a la practica del deporte en igualdad de condiciones y de oportunidades».

Esta Institución viene trabajando para hacer efectivo el fomento del deporte como un derecho de la ciudadanía en general, y de los menores y discapacitados en particular, como elemento integrador; y todo ello con el cumplimiento de los requisitos de estar amparada dicha participación en la norma que regule las pruebas o eventos concretos.

De ahí que hemos de valorar de manera muy positiva la labor de promoción de la actividad deportiva en sus diferentes facetas que se dirige con una vocación plural y, a la vez, integradora a todo el conjunto de la sociedad. Avanzar en la práctica del deporte y del ejercicio físico en general son hábitos que ayudan a un estilo de vida saludable y es una estrategia en la que los poderes públicos de implican paulatinamente.

La intervención de los Ayuntamientos como promotores de actividades deportivas se ha consolidado como una faceta frecuente y continuada que supone un ejemplo en el compromiso por lograr los objetivos de calidad de vida que hemos apuntado. En concreto, la ciudad de Sevilla viene apostando por servir de sede para acontecimientos relacionados con la práctica deportiva y el ocio físico que la sitúan como un destino preferente en los calendarios de este tipo de eventos a la vez que gana en calidad en la experiencia en todos sus procesos de organización.

Al hilo de esta política promotora del deporte, uno de los aspectos que la normativa que regula estas pruebas persigue es, principalmente, disponer de las medidas de seguridad que la tipología de cada prueba aconseja. Unos requisitos que pretenden dar una cobertura adecuada a los riesgos para la salud e integridad física de las personas participantes, la protección del recorrido, su compatibilidad con las actividades ordinarias del entorno de la celebración, etc. Obviamente, el objetivo es diagnosticar los eventuales riesgos y poner de manera preventiva las medidas necesarias para eliminarlos o, en su caso, minorar al máximo sus posibles impactos.

Precisamente, entre el conjunto de medidas que las organizaciones de estas pruebas disponen para su correcta celebración se incluyen sistemas de aseguramiento mediante la concertación de seguros que ofrecen cobertura de estos riesgos.

En este sentido, se entiende oportuno que esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz tome mayor conocimiento de la situación, y en virtud de lo dispuesto en el art. 10.1 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, reguladora de esta Institución, se propone iniciar una actuación de oficio para que, por parte del Instituto Municipal de Deportes (IMD) del Ayuntamiento de Sevilla, se nos informe sobre los siguientes extremos:

1.- Posibilidad de participación de menores discapacitados utilizando sillas de ruedas en la prueba de Maratón de Sevilla de conformidad con el reglamento que lo regula.

2.- Régimen de participación del menor y sus acompañantes, así como sus registros con dorsales propios.

3.- Condiciones de cobertura en los mecanismos y seguros concertados por la organización de la prueba.

28-09-2017 CIERRE DE LA QUEJA DE OFICIO

La queja de oficio se tramitó para estudiar la participación de menores de edad en la prueba de maratón de Sevilla, a pesar de la exigencia de contar con la mayoría de edad para tomar parte en la prueba. En concreto se analizaba la presencia de menores con discapacidad entre los participantes y la respuesta que ofrecía la entidad responsable del Ayuntamiento de Sevilla ante esta circunstancia no prevista en las normas de la organización.

Tras la tramitación de la presente queja iniciada de oficio, el Defensor del Pueblo Andaluz, formuló al Instituto Municipal de Deportes (IMD) de Sevilla las siguientes **Resoluciones**:

> ***Recordatorio*** *del deber de cumplir los preceptos de legalidad constitucional y ordinaria que hemos referido en la parte expositiva.*
>
> ***Recomendación,*** *de que conforme a lo establecido en el Reglamento de la prueba, se controle el requisito de acreditar la mayoría de edad en las inscripciones para autorizar la participación de los corredores.*
>
> ***Sugerencia*** *de que, de considerarse procedente la participación de menores de edad, o en su caso, de menores de edad que acrediten una discapacidad, se proceda a la modificación del Reglamento que regula la prueba disponiendo las medidas necesarias para garantizar las condiciones de participación de este singular colectivo.*

La respuesta del IMD recoge textualmente:

> *"Le informamos que las inscripciones en Maratón están reguladas por la IAFA y la RFEA y están reservadas exclusivamente a las personas mayores de edad"*

La concisa contestación a las diversas consideraciones, que se contienen a lo largo de la resolución, no facilita precisamente el debate sobre los distintos puntos planteados desde esta Institución. En todo caso, sí podemos deducir la actitud coincidente de ese IMD con las normas vigentes de la prueba de maratón exigiendo la mayoría de edad para los participantes.

Entendiendo pues aceptada por el Instituto Municipal de Deportes del Ayuntamiento de Sevilla la resolución dirigida, procede dejar constancia de dicha colaboración y concluir nuestras actuaciones en el presente expediente de queja. En todo caso, continuaremos atentos a la evolución del caso y a la aplicación de los criterios anunciados en próximas convocatorias de esta prueba atlética.

Preguntamos por la conservación y uso de una parte del lienzo de la muralla almohade de la Alcazaba interior de Sevilla

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/0376 dirigida a Consejería de Turismo y Deporte, Delegación Territorial de Cultura , Turismo y Deporte en Sevilla, Ayuntamiento de Sevilla

- 02 Marzo 2017

Esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz ha venido desarrollando una amplia y dilatada labor de atención al eficaz sistema normativo de promoción y protección del patrimonio histórico artístico.

Así, en los sucesivos Informes Anuales al Parlamento, al igual que con motivo de la elaboración de los Informes Especiales, la Institución ha querido contribuir al mejor desempeño de las actuaciones de los poderes públicos para la protección y puesta en valor de nuestra riqueza monumental. Todo ello en consonancia con las funciones de protección y tutela de los derechos establecidos en los artículos 44 de la Constitución y 33 y 37.1º.18 del Estatuto de Autonomía en el ámbito de la Cultura.

En el amplio escenario de intervenciones de este tipo que se producen a lo largo del territorio andaluz, ocupa un lugar preeminente las acciones que posibilitan el efectivo disfrute de nuestro patrimonio cultural gracias a promover su conocimiento y protección.

Sin duda, en determinadas comarcas y localidades de Andalucía, esta tarea compleja e ingente adquiere la dificultad de la alta concentración de este patrimonio histórico y monumental. Tal es el caso, sin lugar a dudas, de la ciudad de Sevilla.

Es conocida la permanente actuación de esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz en relación con las actuaciones de protección y tutela del conjunto patrimonial de valor histórico y cultural de la capital. Han sido muy numerosas las quejas iniciadas de oficio, o a partir de las iniciativas ciudadanas, que han sido tramitadas ante las autoridades locales y esa misma Delegación Territorial o sus servicios centrales de la Consejería de Cultura.

Estas quejas han abordado situaciones de deterioro de los inmuebles, régimen de protección, proyectos o intervenciones de conservación, medidas de ayudas o subvenciones, etc. lo que ha supuesto completar todo un elenco de cuestiones relacionadas con las competencias de la administración cultural.

En esta ocasión debemos centrar nuestra atención en el estado de conservación y régimen de protección de parte del lienzo de la muralla de época almohade situada en la denominada Alcazaba interior, próxima a la catedral.

Recientes informaciones hacen mención a la situación de riesgo que sufre este elemento: “Este fragmento

exento de muralla que nos ocupa tiene visibles en la actualidad unos 70 metros de longitud, conservados en toda su altura y con su almenado completo, además de dos robustas torres, de los que, aproximadamente, sólo unos 30 metros de su cara externa pueden apreciarse desde la Plaza del Cabildo. Aunque, en esta fotografía, su aspecto en general pueda parecer aceptable, en otras imágenes más detalladas se aprecian varias preocupantes grietas verticales en esta primera torre y, sobre todo una de mayor anchura en la propia muralla, junto al costado derecho de la torre, además de abundante vegetación parásita que, como sabemos, es un constante peligro para la estabilidad de su fábrica".

En las imágenes publicadas aparece la instalación de zonas de aparcamientos y otros posibles usos al pie de los restos de la referida muralla.

Más allá de dichas informaciones, creemos oportuno conocer con mayor detalle el estado del trozo o lienzo de la muralla y sus elementos así como de las medidas de conservación, régimen de protección y uso que se otorga a los espacios próximos al elemento histórico.

Por ello, hemos considerado oportuno proponer incoar queja de oficio al amparo del artículo 10 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre del Defensor del Pueblo Andaluz, ante la Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte de Sevilla y el Ayuntamiento de Sevilla, a fin de conocer:

-régimen de protección que ostente en la actualidad el lienzo de muralla almohade de la denominada Alcazaba interior, de Sevilla.

-estado de conservación del inmueble.

-relación de intervenciones y proyectos que se hubieran proyectado y/o ejecutado en los últimos años.

-régimen de uso o aprovechamiento de las zonas próximas a la muralla.

Queremos saber qué se va a hacer ante el mal estado de conservación de la pista de atletismo del polideportivo San Pablo (Sevilla)

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/0665 dirigida a Ayuntamiento de Sevilla

- 02 Marzo 2017

Ha tenido conocimiento esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz, por varios medios de comunicación y las redes sociales, de la denuncia realizada por un grupo de jóvenes atletas por la imposibilidad de entrenar con normalidad ante el riesgo de una lesión debido al mal estado de conservación de las pistas de atletismo del polideportivo San Pablo, dependiente del Instituto Municipal de Deportes.

Dichas pistas se encuentran en diferentes tramos -principalmente las calles 1 y 2, las más usadas- rotas, agrietadas y con elevaciones, y al estar el material de la pista cristalizado los clavos no agarran, lo que incrementa la posibilidad de una lesión que arruinen el trabajo ya realizado en los entrenos y frustren las expectativas de los atletas en sus competiciones -lo que ya ha ocurrido con un reconocido atleta sevillano que sufrió una rotura en la fascia que le impidió preparar los Juegos Olímpicos de Río-.

Ante esta situación, la única solución que han encontrado los atletas es buscar otra pista en mejores condiciones que les posibiliten unos entrenos con más garantías, y así se han trasladado hasta Carmona, Umbrete, San Juan, Brenes, e incluso Punta Umbría.

Al parecer la pista se puso nueva en el año 2010 y fue reformada en el 2014 al cambiarse la última capa, pero el uso útil y optimo de una pista es de cuatro o cinco años. Por ello, al estar al aire libre, sufriendo las continuas inclemencias del tiempo, unido al gran desgaste que sufren, ya que por las mañanas se hacen uso de ellas por opositores y alumnos de varios centros y por las tardes por las escuelas deportivas y clubes de atletismo, harían aconsejable su sustitución.

El deporte tiene la condición de factor corrector de desequilibrios sociales, así el Preámbulo de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, señala que «constituye como un elemento fundamental del sistema educativo y su práctica es importante en el mantenimiento de la salud y, por tanto, es un factor corrector de desequilibrios sociales que contribuye al desarrollo de la igualdad entre los ciudadanos, crea hábitos favorecedores de la inserción social y, asimismo, su práctica en equipo fomenta la solidaridad. Todo esto conforma el deporte como elemento determinante de la calidad de vida y la utilización activa y participativa del tiempo de ocio en la sociedad contemporánea».

Cumplido el mandado constitucional de fomento de la educación física y el deporte como principio rector de la política social y económica (art. 43.3 CE.), la Comunidad Autónoma Andaluza viene a asumir competencias exclusivas en materia de deporte (art. 72.1 Estatuto de Autonomía para Andalucía), por ello

la recientemente aprobada Ley 5/2016, de 19 de julio, del Deporte Andaluz, incide en dicho aspecto «postulando al deporte como un derecho de la ciudadanía, mediante el reconocimiento de la existencia de la práctica deportiva en toda su magnitud, que incluye desde el deporte de competición al deporte de ocio», «teniendo la consideración de actividad de interés general que cumple funciones sociales, culturales, educativas, económicas y de salud», «inspirada en el principio de igualdad efectiva y en la plena integración de las personas con discapacidad, personas mayores y los grupos de atención especial ¿ reconociendo del derecho al deporte con carácter universal e imponiendo a todas las administraciones públicas el deber de garantizar el acceso de la ciudadanía a la practica del deporte en igualdad de condiciones y de oportunidades».

En este sentido, se entiende oportuno que esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz tome mayor conocimiento de la situación, y en virtud de lo dispuesto en el art. 10.1 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, reguladora de esta Institución, se propone iniciar una actuación de oficio para que por parte del Instituto Municipal de Deportes del Ayuntamiento de Sevilla, se nos informe sobre los siguientes extremos:

-Estado de conservación de la pista y la seguridad de los usuarios ante los problemas descritos.

-Alternativas en estudio para dar solución a dichos problemas.

Nos preocupa el estado de conservación del “Puente Nuevo” sobre el tajo de Ronda (Málaga)

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/1411 dirigida a Ayuntamiento de Ronda (Málaga), Consejería de Turismo y Deporte, Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte en Málaga

- 06 Junio 2017

RESUMEN DEL RESULTADO (CIERRE DE QUEJA DE OFICIO)

Con motivo de la tramitación de la presente queja de oficio, esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz solicitó a la Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte de Málaga y al Ayuntamiento de Ronda información sobre el estado de conservación y posibles intervenciones sobre el *“Puente Nuevo”* de Ronda.

Esa Delegación nos ha remitido informe.

Ambas administraciones actúan para definir los usos y actuaciones que afectan a este elemento emblemático de la capital de la serranía, así como para intervenir mediante los proyectos que los técnicos están elaborando.

Dados los compromisos indicados, y las fechas próximas de realización, procede concluir nuestras actuaciones, sin perjuicio de desplegar en adelante las acciones de seguimiento que el caso aconseje velando por las medidas garanticen y protejan a una de las imágenes más identificativas de la riqueza patrimonial y cultural de Andalucía.

03-04-2017 APERTURA DE LA QUEJA DE OFICIO

Esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz ha venido desarrollando una amplia y dilatada labor de atención al eficaz sistema normativo de promoción y protección del patrimonio histórico artístico.

Así, en los sucesivos Informes Anuales al Parlamento, al igual que con motivo de la elaboración de los Informes Especiales, la Institución ha querido contribuir al mejor desempeño de las actuaciones de los poderes públicos para la protección y puesta en valor de nuestra riqueza monumental. Todo ello en consonancia con las funciones de protección y tutela de los derechos establecidos en los artículos 44 de la Constitución y 33 y 37.1º.18 del Estatuto de Autonomía en el ámbito de la Cultura.

En el amplio escenario de intervenciones de este tipo que se producen a lo largo del territorio andaluz, ocupa un lugar preeminente las acciones que posibilitan el efectivo disfrute de nuestro patrimonio cultural gracias a promover su conocimiento y protección.

Sin duda, en determinadas comarcas y localidades de Andalucía, esta tarea compleja e ingente adquiere la

dificultad de la alta concentración de este patrimonio histórico y monumental. Tal es el caso, sin lugar a dudas, de la ciudad de Ronda.

Es conocida la permanente actuación de esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz en relación con las actuaciones de protección y tutela del conjunto patrimonial de valor histórico y cultural del conjunto de la provincia de Málaga. Han sido muy numerosas las quejas iniciadas de oficio, o a partir de las iniciativas ciudadanas, que han sido tramitadas ante las autoridades locales y esa misma Delegación Territorial o sus servicios centrales de la Consejería de Cultura. Estas quejas han abordado situaciones de deterioro de los inmuebles, régimen de protección, proyectos o intervenciones de conservación, medidas de ayudas o subvenciones, etc. lo que ha supuesto completar todo un elenco de cuestiones relacionadas con las competencias de la administración cultural.

En esta ocasión debemos centrar nuestra atención en el estado de conservación y régimen de protección del elemento conocido como "Puente Nuevo" de Ronda, que salva la garganta del tajo ofreciendo conexión en el núcleo urbano de la capital serrana.

Recientes informaciones hacen mención a que "***La calzada ha presentado un progresivo hundimiento*** *en la zona del convento de Santo Domingo. El rebaje el pavimento ha hecho saltar las alarmas y el Ayuntamiento debate reducir el tránsito del tráfico sobre este monumento. El objeto de esta medida, tras empeorar el hundimiento del adoquinado, según el Ayuntamiento, es aminorar los daños que se puedan generar antes del comienzo de las obras de arreglo. Las medidas planteadas pretenden* ***suprimir el 80 por ciento del flujo de vehículos*** *y eso no contenta a todo el mundo, ya que se ha sabido que, durante los 40 días –estimados– que se tarde en arreglar el hundimiento de la calzada, el puente quedará inaccesible. Las obras para arreglar el saneamiento y las pluviales impedirán el tráfico que, desde el Consistorio, se quiere reducir a un sentido los fines de semana con afán de no empeorar la situación".*

Ciertamente, la información titulada como *"El Puente Nuevo sobre el Tajo de Ronda se hunde"* ha provocado una obligada atención que requiere, a falta de mayores informaciones, una aportación a cargo de las entidades culturales especializadas sobre dicho elemento histórico.

Por ello, hemos considerado oportuno proponer incoar queja de oficio al amparo del artículo 10 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre del Defensor del Pueblo Andaluz, ante la Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte de Málaga y el Ayuntamiento de Ronda, a fin de conocer:

- régimen de protección que ostente en la actualidad el "Puente Nuevo" sobre el tajo de la ciudad de Ronda.
- estado de conservación del elemento.
- relación de intervenciones y proyectos que se hubieran proyectado y/o ejecutado en los últimos años.
- medidas para compeler y llevar a término las intervenciones de tutela y protección del inmueble.

06-06-2017 CIERRE DE LA QUEJA DE OFICIO

Con motivo de la tramitación de la presente queja de oficio, esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz solicitó a la Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte de Málaga y al Ayuntamiento de Ronda información sobre el estado de conservación y posibles intervenciones sobre el *"Puente Nuevo*" de Ronda.

Esa Delegación nos ha remitido informe en el que, entre otras consideraciones nos indica que:

"El Puente Nuevo de Ronda es un vial cuya titularidad, conservación protección corresponde al Ayuntamiento, sin perjuicio de las competencias de esta Administración cultural; no obstante los técnicos de esta Delegación Territorial están en permanente contacto con los técnicos municipales para prestarles toda la colaboración asesoramiento que necesiten en aras a la mejor protección y conservación del patrimonio histórico que existe en el municipio. Con ocasión de otras intervenciones en el Conjunto Histórico de Ronda por los Servicios Técnicos municipales se nos ha puesto de manifiesto que el elemento

más agresivo para la totalidad del Conjunto Histórico en general y para el Puente Nuevo en particular, es el tráfico rodado, circulando cada día por el mismo más de 11.000 vehículos y que por la Corporación se están realizando estudios técnicos para la elaboración de un plan de actuación para garantizar la conservación del Bien de Interés Cultural, especialmente en la zona más afectada del barrio de La Ciudad y Padre Jesús."

Por su parte, el Ayuntamiento de la ciudad explica:

"Actualmente nos encontramos en fase de concertación del primer borrador del Plan de Actuación de la EMS, la cual ha estado precedida del oportuno Estudio Diagnóstico, objetivos y conclusiones, documento que ha contemplado la situación del Puente Nuevo a la que se han unido los informes técnicos del arquitecto municipal de Ronda y de técnicos del Instituto Geológico Minero, los cuales concluyen que el puente presenta un estado general de conservación aceptable aunque proponen la adopción de medidas que posibiliten una mejor coexistencia de peatones y vehículos, entre otras.

De todo lo expuesto anteriormente, el Ayuntamiento de Ronda con subvención de la Excma. Diputación Provincial de Málaga, acometerá, concluida la fase procedimental administrativa oportuna, las obras para subsanar los problemas de filtraciones que padece en la actualidad el Puente Nuevo así como la reparación del tablero del mismo y cuyas previsiones de comienzo de las obras se prevé para la segunda semana de Junio de 2017".

A la vista de las anteriores informaciones, ambas administraciones actúan para definir los usos y actuaciones que afectan a este elemento emblemático de la capital de la serranía, así como para intervenir mediante los proyectos que los técnicos están elaborando.

Dados los compromisos indicados, y las fechas próximas de realización, procede concluir nuestras actuaciones, sin perjuicio de desplegar en adelante las acciones de seguimiento que el caso aconseje velando por las medidas garanticen y protejan a una de las imágenes más identificativas de la riqueza patrimonial y cultural de Andalucía.

Preguntamos por las medidas de conservación y usos de las instalaciones del Castillo de Utrera (Sevilla)

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/1814 dirigida a Ayuntamiento de Utrera (Sevilla), Consejería de Turismo y Deporte, Delegación Territorial de Cultura , Turismo y Deporte en Sevilla

- 16 Junio 2017

RESUMEN DEL RESULTADO (CIERRE DE QUEJA DE OFICIO)

Hemos tenido conocimiento de la situación del Castillo de Utrera que sería motivo de explotación de parte de su recinto e instalaciones a cargo de una entidad titular de una concesión para la explotación del recinto. Dentro de este régimen de uso, se mencionan las dificultades para promover el derecho de visitas por parte de la ciudadanía del bien histórico. Además, dicha concesión estaría otorgada por el Ayuntamiento y ha supuesto durante su vigencia la acometida de varias obras e intervenciones. Sin embargo, según las mismas informaciones, desde responsables municipales aluden a promover la rescisión del contrato de concesión y, posteriormente, definir un “plan de choque” para el interior del recinto del castillo.

En todo caso, en atención a la labor de acogida y atención que acostumbramos a prestar a estas iniciativas comprometidas de la ciudadanía con los valores culturales, deseamos solicitar la colaboración de las autoridades para conocer su criterio al respecto.

Por ello, hemos considerado oportuno proponer incoar queja de oficio al amparo del artículo 10 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre del Defensor del Pueblo Andaluz, ante el Ayuntamiento de Utrera y la Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte de Sevilla.

A la vista de la información recibida, hemos de deducir que ambas administraciones culturales vienen trabajando en la conservación del recinto y en la definición de sus usos y aprovechamiento conforme dispone la normativa cultural, por lo que confiamos que estas labores programadas reviertan finalmente en la mejor conservación y puesta en valor de este enclave en la historia de la ciudad de Utrera.

Sin perjuicio de desarrollar las labores de seguimiento que el caso merezca, procede concluir las actuaciones en la presente queja de oficio y proceder a su conclusión.

03-04-2017 APERTURA DE LA QUEJA DE OFICIO

Esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz ha venido desarrollando una amplia y dilatada labor de atención al eficaz sistema normativo de promoción y protección del patrimonio histórico artístico.

Así, en los sucesivos Informes Anuales al Parlamento, al igual que con motivo de la elaboración de los Informes Especiales, la Institución ha querido contribuir al mejor desempeño de las actuaciones de los poderes públicos para la protección y puesta en valor de nuestra riqueza monumental. Todo ello en consonancia con las funciones de protección y tutela de los derechos establecidos en los artículos 44 de la Constitución y 33 y 37.1º.18 del Estatuto de Autonomía en el ámbito de la Cultura.

En el amplio escenario de intervenciones de este tipo que se producen a lo largo del territorio andaluz, ocupa un lugar preeminente las acciones que posibilitan el efectivo disfrute de nuestro patrimonio cultural gracias a promover su conocimiento y protección.

Sin duda, en determinadas comarcas y localidades de Andalucía, esta tarea compleja e ingente adquiere la dificultad de la alta concentración de este patrimonio histórico y monumental. En concreto, hemos tenido conocimiento de la situación del Castillo de Utrera que sería motivo de explotación de parte de su recinto e instalaciones a cargo de una entidad titular de una concesión para la explotación del recinto. Dentro de este régimen de uso, se mencionan las dificultades para promover el derecho de visitas por parte de la ciudadanía del bien histórico. Además, dicha concesión estaría otorgada por el Ayuntamiento y ha supuesto durante su vigencia la acometida de varias obras e intervenciones. Sin embargo, según las mismas informaciones, desde responsables municipales aluden a promover la rescisión del contrato de concesión y, posteriormente, definir un “plan de choque” para el interior del recinto del castillo.

En todo caso, en atención a la labor de acogida y atención que acostumbramos a prestar a estas iniciativas comprometidas de la ciudadanía con los valores culturales, deseamos solicitar la colaboración de las autoridades para conocer su criterio al respecto.

Por ello, hemos considerado oportuno proponer incoar queja de oficio al amparo del artículo 10 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre del Defensor del Pueblo Andaluz, ante el Ayuntamiento de Utrera y la Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte de Sevilla, a fin de conocer:

- medidas declarativas de protección patrimonial-cultural del denominado Castillo de Utrera.
- obras que se hubieran realizado por parte de la entidad concesionaria y régimen de autorizaciones.
- ordenación del régimen de visitas públicas al castillo.
- calendario de intervenciones previstas, en su caso, para su protección o conservación.

16-06-2017 CIERRE DE LA QUEJA DE OFICIO

La queja de oficio incoada ante el aparente deterioro del Castillo de Utrera (Sevilla) nos ha permitido conocer los informes elaborados desde el Ayuntamiento de esa localidad y la Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte de Sevilla.

Dicha Delegación nos indica, en un detallado informe que:

> *“El 18/05/2011 la Comisión Provincial de Patrimonio Histórico informó favorablemente el Proyecto básico y de ejecución de conservación de las murallas del castillo de Utrera, promovido por el Ayuntamiento y redactado y suscrito por sus Servicios Técnicos, con la condición de que se eliminen las barandillas.*
>
> *El 30/10/2013 la Comisión provincial de Patrimonio informó favorablemente el Proyecto de adecuación para centro de recepción de visitantes de la zona porticada del Castillo de Utrera.*
>
> *El 16/12/2015 la Comisión Provincial de Patrimonio acordó informar favorablemente la solicitud del Ayuntamiento sobre celebración de espectáculo ocasional en el Patio de Armas del Castillo de Utrera consistente en “II Belén Viviente”, promovido por la Hermandad del a Quinta Angustia, durante los días 26 y 27 de diciembre de 2015 y los días 2 y 3 de enero de 2016, “con la condición de que el Ayuntamiento vigile y garantice que en ningún caso se dañarán ni utilizarán los paramentos del recinto para asegurar los puestos ni ningún otro elemento decorativo o de atrezo”.*

Finalmente, el 30/11/2016, informó favorablemente la solicitud del Ayuntamiento para la celebración del espectáculo ocasional en el Patio de Armas del Castillo de Utrera consistente en el III Belén Viviente, promovido por la Hermandad de la Quinta Angustia, durante los días 10,11, 17 y 18 de diciembre de 2016, "con la condición de que el Ayuntamiento vigile y garantice que en ningún caso se dañarán ni utilizarán los paramentos del recinto para asegurar los puestos ni ningún otro elemento decorativo o de atrezo. Igualmente se deberán garantizar cuantas condiciones técnicas de seguridad le sean de aplicación para la salvaguarda de las personas y bienes".

Ordenación del régimen de visitas públicas al Castillo:

Puestos en contacto con personal técnico del Área de Cultura del Ayuntamiento de Utrera, se nos ha informado que, actualmente y dadas las circunstancias, no hay establecido un horario permanente de apertura del recinto ni de visitas al público, y que sí se realizan visitas concertadas previamente al Castillo; por ejemplo, los viernes se suelen realizar visitas de grupos escolares. Estas visitas son siempre gratuitas.

Calendario de intervenciones de protección o conservación previstas:

No tenemos conocimiento."

Por su parte el Ayuntamiento de Utrera manifiesta que:

"En los años 2009/2010 a través del Plan E (Plan para el Estímulo de la Economía y el Empleo) se pudo adaptar la Torre del Homenaje para Mirador Turístico, haciendo posible la visita a su terraza desde donde se puede disfrutar de una impresionante vista de Utrera. Y a continuación se ejecutó la II Fase de recuperación de las Murallas, reconstruyéndose el ángulo noreste, totalmente perdido, (se restituyó unos cincuenta metros lineales de lienzos y se revistió la estructura de la torre). La recuperación de estos muros, ha sido esencial no sólo para la buena conservación del edificio sino también para garantizar la seguridad de los vecinos de la zona y visitantes.

En estos últimos años, con la intención de ir liberando el Castillo del caserío inmediato ,se han ido adquiriendo por el Ayuntamiento, varias fincas urbanas cuyos terrenos han sido incorporados a la ciudadela. Y finalmente, en el año 2014 se adecuó un soportal frente a la Torre del Homenaje para crear el centro de recepción de visitante.

Ordenación del régimen de visitas públicas al castillo: Si bien, desde que finalizó la concesión, no ha existido un horario fijo y estable para visitar el castillo, las Delegaciones de Turismo y Cultura no han dejado de plantear iniciativas que han permitido darle contenido y favorecido el derecho de visita. Desde las más elementales y sencillas como han sido acompañar a cualquier persona que hay deseado conocer la fortaleza, o las habituales para grupos organizados, hasta otras, más complejas y atractivas como las visitas teatralizadas, en la que de forma gratuita se ha explicado a través de actores la historia del edificio a más de tres mil personas. A ello debemos unir, el interesante programa "Puertas abiertas" puesto en marcha también por la Delegación de Turismo en el 2015 y en la que a través de un plan de empleo se mantuvo abierta la fortaleza durante seis meses y se recibieron 5972 personas. Y que ahora, de nuevo, a través del plan Empleo@Joven, contrataremos otros seis meses, a dos informadores turísticos y dos ordenanzas que van a reforzar la apertura del recinto histórico, y pondrán en funcionamiento el servicio de atención al visitante, sobre todo en los fines de semana.

Pese a todo, no estamos satisfechos, y en el deseo de mantener abierto el monumento hemos ampliado el catálogo de uso, sobre todo de su patio de arma. Así, en el verano 2015, se instaló un cine por el que pasaron unas seis mil personas, número semejante al producido pro el Belén viviente que en los días de la Navidad monta la Hermandad de la Quinta Angustia y que ya va por su tercera edición. La última incorporación ha sido en este año 2017, en el que se ha celebrado en

tan extraordinario marco, un Vía Crucis con el Cristo de Santiago, Patrono de la Ciudad.

En cuanto al calendario de intervención prevista, para su protección o conservación.

Aún está pendiente de la última intervención la restauración de la torre suroeste y un fragmento de su antiguo muro y en la Delegación de Obras se está trabajando en un estudio de detalle de todo el inmueble que contempla los nuevos paseos y terrazas. Para lo cual, ya hay previsto una primera y significativa inversión que irá destinada al denominado "Paseo del Mostachón" donde se va a instalar un museo de escultura al aire libre, en el que colaboraran una decena de artistas. Este hecho, unido a las posibilidades que ofrece ya el in mueble, contribuiría a convertirlo en un bello y seguro marco, que irá respondiendo cada vez más a la actual concepción de emplazamiento de un Bien de Interés Cultura en un marco histórico rodeado de amplios espacios abiertos.

Otras circunstancias que consideren oportuno transmitir para esclarecer el asunto que nos ocupa.

Simplemente dejar constancia, que cuando el consistorio utrerano a finales del 2014 rescindía el contrato, por incumplimiento, se estaba dando respuesta a una opinión mayoritaria en la población de recuperar el uso total del recinto del Castillo, pues fueron muchas las voces que se levantaron para protestar con la anterior práctica, argumentando lo insólito del hecho de que un particular, gestionara un monumento que se supone es patrimonio de todos los utreranos. Por ello, reiteramos una vez más el compromiso firme de que el Ayuntamiento seguirá apostando por la recuperación y la apertura total de este emblemático monumento de la ciudad."

A la vista de la anteriores informaciones, hemos de deducir que ambas administraciones culturales vienen trabajando en la conservación del recinto y en la definición de sus usos y aprovechamiento conforme dispone la normativa cultural, por lo que confiamos que estas labores programadas reviertan finalmente en la mejor conservación y puesta en valor de este enclave en la historia de la ciudad de Utrera.

Sin perjuicio de desarrollar las labores de seguimiento que el caso merezca, procede concluir las actuaciones en la presente queja de oficio y proceder a su conclusión.

Queremos conocer las medidas para la protección de inmuebles singulares en Motril (Granada)

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/2407 dirigida a Ayuntamiento de Motril (Granada)

- 02 Mayo 2017

Esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz ha venido desarrollando una amplia y dilatada labor de atención ante el sistema normativo de promoción y protección del patrimonio histórico artístico.

Así, en los sucesivos Informes Anuales al Parlamento, al igual que con motivo de la elaboración de los Informes Especiales, la Institución ha querido contribuir al mejor desempeño de las actuaciones de los poderes públicos para la protección y puesta en valor de nuestra riqueza monumental. Todo ello en consonancia con las funciones de protección y tutela de los derechos establecidos en los artículos 44 de la Constitución y 33 y 37.1º.18 del Estatuto de Autonomía en el ámbito de la Cultura.

En el amplio escenario de intervenciones de este tipo que se producen a lo largo del territorio andaluz, ocupa un lugar preeminente las acciones que posibilitan el efectivo disfrute de nuestro patrimonio cultural gracias a promover su conocimiento y protección.

Sin duda, en determinadas comarcas y localidades de Andalucía, esta tarea compleja e ingente adquiere la dificultad de proteger un importante patrimonio con recursos siempre escasos de la alta concentración de este patrimonio histórico y monumental. Tal es el caso, sin lugar a dudas, de algunos municipios de la costa granadina.

Acorde con este objetivo de promover todas las condiciones que inciden en la conservación y puesta en valor de las características de los núcleos urbanos, hemos tenido conocimiento, a través de los medios de comunicación, de concretas acciones de derribo de inmuebles con un valor arquitectónico relevante del centro de la capital motrileña que ha provocado una reacción de protesta y desacuerdo de determinados sectores de la sociedad local. Frente a una voluntad declarada de conservar y proteger edificios de estas tipologías, se ha manifestado desde las instancias municipales la dificultad normativa para impedir estas demoliciones al carecer de instrumentos jurídicos eficaces para limitar estas intervenciones.

Se explica que “El Plan de Urbanismo vigente en Motril, que data de 2003, sacó prácticamente todas las viviendas privadas del catálogo de edificaciones protegidas, donde sí figuran edificios públicos y otros privados singulares”.

La situación descrita refleja una aparente inexactitud ya que el ordenamiento jurídico ha conformado una amplia herramienta para dotar de instrumentos de identificación y categorización para los bienes inmuebles que, por una rica tipología de valores, merezcan un régimen especial que garantice finalmente

su conservación y protección.

Sin detenernos, en estos momentos, en mayores concreciones, baste apuntar que la Exposición de Motivos de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, «La lectura integrada de los mandatos constitucionales contenidos en los artículos 45, 46 y 47 de nuestra Carta Magna refleja con meridiana claridad la voluntad del constituyente de que los derechos de todos a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, y de los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, puedan ser ejercidos en ciudades y pueblos cuya conservación, así como el enriquecimiento de su patrimonio histórico, cultural y artístico, estén garantizados por los poderes públicos. Por su parte, el Estatuto de Autonomía para Andalucía, en los apartados 5º y 6º de su artículo 12.3, insiste en los mismos principios de calidad de vida, vinculada a la protección de la naturaleza y del medio ambiente y al desarrollo de los equipamientos sociales, y de protección del paisaje y del patrimonio histórico-artístico, como uno de los objetivos del ejercicio de los poderes por nuestra Comunidad Autónoma».

La modificación experimentada por el Estatuto de Autonomía para Andalucía con ocasión de la reforma habida en el año 2007 no ha hecho sino potenciar más si cabe la idea expresada en la párrafo trascrito. En este sentido, a través del artículo 33 de la norma estatutaria se establece que «Todas las personas tienen derecho, en condiciones de igualdad, al acceso a la cultura, al disfrute de los bienes patrimoniales, artísticos y paisajísticos de Andalucía, al desarrollo de sus capacidades creativas individuales y colectivas, así como el deber de respetar y preservar el patrimonio cultural andaluz».

Asimismo, los ordinales 17º y 18º del apartado primero del artículo 37 prevén, como principios rectores de las políticas públicas, «el libre acceso de todas las personas a la cultura y el respeto a la diversidad cultural»; y «la conservación y puesta en valor del patrimonio cultural, histórico y artístico de Andalucía, especialmente del flamenco».

De este modo, en el actual panorama normativo tiene perfecta razón de ser uno de los grandes objetivos que señaló el legislador para la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía: “dotar de contenido normativo positivo los mandatos constitucionales y estatutarios mencionados”.

Para ello, el apartado segundo del artículo 3 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, señala que la ordenación urbanística establecida en los instrumentos de planeamiento, en el marco de la ordenación del territorio, tiene por objeto, entre otros:

- La protección del patrimonio histórico y del urbanístico, arquitectónico y cultural.

- El cumplimiento de los deberes de conservación y rehabilitación de las construcciones y edificaciones existentes.

Se trata de dos objetivos independientes en su configuración jurídica pero íntimamente vinculados entre sí, ya que sin el cumplimiento efectivo de los deberes de conservación y rehabilitación difícilmente podrá garantizarse la protección del patrimonio histórico, arquitectónico y cultural.

Igualmente, la Sección segunda del Capítulo V del Título IV de la LOUA, ya citada, es la encargada de regula pormenorizadamente el deber de conservación de edificaciones e inmuebles, indicando el apartado primero del artículo 155 lo siguiente:

«Los propietarios de terrenos, construcciones y edificios tienen el deber de mantenerlos en condiciones de seguridad, salubridad y ornato público, realizando los trabajos y obras precisos para conservarlos o rehabilitarlos, a fin de mantener en todo momento las condiciones requeridas para la habitabilidad o el uso efectivo.

Los municipios podrán ordenar, de oficio o a instancia de cualquier interesado, la ejecución de las obras necesarias para conservar aquellas condiciones».

Este deber de los propietarios alcanza hasta la ejecución de trabajos y obras por importe equivalente a la mitad del valor de una construcción de nueva planta, con similares características e igual superficie útil o, en su caso, de dimensiones equivalentes que la preexistente, realizada con las condiciones necesarias para que su ocupación sea autorizable.

No obstante, cuando las obras de conservación y rehabilitación rebasasen ese límite pero su ejecución pudiese aportar mejoras o beneficios de interés general, en tal caso los propietarios deben asumir su coste hasta la cuantía señalada, y lo que exceda de ella deberá ejecutarse a costa de la entidad que las ordene.

A este respecto, la LPHA en el artículo 14 apartado primero, establece en relación a la conservación y mantenimiento lo siguiente:

«Las personas propietarias, titulares de derechos o simples poseedoras de bienes integrantes del Patrimonio Histórico Andaluz, se hallen o no catalogados, tienen el deber de conservarlos, mantenerlos y custodiarlos de manera que se garantice la salvaguarda de sus valores. A estos efectos, la Consejería competente en materia de patrimonio histórico podrá asesorar sobre aquellas obras y actuaciones precisas para el cumplimiento del deber de conservación».

En suma, ya sea referido a las disposición específicas de carácter urbanístico, como a través de la normativa patrimonial y cultural, las Administraciones Públicas disponen de instrumentos perfectamente válidos para acometer esas medidas normativas que ofrezcan la protección de los conjuntos urbanos y de sus inmuebles dignos de interés.

En base a dichas potestades, y ante la aparente carencia de instrumentos normativos de protección que se alude desde las instancias municipales, esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz considera oportuno interesarse por el conocimiento de las medidas que se han adoptado, o se prevean adoptar, para dotar al municipio de Motril de las políticas de protección del patrimonio inmueble amenazado.

Por ello, hemos considerado oportuno proponer incoar queja de oficio al amparo del artículo 10 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre del Defensor del Pueblo Andaluz, ante el Ayuntamiento de Motril, a fin de conocer:

- Régimen de protección que ostente en la actualidad el centro histórico de la ciudad de Motril.
- Medidas de carácter urgente que se pretendan adoptar para la identificación o catalogación de los inmuebles susceptibles de contar con un régimen singular de protección y amenazados en su conservación.
- Iniciativas adoptadas para la protección urbanística o cultural de los inmuebles merecedores de tutela.
- Cualquier otra circunstancia que consideren oportuno transmitir para esclarecer el asunto que nos ocupa.

Hacemos un seguimiento de las acciones de protección para el Cortijo del Fraile, en Níjar (Almería)

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/2673 dirigida a Consejería de Turismo y Deporte, Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte en Almeria

- 21 Julio 2017

RESUMEN DEL RESULTADO (CIERRE DE QUEJA DE OFICIO)

La presente queja de oficio fue incoada para conocer las medidas de conservación que se habían acordado por las autoridades culturales para la conservación del Cortijo del Fraile en Níjar (Almería).

A la vista de la información recibida, comprobamos que se han llevado a término las ejecuciones establecidas para la conservación del inmueble, conforme resolvió la autoridad cultural. Por ello, procede concluir nuestras actuaciones, sin perjuicio de realizar los seguimientos que, en su caso, resulten necesarios en favor de la conservación y puesta en valor del rico patrimonio monumental de la zona de Níjar.

19-06-2017 APERTURA DE LA QUEJA DE OFICIO

Esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz ha venido desarrollando una amplia y dilatada labor de atención al eficaz sistema normativo de promoción y protección del patrimonio histórico artístico.

Así, en los sucesivos Informes Anuales al Parlamento, al igual que con motivo de la elaboración de los Informes Especiales, la Institución ha querido contribuir al mejor desempeño de las actuaciones de los poderes públicos para la protección y puesta en valor de nuestra riqueza monumental. Todo ello en consonancia con las funciones de protección y tutela de los derechos establecidos en los artículos 44 de la Constitución y 33 y 37.1º.18 del Estatuto de Autonomía en el ámbito de la Cultura.

En el amplio escenario de intervenciones de este tipo que se producen a lo largo del territorio andaluz, ocupa un lugar preeminente las acciones que posibilitan el efectivo disfrute de nuestro patrimonio cultural gracias a promover su conocimiento y protección.

Sin duda, en determinadas comarcas y localidades de Andalucía, esta tarea compleja e ingente adquiere la dificultad de la alta concentración de este patrimonio histórico y monumental.

Dentro de estas intervenciones, esa Institución del Defensor del Pueblo Andaluz tramitó en su día la queja 16/4214, referida a la conservación y protección del inmueble denominado “Cortijo del Fraile” en Níjar. Su tramitación nos permitió conocer las acciones de tutela desplegadas por la Delegación Territorial de

Cultura, Turismo y Deporte y, tras las comprobaciones necesarias nos dirigimos con fecha 2 de Noviembre de 2016 (S 201600035367) a esa entidad indicando:

> *"… A la vista de las informaciones recibidas, consideramos que la Delegación Territorial viene acometiendo de manera prelacionada las medidas previstas para instar a los sujetos titulares del inmueble las actuaciones de protección que se ha definido en los correspondientes proyectos de intervención. Así, la entidad titular del inmueble procedió al vallado perimetral requerido, al igual que ha acometido las obras para el reforzamiento de la Capilla del Cortijo del Fraile, (Expte. 31/15) autorizada mediante Resolución de 29/05/2015 de la Delegación Territorial de Educación, Cultura y Deporte de Almería. Se aludía a que "Estas Obras, con un presupuesto general de80.613,96 euros, iniciadas en noviembre de 2015 por la propietaria del Bien tienen su finalización en febrero de 2016" .*
>
> *Pero, de igual modo, se nos ha dado cuenta de las medidas adoptadas mediante multas coercitivas para impulsar el "proyecto de Conservación del Cortijo del Fraile" que, a pesar ello, no había sido ejecutado.*
>
> *Dado que el informe pone de manifiesto la actuación de la Delegación Territorial en aplicar las vías ejecutivas y de compulsión necesarias, consideramos que, en estos momentos, procede continuar con su práctica hasta la definitiva ejecución del proyecto presentado y autorizado, sin que se se considere necesario emitir un pronunciamiento formal como Resolución al respecto. Ello, desde luego, sin postergar las restantes medidas previstas por los artículos 14 y 15 de la Ley 14/2007,de Patrimonio Histórico de Andalucía que habrán de ser evaluadas por las autoridades culturales en función del curso de las circunstancias de expediente.*
>
> *En todo caso, es intención de esta Institución disponer de las intervenciones de seguimiento que resulten oportunas para conocer la evolución del asunto tratado en la presente queja.*

Recientemente, hemos tenido conocimiento de distintas iniciativas judiciales en torno a la ejecución y puesta efectiva de las intervenciones ordenadas a la mercantil propietaria del Inmueble.

Pues bien, acorde con la intención de promover las labores de seguimiento que se anunciaban en el escrito indicado, hemos considerado oportuno realizar esa actualización de la cuestión tratada.

Por ello, hemos considerado oportuno proponer incoar queja de oficio al amparo del artículo 10 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre del Defensor del Pueblo Andaluz, ante la Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte de Almería, a fin de conocer:

- medidas declarativas de protección patrimonial-cultural del denominado Cortijo del Fraile, en Níjar.
- obras que se hubieran realizado por parte de la mercantil propietaria debidamente ejecutadas.
- intervenciones acordadas y pendientes de ejecución, en su caso, para su protección o conservación.
- cualquier otra circunstancia que consideren oportuno transmitir para esclarecer y actualizar el asunto que nos ocupa.

21-07-2017 CIERRE DE LA QUEJA DE OFICIO

La presente queja de oficio fue incoada para conocer las medidas de conservación que se habían acordado por las autoridades culturales para la conservación del Cortijo del Fraile en Níjar (Almería). Entre las intervenciones que se explicaron por la Delegación Territorial de Cultura se señalaba:

> *"- Obras que se hubieran realizado por parte de la mercantil propietaria debidamente ejecutadas: las obras ejecutadas han sido las siguientes:*
>
> *Obras de Consolidación de la Capilla del cortijo del Fraile, el proyecto es autorizado mediante Resolución de 29/05/2015 de la Delegación Territorial de Educación, Cultura y Deporte de Almería.*

Las Obras, iniciadas en noviembre de 2015 por la empresa Rehabitec S.L., finalizaron en febrero de 2016.

Con fecha 01/10/2015 es presentado el Proyecto de conservación del inmueble "Cortijo del fraile". Se autoriza mediante Resolución de 08/10/2015 de la Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte de Almería. Las actuaciones se inician el 18 de octubre de 2016 y finalizan en febrero de 2017.

- Intervenciones acordadas y pendientes de ejecución, en su caso, para su protección o conservación.

No hay ninguna actuación pendiente.

- Cualquier otra circunstancia que consideren oportuno trasmitir para esclarecer y actualizar el asunto que nos ocupa.

Esta Administración Cultural ha actuado ,en todo momento, en base a la Ley 14/2007 de Patrimonio Histórico de Andalucía, exigiendo a los titulares del inmueble las obligaciones que establece el artículo 14.1 de dicha ley y dictando las órdenes de ejecución necesarias (art. 15.1) para que los titulares realizasen las obras indicadas en los informes técnicos de los que dispone la Delegación.

A la vista de la anterior información, comprobamos que se han llevado a término las ejecuciones establecidas para la conservación del inmueble, conforme resolvió la autoridad cultural. Por ello, procede concluir nuestras actuaciones, sin perjuicio de realizar los seguimientos que, en su caso, resulten necesarios en favor de la conservación y puesta en valor del rico patrimonio monumental de la zona de Níjar.

¿Qué medidas se han adoptado para la protección de las pinturas rupestres de la Cueva de Atlanterra en Tarifa?. Lo investigamos

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/2688 dirigida a Consejería de Turismo y Deporte, Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte en Cádiz

- 28 Septiembre 2017

RESUMEN DEL RESULTADO (CIERRE DE QUEJA DE OFICIO)

Tuvimos conocimiento de que, en el municipio de Tarifa, un yacimiento de alto valor arqueológico, de 18.000 años de antigüedad, había sido objeto de expolios y daños contra pinturas de arte rupestre producidos por actos vandálicos en las cuevas del paraje de Atlanterra.

Por ello, incoamos queja de oficio para conocer las medidas que se han adoptado por la autoridad cultural en orden a la delimitación y protección de este importante yacimiento, así como los elementos de protección y defensa ante el riesgo de estos actos que violentan los restos susceptibles de tutela y defensa.

En el informe recibido desde la Delegación Territorial de Cultura de Cádiz se nos indica que:

"Ante las agresiones sufridas en la cueva en 2010, esta Delegación financió su restauración y limpieza, junto a la Cueva de los Alemanes, por importe de 6000,00 euros.

No obstante, a pesar de estar ubicada en una parcela urbanizada y supuestamente controlada, el cerramiento instalado por esta Delegación ha sido violentado, y las pinturas han vuelto a ser agredidas.

Recientemente, la Comisión Provincial de Patrimonio Histórico de Cádiz, de fecha 21 de junio de 2017 ha informado favorablemente el proyecto presentado por el Ayuntamiento de Tarifa de cerramiento de dicha Cueva. Dicho cerramiento se realiza a base de enrejado de acero en la misma embocadura del abrigo.

El informe explica que:

"Ante este problema, la implantación de medidas de seguridad a través de instalación de vallados o colocación de rejas han demostrado ser de dudosa eficacia, además de estar muy cuestionada por numerosos especialistas en arte rupestre, dada la agresión que supone a la roca, además del impacto visual y paisajístico".

Por ello, en estos momentos en los que se prepara la ejecución del nuevo proyecto de protección, procede aguardar sus resultados y disponer de futuras evaluaciones de su aplicación. En todo caso, debemos insistir en la máxima diligencia a la hora de disponer la protección de estos valiosos restos pictóricos de antigüedad milenaria.

19/06/2017 APERTURA DE LA QUEJA DE OFICIO

Esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz ha venido desarrollando una amplia y dilatada labor de atención al eficaz sistema normativo de promoción y protección del patrimonio histórico artístico.

Así, en los sucesivos Informes Anuales al Parlamento, al igual que con motivo de la elaboración de los Informes Especiales, la Institución ha querido contribuir al mejor desempeño de las actuaciones de los poderes públicos para la protección y puesta en valor de nuestra riqueza monumental. Todo ello en consonancia con las funciones de protección y tutela de los derechos establecidos en los artículos 44 de la Constitución y 33 y 37.1º.18 del Estatuto de Autonomía en el ámbito de la cultura.

En el amplio escenario de intervenciones de este tipo que se producen a lo largo del territorio andaluz, ocupa un lugar preeminente las acciones que posibilitan el efectivo disfrute de nuestro patrimonio cultural gracias a promover su conocimiento e investigación a través de las intervenciones arqueológicas «con el objetivo de que la investigación revierta en un aumento y cualificación del conocimiento histórico de nuestro pasado y presente», en los términos que afirma el Decreto 168/2003, de 17 de Junio (BOJA 134, de 15 de Julio), por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Arqueológicas.

En el conjunto de actividades de protección de la riqueza arqueológica andaluza, las autoridades culturales ha venido desarrollando una importante labor de localización, descripción e investigación de las zonas que han acreditado este interés en el conjunto de elementos que componen el rico y variado Patrimonio Histórico Andaluz.

Así, en el caso del territorio de la provincia de Cádiz, concretamente en el entorno del Parque de los Alcornocales y zona del Estrecho, hemos tenido conocimiento del asalto y ataque de las pinturas rupestres de la denominada Cueva de Atlanterra. Se trata de un recinto, en el término municipal de Tarifa, que alberga importantes ejemplos de pinturas rupestres datadas en 18.000 años de antigüedad y, por tanto, de gran valor por ser exponentes del denominado “Arte Sureño”, dentro de estas reseñas propias del Paleolítico Superior, Neolítico y Edad de Cobre.

Según las informaciones publicadas, se han denunciado agresiones con motivo del ataque con pinturas a estos recintos y sus entornos. Tales hechos han sido conocidos por investigadores y entidades ciudadanas comprometidas con este patrimonio que coinciden en señalar que las medidas de protección no resultan eficaces.

Por ello, interesa conocer las medidas que se han adoptado por la autoridad cultural en orden a la delimitación y protección de este importante yacimiento, así como los elementos de protección y defensa ante el riesgo de estos ataques que violentan los restos susceptibles de tutela y defensa. Igualmente, es necesario conocer el alcance de los daños supuestos en estas inscripciones y las medidas que, en su caso, se prevean adoptar para su reparación.

En suma, resulta de sumo interés conocer el resultado práctico de las disposiciones declarativas de un régimen de delimitación y protección de este yacimiento no sólo como objeto de intervenciones de investigación y estudio sino, en particular, como instrumento que ponga en marcha todas las medidas de protección y tutela que se nos antojan esenciales para hacer posible la conservación de tales restos y su posterior explotación científica y para impedir supuestos de agresiones y expolios de la envergadura como la que se ha descrito en el lamentable caso del yacimiento de la “Cueva de Atlanterra”, en Tarifa (Cádiz).

Por ello, hemos considerado oportuno proponer incoar queja de oficio al amparo del artículo 10 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre del Defensor del Pueblo Andaluz, ante la Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte de Cádiz, a fin de conocer:

- medidas de protección de la “Cueva de Atlanterra”, en Tarifa (Cádiz).
- labores de intervención arqueológica que se hubieran realizado.
- descripción de los daños que se hubieran provocado sobre las inscripciones y pinturas del yacimiento.

28-09-2017 CIERRE DE LA QUEJA DE OFICIO

En el informe recibido desde la Delegación Territorial de Cultura de Cádiz se nos indica que:

"Ante las agresiones sufridas en la cueva en 2010, esta Delegación financió su restauración y limpieza, junto a la Cueva de los Alemanes, por importe de 6000,00 euros.

No obstante, a pesar de estar ubicada en una parcela urbanizada y supuestamente controlada, el cerramiento instalado por esta Delegación ha sido violentado, y las pinturas han vuelto a ser agredidas.

Recientemente, la Comisión Provincial de Patrimonio Histórico de Cádiz, de fecha 21 de junio de 2017 ha informado favorablemente el proyecto presentado por el Ayuntamiento de Tarifa de cerramiento de dicha Cueva. Dicho cerramiento se realiza a base de enrejado de acero en la misma embocadura del abrigo.

Las soluciones y actuaciones para la protección del Arte Rupestre no es tan inmediata como algunos tratan de poner en evidencia (instalar rejas, intervenir arqueológicamente, etc.) y que si es cierto que el problema existe, y hay que tomar medidas allí donde se manifieste, su solución de manera preventiva y sistemática, no puede depender exclusivamente de los presupuestos de la Administración pública. Siendo altamente recomendable no solo la denuncia, sino también la implicación directa de otros colectivos en la protección de dicho patrimonio, así como la participación de los expertos a fin de determinar cuáles son las fórmulas idóneas de actuación."

Ciertamente, nos encontramos ante un supuesto singularmente grave de expolio de un yacimiento que parece que no ha logrado hacer operativas ni efectivas las medidas de protección que, como tal elemento del patrimonio cultural, ostenta.

El informe explica que:

"Ante este problema, la implantación de medidas de seguridad a través de instalación de vallados o colocación de rejas han demostrado ser de dudosa eficacia, además de estar muy cuestionada por numerosos especialistas en arte rupestre, dada la agresión que supone a la roca, además del impacto visual y paisajístico".

Por ello, en estos momentos en los que se prepara la ejecución del nuevo proyecto de protección, procede aguardar sus resultados y disponer de futuras evaluaciones de su aplicación. En todo caso, debemos insistir en la máxima diligencia a la hora de disponer la protección de estos valiosos restos pictóricos de antigüedad milenaria.

Agradecemos la colaboración prestada y procedemos a la finalización de nuestras actuaciones, sin perjuicio de la continuidad de las acciones de seguimiento que el caso merece.

Actuamos de oficio ante el grave deterioro de la Torre de los Herberos en Dos Hermanas, Sevilla

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/2821 dirigida a Ayuntamiento de Dos Hermanas (Sevilla), Consejería de Turismo y Deporte, Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte en Sevilla

- 14 Agosto 2017

RESUMEN DEL RESULTADO (CIERRE DE QUEJA DE OFICIO)

Tras la tramitación de la queja de oficio incoada ante la situación que presenta al Torre de los Herberos, en Dos Hermanas (Sevilla), con fecha 31 de julio de 2017 recibimos informe de la Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte de Sevilla.

Del mismo modo, el propio Ayuntamiento de la ciudad de Dos Hermanas nos informa con fecha 1 de agosto de 2017.

A la vista de sendas informaciones, hemos de entender que ambas administraciones, en el marco de sus respectivas iniciativas, vienen interviniendo sobre la denominada Torre de los Humeros en los términos que se recogen en dichos escritos.

Es intención de esta Institución proseguir impulsado las actuaciones necesarias de todas las instancias competentes para salvaguardar la integridad de dicho monumento declarado BIC y merecedor de la protección y tutela que la normativa establece para los inmuebles inscritos en el CGPHA.

Por ello, hemos de requerir de nuevo, tanto al Ayuntamiento como a la Delegación de Cultura, la continuidad de los trabajos emprendidos y el impulso de las medidas dirigidas al cumplimiento de las obligaciones establecidas, en sus respectivos ámbitos competenciales, en la normativa patrimonial y artística.

Entendiendo que el asunto se encuentra en vías de solución, y sin perjuicio de las actuaciones de seguimiento que resulten necesarias, procedemos a concluir nuestras actuaciones.

19-06-2017 APERTURA DE LA QUEJA DE OFICIO

Esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz ha venido desarrollando una amplia y dilatada labor de atención al eficaz sistema normativo de promoción y protección del patrimonio histórico artístico.

Así, en los sucesivos Informes Anuales al Parlamento, al igual que con motivo de la elaboración de los Informes Especiales, la Institución ha querido contribuir al mejor desempeño de las actuaciones de los poderes públicos para la protección y puesta en valor de nuestra riqueza monumental. Todo ello en consonancia con las funciones de protección y tutela de los derechos establecidos en los artículos 44 de la

Constitución y 33 y 37.1º.18 del Estatuto de Autonomía en el ámbito de la cultura.

En el amplio escenario de intervenciones de este tipo que se producen a lo largo del territorio andaluz, en ocasiones aparecen noticias sobre la ausencia de protección y tutela de estos inmuebles o espacios, por lo que se sitúan bajo la amenaza de intervenciones de terceros que perjudiquen su conservación o incluso quedando en un riesgo cierto de expolio.

En esta ocasión hemos conocido, según diversos medios de comunicación, de la preocupante situación de la denominada "Torre de los Herberos", en el municipio de Dos Hermanas (Sevilla).

El mal estado de la atalaya ha sido, al parecer, denunciado en variadas ocasiones y habría sido objeto de varias intervenciones de conservación; también se alude a proyectos de mayor calado incluyendo programas de puesta en valor y de visitas tras su rehabilitación que parecen no haber concluido en medidas concretas.

Según la base de datos del Catálogo General de Patrimonio Histórico de Andalucía, aparece la inclusión de:

> Cortijo de Tixe: Torre de los Herberos
>
> Denominación del bien: Cortijo de Tixe: Torre de los Herberos
>
> Provincia: SEVILLA
>
> Municipio: DOS HERMANAS
>
> Régimen de protección: B.I.C
>
> Estado administrativo: Inscrito
>
> Fecha de disposición: 25/06/1985
>
> Tipo de patrimonio: Inmueble
>
> Tipología jurídica: Monumento
>
> Boletín oficial: BOE del 29 de junio de 1985

Esta Institución al tener conocimiento de esta noticia sobre el caso, ha considerado oportuno profundizar en las causas de esta peculiar situación que, en todo caso, necesitaría una información más detallada y explicativa. Por ello, hemos considerado oportuno proponer incoar queja de oficio al amparo del artículo 10 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre del Defensor del Pueblo Andaluz, ante el Ayuntamiento de Dos Hermanas y la Delegación Territorial de Cultura de Sevilla, a fin de conocer:

- causas y motivos por los que se han producidos los daños descritos en la Torre de Los Herberos.
- medidas protectoras previstas para el inmueble.
- ejecución y control de las mismas.
- proyectos que se prevean realizar para la conservación del entorno, denuncias o iniciativas que se hayan recibo sobre estos daños y sus respuestas.

14-08-2017 CIERRE DE LA QUEJA DE OFICIO

Tras la tramitación de la queja de oficio incoada ante la situación que presenta al Torre de los Herberos, en Dos Hermanas (Sevilla), con fecha 31 de julio de 2017 recibimos informe de la Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte de Sevilla en el que se expresa lo siguiente:

"PRIMERO.- Con fecha de 26 de enero de 2005, y remitido por el Excmo. Ayuntamiento de Dos Hermanas como promotor de la obras, fue informado por la Comisión Provincial de Patrimonio de Sevilla, órgano consultivo de esta Delegación, un proyecto de rehabilitación de la citada Torre de los Herberos, cuyo acuerdo fue en el sentido de la necesidad de que presentara un proyecto modificado que corrigiera determinados aspectos del citado proyecto de rehabilitación. No consta ninguna entrada posterior sobre este asunto.

SEGUNDO.- Conforme a lo establecido en el artículo 14 de la vigente Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía, son los propietarios, titulares de derechos o simples poseedores de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Andaluz, quienes tienen el deber de conservarlos, mantenerlos y custodiarlos de manera que se garantice la salvaguardia de sus valores.

TERCERO.- Hemos tenido conocimiento de que el Ayuntamiento de Dos Hermanas "….acaba de aprobar el proyecto de actividad arqueológica y consolidaciones puntuales" en la citada Torre.

CUARTO.- En esta fecha, no consta en esta Delegación Territorial que el mencionado proyecto haya sido remitido por el Ayuntamiento de Dos Hermanas, par su autorización previa por esta Delegación Territorial conforme establece el artículo 33.3 de la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía.

QUINTO.- Una vez nos sea remitido el mencionado proyecto, por parte de esta Delegación se realizarán los trámites establecidos en la legislación de patrimonio histórico con la máxima celeridad con objeto de que por parte del Ayuntamiento de Dos Hermanas se adopten las medidas necesarias para la conservación de este bien de interés cultural con carácter urgente."

Del mismo modo, el propio Ayuntamiento de la ciudad de Dos Hermanas nos informa con fecha 1 de agosto de 2017 que:

"Finalmente, la Junta de Gobierno Local celebrada el 14 de julio de 2017 ha aprobado el "PROYECTO DE ACTIVIDAD ARQUEOLÓGICA Y CONSOLIDACIONES PUNTUALES EN TORRE DE LOS HERBEROS". Dicho documento será sometido a la autorización previa de la Consejería de Cultura, conforme determina el art. 52 de la Ley 1/1991, de 3 de julio, de Patrimonio Histórico de Andalucía, para su posterior tramitación del correspondiente expediente de licitación de las obras con sujeción a las normas de contratación pública".

A la vista de sendas informaciones, hemos de entender que ambas administraciones, en el marco de sus respectivas iniciativas, vienen interviniendo sobre la denominada Torre de los Humeros en los términos que se recogen en dichos escritos.

Es intención de esta Institución proseguir impulsado las actuaciones necesarias de todas las instancias competentes para salvaguardar la integridad de dicho monumento declarado BIC y merecedor de la protección y tutela que la normativa establece para los inmuebles inscritos en el CGPHA.

Por ello, hemos de requerir de nuevo, tanto al Ayuntamiento como a la Delegación de Cultura, la continuidad de los trabajos emprendidos y el impulso de las medidas dirigidas al cumplimiento de las obligaciones establecidas, en sus respectivos ámbitos competenciales, en la normativa patrimonial y artística.

Entendiendo que el asunto se encuentra en vías de solución, y sin perjuicio de las actuaciones de seguimiento que resulten necesarias, procedemos a concluir nuestras actuaciones.

La Administración interviene al conocer la restauración de un retablo sin la autorización previa

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/3764 dirigida a Consejería de Turismo y Deporte, Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte en Granada

- 28 Septiembre 2017

RESUMEN DEL RESULTADO (CIERRE DE QUEJA DE OFICIO)

Con motivo de la tramitación de la presente queja de oficio, esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz solicitó a la Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte de Granada información sobre la supuesta intervención sobre un retablo de la Iglesia del Corpus Christi de Granada sin las debidas autorizaciones.

Esa Delegación nos ha remitido informe.

A la vista de la información recibida, entendemos que la Administración cultural ha actuado en el ámbito de las competencias que tiene atribuidas promoviendo la sujeción de estas intervenciones a los procesos previstos en la normativa específica, una vez acreditado que tales intervenciones carecían de proyecto previo y autorización formal.

Dados los compromisos indicados, y la suspensión decretada para reconducir los trabajos a los controles y verificaciones que la normativa exige, procede concluir nuestras actuaciones, sin perjuicio de desplegar en adelante las acciones de seguimiento que el caso aconseje velando por las medidas que garanticen y protejan la riqueza patrimonial y cultural de Andalucía.

11-08-2017 APERTURA DE LA QUEJA DE OFICIO

Suspensión de restauración de un retablo sin disponer de la autorización de Cultura.

Con motivo de la tramitación de la presente queja de oficio, esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz solicitó a la Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte de Granada información sobre la supuesta intervención sobre un retablo de la Iglesia del Corpus Christi de Granada sin las debidas autorizaciones.

28-09-2017 CIERRE DE LA QUEJA DE OFICIO

Con motivo de la tramitación de la presente queja de oficio, esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz solicitó a la Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte de Granada información sobre la supuesta intervención sobre un retablo de la Iglesia del Corpus Christi de Granada sin las debidas

autorizaciones.

Esa Delegación nos ha remitido informe en el que, entre otras consideraciones, nos indica que:

> *"Al no tener constancia en esta Delegación de dicha actuación, con fecha 20 de junio de 2017, se realiza visita de inspección y se comprueba que se está llevando a cabo la restauración del citado retablo y que la intervención esta finalizando, todo ello sin la correspondiente autorización. Por ello, con fecha 22 de junio de 2017, se dicta propuesta de resolución de paralización de dichas obras por el Jefe de Servicio de Bienes Culturales.*
>
> *Actualmente la citada intervención se encuentra paralizada en espera de la presentación para su valoración de un proyecto de legalización.*
>
> *Responsabilidad del titular del retablo viene recogida en la ley 14/2007 de 26 de noviembre de 2007, destacar el art. 14. Obligaciones de las personas titulares, en concreto:*
>
> *Art. 14.1. Las personas propietarias, titulares de derechos o simples poseedoras de bienes integrantes del Patrimonio Histórico Andaluz, se hallen o no catalogados, tienen el deber de conservarlos, mantenerlos y custodiarlos de manera que se garantice la salvaguarda de sus valores. A estos efectos, la Consejería competente en materia de patrimonio histórico podrá asesorar sobre aquellas obras y actuaciones precisas para el cumplimiento del deber de conservación.*
>
> *El protocolo a seguir para la realización de una labor restauradoras sobre una obra de arte declarada Bien de Interés Cultural, es la siguiente:*
>
> *En primer lugar el propietario, poseedor o titular de la obra de arte que desea intervenir sobre ella, solicita a esta Delegación Territorial autorización para realizar la actuación, la cual ha de ir acompañada del correspondiente proyecto de conservación, firmado por técnico competente en la materia, (art. 21 y 22 de la citada ley). Dicho proyecto es estudiado e informado por la Comisión Provincial de Patrimonio.*
>
> *Una vez obtenida la autorización y comenzada la intervención, y según necesidad, se realiza la visita de inspección por técnicos de esta Delegación para comprobar la adecuación de los tratamientos al proyecto y a la obra. Finalmente, al término de las intervenciones se ha de presentar en esta Delegación Territorial Informe final sobre la ejecución de las mismas.*
>
> *Comunicar que con fecha 6 de julio de 2017, se recibe en esta Delegación Territorial "informe técnico de restauración" elaborado por el Departamento de Restauración de la Archidiócesis de Granada, firmado por la Directora del citado departamento, y proyecto de asunto "Retablo de Ntro. Padre Jesús del Rescate, estado de conservación, proyecto de restauración y presupuesto", firmado por un restaurador de obras de arte que ha llevado la ejecución de la intervención. Ninguno de los documentos constituye un proyecto de legalización. Por ello, y con fecha de registro de salida 25 de julio de 2017, remite escrito al Arzobispado de Granada informando que para proceder a retirar la paralización es necesario la presentación de un proyecto de legalización, punto en el que nos encontramos actualmente".*

A la vista de las anteriores informaciones, **entendemos que la Administración cultural ha actuado en el ámbito de las competencias que tiene atribuidas promoviendo la sujeción de estas intervenciones a los procesos previstos en la normativa específica, una vez acreditado que tales intervenciones carecían de proyecto previo y autorización formal.**

Dados los compromisos indicados, y la suspensión decretada para reconducir los trabajos a los controles y verificaciones que la normativa exige, procede concluir nuestras actuaciones, sin perjuicio de desplegar en adelante las acciones de seguimiento que el caso aconseje velando por las medidas que garanticen y protejan la riqueza patrimonial y cultural de Andalucía.

Preguntamos por la bonificación de tasas por la utilización de las instalaciones deportivas municipales en Paymogo y Cádiz

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/5232 dirigida a Ayuntamiento de Paymogo (Huelva), Ayuntamiento de Cádiz

- 11 Octubre 2017

La Institución del Defensor del Pueblo Andaluz ha tenido conocimiento de la existencia la Ordenanza nº17 de esa Corporación reguladora de la Tasa por Prestación de Servicios en las Instalaciones Deportivas, Casas de Baños, Duchas y Otros servicios análogos, donde el artículo 5º.1 establece que «no estarán sujetos a las tasas establecidas en esta Ordenanza ... c) El uso de las instalaciones ... de los Clubes Deportivos Federados locales...», y en el artículo 5º.2 la aplicación de bonificaciones sobre las tasas establecidas, en concreto una reducción del 30% al para el personal técnico del IMD y una reducción de hasta el 90% para aquellas actividades y usos llevadas a cabo por entidades sin ánimo de lucro, indicando en su último párrafo que «Estas bonificaciones, que serán aplicadas exclusivamente a aquellos beneficiarios domiciliados en la ciudad de Cádiz...».

También, en la localidad de Paymogo hemos constatado una supuesto similar: Por medio de la publicación en el Boletín Oficial de Huelva nº 149 de fecha 7 de Agosto de 2017, del Anuncio por el que se eleva a definitivo el Acuerdo plenario provisional del Ayuntamiento de Paymogo sobre imposición de la Tasa por utilización de la Instalación Deportiva Piscina Municipal, así como la Ordenanza fiscal reguladora de la misma.

Dicha Ordenanza viene a establecer en su artículo 6ª el reconocimiento de bonificaciones sobre la cuota tributaria, entre la que se encuentra un 10% para los Asociados a entidades culturales, deportivas o educativas de carácter local y sede en Paymogo.

El deporte tiene la condición de factor corrector de desequilibrios sociales, así el Preámbulo de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, señala que «constituye como un elemento fundamental del sistema educativo y su práctica es importante en el mantenimiento de la salud y, por tanto, es un factor corrector de desequilibrios sociales que contribuye al desarrollo de la igualdad entre los ciudadanos, crea hábitos favorecedores de la inserción social y, asimismo, su práctica en equipo fomenta la solidaridad. Todo esto conforma el deporte como elemento determinante de la calidad de vida y la utilización activa y participativa del tiempo de ocio en la sociedad contemporánea».

La recientemente aprobada Ley 5/2016, de 19 de julio, del Deporte Andaluz, incide en dicho aspecto «postulando al deporte como un derecho de la ciudadanía, mediante el reconocimiento de la existencia de

la práctica deportiva en toda su magnitud, que incluye desde el deporte de competición al deporte de ocio», «teniendo la consideración de actividad de interés general que cumple funciones sociales, culturales, educativas, económicas y de salud», «inspirada en el principio de igualdad efectiva y en la plena integración de las personas con discapacidad, personas mayores y los grupos de atención especial … reconociendo del derecho al deporte con carácter universal e imponiendo a todas las administraciones públicas el deber de garantizar el acceso de la ciudadanía a la practica del deporte en igualdad de condiciones y de oportunidades».

En el asunto que nos ocupa, si bien la potestad reglamentaria de las entidades locales en materia tributaria se ejercerá a través de Ordenanzas fiscales reguladoras de sus tributos propios (art. 106.2 LBRL), para la determinación de la cuantía de las tasas podrán tenerse en cuenta criterios genéricos de capacidad económica de los sujetos obligados a satisfacerlas (art. 24.4 LRHL). Por lo tanto, ninguna referencia se incluye en la normativa a criterios diferentes, como es el tener la consideración de “local” o el estar o no empadronado en el municipio.

En este sentido, se entiende oportuno que esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz tome mayor conocimiento de la situación, y en virtud de lo dispuesto en el art. 10.1 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, reguladora de esta Institución, se propone iniciar una actuación de oficio para que por parte del Ayuntamiento de Cádiz y por parte del Ayuntamientos de Paymogo, se nos informe al respecto.

Preguntamos por la bonificación de tasas para la visita al Conjunto Monumental de San Luis de los Franceses

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/5253 dirigida a Diputación Provincial de Sevilla

- 11 Octubre 2017

La Institución del Defensor del Pueblo Andaluz ha tenido conocimiento, por medio de la publicación en el Boletín Oficial de la Provincia de Sevilla nº 181 de fecha 7 de Agosto de 2017, del Anuncio por el que se aprueba la Ordenanza reguladora de las tasas por visitas en el Conjunto Monumental de San Luis de los Franceses.

Dicha Ordenanza viene a establecer en su artículo 4º el reconocimiento de exenciones y bonificaciones, indicando que «No se concederán otros beneficios fiscales que los expresamente determinados en las normas con rango de ley o los derivados de la aplicación de los tratados internacionales, en la cuantía que por cada uno de ellos se concedan.», y seguidamente establece el artículo 5º una tarifa general de 4€/visitante, una tarifa reducida de 1€/visitante para entre otros los residentes en Sevilla o municipios de su provincia, y una tarifa de grupo de 2€/visitante.

La Constitución Española viene a establecer la obligación de los poderes públicos para promover y tutelar el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho (art. 44), así como garantizar la conservación y promover el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad (art. 46). Finalmente, se establece que el reconocimiento, respeto y protección de estos principios informarán la legislación positiva (art. 53).

Y así el Estatuto de Autonomía para Andalucía (EAA) refrenda que «Todas las personas tienen derecho, en condiciones de igualdad, al acceso a la cultura, al disfrute de los bienes patrimoniales, artísticos y paisajísticos de Andalucía, al desarrollo de sus capacidades creativas individuales y colectivas, así como el deber de respetar y preservar el patrimonio cultural andaluz».

La Exposición de Motivos de la vigente norma del Patrimonio Histórico de Andalucía, Ley 14/2007, de 26 de noviembre, viene a establecer su fundamento en el mandado constitucional del referido artículo 46, y en el afianzamiento de la conciencia de identidad y de la cultura andaluza a través del conocimiento, investigación y difusión del patrimonio histórico (art. 10.3.3º EAA). De esta forma, en el artículo 1 se viene a determinar como su objeto de la Ley respecto al Patrimonio Histórico de Andalucía «garantizar su tutela, protección, conservación, salvaguarda y difusión, promover su enriquecimiento y uso como bien social y factor de desarrollo sostenible y asegurar su transmisión a las generaciones futura.», asegurando con dicha difusión su conocimiento por todos.

En cuanto a la aplicación concreta de la Tasa por visitas al Conjunto Monumental de San Luis de los Franceses, si bien la potestad reglamentaria de las entidades locales en materia tributaria se ejercerá a través de Ordenanzas fiscales reguladoras de sus tributos propios (art. 106.2 LBRL), para la determinación de la cuantía de las tasas podrán tenerse en cuenta criterios genéricos de capacidad económica de los sujetos obligados a satisfacerlas (art. 24.4 LRHL). Por lo tanto, ninguna referencia se incluye en la normativa a criterios diferentes, como es el tener la consideración de “local”, estar o no empadronado, o ser o no residente en el municipio o provincia.

En este sentido, se entiende oportuno que esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz tome mayor conocimiento de la situación, y en virtud de lo dispuesto en el art. 10.1 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, reguladora de esta Institución, iniciamos una actuación de oficio para que por parte de esa Diputación Provincial de Sevilla se nos informe al respecto.

¿Qué medidas se han puesto para la protección del Convento de Santa Inés en Sevilla?. Lo investigamos

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/6175 dirigida a Consejería de Turismo y Deporte, Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte en Sevilla

- 21 Noviembre 2017

Esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz ha venido desarrollando una amplia y dilatada labor de atención al eficaz sistema normativo de promoción y protección del patrimonio histórico artístico.

Así, en los sucesivos Informes Anuales al Parlamento, al igual que con motivo de la elaboración de los Informes Especiales, la Institución ha querido contribuir al mejor desempeño de las actuaciones de los poderes públicos para la protección y puesta en valor de nuestra riqueza monumental. Todo ello en consonancia con las funciones de protección y tutela de los derechos establecidos en los artículos 44 de la Constitución y 33 y 37.1º.18 del Estatuto de Autonomía en el ámbito de la Cultura.

En el amplio escenario de intervenciones de este tipo que se producen a lo largo del territorio andaluz, ocupa un lugar preeminente las acciones que posibilitan el efectivo disfrute de nuestro patrimonio cultural gracias a promover su conocimiento y protección.

Sin duda, en determinadas comarcas y localidades de Andalucía, esta tarea compleja e ingente adquiere la dificultad de la alta concentración de este patrimonio histórico y monumental. En concreto, hemos tenido conocimiento de la situación del Convento de Santa Inés en la ciudad de Sevilla, sobre el que pesa un aparente estado de conservación muy deficiente. Algunas informaciones hablan de se estancias sin cubiertas que protejan de la lluvia, paneles de azulejos en grave estado y una situación que, en general, sería calificable de emergencia para poder intervenir en aspectos esenciales para la estabilidad del monumento.

En todo caso, se alude a intervenciones a través de la Delegación de Cultura y de recientes inspecciones de técnicos que habrían informado sobre el asunto, por lo que deseamos solicitar la colaboración de las autoridades para conocer su criterio al respecto.

Por ello, hemos considerado oportuno proponer incoar queja de oficio al amparo del artículo 10 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre del Defensor del Pueblo Andaluz, ante la Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte de Sevilla, a fin de conocer:

- medidas declarativas de protección patrimonial-cultural del denominado Convento de Santa Inés, en la ciudad de Sevilla.
- obras que se hubieran realizado por parte de la propiedad y régimen de autorizaciones.

- calendario de intervenciones previstas, en su caso, para su protección o conservación.

¿Pueden menores en sillas de rueda participar en la Maratón de Sevilla? Pedimos que se estudie

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 17/0142 dirigida a Ayuntamiento de Sevilla, Instituto Municipal de Deportes de Sevilla

- 27 Julio 2017

Participación en el Maratón de Sevilla de menores discapacitados en silla de ruedas

ANTECEDENTES

I. A través de noticias aparecidas en diversos medios de comunicación y redes sociales, esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz tuvo conocimiento de de la existencia de un movimiento asociativo que está fomentando la participación de menores con discapacidad que utilizan sillas de rueda en competiciones o eventos deportivos, como la Maratón de Sevilla, realizando tal participación mediante la colaboración de corredores voluntarios que auxilian al menor y su silla o vehículo de apoyo.

II. Teniendo en cuenta lo anterior, y la existencia de distintos derechos en juego, esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz entendió oportuno iniciar una actuación de oficio orientada a conocer con mayor detalle las circunstancias acaecidas, las actuaciones desarrolladas para salvarlas, así como las medidas adoptadas en relación con estos menores. Dicha queja de oficio se motivaba en los siguientes términos:

> *"Ha tenido conocimiento esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz, por medio de la redes sociales, de la existencia de un movimiento asociativo que esta fomentando la participación de menores con discapacidad que utilizan sillas de rueda en competiciones o eventos deportivos, como la Maratón de Sevilla, realizando tal participación mediante la colaboración de corredores voluntarios que hacen turnos empujando la silla del menor.*
>
> *El deporte tiene la condición de factor corrector de desequilibrios sociales, así el Preámbulo de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, señala que «constituye como un elemento fundamental del sistema educativo y su práctica es importante en el mantenimiento de la salud y, por tanto, es un factor corrector de desequilibrios sociales que contribuye al desarrollo de la igualdad entre los ciudadanos, crea hábitos favorecedores de la inserción social y, asimismo, su práctica en equipo fomenta la solidaridad. Todo esto conforma el deporte como elemento determinante de la calidad de vida y la utilización activa y participativa del tiempo de ocio en la sociedad contemporánea».*
>
> *La recientemente aprobada Ley 5/2016, de 19 de julio, del Deporte Andaluz, incide en dicho aspecto «postulando al deporte como un derecho de la ciudadanía, mediante el reconocimiento de*

la existencia de la práctica deportiva en toda su magnitud, que incluye desde el deporte de competición al deporte de ocio», «teniendo la consideración de actividad de interés general que cumple funciones sociales, culturales, educativas, económicas y de salud», «inspirada en el principio de igualdad efectiva y en la plena integración de las personas con discapacidad, personas mayores y los grupos de atención especial … reconociendo del derecho al deporte con carácter universal e imponiendo a todas las administraciones públicas el deber de garantizar el acceso de la ciudadanía a la practica del deporte en igualdad de condiciones y de oportunidades».

Ante tal situación la postura de esta Institución, como no podía ser de otra forma, es el fomento del deporte como un derecho de la ciudadanía en general, y de los menores y discapacitados en particular como elemento integrador, pero todo ello con el cumplimiento de los requisitos de estar amparada dicha participación en la norma que regule la prueba o evento concreto con objeto de que no se produzca en su caso una falta de cobertura ante un eventual siniestro o una falta de las medidas de seguridad.

En este sentido, se entiende oportuno que esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz tome mayor conocimiento de la situación, y en virtud de lo dispuesto en el art. 10.1 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, reguladora de esta Institución, se propone iniciar una actuación de oficio para que por parte del Instituto Municipal de Deportes del Ayuntamiento de Sevilla, se nos informe sobre los siguientes extremos:

- *posibilidad de participación de menores discapacitados utilizando sillas de ruedas en la prueba de Maratón de Sevilla de conformidad con el reglamento que lo regula.*
- *en caso positivo, participarían con dorsal propio o el del voluntario que empuje la silla.*
- *cómo cubría el seguro de accidente su participación en la prueba.*
- *cualquier otra valoración que resulte de interés en relación con la cuestión tratada en la presente queja".*

III. Tras la correspondiente petición de informe ante el Instituto Municipal de Deportes del Ayuntamiento de Sevilla, se comunicó:

"Por parte de la entidad Carros de Fuego se traslada al IMD la petición de que se facilitase la participación de los menores con discapacidad que utilizan silla de ruedas, como vienen haciendo en el resto de carreras organizadas por el IMD. Estos chicos vienen participando habitualmente en las distintas carreras que organiza el IMD, en la categoría de discapacitados, contando con la cobertura, como el resto de participantes, del seguro correspondiente. En este sentido, la Maratón sólo permite, a efectos "competitivos", la participación de corredores mayores de edad, por lo que su participación se permite con la siguiente puntualización:

Al tratarse de menores de edad, no estarían cubiertos por el seguro de accidentes de la propia prueba, contratando por "Motorpress Ibérica" a tal fin. Por ello, se acuerda con la propia entidad Carros de Fuego la contratación por su parte de un seguro de accidentes para la prueba, exclusivo para los menores, con el fin de que tengas todas las garantías."

IV. Por otra parte, debemos manifestar la felicitación por la exitosa celebración de la pasada edición de la Maratón de Sevilla, que año tras año va incrementado su reconocimiento tanto a nivel deportivo -con un nuevo aumento de participación de deportistas y el reconocimiento por el IAAF como categoría "Road Race Silver"- como en cuanto al impacto económico, turístico y de promoción que ha

supuesto para la ciudad.

Consideramos que iniciativas de este tipo redundan en la promoción de derechos de la ciudadanía, en la mejora de su calidad de vida, en la promoción de hábitos de vida saludables e igualmente, contribuyen al crecimiento sostenible de la ciudad de Sevilla.

Teniendo en cuenta los antecedentes descritos, se estima oportuno realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

Primera.- El Deporte y su condición de factor corrector de desequilibrios sociales.

Ciertamente, el deporte tiene la condición de factor corrector de desequilibrios sociales. Así el Preámbulo de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, señala que «constituye como un elemento fundamental del sistema educativo y su práctica es importante en el mantenimiento de la salud y, por tanto, es un factor corrector de desequilibrios sociales que contribuye al desarrollo de la igualdad entre los ciudadanos, crea hábitos favorecedores de la inserción social y, asimismo, su práctica en equipo fomenta la solidaridad. Todo esto conforma el deporte como elemento determinante de la calidad de vida y la utilización activa y participativa del tiempo de ocio en la sociedad contemporánea».

La importancia del deporte fue recogida en el conjunto de principios rectores de la política social y económica que recoge el capítulo tercero del título I de la Constitución, que en su artículo 43.3 señala: «Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo, facilitarán la adecuada utilización del ocio».

En consonancia con ello, el apartado primero y segundo del artículo 4 de la citada Ley del Deporte, dispone que:

> «1. La Administración del Estado y las entidades educativas y deportivas atenderán muy especialmente la promoción de la práctica del deporte por los jóvenes, con objeto de facilitar las condiciones de su plena integración en el desarrollo social y cultural.
>
> 2. Es competencia de la Administración del Estado fomentar la práctica del deporte por las personas con minusvalías físicas, sensoriales, psíquicas y mixtas, al objeto de contribuir a su plena integración social.»

En el ámbito autonómico, la Ley 5/2016, de 19 de julio, del Deporte Andaluz, incide en dicho aspecto «postulando al deporte como un derecho de la ciudadanía, mediante el reconocimiento de la existencia de la práctica deportiva en toda su magnitud, que incluye desde el deporte de competición al deporte de ocio», «teniendo la consideración de actividad de interés general que cumple funciones sociales, culturales, educativas, económicas y de salud», «inspirada en el principio de igualdad efectiva y en la plena integración de las personas con discapacidad, personas mayores y los grupos de atención especial… reconociendo del derecho al deporte con carácter universal e imponiendo a todas las administraciones públicas el deber de garantizar el acceso de la ciudadanía a la practica del deporte en igualdad de condiciones y de oportunidades».

A tal efecto, el artículo 7 viene a determinar como grupos de atención especial a «la infancia y la juventud y aquellos grupos sociales más desfavorecidos o en situación de riesgo de exclusión social», para a continuación en el artículo 9 establecer en relación con el deporte para personas con discapacidad, que «se promoverá y fomentará la práctica de actividades físicas y el deporte, procurando eliminar cuantos obstáculos se opongan a su plena integración».

Segunda.- El Reglamento de la prueba como norma reguladora.

Todo evento deportivo oficial y categorizado dispone de un Reglamento de la prueba que regula los aspectos de la competición (fecha del evento, recorrido, inscripciones, categorías, premios, …), y que suelen concluir con la indicación expresa de aceptación de dicha normativa, empleando la fórmula: *"Todos los participantes por el hecho de realizar la inscripción aceptan la presente NORMATIVA y las Normas de la RFEA, FAA, IAAF y AIMS. En caso de duda, prevalecerá el criterio de la Organización"* (art. 17).

Así, en el asunto que nos ocupa en el presente expediente, y a tenor del contenido del informe emitido por el IMD, procedemos a realizar una transcripción literal de los artículos del Reglamento del "Zurich Maratón de Sevilla" que regulan dicha cuestión, destacando que el Reglamento publicado en la página web del evento para el próximo años 2018 es el mismo que el de la pasada edición 2017.

«Artículo 1. Presentación

El Instituto Municipal de Deportes del Ayuntamiento de Sevilla organiza, junto a Motorpress Ibérica S.A., el XXXIV Zurich Maratón de Sevilla, a celebrar el domingo 25 de febrero de 2018, a las 8:30 horas, y en el que podrán participar todas las personas mayores de edad que lo deseen sin distinción alguna.

Artículo 5. Aparatos y Artilugios Rodados

No está permitida la utilización de ningún aparato o artilugio rodado durante la carrera (incluido las handbike), excepto las sillas de los atletas discapacitados en silla de ruedas, homologadas por la Federación y oficialmente admitidos por la Organización. Éstos últimos deberán llevar obligatoriamente casco.

Artículo 7. Categorías y Clasificaciones

7.1. Categorías

Se establecen las siguientes categorías:

Junior M/F: Nacidos en 1999 y 2000 (mayor de edad el día de la prueba)

Promesa M/F: Nacidos de 1996 a 1998

Senior M/W): Nacidos desde 1995 hasta Veterano (35 años)

Veterano M 35 / F 35: De 35 a 39 años

Veterano M 40 / F 40: De 40 a 44 años

Veterano M 45/ F 45: De 45 a 49 años

Veterano M 50/ F 50: De 50 a 54 años

Veterano M 55/ F 55: De 55 a 59 años

Veterano M 60/ F 60: De 60 a 64 años

Veterano M 65/ F 65: De 65 a 69 años

Veterano M 70/ F 70: De 70 a 74 años

Veterano M 75/ F 75: De 75 a 79 años

Veterano M 80/ F 80: De 80 a 85 años

Veterano M 85/ F 85: Más de 85 años.

Discapacitado en Silla de Ruedas M/ F

Discapacitado Físico/Intelectual M/ F

- Todas las edades indicadas han de estar cumplidas el día de la prueba.»

Tercera.- Conclusiones.

Ante tal situación, la postura de esta Institución, como no podía ser de otra forma, es el fomento del deporte como un derecho de la ciudadanía en general, y de los menores y discapacitados, en particular, como elemento integrador, pero todo ello con el cumplimiento de los requisitos de estar amparada dicha participación en la norma que regule la prueba o evento concreto, de forma que quede amparada su participación, se cumplan las medidas de seguridad que se deban adoptar, y que en su caso no se produzca una falta de cobertura ante un eventual siniestro.

De ahí que debemos de valorar de manera muy positiva la labor de promoción de la actividad deportiva en sus diferentes facetas que se dirige con una vocación plural y, a la vez, integradora a todo el conjunto de la sociedad. Avanzar en la práctica del deporte y del ejercicio físico en general son hábitos que ayudan a un estilo de vida saludable y es una estrategia en la que los poderes públicos de implican paulatinamente.

La intervención de los Ayuntamientos como promotores de actividades deportivas se ha consolidado como una faceta frecuente y continuada que supone un ejemplo en el compromiso por lograr los objetivos de calidad de vida que hemos apuntado. En concreto, la ciudad de Sevilla viene apostando por servir de sede para acontecimientos relacionados con la práctica deportiva y el ocio físico que la sitúan como un destino preferente en los calendarios de este tipo de eventos a la vez que gana en calidad en la experiencia en todos sus procesos de organización.

Por lo tanto, partiendo de esta premisa general del derecho de las personas discapacitadas y de los menores a la practica del deporte, y más aún si cabe de los menores discapacitados por su doble condición, debemos preguntarnos si el actual Reglamento del evento que examinamos permite dicha participación.

Vistos los tres artículos transcritos en el Considerando Segundo, queda claro que las personas discapacitadas pueden inscribirse en la prueba al estar contempladas las categorías Discapacitado en Silla de Ruedas M/F y Discapacitado Físico/Intelectual M/F (art. 7.1), estando autorizadas el uso de las sillas de los atletas discapacitados en silla de ruedas, homologadas por la Federación y oficialmente admitidos por la Organización (art. 5), pero por el contrario solo podrán participar las personas mayores de edad (art. 1), con lo que queda excluida toda participación de menores.

A este respecto, se pretende dar respuesta en el informe emitido por el IMD indicando que "*En este sentido, la Maratón sólo permite, a efectos "competitivos", la participación de corredores mayores de edad*", cuando realmente nada indica el Reglamento sobre dicho efecto competitivo. Sin embargo, sí deja claro, en cuanto a las distintas categorías, que los participantes de menor edad han debido nacer en el año 2000 y tener cumplida la mayoría de edad el día de la prueba "*Junior M/F: Nacidos en 1999 y 2000 (mayor de edad el día de la prueba)*".

Ese añadido matiz de *"a efectos competitivos"* produce una segmentación que no se recoge en el reglamento de la prueba que deja clarificada la condición de la mayoría de edad para todos los participantes, sea cual sea el "efecto" con el que corran. La normativa de la prueba no admite menores de edad y, consecuentemente, no encontramos —ni se ha argumentado por el IMD— una aclaración que explique semejante anomalía.

Esta negativa que impone el Reglamento no vulnera en ningún caso el derecho de estos menores de edad a la practica del deporte ni de su integración; tan solo les impide competir en una prueba que requiere un

considerable esfuerzo, además de participar tanto en todas las pruebas organizadas por el IMD -como así se indica en el informe- como en otras carreras populares, de las que tenemos conocimiento por otras vías.

Hablamos de anomalía de esta participación de menores, no ya por separarse de la normas, sino además por los efectos distorsionantes que se producen. Y es que otro de los aspectos que la normativa que regula estas pruebas persigue es, principalmente, disponer de las medidas de seguridad que la tipología de cada carrera aconseja. Unos requisitos que pretenden dar una cobertura adecuada a los riesgos para la salud e integridad física de las personas participantes, la protección del recorrido, su compatibilidad con las actividades ordinarias del entorno de la celebración, etc. Obviamente, el objetivo es diagnosticar los eventuales riesgos y poner de manera preventiva las medidas necesarias para eliminarlos o, en su caso, minorar al máximo sus posibles impactos.

Y así, el Reglamento autoriza a los participantes discapacitados (mayores de edad) a utilizar silla de ruedas homologadas por la Federación y oficialmente admitidos por la Organización, siendo obligatorio el uso de casco (art. 5). No ponemos en duda desde esta Institución que las sillas de ruedas adaptadas utilizadas por los menores de "Carros de Fuego" estuvieran homologadas, pero de lo que si tenemos constancia es del incumplimiento del uso de casco que, en cualquier caso, era obligatorio.

Por otro lado, entre el conjunto de medidas que las organizaciones de estas pruebas disponen para su correcta celebración, se incluyen sistemas de aseguramiento mediante la concertación de seguros que ofrecen cobertura de estos riesgos. Cuestión a la que da respuesta el informe emitido de la siguiente forma:

> *"… la Maratón sólo permite, a efectos "competitivos", la participación de corredores mayores de edad, por lo que su participación se permite con la siguiente puntualización:*
>
> *Al tratarse de menores de edad, no estarían cubiertos por el seguro de accidentes de la propia prueba, contratando por "Motorpress Ibérica" a tal fin. Por ello, se acuerda con la propia entidad Carros de Fuego la contratación por su parte de un seguro de accidentes para la prueba, exclusivo para los menores, con el fin de que tengas todas las garantías."*

Es decir, se viene a reconocer que al ser menores de edad y no estar contemplada su posible participación en la prueba, el seguro suscrito por la organización para dar cobertura a los participantes no cubre un posible accidente para este grupo, por lo que se ven obligados a que sea la propia entidad "Carros de Fuego" la que directamente contrate un seguro para dar cobertura a estos menores.

Por tanto, la peculiaridad de inscribir participantes excluidos de los requisitos de mayoría de edad y las consecuencias que provoca su exclusión del régimen general de cobertura de los seguros concertados para el conjunto de la prueba, aconsejan una reordenación de tales supuestos.

Consideramos que la organización del IMD debería clarificar la dimensión y carácter de la prueba del Maratón a la hora de especificar la tipología de participantes y ofrecer un diálogo con las entidades interesadas para prácticas no recogidas en la normativa establecida, de tal forma que, caso de optar por otros criterios de participación, el reglamento de la prueba se modifique para dar la cobertura idónea a todos sus participantes.

Por todo lo anterior, y de conformidad con lo establecido en el artículo 29, apartado 1, de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, se formula al Instituto Municipal de Deportes de Sevilla la siguiente

RESOLUCIÓN

Recordatorio del deber de cumplir los preceptos de legalidad constitucional y ordinaria que hemos referido en la parte expositiva.

Recomendación, de que conforme a lo establecido en el Reglamento de la prueba, se controle el requisito de acreditar la mayoría de edad en las inscripciones para autorizar la participación de los corredores.

Sugerencia de que, de considerarse procedente la participación de menores de edad, o en su caso, de menores de edad que acrediten una discapacidad, se proceda a la modificación del Reglamento que regula la prueba disponiendo las medidas necesarias para garantizar las condiciones de participación de este singular colectivo.

Ver cierre de actuación de oficio

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Pedimos que se proceda a la adecuación de la Ordenanza Fiscal de Tasa por visitas en el Conjunto Monumental de San Luis de los Franceses de Sevilla

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 17/5253 dirigida a Diputación Provincial de Sevilla

- 29 Noviembre 2017

Esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz tramita la queja de oficio identificada con el número señalado en el encabezamiento. Los antecedentes sobre la cuestión debatida, así como las diferentes actuaciones en el curso de este expediente, nos han permitido analizar la situación planteada en la queja y, tras diversos trámites, que a continuación se detallan, hemos considerado procedente emitir un pronunciamiento formal como Resolución, según establece el artículo 29.1 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, reguladora del Defensor del Pueblo Andaluz.

ANTECEDENTES

I. La Institución del Defensor del Pueblo Andaluz tuvo conocimiento, por medio de la publicación en el Boletín Oficial de la Provincia de Sevilla nº 181 de fecha 7 de Agosto de 2017, del Anuncio por el que se aprobaba la Ordenanza reguladora de las tasas por visitas en el Conjunto Monumental de San Luis de los Franceses.

Dicha Ordenanza viene a establecer en su artículo 4º el reconocimiento de exenciones y bonificaciones, indicando que «No se concederán otros beneficios fiscales que los expresamente determinados en las normas con rango de ley o los derivados de la aplicación de los tratados internacionales, en la cuantía que por cada uno de ellos se concedan.», y seguidamente establece el artículo 5º una tarifa general de 4 euros/visitante, una tarifa reducida de 1 euro/visitante para entre otros los residentes en Sevilla o municipios de su provincia, y una tarifa de grupo de 2 euros/visitante.

II. Teniendo en cuenta lo anterior, y la existencia de distintos derechos en juego, esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz entendió oportuno iniciar una actuación de oficio orientada a conocer con mayor detalle las circunstancias de dicha cuestión.

III. Evacuada la petición de informe por la Diputación Provincial de Sevilla, se indica lo siguiente en relación a los anteriores puntos:

- *Con carácter previo, la Ordenanza Fiscal en cuestión es una norma con carácter reglamentario plenamente vigente, al haber sido aprobada por unanimidad del Pleno, haberse seguido con rigor los trámites normativos establecidos, sin objeción alguna tras su exposición pública, y sin que conste su*

impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa tras su publicación.

- Respecto a las exenciones, se indica que no se recoge ninguna respecto al pago de las tasas, lo que no impide el establecimiento de diferentes tarifas.
- En relación a las tasas, se indica haberse respetado el "*principio de equivalencia entre costes y rendimientos de las tasas*", estableciéndose *"unas tarifas muy reducidas para garantizar el mantenimiento y desarrollo razonable del servicio que se presta al visitante, habiéndose tenido en cuenta criterios genéricos de capacidad económica de los sujetos obligados a satisfacerla, lo que no excluye otros criterios conforme al carácter potestativo que se utiliza «podrán tenerse en cuenta criterios genéricos de capacidad económica» (art. 24.4 LHL)".*
- Que *"con el único objeto de acercar la cultura y la historia a los ciudadanos de Sevilla y su provincia, y como estimulo a una asistencia mas continuada se ha considerado, en ejercicio de la potestad reglamentaria, la idoneidad de aplicar una tarifa reducida de 1 euro, que no se estima contraria a derecho ni al principio de igualdad ni parece censurable de conformidad con los artículos 14 y 31.1 de la CE".*

Teniendo en cuenta los antecedentes descritos, se estima oportuno realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

Primera.- El derecho de acceso a la cultura y el deber de conservación como elemento imprescindible para la protección del patrimonio

La Constitución Española viene a establecer dentro del título de los derechos y deberes fundamentales, y como uno de los principios rectores de la política social y económica el derecho de acceso a la cultura de los ciudadanos, estableciendo que «Los poderes públicos promoverán y tutelaran el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho» (art. 44.1 CE.).

Como derecho fundamental, el derecho a la cultura se establece en su artículo 20.1 de la siguiente forma:

«1. Se reconocen y protegen los derechos:

a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.

c) A la libertad de cátedra.

d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades».

Como se ve el concepto de cultura, ya de por sí enormemente amplio, no tiene el mismo valor ni el mismo ámbito en sus distintas apariciones en el texto constitucional. Así, encontramos, al menos, un triple tratamiento jurídico de la cultura, en sus acepciones de libertad de creación, de cátedra, de manifestación de las distintas formas con que aparecen los fenómenos culturales; de diversidad, como reconocimiento y coexistencia de culturas distintas; y como actividad promocional, dirigida a facilitar el acceso y disfrute de lo que es un derecho.

Por lo tanto, es el artículo 44.1 donde el concepto de cultura se comporta como un concepto integral de todas las demás nociones y contenidos presentes en la Constitución, y que supone una responsabilidad activa por parte de la administración que debe garantizar el acceso de todos a la misma, acceso que se producirá bien como creador de bienes culturales, bien como consumidor de dichos bienes culturales.

A este respecto, el propio Estatuto de Autonomía para Andalucía viene a garantizar este derecho en su artículo 33:

«Todas las personas tienen derecho, en condiciones de igualdad, al acceso a la cultura, al disfrute de los bienes patrimoniales, artísticos y paisajísticos de Andalucía, al desarrollo de sus capacidades creativas individuales y colectivas, así como el deber de respetar y preservar el patrimonio cultural andaluz.».

Asimismo, los ordinales 17º y 18º del artículo 37.1 prevén, como principios rectores de las políticas públicas, «el libre acceso de todas las personas a la cultura y el respeto a la diversidad cultural»; y «la conservación y puesta en valor del patrimonio cultural, histórico y artístico de Andalucía, especialmente del flamenco».

Y enlazando con la anterior referencia al acceso a la cultura como consumidor de bienes culturales, el artículo 27 establece que:

«Se garantiza a los consumidores y usuarios de los bienes y servicios el derecho a asociarse, así como a la información, formación y protección en los términos que establezca la ley. Asimismo, la ley regulará los mecanismos de participación y el catálogo de derechos del consumidor».

Sentados estos principios, y con el objetivo de la transmisión de nuestro legado, la Ley de Patrimonio Histórico de Andalucía (Ley 14/2007, de 26 de Noviembre) pretende ordenar la conservación de dicho patrimonio mediante «la tutela, protección, conservación, salvaguarda …, asegurando su conocimiento a través de su difusión» (art. 1), siendo «de aplicación a todos los bienes de la cultura, materiales e inmateriales, en cuanto se encuentren en Andalucía y revelen un interés artístico, histórico, arqueológico, etnológico, documental, bibliográfico, científico o industrial» (art. 2).

Inscrito el bien inmueble que nos ocupa en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz como Bien de Interés Cultura (BIC) (art. 7), le hace gozar de una singular protección y tutela (art. 8), quedando obligada el titular del bien a su conservación, mantenimiento y custodia, debiendo permitir su inspección, así como la visita pública gratuita al menos cuatro días al mes (art. 14).

Segunda.- De la capacidad de intervención de la administración en la actividad de los ciudadanos.

La Ley 7/1985, de 2 de Abril Reguladora de las Bases de Régimen Local, establece en su artículo 84.1.a) que las Entidades locales podrán intervenir la actividad de los ciudadanos a través de Ordenanzas y bandos, ajustándose dicha actividad de intervención a los principios de igualdad de trato, necesidad y proporcionalidad con el objetivo que se persigue (art. 84.2).

Es la propia Constitución la que autoriza que «las Corporaciones locales podrán establecer y exigir tributos de acuerdo con la Constitución y las leyes» (art. 133.2 CE). Y así, la Ley de Bases de Régimen Local regula en su artículo 106 lo siguiente:

«1. Las entidades locales tendrán autonomía para establecer y exigir tributos de acuerdo con lo previsto en la legislación del Estado reguladora de las Haciendas locales y en las Leyes que dicten las Comunidades Autónomas en los supuestos expresamente previstos en aquélla.

2. La potestad reglamentaria de las entidades locales en materia tributaria se ejercerá a través de Ordenanzas fiscales reguladoras de sus tributos propios y de Ordenanzas generales de gestión, recaudación e inspección. Las Corporaciones locales podrán emanar disposiciones interpretativas y aclaratorias de las mismas. …»

A este respecto, y para la determinación de la cuota tributaria de las tasas de aplicación en el ámbito local, el Legislador estableció -en el Art. 24.2 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo- que su importe no podrá exceder en su conjunto del coste real o previsible del servicio o de la actividad de que se tratare, o en defecto de ambos

del valor de la prestación recibida.

Complementando el Legislador tributario aquellas previsiones con las del citado Art. 24, en su apartado 4, que establece: «Para la determinación de la cuantía de las tasas podrán tenerse en cuenta criterios genéricos de capacidad económica de los sujetos obligados a satisfacerlas».

Conforme a las consideraciones recogidas en la presente resolución, nada que objetar en el informe elaborado por la Diputación Provincial de Sevilla en relación a la tramitación en la aprobación de la Ordenanza Fiscal, la no aplicación de exenciones, al cálculo del importe de la tasa respetando el principio de equivalencia entre costes y rendimientos, el que quede garantizado el mantenimiento y desarrollo razonable del servicio prestado, que se haga posible el acceso de todos al patrimonio, o el establecimiento de visitas públicas gratuitas al estar catalogado el bien como BIC. Y es que esta Institución debe posicionarse, como no podía ser de otra forma, en el respeto a toda la normativa que sea de aplicación, velando por el cumplimiento de los derecho y obligaciones que se han de observar tanto por parte de la ciudadanía como de la administración.

Sin embargo, no podemos sino discrepar del criterio adoptado en cuando al objeto principal del presente expediente, que fue incoado con la intención de conocer la concreta aplicación de la tasa por las visitas al Conjunto Monumental de San Luis de los Franceses, en la ciudad de Sevilla.

Debemos partir de la premisa de que nos encontramos ante una Ordenanza Fiscal que regula el establecimiento de las tarifas de una «tasa», y no de un precio público, ya que ese caso el criterio sería distinto. Ambos conceptos parten de un mismo hecho, la entrega de bienes o la prestación de servicios por un ente público a cambio de una cantidad de dinero, pero mientras en la tasa el sector público tiene el monopolio para su prestación, en el precio público, el bien o servicio puede ser prestado por el sector público y privado indistintamente. Además, dejamos apuntado el debatido régimen de ambas figuras de ingresos públicos que determinan en una compleja aplicación de variados criterios (entidad prestadora, voluntariedad del servicio, régimen de su aprobación, etc) que, ciertamente, no resultan pacíficos y cuyo desarrollo escapa del alcance de la presente queja.

Pero, en todo caso, nos encontramos ante la figura de «tasa» y, por lo tanto, «Para la determinación de la cuantía podrán tenerse en cuenta criterios genéricos de capacidad económica de los sujetos obligados a satisfacerlas» (art. 24.4. LHL).

A este respecto, el artículo 4 de la Ordenanza no regula sólo las exenciones sino también las bonificaciones, indicando que «No se concederán otros beneficios fiscales que los expresamente determinados en las normas con rango de ley o los derivados de la aplicación de los tratados internacionales, en la cuantía que por cada uno de ellos se concedan», por lo tanto entendemos que el establecimiento de diferentes tarifas no vienen a suponer una exención pero si una bonificación al aplicar determinadas "*tarifas reducidas*".

En defensa de tal criterio, se alude al establecimiento de unas tarifas muy reducidas para garantizar el mantenimiento y desarrollo razonable del servicio que se presta al visitante, habiéndose tenido en cuenta criterios conforme al carácter potestativo que se señala en la norma. Es decir, la norma permite estos tratamientos diferenciados en función del concepto genérico de «capacidad económica», acorde con la finalidad de establecer un criterio tarifario de valor económico que merezca, en su caso, un resultado de importes diferentes según los sujetos pasivos afectados.

Lo que no resulta acorde con dicho aspecto justificante de un trato tarifario distinto es la alusión que se recoge en la propia motivación de la Ordenanza Fiscal que aprueba la tasa, cuando indica en la parte final del informe, que "*con el único objetivo de acercar la cultura y la historia a los ciudadanos de Sevilla y su provincia y como estimulo a una asistencia más continuada se ha considerado, en ejercicio de la potestad reglamentaria, la idoneidad de aplicar una tarifa reducida de 1 euro, que no se estima contraria a derecho ni al principio de igualdad ni parece censurable de conformidad con los arts. 14 y 31.1 de la CE.*".

Discrepamos del aludido argumento del carácter potestativo del art. 24.4 de la LHL («podrán tenerse en cuenta»), que justifica una tarifa reducida para así acercar la cultura y la historia a ciertos ciudadanos respecto a otros. Cuando se alude a ese carácter potestativo se refiere a razones de «capacidad económica», sin que la norma haga ninguna referencia a criterios diferentes, como el que es objeto de debate en el presente expediente, en cuanto al beneficio que supone el ser residente en Sevilla o en los municipios de su provincia, o la entrada en grupo entre 10 y 20 personas.

La Ordenanza, en todo, alude a razones de índole económico para aplicar supuestos que minoren los precios y la explicación ofrecida para beneficiar a residentes en la Ordenanza Fiscal no resuelve esa obligada motivación.

Insistimos que esta cuestión no ha dejado de ser objeto de controversias ante los Tribunales de Justicia. Motivo por el que traemos a colación la interpretación contenida en las resoluciones judiciales al respecto de la cuestión debatida y en las que, generalmente, se viene manteniendo y declarando la improcedencia de acudir a los anteriores criterios referidos para el establecimiento de determinados beneficios fiscales sobre las tasas municipales.

Para comenzar, hemos de decir que la Jurisprudencia viene manteniendo una línea constante en la materia; baste aquí con señalar la Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Contencioso Administrativo Sección 2ª), de 12 de Julio de 2006 (RJ/2006/6166TS) que utilizando como fundamento el art. 150 del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprobó el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, señala:

«1.La tarifa de cada servicio público de la Corporación será igual para todos los que recibieren las mismas prestaciones y en iguales circunstancias.

2. No obstante, podrán establecerse tarifas reducidas en beneficio de sectores personales económicamente débiles.»

En la Sentencia indicada, el Tribunal Supremo desestimó la pretendida aplicación en la prestación de un servicio público de diferentes tarifas en función del empadronamiento de los beneficiarios por cuanto que en el supuesto enjuiciado se diferenciaba, por un lado, la tarifa de consumo doméstico para las viviendas o alojamientos de carácter habitual y permanente en los casos en que los titulares de los contratos figurasen empadronados en el municipio y, por otro, para el caso de que el servicio fuere prestado en relación a viviendas destinadas a segunda residencia y cuyos titulares no figurasen empadronados en el Municipio, considerándose en este caso el consumo como industrial. El Tribunal Supremo, no aceptaba tal diferencia de trato que consideró injustificada por no estar fundada en un criterio objetivo y razonable.

Entre la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, y en la misma línea que la citada del Supremo, cabe destacar y reseñar las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 12 de abril de 2002; la del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 7 de abril de 2010; y la del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 21 de mayo de 2012.

Vienen a coincidir básicamente las referidas resoluciones jurisdiccionales en considerar que, en casos de establecimiento de tarifas diferenciadas tomando en consideración el criterio del empadronamiento, supondría la introducción de beneficio fiscal no contemplado por el Legislador; por lo que estaríamos ante la vulneración de principios y derechos constitucionales, como el principio de igualdad, valor superior del ordenamiento y un derecho fundamental, como se desprende de los artículos 1.1 y 14 de la Constitución, así como en el art. 31.1 CE, que alude también al principio de generalidad del sistema tributario.

En este sentido, recalcan las Sentencias reseñadas cómo, a nivel de normativa básica estatal, el art. 9.1 del texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales dispone, como ya hemos indicado anteriormente, que no podrán reconocerse otros beneficios fiscales en los tributos locales que los expresamente previstos en normas con rango de Ley, sin perjuicio de que, en materia de tasas, puedan tenerse en cuenta criterios genéricos de capacidad económica de los sujetos obligados a satisfacerlas,

conforme dispone el art. 24.4 del citado Texto Refundido; lo que en el caso que nos ocupa no sucede al igual que en los casos objeto de los pronunciamientos jurisdiccionales citados como referentes.

3.- Conclusión.

Por tanto, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 4 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, dentro de la amplia esfera de competencias que gozan la Administraciones Públicas de potestades reglamentarias, tributarias y de auto-organización, la Diputación Provincial no puede establecer sobre los tributos locales bonificaciones que no estén contempladas expresamente por ley.

La Ordenanza Fiscal aprobada sobre visitas al Conjunto Monumental de San Luis de los Franceses en Sevilla, que carece de rango legal, regula una tasa junto a unos beneficios que deben ajustarse a criterios genéricos de capacidad económica de los sujetos obligados a satisfacerla.

La argumentación ofrecida para establecer tales beneficios en la Ordenanza resulta carente de justificación suficiente para explicar una diferencia de trato basada en rasgos residenciales que ya han sido censurados por la jurisprudencia y que no se fundamentan en criterios genéricos de capacidad económica.

Por todo lo anterior, y de conformidad con lo establecido en el artículo 29, apartado 1, de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, se formula a la **Diputación Provincial de Sevilla** la siguiente

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO del deber de cumplir los preceptos de legalidad constitucional y ordinaria que hemos referido en la parte expositiva.

SUGERENCIA de que se proceda a la adecuación de la Ordenanza Fiscal de Tasa por visitas en el Conjunto Monumental de San Luis de los Franceses de Sevilla, en los términos indicados.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

La Administración acepta varias de nuestras recomendaciones para mejorar el Programa de Solidaridad

Queja número 14/1285

- 19 Octubre 2017

Desde el año 2014 se venía tramitando la queja de oficio 14/1285, relativa al seguimiento del Programa de Solidaridad de los Andaluces para la Erradicación de la Marginación y la Desigualdad en Andalucía y tras más de dos años y medio de tramitación, se debía llevar a cabo una valoración final de toda la información obrante en el expediente, que bien pudiera considerarse el colofón de todas las actuaciones que respecto a este Programa había venido efectuando esta Defensoría desde hacía años.

No era la primera vez que se llevaba a cabo la tramitación de expediente oficio en orden al seguimiento y valoración del citado Programa, sino que por el contrario, desde la aprobación del Decreto 400/1989, de 27 de noviembre, que fue sustituido por el Decreto 2/1999, de 12 de enero, se habían llevado a cabo importantes actuaciones por parte de este Comisionado Parlamentario autonómico con dicha finalidad, a las que nos referíamos en la Resolución formulada a la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales con fecha 27 de enero de 2017, consistente en 21 Recomendaciones.

Una vez recibida la respuesta de dicho organismo, a la vista de su contenido, podíamos afirmar que prácticamente habían sido asumidas casi la totalidad de las Recomendaciones efectuadas por lo que dimos por concluidas nuestras actuaciones, aunque también estimamos oportuno efectuar algunas consideraciones o aclaraciones tanto respecto de algunas de ellas como de la respuesta recibida.

Ver Resolución dPA 2015

Ver cierre de actuación de oficio

Prestación económica vinculada al servicio de atención residencial

Queja número 17/1977

- 11 Enero 2018

El interesado indicaba que su madre tenía reconocida la condición de persona en situación de dependencia (Gran Dependencia), con fecha 14 de marzo de 2016. Señalaba asimismo que con fecha 12 de diciembre de 2016 se envió propuesta del PIA, solicitando como primera opción plaza concertada en centro Residencial de ámbito provincial, manifestando una como preferencia, ya que se encontraba residiendo en ella desde octubre de 2012, totalmente habituada e integrada, además de coincidir que en la localidad residía su familia, favoreciendo así las relaciones afectivas, siendo conocedores que la preferencia no era vinculante para la resolución de plaza y para evitar traslados a otro lugar, se solicitó como segunda opción prestación económica vinculada al servicio, del que ya estaba haciendo uso y garantizar la continuidad en la misma residencia de manera privada.

Con fecha 2 de marzo de 2017 se resolvió el PIA con asignación de plaza concertada en otra Residencia de Mayores. Con fecha 03 de marzo de 2017 rechazó la plaza concertada, ya que la familia y la dependiente no querían realizar un traslado de domicilio después de 4 años de residencia en él, sobre todo para evitar cambios en sus hábitos y su círculo de relaciones más cercanas, ya que esto podía ir en detrimento de su bienestar emocional y en consecuencia físico.

Con fecha 6 de marzo de 2017 se tramitó revisión de PIA, para volver a solicitar plaza de residencia concertada de primera opción y prestación económica vinculada al servicio como segunda.

Solicitamos informe a la Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en Sevilla y se nos respondió que el expediente se encontraba pendiente de elaboración de la propuesta de PIA por los Servicios Sociales, por lo que solicitamos informe al Ayuntamiento de Lora del Río, quien nos participó que desde el 30 de junio de 2017 el expediente se encontraba en el Servicio de Coordinación de la Dependencia para que la Delegada Territorial, organismo competente para emitir resolución aprobatoria de la prestación del sistema para la autonomía y atención a la dependencia, dictaminase.

En vista de dicha información volvimos a dirigirnos a la Delegación Territorial quien nos participó que, estaba previsto, salvo incidencias, que el PIA se aprobase en noviembre de 2017 y que la modalidad de intervención más adecuada valorada era la prestación económica vinculada al servicio residencial en la Residencia en la que de forma privada se encontraba.

Al encontrarse el asunto planteado en vías de solución, dimos por concluidas nuestras actuaciones.

Pedimos que sin más demora se resuelva su expediente como dependiente moderado

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 17/4250 dirigida a Consejería de Igualdad y Políticas Sociales, Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en Sevilla.

- 12 Enero 2018

La interesada, reconocida como dependiente moderada, está padeciendo la demora en la aprobación del recurso propuesto a favor de la misma.

Con el informe recibido, la documentación que obra en la queja y la normativa que resulta de aplicación al presente caso, esta Institución en virtud del artículo 29 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, formula Resolución a la Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en Sevilla en el sentido de que se impulse la tramitación del procedimiento de dependencia de la promotora de la queja, con remisión del expediente a los Servicios Sociales para la elaboración de la propuesta de PIA y aprobación y efectividad del recurso pertinente.

Nuevamente nos ponemos en contacto con esa Delegación Territorial, en relación con el expediente promovido a instancias de Dª ..., exponiendo la demora en la aprobación del Programa Individualizado de atención correspondiente a su dependencia moderada.

Una vez analizado el informe recibido, puesto el mismo en relación con la documentación que obra en poder de esta Institución y con la normativa que resulta de aplicación al presente caso, esta Institución considera necesario, haciendo uso de la posibilidad contemplada en el artículo 29 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, formular Resolución en base a los siguientes:

ANTECEDENTES

1. Con fecha de 27 de julio de 2017 se recibió en esta Institución escrito de queja en el que la compareciente nos expuso que tiene reconocida una dependencia moderada por Resolución de mediados del año 2014 (expediente ...) y que desde julio de 2015 aguarda poder hacer efectivo su derecho, mediante la asignación del recurso correspondiente, sin que la Administración le haya permitido acceder al Sistema.

2. Admitida a trámite la queja, esta Institución acordó requerir la emisión del preceptivo informe a la Delegación Territorial en Sevilla de la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales, cuya respuesta, recibida en noviembre de 2017, expresó que a la afectada le había sido reconocida una dependencia moderada por Resolución de 12 de diciembre de 2014, no pudiendo alcanzar efectividad su derecho de acceso a prestación sino desde el 1 de julio de 2015, en virtud de la reforma operada en el calendario de aplicación progresiva de la Ley 39/2006, por el Real Decreto-ley 20/2012. Retraso normativo que produjo un incremento importante de personas reconocidas como dependientes moderadas sin prestación y, en consecuencia, un sobreesfuerzo administrativo para canalizar el acceso al Sistema de dicho colectivo.

Concluía el informe manifestando que dicho acceso había de hacerse de forma gradual y progresiva, con atención preferente a los grandes dependientes y respeto, en el despacho de los expediente, del orden riguroso de incoación de los mismos, conforme al artículo 71.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas

CONSIDERACIONES

Conforme al artículo 28.1 de la Ley 39/2006, el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema, -que se iniciará a instancia de la persona interesada-, se ajustará en su tramitación a las previsiones establecidas en la Ley reguladora del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas, que actualmente es la Ley 39/2015, de 1 de octubre, con las especificidades que resulten de la propia Ley 39/2006, entre las que se encuentra la contenida en el apartado segundo de la Disposición Final Primera, que preceptúa que "el plazo máximo, entre la fecha de entrada de la solicitud y la de resolución de reconocimiento de la prestación de dependencia será de seis meses, independientemente de que la Administración Competente haya establecido un procedimiento diferenciado para el reconocimiento de la situación de dependencia y el de prestaciones".

Los artículos 15.2 y 18.3 del Decreto 168/2007, de 12 de junio, por los que se regula, respectivamente, el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, así como el programa individual de atención, fijan en tres meses, respectivamente, el plazo máximo para resolver las solicitudes de reconocimiento de la condición de dependiente, (computados a partir de la fecha de entrada de la solicitud en el registro de los Servicios Sociales Comunitarios del Ayuntamiento en el que resida el solicitante); y, asimismo, para la aprobación y notificación a la persona interesada o a sus representantes legales del programa individual de atención, (computado en este caso el plazo desde la fecha de recepción de la resolución de reconocimiento de la situación de dependencia por los Servicios Sociales Comunitarios correspondientes -con salvedades, que no concurren en el caso presente-).

Por su parte, la Disposición Final Primera de la Ley 39/2006, determina que la efectividad del derecho a las prestaciones de dependencia incluidas en la misma, se ejercitará progresivamente, de modo gradual, y se realizará de acuerdo con el calendario de aplicación progresiva establecido en dicha Disposición, que para las personas reconocidas en situación de dependencia moderada, entró en vigor a partir del 1 de julio de 2015.

Desde el 1 de julio del año 2015 han transcurrido más de dos años, lapso temporal suficientemente extenso para que la citada incorporación pueda acomodarse a los conceptos de "gradual y progresiva" sin desbordar los límites de los mismos.

La Administración fundamenta el criterio de condicionar a un segundo plano el ritmo de acceso de los dependientes moderados, en el deber legal de priorizar la atención de las personas con mayor grado de dependencia para las actividades básicas de la vida diaria, particularmente de los grandes dependientes, -algunos de cuyos expedientes ampliamente demorados, dicho sea de paso, se tramitan asimismo en esta Institución-, así como en el principio general que para el despacho de los expedientes impone la Ley de procedimiento administrativo común.

Aunque entendemos que en un deseo bienintencionado de racionalizar los recursos disponibles, el primer condicionante pueda contribuir a decisiones administrativas que retrasen en alguna medida la efectividad del derecho de quienes son valorados en Grado I, esta selección no puede amparar un resultado que, en la práctica, impida a estos últimos el ejercicio legítimo de dicho derecho subjetivo.

En cuanto al segundo argumento, fundamentado en el artículo 71.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, como ya

hemos recordado en diversos pronunciamientos anteriores, el deber de guardar el orden riguroso de incoación en asuntos de homogénea naturaleza en el despacho de los expedientes administrativos, no puede observarse al margen de la obligación igualmente legal de tramitar el expediente en el plazo preceptivo, asimismo impuesta por la Ley 39/2015, en su artículo 29.

Por otra parte, y a mayor abundamiento, los titulares de las unidades administrativas y el personal al servicio de las Administraciones Públicas que tuviesen a su cargo la resolución o el despacho de los asuntos, serán responsables directos de su tramitación y adoptarán las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos, disponiendo lo necesario para evitar y eliminar toda anormalidad en la tramitación de procedimientos (art.20. Ley 39/2015).

La demora administrativa vulnera la normativa estatal y autonómica de aplicación, tanto por lo que se refiere a los principios rectores del funcionamiento de la Administración en general, como a los que inspiran la normativa reguladora de las personas en situación de dependencia en particular.

Resultan infringidas por la actuación administrativa expuesta las normas siguientes:

- El artículo 31 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, regulado en la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de Marzo, que garantiza a todos, dentro del derecho a una buena administración, que sus asuntos se resolverán en un plazo razonable.

- En relación con la garantía anterior, el artículo 5.1.d) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, que consagra el principio de buena administración, que comprende el derecho de los ciudadanos a que sus asuntos sean resueltos en un plazo razonable.

- El artículo 21, en sus párrafos 2 y 3, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, conforme al cual la resolución de los procedimientos deberá notificarse a los ciudadanos en el plazo máximo fijado en la normativa específica, que se computará, en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, desde la entrada de la misma en el registro administrativo.

- El plazo máximo de seis meses que debe mediar entre la fecha de entrada de la solicitud y la de resolución de reconocimiento de la prestación de dependencia, establecido en la Disposición Final Primera, apartado segundo, de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia; así como el plazo para la efectividad del derecho en el caso de los dependientes moderados, establecido en el calendario de aplicación progresiva de la Ley, de su Disposición Final Primera, apartado primero.

- Los artículos 15.2 y 18.3 del Decreto 168/2007, de 12 de junio, por los que se regula, respectivamente, el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, así como el programa individual de atención, que fijan en tres meses, respectivamente, el plazo máximo para resolver las solicitudes de reconocimiento de la condición de dependiente, y, asimismo, para la aprobación y notificación a la persona interesada o a sus representantes legales del programa individual de atención.

- El artículo 29 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, finalmente, preceptúa que los plazos señalados en ésta y en las demás leyes obligan a las Autoridades y al personal al servicio de las Administraciones Públicas competentes para la tramitación de los asuntos.

Por todo lo anterior, y de conformidad a la posibilidad contemplada en el artículo 29 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, reguladora del Defensor del Pueblo Andaluz, se formula la siguiente

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO de los deberes legales recogidos en los preceptos recogidos en el cuerpo de la presente resolución y a los que se debe dar inmediato y debido cumplimiento.

RECOMENDACIÓN para que, sin dilación, impulse la tramitación del procedimiento de dependencia de la promotora de la queja, con remisión del expediente a los Servicios Sociales para la elaboración de la propuesta de PIA y aprobación y efectividad del recurso pertinente.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Impulsarán el Sistema Arbitral de la Discapacidad en Andalucía.

Queja número 16/2259

- 28 Abril 2017

Impulso al Sistema Arbitral de la Discapacidad en Andalucía.

Ante la falta de desarrollo del Sistema Arbitral de la Discapacidad en Andalucía, solicitamos información de la Dirección General de Personas con Discapacidad sobre los motivos por los que la Comunidad Autónoma de Andalucía aún no había desarrollado un Sistema Arbitral de carácter autonómico para la resolución de las quejas o reclamaciones de las personas con discapacidad en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación y sobre la existencia de alguna iniciativa en ese sentido y, en tal caso, las previsiones temporales para su puesta en marcha.

Habiendo dado traslado del informe recibido a las federaciones de asociaciones que trabajan en el ámbito de las personas con discapacidad, con el fin de conocer las aportaciones, sugerencias o alegaciones que suscitase el referido informe, con ellas, y en virtud del artículo 29 de nuestra Ley reguladora, formulamos a la citada Dirección General, Resolución en el sentido de que se planificasen las actuaciones necesarias que permitieran acortar en el tiempo el inicio de la actividad de la Junta Arbitral de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de Andalucía, una vez aprobada la Ley.

Esta sugerencia ha sido expresamente aceptada por la referida Dirección General, por lo que procedimos acordar el fin de las actuaciones en esta queja.

Se comprobó que todas sus enfermedades se habían tenido en cuenta para la revisión de su grado de dependencia

Queja número 17/3031

- 01 Febrero 2018

El interesado manifestaba que el 9 de junio de 2017 y a través de los servicios sociales de su localidad presentó en la Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en Sevilla, solicitud de revisión del grado de discapacidad por agravamiento aportando los informes médicos oportunos.

No entendía como en la última revisión de oficio del grado de discapacidad se le rebajó del 68 al 42%, por lo que consideraba que habría habido algún error en el cómputo y la valoración de las enfermedades y patologías que sufría, pues no había tenido mejoría alguna, todo lo contrario, habían ido empeorando e incluso apareciendo nuevas.

Solicitamos informe a la Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en Sevilla y se nos participó que según resolución de 22 de mayo de 2017 se pasó la valoración de un 68% de discapacidad a un 42% al no constar tratamiento ni seguimiento por uno de los diagnósticos que presentaba, por lo que le fue aplicado la norma n.° 1 del Capítulo 1 del Real Decreto 1971/1999. Tras la nueva solicitud con la nueva documentación aportada procedía una revisión a Instancia de parte por empeoramiento, informando del día y hora en que había sido citado el interesado para valoración.

Considerando aceptada la pretensión formulada, dimos por concluidas nuestras actuaciones.

Agilizamos el expediente de valoración de grado de discapacidad al urgir concesión de la tarjeta de aparcamiento

Queja número 16/5835

- 25 Abril 2017

Agilizamos el expediente de valoración de grado de discapacidad al urgir concesión de la tarjeta de aparcamiento.

El interesado exponía que solicitó el reconocimiento de discapacidad el 29 de abril de 2016 por haber sufrido tres operaciones de cadera recientemente, lo que le ocasionaba una limitación personal muy importante, dependiendo de andador para poder desplazarse y de la ayuda de terceras personas para las actividades básicas de la vida diaria, incluso utilizaba silla de ruedas.

Le urgía que le concedieran la tarjeta de aparcamiento y para ello necesitaba que valorasen el grado de discapacidad con urgencia.

Solicitado informe a la Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en Sevilla, se nos comunicó que, tras ser valorados por los técnicos del equipo de valoración y orientación los informes presentados que justificaban un empeoramiento en la situación del interesado, se había procedido a darle una cita para pasar reconocimiento, indicándonos fecha y hora de la misma.

En consecuencia, habiendo sido satisfecha la pretensión del interesado, dimos por concluidas nuestras actuaciones.

Su hijo consigue el reconocimiento de discapacidad

Queja número 17/0388

- 25 Abril 2017

Su hijo pudo ser valorado.

La compareciente en su escrito de queja nos exponía que el 6 de septiembre de 2016 solicitó el reconocimiento de la discapacidad de su hijo y que tras varios intentos de solicitud de información sin resultado alguno a través de correo electrónico, se personó el 27 de octubre en el Centro de Valoración para informarse y para facilitarles la documentación que le habían solicitado, que en su caso consistía en la copia del Libro de Familia.

Añadía que el día 23 de enero de 2017, recibió respuesta a su ulterior petición de información realizada por correo electrónico y que le indicaron que su hijo todavía no tenía cita para ser valorado. Por todo lo anterior pedía nuestra ayuda pues en marzo tenía que solicitarle plaza en centro de educación y precisaba tener reconocida la discapacidad y aportar el certificado.

Solicitamos informe a la Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en Sevilla, quien nos comunicó que, tras pasar reconocimiento el 6 de febrero de 2017, se emitió resolución de fecha 13 de febrero de 2017 donde se reconocía un 33% de discapacidad revisable el 6 de febrero de 2021.

Habiendo sido satisfecha la pretensión de la interesada, dimos por concluidas nuestras actuaciones.

Tras subsanar el error del domicilio, pudo renovar la tarjeta de aparcamiento para personas con movilidad reducida

Queja número 17/2598

- 07 Septiembre 2017

Obtuvo la tarjeta de aparcamiento PMR.

El compareciente solicitaba nuestra intervención porque desde septiembre de 2016 que solicitó la renovación todavía no había recibido la tarjeta de aparcamiento para personas con movilidad reducida.

De la documentación aportada se observaba que a través de los Servicios Sociales de su localidad la solicitud de renovación de la tarjeta tuvo entrada en la Delegación de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en Sevilla el 30 de septiembre de 2016 y que con fecha de 7 de febrero de 2017 el interesado comunicó a la administración una rectificación del error padecido, pues el número del domicilio consignado en la solicitud no era el correcto.

Solicitamos informe a la Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en Sevilla, y antes de obtener su respuesta, el interesado nos comunicó que ya tenía en su poder la tarjeta, por lo que, ante el asunto planteado resuelto, dimos por concluidas nuestras actuaciones.

Conseguimos que su hermana discapacitada psíquica sea citada para valoración

Queja número 17/4410

- 20 Diciembre 2017

La compareciente exponía que su hermana soltera y con una discapacidad psíquica del 66%, tras el fallecimiento de su progenitor y varios ingresos hospitalarios, había empeorado mucho, por lo que solicitó el 27 de febrero de 2017 el reconocimiento del grado de discapacidad por agravamiento.

Habían pasado más de seis meses y del procedimiento nada sabía, ni siquiera le había sido fijada fecha de cita para la valoración.

Solicitamos informe a la Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en Sevilla y se nos comunicó que el 13 de octubre de 2017 había pasado reconocimiento de grado y en breve le sería comunicada la correspondiente Resolución.

Al haberse solucionado el asunto planteado, dimos por concluidas nuestras actuaciones.

¿Por qué no existe un procedimiento específico para el reconocimiento de la discapacidad en Andalucía?. Lo investigamos

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 16/6978 dirigida a Consejería de Igualdad y Políticas Sociales, Dirección General de Personas con Discapacidad

- 30 Diciembre 2016

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

No obstante lo anterior, la Ley considera que son personas con discapacidad a todos los efectos aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento.

Además, a los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad, se les considera, por ministerio de Ley, que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento.

Señala además el artículo 4.3 del referido Real Decreto Legislativo que el reconocimiento del grado de discapacidad deberá ser efectuado por el órgano competente en los términos desarrollados reglamentariamente, así como que la acreditación del grado de discapacidad se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional.

Los Centros de Valoración y Orientación (Centros Base) se implantaron en España a partir de 1978, habiéndose configurado sus principales funciones como desarrollo de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos y del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, que regula el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.

En la actualidad permanece en vigor y es normativa estatal básica el citado Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, con la redacción dada por el Real Decreto 1856/2009, de 4 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, a cuyo tenor la determinación del grado de discapacidad se efectúa previo dictamen de los equipos de valoración y orientación dependientes de los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas a quienes hubieran sido transferidas sus funciones.

Algunas Comunidades Autónomas han desarrollado mediante Orden el procedimiento para el reconocimiento del grado de discapacidad. Así, la Orden de 18 de octubre de 2012, por la que se determina el procedimiento para la valoración y calificación del grado de discapacidad de las personas en el ámbito de gestión de la Comunidad Autónoma de Canarias, la Orden de 12 de marzo de 2001, para el desarrollo y aplicación del Real Decreto 1.971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía de Cantabria o la Orden de 25 noviembre 2015 por la que se regula el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, y la organización y funcionamiento de los órganos técnicos competentes de Galicia.

En Andalucía, la Ley 1/1999, de 31 de marzo, de Atención a Personas con Discapacidad, supuso un desarrollo de los derechos de las personas con discapacidad e introdujo la denominación «Centros de Valoración y Orientación» a los anteriormente llamados Centros Base.

En lo que se refiere al reconocimiento de la discapacidad, el Decreto 258/2005, de 29 de noviembre, regula la organización y funciones de los Centros de Valoración y Orientación de personas con discapacidad de Andalucía.

Este Decreto cuenta con tres capítulos. El primero de disposiciones generales dedicadas al objeto, configuración y dependencia y distribución territorial de los Centros de Valoración y Orientación. El segundo regula las funciones y el tercero la estructura. No obstante este Decreto no regula el procedimiento de reconocimiento de la discapacidad.

Por otro lado, el artículo 29 del Proyecto de Ley de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía, actualmente en tramitación en el Parlamento Andaluz, regula los Centros de valoración y orientación de personas con discapacidad:

> *"1. Los centros de valoración y orientación de personas con discapacidad se configuran como la estructura física y funcional de carácter público destinada a la valoración y orientación de las personas con discapacidad. De igual modo, será su función contribuir a la mejora de la calidad de vida de las personas con discapacidad y la de sus familias, a través de la orientación y el asesoramiento, para que puedan ejercer sus derechos y acceder a los recursos que puedan corresponderles de acuerdo con la normativa aplicable.*
>
> *2. Corresponderá a estos centros la valoración y calificación de la situación de discapacidad, determinando su tipo y grado. Esta tipificación y graduación serán la base para el reconocimiento de las medidas de acción positiva, derechos económicos y servicios que pudieran corresponder a las personas con discapacidad de acuerdo con la normativa aplicable. No obstante lo anterior, las personas pensionistas a que se refiere el artículo 4.2 del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social acreditarán su grado de discapacidad en los términos que se prevean reglamentariamente por la normativa estatal.*
>
> *3. Los centros de valoración y orientación de personas con discapacidad dependerán de la Consejería competente en materia de servicios sociales. Por vía reglamentaria se desarrollarán su organización y funciones que serán, al menos, las establecidas en el artículo 12.3 del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.".*

El proyecto de ley alude a la regulación por vía reglamentaria de la organización y funciones, sin realizar referencia a la regulación del procedimiento.

En definitiva, pese a la existencia de una regulación general del procedimiento de reconocimiento del grado de discapacidad, con validez en todo el territorio del estado, y una regulación específica del funcionamiento de los Centros de Valoración y Orientación en Andalucía, lo cierto es que se reciben con mucha frecuencia, en la oficina del Defensor del Pueblo Andaluz, quejas de personas con discapacidad, alusivas precisamente al procedimiento de reconocimiento de la misma o a la concesión de tarjeta de

estacionamiento.

Así, podemos señalar varios grupos de quejas:

- Quejas en las que se muestra el desacuerdo con el grado de discapacidad reconocido.

- Quejas referentes al desacuerdo con la revisión de la discapacidad.

- Quejas relativas al retraso en el reconocimiento de la discapacidad.

- Quejas referentes a retrasos u otras dificultades en el traslado de expediente de reconocimiento de la discapacidad entre provincias.

- Quejas referentes a desacuerdo con denegación de la tarjeta de estacionamiento para personas con discapacidad.

El Defensor del Pueblo Andaluz no admite a trámite un importante porcentaje de las quejas recibidas, puesto que las decisiones adoptadas se basan en el conocimiento técnico científico del órganos especializado, no teniendo el personal de la defensoría una formación técnico científica similar que permita una valoración en tal sentido.

En otros casos se admiten las quejas a trámite, cuando se trata de incumplimientos en materia de plazos o de cuestiones formales que pueden ser adecuadamente supervisadas.

No obstante lo anterior, del análisis de un importante número de quejas que venimos recibiendo año tras año se desprende una sensación de malestar en los afectados, por el carácter excesivamente formalista con el que se desarrolla el procedimiento, que para muchos es poco garantista de los derechos de las personas con discapacidad.

Para muchos afectados resulta difícil de entender que no se reconozca la discapacidad por un órgano específico, cuando han aportado un informe de un facultativo en el que se expresa la persistencia de una patología invalidante. Para otros el trato es degradante, al tener que justificar la enfermedad médicamente diagnosticada. En otros casos se alega mala información y, en la mayoría, escasa motivación de las resoluciones administrativas por las que se decide si la persona padece una discapacidad y el grado de la misma. Por otro lado observamos en las quejas que llegan a esta defensoría que las reclamaciones previas se resuelven siempre en sentido desestimatorio .

Por todo ello, teniendo en cuenta la previsión del artículo 4.1.a) de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, en cuya virtud los Estados Parte deben adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención, así como el artículo 49 de la Constitución española, que obliga a los poderes públicos a realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de las personas con discapacidad física, sensorial y psíquica, a las que prestarán la atención especializada que requieran y ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que el Título I otorga a toda la ciudadanía, y al amparo de la posibilidad que otorga el artículo 10.1 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, reguladora del Defensor del Pueblo Andaluz, se incoa la presente queja de oficio con el fin de:

- Conocer los motivos por los que la Comunidad Autónoma de Andalucía no ha desarrollado un procedimiento específico para el reconocimiento de la discapacidad.

- Conocer si existe en la actualidad alguna iniciativa en este sentido y, en tal caso, las previsiones temporales para su puesta en marcha.

- Proponer, si fuera necesario, la adopción de medidas para la regulación del procedimiento de reconocimiento de la discapacidad en Andalucía.

Reclamamos un Decreto específico para la regulación de los Centros de Valoración y Orientación de la Dependencia

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 16/6978 dirigida a Consejería de Igualdad y Políticas Sociales, Dirección General de Personas con Discapacidad

- 12 Febrero 2018

En el año 2016, a la vista de las numerosas quejas que se vienen recibiendo año tras año en la Oficina del Defensor del Pueblo Andaluz, se incoó una queja de oficio sobre el procedimiento para el reconocimiento de la discapacidad en Andalucía y el funcionamiento de los Centros de Valoración y Orientación (CVO). Tras valorar la información recibida de la administración, en virtud del artículo 29 de nuestra ley reguladora se formula a la Dirección General de Personas con Discapacidad Resolución en el sentido de que se dé prioridad a la elaboración de una norma específica con rango de Decreto, se continúen las actuaciones para la mejora de los Centros de Valoración y Orientación de Andalucía, se clarifiquen y homogeneicen las actuaciones a llevar a cabo en todos los CVO en algunos casos particulares.

Una vez más nos ponemos en contacto con usted en relación con la queja de oficio iniciada en esta Institución con el número de referencia arriba indicado y referente al procedimiento para el reconocimiento de la discapacidad en Andalucía y el funcionamiento de los Centros de Valoración y Orientación.

Analizado detenidamente su último informe, consideramos preciso formularle Resolución concretada en lo siguiente

ANTECEDENTES

1. El reconocimiento de la discapacidad permite el acceso de los ciudadanos y ciudadanas a los beneficios, derechos económicos y servicios que los organismos públicos prevén para garantizar sus derechos y libertades y asegurar su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con el resto de la población.
2. El Defensor del Pueblo Andaluz recibe con mucha frecuencia quejas de personas con discapacidad alusivas al procedimiento de reconocimiento de la misma o a la concesión de tarjeta de estacionamiento. De dichas quejas se desprende una sensación de malestar en los afectados, en particular por el carácter excesivamente formalista con el que se desarrolla el procedimiento, que para muchos es poco garantista de los derechos de las personas con discapacidad.
3. Existe una regulación general del procedimiento de reconocimiento del grado de discapacidad, con validez en todo el territorio del estado, recogida en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, que establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad. Además, algunas comunidades autónomas han desarrollado de forma específica este

procedimiento. En Andalucía, el Decreto 258/2005, de 29 de noviembre, regula la organización y funciones de los Centros de Valoración y Orientación de personas con discapacidad de Andalucía, pero no incluye una regulación específica sobre el procedimiento de reconocimiento de la discapacidad en esta comunidad autónoma.

4. El actual procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad debe adecuarse a la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF/OMS-2001). Según constaba a esta Oficina del Defensor del Pueblo Andaluz, la Comisión Estatal de Coordinación y Seguimiento de la Valoración del Grado de Discapacidad había creado tres grupos de trabajo con expertos en la valoración de la discapacidad de las comunidades autónomas y del Imserso, que comenzaron a estudiar, en 2009, una propuesta para la adecuación y actualización del referido procedimiento.
5. Por otra parte, esta Institución tenía conocimiento de la existencia de una propuesta de las organizaciones del sector de la discapacidad para que se asimilase legalmente la valoración de las situaciones de dependencia con la calificación mínima del grado de discapacidad, modificando a tal efecto el artículo 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, a fin de que se considerasen personas con discapacidad a las personas a las que se les hubiese reconocido oficialmente una situación de dependencia en cualquiera de sus grados.
6. Por todo ello, al amparo de la posibilidad que otorga el artículo 10.1 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, reguladora del Defensor del Pueblo Andaluz, este Comisionado del Parlamento de Andalucía acordó iniciar una queja de oficio sobre las cuestiones expuestas.
7. En el primer informe de la Dirección General de Personas con Discapacidad, por lo que respecta a una regulación andaluza del procedimiento del grado de discapacidad se señalaba que con la regulación general quedan suficientemente garantizados los derechos de las personas con discapacidad, si bien se comprometía a, una vez aprobada la Ley de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía, regular y desarrollar mediante una norma específica el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, en los términos aprobados por el Parlamento de Andalucía.
8. Asimismo, se daba traslado de la participación de tres profesionales de los Centros de Valoración y Orientación (CVO) de Andalucía en los grupos de trabajo constituidos para la revisión de los baremos vigentes para la calificación del grado de discapacidad a fin de adaptarlos a la CIF/OMS-2001, trabajo que finalizó en el año 2015. Según se señalaba, el Imserso encargó al Instituto de Salud Carlos III que elaborase un informe sobre la propuesta técnica realizada y Andalucía fue una de las seis comunidades autónomas que colaboró en el desarrollo de un “pilotaje” aplicando la propuesta de los nuevos baremos y comparando sus resultados con los de los baremos vigentes. En octubre de 2016 el citado Instituto emitió un informe favorable.
9. En cuanto a los Equipos de Valoración y Orientación, se daba traslado del “Plan de mejora de los CVO de Andalucía 2014-2016” (PLACEVO) y las actuaciones emprendidas para adecuar la organización de los centros y mejorar la calidad de las actuaciones y servicios que se prestan a las personas con discapacidad. Se comprometía la Dirección General a elaborar un segundo plan que permitiese seguir avanzando en la mejora de los recursos humanos, materiales y los procedimientos.
10. El 25 de septiembre de 2017 se aprobó la Ley 4/2017, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía. En su artículo 36.3 se establece que por vía reglamentaria se desarrollarán la organización y funciones de los CVO, así como el procedimiento administrativo de reconocimiento de grado de discapacidad. Transcurrido un tiempo prudencial, se estimó oportuno solicitar un nuevo informe a la Dirección General de Personas con Discapacidad con respecto a:
11. Las previsiones respecto a la elaboración de una norma específica que desarrolle el procedimiento para de reconocimiento del grado de discapacidad en Andalucía.
12. Información actualizada con relación a la definitiva aprobación de los nuevos baremos de valoración de la situación de discapacidad.
13. La evaluación de los resultados del primer PLACEVO.
14. La aprobación y contenido del previsto segundo PLACEVO.
15. En su último informe, fechado en diciembre de 2017, la Dirección General se comprometía a iniciar en

el mismo 2017 la elaboración de una norma específica con rango de Decreto donde se regulase y desarrollase el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad.

16. En cuanto a la aprobación de los nuevos baremos de valoración de la situación de discapacidad, se informaba que el 26 de abril de 2017 el Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia acordó un grupo de trabajo con la participación de personal técnico de las comunidades autónomas y del Imserso, así como las entidades más representativas del sector, el Consejo Estatal de Trabajadores Sociales, la Federación Española de Municipios y los agentes sociales, con el objeto de revisar la propuesta técnica, simplificar en algunos casos los procesos de evaluación del grado de discapacidad y proponer las actuaciones necesarias para intentar aunar en un único procedimiento la valoración de la discapacidad y de la situación de dependencia. El 23 de noviembre de 2017 se elevó la nueva propuesta técnica para su aprobación por la Comisión Delegada del Consejo Territorial de Servicios Sociales y Dependencia.
17. Por último, se daba traslado de la evaluación de los resultados del primer PLACEVO y se informaba que la aprobación del II Plan de Mejora era inminente. Como avances logrados, se resaltaban los relativos a la mejora de la atención a la ciudadanía, la formación al personal de los CVO o la mejora de la organización (facilitando el acceso de los profesionales de los CVO a la historia de salud única en la plataforma DIRAYA del SAS, mejorando los procesos y procedimientos, estableciendo un sistema de priorización de las demandas, evitando las valoraciones presenciales innecesarias, etc.), entre otros. Respecto a la adecuación de la relación de puestos de trabajo (RPT) a las necesidades de los CVO, uno de los objetivos de mayor importancia, se indicaba que se había elevado para su tramitación una nueva RPT y que la Dirección General de Recursos Humanos y Función Pública había atendido la solicitud de incorporación de personal del área de administración mediante personal funcionario interino.

CONSIDERACIONES

Primera.- Del informe de la Dirección General se desprende que sólo recientemente se han iniciado los trabajos para la elaboración de una norma específica para el reconocimiento del grado de discapacidad en Andalucía. Aunque la ausencia de dicha norma se venga supliendo con la regulación estatal de carácter general y la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, es de esperar que la regulación específica se adapte mejor a las particularidades de este procedimiento concreto y resulte así más garantista de los derechos de las personas con discapacidad.

Segunda.- Se agradece la información facilitada y se valora positivamente la participación que ha tenido la Dirección General en los grupos de trabajo constituidos para la revisión de los baremos vigentes para la calificación del grado de discapacidad y en el “pilotaje” realizado. Aunque excede de las competencias de la Dirección General, esta institución espera que la aprobación de la propuesta técnica definitiva se produzca lo antes posible.

Tercera.- Igualmente debe valorarse el compromiso e interés demostrados por la Dirección General de Personas con Discapacidad y la Secretaría General de Políticas Sociales en la mejora de la atención a la ciudadanía y el funcionamiento de los CVO, plasmados en la elaboración y desarrollo del primer PLACEVO y en los avances obtenidos.

Cuarta.- En la evaluación de resultados, sin embargo, se aprecia una escasa mejoría en los tiempos de respuesta a la ciudadanía, lo cual es objeto de queja frecuente a la Oficina del Defensor del Pueblo Andaluz. Preocupan en particular el tiempo medio de citación de 132 días y el tiempo medio para la resolución de reconocimiento del grado de discapacidad, si bien se desconoce el dato concreto, a pesar de haberlo solicitado expresamente, así como tampoco se proporciona el número de reclamaciones presentadas por disconformidad con las resoluciones de grado de discapacidad y el porcentaje de estas que fueron admitidas, o el número de dictámenes técnico facultativos emitidos para el acceso a prestaciones, servicios o medidas de protección social.

Quinta.- Una de las causas identificadas de la demora en la tramitación de los expedientes es la falta de adecuación de la RPT a las necesidades de los CVO. En el primer PLACEVO se analizaban los recursos humanos de los que disponen los CVO, resultando una ratio de 3,74 profesionales por cada 100.000 personas. Teniendo en cuenta los datos estadísticos referentes a la discapacidad en Andalucía y que, como se expone en la Memoria de resultados, el número de solicitudes presentadas ante estos centros ha ascendido de las 68.972 registradas en 2013 a las 81.297 de 2016 (un incremento del 17,86%), ha de concluirse que la RPT actual de los CVO resulta claramente insuficiente.

Sexta.- En la Instrucción 1/2014, de 2 de julio, se establece para situaciones en las que de la documentación aportada o consultada a través del DIRAYA quede constancia fehaciente de que la persona tiene un grado de discapacidad superior al 75% por deficiencias físicas o psíquicas, que se podrá emitir resolución de grado sin necesidad de valoración presencial. Sin embargo, en la propia Memoria de resultados del primer PLACEVO se apunta que en la instrucción no se hace ninguna referencia al baremo de movilidad reducida ni a la concesión de la tarjeta de aparcamiento en estos casos. Lo anterior puede dar lugar a disfunciones como la que fue puesta de manifiesto en una queja recibida en esta institución, en la cual se exponía que en la resolución de reconocimiento de un grado de discapacidad del 77%, que se había realizado sin valoración presencial, no se había reconocido a movilidad reducida a una persona diagnosticada con, entre otras patologías, tetraparesia (disminución de la movilidad en las cuatro extremidades).

Séptima.- Las cuestiones planteadas son de la máxima importancia pues, como se ponía de manifiesto al inicio de este escrito, el reconocimiento de la discapacidad es imprescindible para el acceso a múltiples beneficios, derechos económicos y servicios fundamentales para garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades en igualdad de condiciones con el resto de la población. Debe presidir toda la actuación de las administraciones públicas en este sentido la previsión recogida en el artículo 4.1.a) de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, en cuya virtud los Estados Parte deben adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención, y la del artículo 49 de la Constitución española, que obliga a los poderes públicos a realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de las personas con discapacidad física, sensorial y psíquica, a las que prestarán la atención especializada que requieran y ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que el Título I otorga a toda la ciudadanía.

A la vista de todo ello y de conformidad con lo establecido en el artículo 29, apartado 1, de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, se formula la siguiente

RESOLUCIÓN

RECOMENDACIÓN 1. Que por parte de Dirección General de Personas con Discapacidad se dé prioridad a la elaboración de una norma específica con rango de Decreto donde se regule y desarrolle el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad en Andalucía, de forma que se adapte mejor a las particularidades de este procedimiento concreto y resulte más garantista de los derechos de las personas con discapacidad.

RECOMENDACIÓN 2. Que por parte de Dirección General de Personas con Discapacidad se continúen las actuaciones para la mejora de los Centros de Valoración y Orientación de Andalucía, en particular por lo que respecta a la reducción de los tiempos de respuesta a la ciudadanía, analizando las posibles causas y adoptando las medidas necesarias en consecuencia.

RECOMENDACIÓN 3**.** Que por parte de Dirección General de Personas con Discapacidad se clarifiquen y homogeneicen las actuaciones a llevar a cabo en todos los CVO en aquellos casos contemplados en la Instrucción 1/2014, de 2 de julio, para las situaciones en las que se pueda emitir resolución de grado sin necesidad de valoración presencial, en cuanto al baremo de movilidad reducida y a la concesión de la tarjeta de aparcamiento.

RECOMENDACIÓN 4. Que por parte de Dirección General de Personas con Discapacidad se elabore una propuesta de revisión de relación de puestos de trabajo de los Centros de Valoración y Orientación de Andalucía adecuada a sus necesidades, teniendo en cuenta el alto índice de personas con discapacidad en esta comunidad autónoma y el significativo incremento del número de solicitudes presentadas ante estos centros en los últimos años, y bajo la premisa de que el aumento de personal resulta fundamental para la reducción de los tiempos de respuesta a la ciudadanía, muy elevados actualmente, y, por tanto, para garantizar los derechos de las personas con discapacidad.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

La Recaudación provincial de Málaga le reconoce que está exento del pago del impuesto del vehículo por su condición de discapacidad

Queja número 15/6157

- 03 Octubre 2017

En el presente expediente de queja, el Defensor del Pueblo Andaluz formulaba Resolución al Patronato de Recaudación Provincial de Málaga recomendando que a la interesada, que había aportado documento expedido por el Centro de Valoración y Calificación de discapacidades en el año 2010, con carácter indefinido y permanente, acreditativo de un grado de discapacidad del 58%, se le reconozca la exención del impuesto sobre vehículos de tracción mecánica (IVTM) desde la fecha de presentación de su solicitud.

Asimismo, sugería que se adopten los acuerdos o resoluciones necesarios, actuando en coordinación con la Delegación Territorial de la Consejería de Salud, Igualdad y Políticas Sociales y con los Ayuntamientos delegantes de la gestión de cobro de los Tributos y demás recursos de naturaleza pública, para sugerirles el establecimiento y reconocimiento en las correspondientes Ordenanzas Fiscales por el IVTM de la exención fiscal que contempla el artículo 93.1.e) del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprobaba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

Por otro lado, nos dirigimos a la Delegación Territorial de la Consejería de Salud, Igualdad y Políticas Sociales solicitando información al respecto, indicándonos mediante informe que han solicitado en repetidas ocasiones del Patronato referido el mantener una reunión con responsables, a efectos de coordinar las actuaciones para tratar de resolver el problema planteado.

Por parte del Patronato, se recibe informe indicando la aceptación de la Resolución formulada, pero matizando que el reconocimiento de la exención lo es desde el ejercicio de 2016, en el que se completo la información y documentación acreditativa requeridas.

Además se comprometía la Agencia Provincial a que en un futuro actuaría conforme lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, tratando de obtener directamente los documentos emitidos por otras Administraciones Públicas a efectos de eliminar su presentación por los solicitantes.

A la vista de la información recibida, se procede al cierre del expediente.

Pedimos a la Diputación de Málaga que le reconozca la exención del impuesto sobre vehículos de tracción mecánica (IVTM) desde el año 2010 por su grado de discapacidad

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 15/6157 dirigida a Diputación de Málaga, Patronato de Recaudación Provincial de Málaga

- 26 Junio 2017

El Defensor del Pueblo Andaluz formula Resolución al Patronato de Recaudación Provincial de Málaga por la que recomienda que a la interesada, que aportó documento expedido por el Centro de Valoración y Calificación de discapacidades en el año 2010, con carácter indefinido y permanente, acreditativo de un grado de discapacidad del 58%, se le reconozca previa toma de razón por Ayuntamiento y Agencia de Recaudación Provincial, la exención desde la fecha de presentación de su solicitud.

Asimismo, sugiere que se adopten los acuerdos o resoluciones necesarios, actuando en coordinación con la Delegación Territorial de la Consejería de Salud, Igualdad y Políticas Sociales y con los Ayuntamientos delegantes de la gestión de cobro de los Tributos y demás recursos de naturaleza pública, para sugerirles el establecimiento y reconocimiento en las correspondientes Ordenanzas Fiscales por el IVTM de la exención fiscal que contempla el artículo 93.1.e) del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprobaba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

ANTECEDENTES

I.- La parte interesada formula su queja en relación con lo que considera trato injusto que reciben las personas con discapacidad, al momento de gestionar la exención del impuesto sobre vehículos de tracción mecánica (IVTM) en la oficina de la Agencia de recaudación indicada.

Informa que al presentar ante el Patronato la documentación de su nuevo vehículo, para solicitar la exención en el citado impuesto, le manifestaron que no aceptaban el documento nominativo expedido por el Centro de Valoración y Calificación de discapacidades en el año 2010, con carácter indefinido y permanente, acreditativo de un grado de discapacidad del 58%.

El referido documento fue expedido conforme a lo establecido en la Orden de 17 de marzo de 2011, de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, por la que se crea la tarjeta acreditativa del grado de discapacidad y se regula el procedimiento para su concesión.

Según comunica la interesada, en dicho Patronato le informaron que debería trasladarse a Málaga y solicitar un nuevo certificado con fecha actualizada.

Efectuado dicho desplazamiento, en las dependencias de la Delegación Territorial referida, le informaron que estaban recibiendo numerosas peticiones similares a la suya, lo que originaba disfunciones en el trabajo de la Delegación.

La promotora de la queja cuestionaba que resultase necesaria la actualización de su certificado de discapacidad cuando el mismo está expedido con carácter indefinido -a su nombre- y se pregunta si, para el caso de ser necesaria dicha actualización, no resultaría más eficaz establecer un cauce de comunicación entre las Administraciones implicadas que evite desplazamientos innecesarios a las personas discapacitadas, colas ante el Servicio correspondiente de la Delegación Territorial y la saturación en la gestión de los certificados referidos.

II.- Admitida a trámite la queja y solicitado informe al Patronato de Recaudación Provincial, por el mismo se nos indicaba:

"Con fecha 17 de julio de 2015, registrado con n° 1002929/2015/ALHAU, el citado contribuyente, presentó ante este Organismo solicitud de exención en concepto de Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica (IVTM), matrícula 7877JBY, para personas con movilidad reducida, de conformidad con lo previsto en el artículo 93.1 párrafo e) del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (en adelante TRLRHL).

De conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003, de 2 diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE) número 300, el 16 de diciembre de 2006, expone en su articulo 2 "el grado de minusvalía igual al 33 por ciento" se acreditará mediante los siguientes documentos:

a) Resolución o certificado expedidos por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) u órgano competente de la Comunidad Autónoma correspondiente.

b) Resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) reconociendo la condición de pensionista por incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez.

c) Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda o del Ministerio de Defensa reconociendo una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

Por otra parte, de acuerdo con lo previsto en el artículo 3 apartado 3 de la "Orden del 17 de marzo de 2011, por la que se crea la tarjeta acreditativa del grado de discapacidad y se regula el procedimiento para su concesión", publicada en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía (BOJA) número 62, el 29 de marzo de 2011, se refleja que:

"Siempre que las Administraciones u organismos públicos lo consideren oportuno, podrán solicitar la presentación de la resolución del reconocimiento de grado de discapacidad."

Conforme a lo anterior, por parte de esta Agencia, a efectos de la tramitación de las solicitudes de exención en concepto de IVTM prevista en el citado TRLRHL por los motivos que nos ocupan, se solicita resolución actualizada del reconocimiento del grado de minusvalía, constando aportada en el expediente de solicitud de ....."

III.- Por su parte, la Delegación Territorial de la Consejería de Salud, Igualdad y Políticas Sociales, a la que también dirigimos nuestra petición de colaboración, nos informaba que habían solicitado en repetidas ocasiones del Patronato referido el mantener una reunión con responsables a efectos de coordinar las actuaciones para tratar de resolver el problema planteado, sin obtener respuesta alguna de la Agencia provincial.

Por cuanto antecede, vista la información recabada y la legislación y normativa reglamentaria de aplicación, estimamos conveniente en el asunto objeto de la presente queja, efectuar las siguientes

CONSIDERACIONES

Primera.- Sobre las condiciones reguladas para la exención del IVTM a los vehículos de personas con discapacidad.

El artículo. 93.1.e) del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprobaba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, contempló la exención del Impuesto de vehículos de tracción mecánica para el caso de aquellos vehículos matriculados a nombre de personas discapacitadas para su uso exclusivo.

Precisando además el citado precepto, que a tales efectos se consideran personas con discapacidad las que tengan reconocida esta condición legal en grado igual o superior al 33%.

Conforme establece el artículo 93.2 del Texto Refundido, para poder aplicar tal exención las personas interesadas deben instar la concesión de la misma aportando el certificado de minusvalía emitido por el órgano competente y justificar el destino del vehículo ante el ayuntamiento de la imposición, en los términos que éste establezca en la correspondiente ordenanza fiscal.

Por su parte, la Ordenanza Fiscal Reguladora del Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica del Ayuntamiento de Alhaurín de la Torre (aprobada definitivamente el 29 de diciembre de 2005, BOP de Málaga de 30 de diciembre de 2005) no establece bonificación o exención alguna al respecto; en el presente caso, según argumenta la Administración provincial, se denegó la exención por cuanto, la certificación de discapacidad emitida por el órgano sectorial (Delegación Territorial de la Consejería de Salud, Igualdad y Políticas Sociales) no daba cumplimiento a uno de los requisitos exigibles legalmente -en la normativa de Haciendas Locales-, necesarios para que opere la citada exención.

Segunda.- La protección de los derechos de las personas con discapacidad en el ámbito de las Reglamentaciones y Ordenanzas locales: La movilidad.

Nuestra Constitución, en el artículo 49, en relación con las personas discapacitadas establece:

"Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos."

En cumplimiento de ese mandato constitucional, el Estado firmó y ratificó el instrumento de incorporación a su Ordenamiento jurídico de la Convención de la Asamblea General de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, de fecha 13 de diciembre de 2006, entrando la misma en vigor tras su publicación en el BOE , el 3 de mayo de 2008.

La Convención en su articulo 20, establece:

"Los Estados Partes adoptarán medidas efectivas para asegurar que las personas con discapacidad gocen de movilidad personal con la mayor independencia posible, entre ellas:

a) Facilitar la movilidad personal de las personas con discapacidad en la forma y en el momento que deseen a un costo asequible;

b) Facilitar el acceso de las personas con discapacidad a formas de asistencia humana o animal e intermediarios, tecnologías de apoyo, dispositivos técnicos y ayudas para la movilidad de calidad, incluso poniéndolos a su disposición a un costo asequible;

c) Ofrecer a las personas con discapacidad y al personal especializado que trabaje con estas personas capacitación en habilidades relacionadas con la movilidad.

d) Alentar a las entidades que fabrican ayudas para la movilidad, dispositivos y tecnologías de apoyo a que tengan en cuenta todos los aspectos de la movilidad de las personas con discapacidad."

Posteriormente, se ha ido produciendo la adaptación y desarrollo normativo de los principios del Derecho Internacional y de la Constitución en los distintos ámbitos sectoriales del Derecho interno del Estado español, con objeto de los poderes públicos puedan cumplir su obligación de garantizar plenamente los derechos de las personas con discapacidad.

Así se promulgó el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprobaba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, cuyo objeto principal era:

"*Garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, así como el ejercicio real y efectivo de derechos por parte de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones respecto del resto de ciudadanos y ciudadanas, a través de la promoción de la autonomía personal, de la accesibilidad universal, del acceso al empleo, de la inclusión en la comunidad y la vida independiente y de la erradicación de toda forma de discriminación, conforme a los artículos 9.2, 10, 14 y 49 de la Constitución Española y a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España."*

En el ámbito jurídico sectorial que nos ocupa en la presentes actuaciones, las Haciendas Locales, ya mediante la Ley *51/2002*, de 27 de diciembre, de reforma de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales, se había incluido la exención a "los vehículos para las personas de movilidad reducida".

Actualmente, el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprobaba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, en su artículo 93,1.c), establece con rotundidad la exención en el IVTM, como instrumento para la mejora de las condiciones de movilidad de las personas con discapacidad -consciente el Legislador de la utilidad de la medida como medio para reducir costes y favorecer la inclusión-.

Así, actualmente, el citado precepto del Texto Refundido, dispone que estarán exentos del impuesto:"*e) Los vehículos para personas de movilidad reducida a que se refiere el apartado A del anexo II del Reglamento General de Vehículos, aprobado por el Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre*".

El Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, establece los requisitos para poder aplicar las exenciones por esta causa o razón y, así se establece la necesidad de que los posibles beneficiarios han de acreditar la matrícula, las características y la causa del beneficio justificando el destino del vehículo (a su movilidad). Debiendo igualmente el interesado aportar el certificado de minusvalía (discapacidad) emitido por órgano competente. Todo ello, en los términos que establezca en la correspondiente Ordenanza Fiscal el Ayuntamiento de la imposición.

Por su parte, la Ordenanza Fiscal Reguladora del IVTM del Ayuntamiento de Alhaurín de la Torre (aprobada definitivamente el 29 de diciembre de 2005, BOP de Málaga de 30 de diciembre de 2005) no estableció bonificación o exención alguna al respecto.

En el presente caso, según argumentaba la Administración provincial, pese a que se trataba de una acreditación permanente de la discapacidad apreciada en la solicitante- se denegó la exención por cuanto, la certificación de discapacidad emitida por el órgano sectorial (Delegación Territorial de la Consejería de Salud, Igualdad y Políticas Sociales) no daba cumplimiento a uno de los requisitos exigibles legalmente -en la normativa de Haciendas Locales-, necesarios para que opere la citada exención (sic).

A la vista de lo expuesto anteriormente, parece que no existen razones o justificaciones que impidan -en el caso que denuncia la interesada en la queja y con alcance general para todos los posibles beneficiarios de los municipios de la imposición delegada al Patronato - la concesión de la exención referida.

Por cuanto antecede, y en ejercicio de las facultades y atribuciones que al Defensor del Pueblo Andaluz asigna el 29 .1 de la Ley 9/1983 de 1 de diciembre, reguladora de la Institución, se formula a la Presidencia del Patronato del Patronato de Recaudación Provincial, la siguiente

RESOLUCIÓN

SUGERENCIA: En el sentido de que por el Patronato se adopten los acuerdos o resoluciones necesarios, actuando en coordinación con la Delegación Territorial de la Consejería de Salud, Igualdad y Políticas Sociales y con los Ayuntamientos delegantes de la gestión de cobro de los Tributos y demás recursos de naturaleza pública, para sugerirles el establecimiento y reconocimiento en las correspondientes Ordenanzas Fiscales por el IVTM de la exención fiscal que contempla el artículo. 93.1.e) del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprobaba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

RECOMENDACIÓN: En el sentido de que a la interesada en las presentes actuaciones, que aportó documento expedido por el Centro de Valoración y Calificación de discapacidades en el año 2010, con carácter indefinido y permanente, acreditativo de un grado de discapacidad del 58%, se le reconozca previa toma de razón por Ayuntamiento y Agencia de Recaudación Provincial, la exención desde la fecha de presentación de su solicitud.

Ver asunto solucionado o en vías de solución.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Reclamamos a la Universidad de Córdoba que permita acreditar la condición de pensionista por incapacidad en su plataforma de automatrícula

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 17/2810 dirigida a Universidad de Córdoba

- 23 Noviembre 2017

Recomendamos a la Universidad de Córdoba que admita la exención de matrícula por discapacidad a un alumno que acreditó la condición de pensionista por incapacidad permanente total y le sugerimos que permita gestionar a través de la plataforma de automatrícula dicha exención a quienes acrediten la condición de pensionista por incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez.

ANTECEDENTES

I. Con fecha 15 de mayo de 2017 fue registrada de entrada en este Comisionado del Parlamento de Andalucía comunicación remitida por un estudiante de la Universidad de Córdoba, a través de la cual nos exponía que, debido a un accidente laboral, tenía reconocida una incapacidad permanente en grado de total por el INSS, con efectos a fecha 20-11-2015.

Habiendo acreditado su condición de pensionista, junto a la sentencia judicial que le otorgó el derecho a la pensión, en la Secretaría de la Facultad de Derecho y Ciencias Empresariales el día 6-10-2016, se le deniega la exención de matrícula en base a que se acreditó la discapacidad el 07-02-2017. Ésta sería la fecha en que adjuntó la acreditación de la discapacidad por la Junta de Andalucía, como complementaria a la documentación ya aportada. La Facultad alegaba el artículo 64 del Reglamento de Régimen Académico para los estudios de Grado y Máster de la Universidad de Córdoba, que establece que *"los requisitos que puedan generar algún derecho a deducción, habrán de acreditarse previamente a la formalización de la matrícula de cada curso académico*".

Basándose en el artículo 4.2 de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad, interpuso recurso de alzada que fue denegado alegando la Universidad el artículo 4.3 de la misma ley (el reconocimiento de discapacidad deberá ser efectuado por el órgano competente...).

II. Reunidos cuantos requisitos formales resultan exigidos por el apartado primero del artículo 16 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, esta Institución acordó admitir a trámite la queja y, consiguientemente, solicitar a la Universidad de Córdoba la remisión del informe junto a la documentación oportuna que permitiese el esclarecimiento de los motivos de la queja tramitada.

III. Con fecha 17 de julio de 2017 se ha recibido el informe elaborado por la Universidad de Córdoba en

respuesta a nuestra petición, ratificando la misma respuesta ofrecida al promotor de queja.

Se explica que el interesado realizó matrícula para cursar estudios oficiales de Grado en la facultad de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, en el curso académico 2016/2017, el día 5 de octubre de 2016.

El 7 de febrero de 2017 presentó solicitud de devolución de precios públicos de la matrícula, aportando resolución de la Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales, de 1 de diciembre de 2016, mediante la que se le reconoce una discapacidad del 33% desde el 25/10/2016.

El Decanato de la Facultad resolvió denegar la solicitud de acuerdo con el Reglamento de Régimen Académico de los Estudios de Grado y Máster de la Universidad de Córdoba, que obliga a solicitar las deducciones a las que el estudiante tenga derecho previamente a la formalización de matrícula.

Contra dicha resolución el interesado presentó recurso de alzada, alegando que el reconocimiento de su discapacidad tiene efectos desde el 25/11/2015, al haber sido dictada en esa fecha sentencia que aportó mediante la que se obligaba al INSS a reconocerle una pensión de incapacidad permanente con efectos económicos desde esa fecha.

La resolución del recurso de alzada el Rectorado se apoya en el artículo 4, apartados 2 y 3, del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, así como en el artículo 10 del Real Decreto 1971/199, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.

Sostiene que el reconocimiento del grado de minusvalía no es automático con la aprobación de una pensión de incapacidad permanente por parte de los órganos gestores de la Seguridad Social, sino que se produce desde la fecha de solicitud del reconocimiento ante el órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Es éste quien en la correspondiente resolución de reconocimiento señala la fecha a partir de la cual tiene efectos, que ha de ser necesariamente la de solicitud del reconocimiento por parte de la persona interesada.

Dado que la resolución de la Administración autonómica que reconoce al interesado una discapacidad del 33% le concede efectos desde 25/10/2016, se presume que ésta sería la de presentación de solicitud de reconocimiento del grado de minusvalía. En consecuencia, la Universidad no puede reconocer efectos anteriores a dicha fecha, que es posterior al inicio del curso académico 2016/2017 y a la formalización de matrícula por el interesado.

En base a los referidos antecedentes, conviene realizar a la Administración actuante las siguientes

CONSIDERACIONES

Primera.- Sobre la exención de precios públicos universitarios a estudiantes con discapacidad.

La Disposición Adicional 24ª de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades es la norma legal que reconoce el derecho a la exención de total de tasas y precios públicos en los estudios conducentes a la obtención de un título universitario, en favor de los estudiantes con discapacidad.

Considera estudiantes con discapacidad los comprendidos en el artículo 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

La referencia a esta norma debe entenderse sustituida por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (en adelante TRLDPC).

En su artículo 4 define a las personas con discapacidad como «aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás». Añade en su apartado segundo:

> «Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.
>
> Las normas que regulen los beneficios o medidas de acción positiva podrán determinar los requisitos específicos para acceder a los mismos.»

En nuestra Comunidad Autónoma se determinan por Decreto del Consejo de Gobierno los precios públicos de las Universidades públicas andaluzas por servicios administrativos y académicos referentes a estudios conducentes a la obtención de títulos oficiales (D.A. Única de la Ley 4/1988, de 5 de julio, de Tasas y Precios Públicos de Andalucía).

Para el curso 2016/2017 se concretaron mediante Decreto 112/2016, de 21 de junio. En su artículo 7 se contempla el régimen de exenciones y bonificaciones, señalando la exención total del alumnado con discapacidad prevista en la D.A.24ª de la Ley Orgánica de Universidades.

Para la acreditación de la discapacidad se remite el Decreto a los términos previstos en el mencionado artículo 4 TRLDPC.

Este precepto, en su apartado 3, es el que precisamente alega la Universidad de Córdoba para entender que el promotor de queja no tiene derecho a la exención por no haber acreditado su discapacidad, considerando que es necesario su reconocimiento por el órgano competente de la Comunidad Autónoma.

Por su parte, el Reglamento de régimen académico de los estudios de Grado y Máster de la Universidad de Córdoba (texto refundido) contiene las previsiones que detallamos a continuación en relación con la posible exención de precios públicos universitarios.

> «Artículo 60
>
> A las tasas y precios públicos sólo les serán aplicables las deducciones contenidas en el presente Título (VI Normativa económica) y en el Decreto de tasas y precios públicos que para cada curso académico apruebe la Junta de Andalucía.
>
> Las deducciones aplicables podrán ser exenciones, bonificaciones o subvenciones.»
>
> «Artículo 61
>
> Los requisitos que puedan generar algún derecho a deducción, habrán de acreditarse previamente a la formalización de la matrícula de cada curso académico, cualquiera que sea la forma de pago elegida, ello sin perjuicio de la previsión del artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
>
> El derecho reconocido mantendrá su vigencia durante todo el curso académico, salvo que las normas aplicables a la deducción dispongan otra cosa.
>
> No es posible la aplicación de un derecho reconocido a cursos anteriores.»

> «Artículo 66. Por discapacidad
>
> El alumnado que acredite su condición de discapacidad tendrá derecho a las exenciones en la cuantía y con las condiciones que establezca la legislación sobre protección de las personas con discapacidad.»

De acuerdo con esta normativa universitaria, para la aplicación de la exención de precios públicos universitarios por discapacidad se debe acreditar esta circunstancia previamente a la formalización de matrícula, si bien puede subsanarse la falta de acreditación mediante aportación posterior del documento que acredite la disposición del requisito en aquel momento.

En relación con esta acreditación, a juicio de esta Institución las referencias del artículo 4.3 TRLDPC deben ser entendidas sin perder de vista lo previsto en su apartado 2.

Así, discrepamos respecto de la exigencia de reconocimiento del grado de discapacidad por parte del órgano competente como requisito para entender acreditado el grado de discapacidad de las personas que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente.

A nuestro juicio, la acreditación del grado de discapacidad se efectúa ex lege al considerar que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33% los pensionistas de la Seguridad Social por incapacidad permanente.

Esta postura entendemos que se ampara igualmente en la normativa reglamentaria actualmente vigente que desarrolla lo dispuesto en el art. 4.3 TRLDPC.

Se trata del Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Precisamente esta norma señala en su Exposición de Motivos que desde la entrada en vigor de la Ley 51/2003 (sustituida por el TRLDPC) se produjeron decisiones administrativas heterogéneas y, en algunas ocasiones, contradictorias, emanadas de los distintos órganos de las administraciones públicas, en relación con la forma de acreditar la asimilación al grado de minusvalía prevista en su artículo 1.2 (actual art. 4.2 TRLDPC).

Con objeto de precisar el alcance de dicha equiparación y de fijar unos criterios homogéneos de actuaciones para todo el Estado, y en aplicación de lo dispuesto en el citado artículo, conforme al cual la acreditación del grado de minusvalía se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional, se dicta el Real Decreto 1414/2006.

De acuerdo con su artículo 2.1 el grado de minusvalía de los pensionistas de la Seguridad Social se acredita mediante Resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) reconociendo la condición de pensionista por incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez.

Se añade que en ningún caso será exigible resolución o certificado del IMSERSO u órgano competente de la comunidad autónoma correspondiente para acreditar el grado de minusvalía igual al 33 por ciento de estos pensionistas.

Aunque el Reglamento señala que esta acreditación del grado de minusvalía es *"a los efectos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre"*, sostenemos que debería interpretarse en los términos empleados por el posterior Texto Refundido de 2013, en el que el reconocimiento de discapacidad igual o superior al 33% -y su equiparación a pensionistas- supone su consideración como persona con discapacidad a todos los efectos.

En consecuencia, entendemos que la solicitud de exención de precios públicos universitarios que formule

cualquier pensionista de la Seguridad Social por incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez debe ser atendida con la aportación de la correspondiente resolución o certificación del INSS.

Del mismo modo, el programa de automatrícula universitaria debería permitir la consulta de datos del INSS para estos casos, al igual que se permite la consulta a los datos de la Consejería de Igualdad y Bienestar Social para acreditar el reconocimiento de la discapacidad que ésta realiza.

Cuestión distinta es que cualquier pensionista de la Seguridad Social por incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez pueda solicitar la tarjeta acreditativa que expide la Junta de Andalucía para acreditar el grado de discapacidad.

La normativa de aplicación en Andalucía (Orden de 17 de marzo de 2011, por la que se crea la tarjeta acreditativa del grado de discapacidad y se regula el procedimiento para su concesión) está pensada para el supuesto en que la persona pasa por un procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad.

A partir de la entrada en vigor de dicha norma la tarjeta acreditativa del grado de discapacidad es emitida de oficio por el órgano competente, resolviéndose, en un acto único, las cuestiones relativas a la resolución del reconocimiento de grado de discapacidad, la certificación de discapacidad, el dictamen técnico facultativo y la concesión de la tarjeta acreditativa del grado de discapacidad (art. 5).

Cuando se trate de acreditar que la persona presenta una discapacidad del 33% ex lege, por el hecho de ser pensionista de la Seguridad Social y tener reconocida una pensión por incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, entendemos que la Junta de Andalucía debería limitarse a la expedición de la tarjeta.

Esta propuesta valoramos que necesita de desarrollo reglamentario pero, sin perjuicio de que podamos sugerir su implementación a la Junta de Andalucía, consideramos que la Universidad de Córdoba debería acoger la interpretación que le traslada esta Institución en torno a la regulación legal que permite la acreditación de una discapacidad del 33% para pensionistas por incapacidad permanente, sin necesidad de aportar certificación del órgano autonómico.

Segunda.- De la solicitud de devolución de precios públicos formulada por el interesado.

En el caso que nos ocupa, según hemos podido concluir, el interesado no pudo acreditar su condición de pensionista en el momento de formalización de su automatrícula universitaria para el curso 2016/2017, debido a que la plataforma Sigma sólo permite la consulta a las bases de datos de la Consejería de Igualdad y Bienestar Social y no admitía los documentos de que disponía en ese momento.

Dichos documentos serían el reconocimiento de abono de la prestación de incapacidad permanente en grado de total, con efectos económicos desde noviembre de 2015, y la sentencia judicial a su favor que la acredita.

El interesado se habría personado en la Secretaría de la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales para presentarlos y en ese momento se le habría requerido la aportación del certificado de discapacidad de la Junta de Andalucía con carácter complementario.

Entendemos que en ese momento no se le tramita la solicitud de exención por falta de este documento, lo que motiva la presentación de la solicitud de devolución de ingresos indebidos con fecha 7 de febrero de 2017.

Esta solicitud resulta denegada, en primera instancia por la Facultad, al no haberse solicitado la deducción previamente a la formalización de matrícula y, en segunda instancia por el Rectorado, al entender que el reconocimiento del grado de discapacidad no es automático sino que se produce desde la fecha de su solicitud ante el órgano competente de la Comunidad Autónoma, el 26/10/2016, fecha

posterior al inicio del curso académico 2016/2017 y a la formalización de matrícula por el interesado.

Contra esta decisión el promotor de queja habría presentado recurso de reposición, con fecha 30/05/2017, señalando que la interpretación que hace la Universidad de Córdoba al exigirle el reconocimiento del grado de discapacidad por el órgano de la Comunidad Autónoma es contraria al TRLDPC.

De acuerdo con las consideraciones expuestas anteriormente, esta Institución entiende que el interesado ostenta una discapacidad del 33% por equiparación legal al ser pensionista de la Seguridad Social por incapacidad permanente total desde el 25/11/2015.

Esta circunstancia la habría acreditado en forma presencial en la Secretaría de su centro al no poder efectuarlo a través de la plataforma informática de automatrícula.

El Reglamento de régimen académico de los estudios de Grado y Máster de la Universidad de Córdoba establece en su artículo 75 los supuestos en que procede la devolución de los precios públicos abonados:

> «3. Cuando se hayan abonado cantidades para los que están exentos por (...) ser beneficiario de una exención o subvención, siempre que la solicitud se haya efectuado y acreditado en tiempo y forma, conforme a lo preceptuado en el Artículo 61.»

De acuerdo con lo anterior, entendemos que resulta procedente la devolución de los precios públicos de la matrícula de Grado abonados en el curso 2016/2017 por el promotor de queja, debiendo entenderse que acreditó en el momento de formalización de la matrícula los requisitos que generan derecho a deducción por discapacidad.

A la vista de todo ello y de conformidad con lo establecido en el apartado primero del artículo 29 de la Ley 9/1983, del Defensor del Pueblo Andaluz, se le formula la siguiente

RESOLUCIÓN

RECOMENDACIÓN para que se interprete que el promotor de queja acredita su discapacidad en virtud de su condición de pensionista de la Seguridad Social por incapacidad permanente total, accediendo a su solicitud de devolución de ingresos indebidos.

SUGERENCIA para que la Universidad de Córdoba adopte las medidas oportunas para permitir la acreditación de la condición de pensionista por incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez a través de la plataforma de automatrícula.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Queremos conocer la disponibilidad de material de apoyo para el cuidado de pacientes en su domicilio

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 15/5234 dirigida a Consejería de Salud. Servicio Andaluz de Salud. Dirección General de Asistencia Sanitaria y Resultado en Salud

- 25 Abril 2016

RESUMEN DEL RESULTADO (CIERRE DE QUEJA DE OFICIO)

Comprobamos que existe una gestión sistematizada de la prestación que consiste en entrega de material para facilitar cuidados en el domicilio.

20-11-2015 APERTURA DE LA QUEJA DE OFICIO

En ocasiones se ha planteado ante esta Institución la falta de disponibilidad de material de apoyo para el cuidado de pacientes en el domicilio, tal y como grúas para la movilización, camas articuladas, colchones antiescaras,...

En resumidas cuentas nos encontramos con que pacientes a los que se les ha indicado alguno de estos materiales tienen que soportar largas esperas para poder beneficiarse de los mismos, de manera que el nivel de existencias es el que en definitiva viene marcando el umbral de accesibilidad, con el riesgo que ello implica de que muchas situaciones queden desatendidas, pues el elevado coste de algunos de estos dispositivos no permite en muchas ocasiones su adquisición privada.

En principio los Distritos de Atención Primaria cuentan con estos medios a raíz del Plan de Apoyo a las Familias Andaluzas (en concreto de la Orden de 9.III.2004), dentro de la línea de cuidados domiciliarios dirigida a la mejora de los cuidados enfermeros a domicilio para personas mayores o con discapacidad que lo necesiten, y prestación de apoyo y formación a los cuidadores famililares en su labor.

La gestión de esta prestación, con un marco normativo tan exiguo, nos genera importantes dudas que tenemos interés en solventar, a fin de desarrollar nuestra intervención en estos casos en garantía de la equidad, pues desconocemos si existen unos parámetros comunes para la dotación de medios, y unos criterios similares para la selección y adjudicación de los mismos en todos los Distritos de atención primaria del SSPA.

Nos interesa conocer si existe información centralizada a este respecto, bien en algún departamento de esa Administración Sanitaria, bien en la/s empresa/s suministradoras.

Igualmente queremos acceder a datos sobre las existencias de estos medios en los distritos, y los factores

que marcan la dotación concreta de los mismos (población del área de cobertura, número de pacientes dependientes, ...), así como si se llevan a cabo nuevas adquisiciones para reponer el material deteriorado, o para aumentar la dotación en función de las necesidades detectadas.

También suscita nuestra atención el conocimiento del procedimiento para la selección y dispensación a los beneficiarios, y la existencia de baremos o criterios de valoración unificados en orden a la adjudicación de cada uno de los medios considerados.

Por último estamos interesados en medir la calidad de la prestación que se dispensa, a través del análisis de los tiempos que marcan el acceso a estas ayudas técnicas a partir de su indicación, para lo cual le requerimos referencia de los mismos (tiempos medios de acceso o distribución en horquillas temporales), si es posible desglosados por distritos, o al menos por provincias.

Para encauzar este análisis y legitimar nuestra solicitud de información hemos decidido incoar un expediente de queja de oficio, haciendo uso de la habilitación que a estos efectos nos confiere el art. 10.1 de la Ley 9/83, de 1 de diciembre, reguladora de la Institución del Defensor del Pueblo Andaluz, y solicitar el informe previsto en el art. 18.1 de aquella, a la Dirección General de Asistencia Sanitaria y Resultados en Salud del Servicio Andaluz de Salud.

25-04-2016 CIERRE DE LA QUEJA DE OFICIO

Iniciamos este expediente de queja de oficio para conocer la gestión del material de apoyo para el cuidado de pacientes a domicilio, motivados por un lado por la demora que en ocasiones se había denunciado para su puesta a disponibilidad, así como por el escaso marco normativo que regula esta prestación (Orden de 9.3.204 dentro del denominado Plan de Apoyo a las Familias).

Nos preocupaba que el acceso a este tipo de recursos (grúas para la movilización, camas articuladas, colchones antiescaras,...) pudiera producirse de manera inequitativa; así como la calidad de la prestación, en la medida en que el nivel de existencias marcara también el umbral de accesibilidad, y con ello pudieran obviarse situaciones de necesidad.

En este orden de cosas dimos curso al expediente solicitando la emisión del informe previsto en el art. 18.1 de nuestra Ley reguladora a la Dirección General de Asistencia Sanitaria y Resultados en Salud del SAS.

Por nuestra parte nos interesamos concretamente en las siguientes cuestiones:

-Existencia de información centralizada a este respecto, bien en algún departamento de la Administración sanitaria, bien en la/s empresa/s suministradoras.

-Datos sobre las existencias de estos medios en los distritos, y los factores que marcan la dotación concreta de los mismos (población del área de cobertura, número de pacientes dependientes,...) así como si se llevan a cabo nuevas adquisiciones para reponer el material deteriorado, o para aumentar la dotación en función de las necesidades detectadas.

-Procedimiento para la selección y dispensación a los beneficiarios, y la existencia de baremos o criterios de valoración unificados en orden a la adjudicación de cada uno de los medios considerados.

-Tiempos que marcan el acceso a estas ayudas técnicas a partir de su indicación (tiempos medios de acceso), desglosados por distritos, o al menos por provincias.

Con respecto a la primera cuestión se nos dice que existe una aplicación informática centralizada en la Dirección General, con múltiples funcionalidades, que permite comprobar los recursos y su disponibilidad.

De igual forma se explica que se llevan a cabo compras centralizadas y en algunos casos contratos de

arrendamiento para conformar la dotación de recursos y que los mismos se reparten en función de la edad de la población (mayor de 80 años), y el nivel de movilidad del material en cada provincia y distrito sanitario.

Se relata cómo se lleva a cabo la valoración de los pacientes por parte de profesionales de enfermería, conforme a protocolos unificados para cada tipo de recurso, y se menciona que el plazo medio de espera es de 6 días.

En definitiva, tenemos que agradecer lo extenso y completo del informe, que resulta indicativo de una gestión sistematizada de la prestación y un conjunto no desdeñable de recursos.

Además, no podemos sino saludar positivamente la participación de empresas de Faisem en el procedimiento que referimos, y la intervención en los trabajos que conlleva el mismo (funciones de custodia, limpieza e higienización, así como traslado, entrega y recogida), por parte de personas afectadas por trastorno mental grave.

Solamente se nos plantea la duda respecto de si el nivel de recursos existente, y el índice de movilidad de los mismos, permite satisfacer las necesidades de todas las personas que precisan cuidados en el domicilio, pues en definitiva la solicitud de material se realiza tras la aplicación del baremo, desconociendo por nuestra parte los puntos de corte que en caso determinan la activación de aquella.

Cabría, por tanto, pensar que la disponibilidad de medios obligara a una aplicación estricta de los baremos aludidos, de manera que solo accedieran a los recursos aquellos pacientes que resultan adjudicatarios de una puntuación muy elevada, viéndose privados, o cuando menos, postergados en este beneficio, los que acreditan puntuaciones inferiores, y es en este sentido en el que cuestionábamos a esa Administración sobre listas de espera.

En todo caso, y dado que no se registra una incidencia significativa de quejas sobre esta materia, vamos a concluir nuestras actuaciones en este expedientes, en la seguridad de que las que pudieran recepcionarse en el futuro, podrán analizarse a la luz de los datos recibidos, y quizás permitan realizar otro tipo de consideraciones a este respecto.

Queremos saber si las universidades están tomando medidas para incorporar a docentes e investigadores con alguna discapacidad

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/3685 dirigida a Universidades públicas de Andalucía

- 31 Julio 2017

La Institución del Defensor del Pueblo Andaluz, desde su puesta en funcionamiento, ha sido especialmente sensible con las cuestiones que afectan al empleo público de las personas con discapacidad, lo que ha dado lugar a múltiples intervenciones durante estos años para promover la defensa y protección de los derechos de este sector de población especialmente vulnerable que se encuentra con serias dificultades para hacer efectivo los principios constitucionales de igualdad de oportunidades e integración social, en dicho ámbito.

En cumplimiento de estos mandatos constitucionales y legales, el artículo 59 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) establece la obligatoriedad de que en las ofertas de empleo público se reserve un cupo no inferior al siete por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad, de modo que progresivamente se alcance el dos por ciento de los efectivos totales que se requiere en cada Administración Pública.

Estas previsiones normativas han supuesto un considerable avance para garantizar la igualdad de oportunidades y no discriminación del personal docente e investigador con discapacidad de las universidades españolas con relación a su acceso al empleo público, aunque precisan de medidas de acción positiva adicionales para su efectividad.

En este sentido, el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) ha instado a las universidades públicas españolas a hacer efectivos los mandatos legales de inclusión laboral de personas con discapacidad en sus plantillas de personal docente e investigador, dada la obligación que tienen de que el dos por ciento de sus efectivos totales sean personas con discapacidad, para lo cual señalan que deberán reservar un siete por ciento de plazas en las convocatorias de acceso al empleo público que realicen.

Asimismo, en el encuentro anual de coordinación que celebró el Defensor del Pueblo Andaluz con los los Defensores Universitarios andaluces, el pasado 23 de marzo, se acordó que por parte de las Defensorías se promovieran medidas para acabar con el incumplimiento por parte de las Universidades andaluzas de la obligación de reserva de plazas para personas con discapacidad en las convocatorias de puestos de trabajo para personal docente e investigador.

Dadas las particularidades de los procesos selectivos en las universidades,estas previsiones de reserva

encuentran dificultades adicionales para su cumplimiento, sobre todo en esta modalidad de personal docente e investigador, resultando oportuno constatar la realidad de las medidas que a este respecto se vienen adoptando por las universidades andaluzas a fin de que se hagan realidad estos mandatos de inclusión laboral.

En este contexto, el Real Decreto-Ley 6/2017, de 31 de marzo, por el que se aprueba la oferta de empleo público en los ámbitos de personal docente no universitario y universitario, Fuerzas Armadas, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y Cuerpos de Policía dependientes de las Comunidades Autónomas para 2017 (BOE núm. 78, de 1/4/2017), en su artículo 1.1. fija una tasa de reposición de efectivos de hasta un máximo del cien por ciento para «los Cuerpos de Catedráticos de Universidad, de Profesores Titulares de Universidad y profesores contratados doctores de Universidad regulados en el artículo 52 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, siempre que por parte de las Administraciones Públicas de las que dependan se autoricen las correspondientes convocatorias, previa acreditación de que la oferta de empleo público de las citadas plazas no afecta al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria establecidos para la correspondiente Universidad, ni de los demás límites fijados en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera».

Tras la publicación del citado Decreto-Ley, las Universidades Públicas Andaluzas, han procedido (en su mayoría) a la modificación de la Oferta de Empleo Público del personal docente e investigador para el año 2017, y, en otros casos, a la aprobación de su correspondiente oferta pública de empleo para 2017, en la que deben de observar el cupo de reserva en favor de personas con discapacidad que establece el art. 59. del Estatuto Básico del Empleado Público.

Para poner en práctica la efectiva reserva de plazas de su personal docente e investigador a favor de las personas con discapacidad, precisamos conocer los criterios y procedimientos que se han articulado para hacer efectiva estas medidas en las correspondientes ofertas públicas de empleo, así como las medidas que permitan su materialización poniendo a disposición del personal docente e investigador con discapacidad de la Universidad, o que aspira a serlo, los "*medios, apoyos y recursos que aseguren la igualdad real y efectiva de oportunidades*", a que hace referencia el apartado 3 de la disposición adicional vigésima cuarta Ley Orgánica 6/2001, y que hagan más eficaz la reserva de empleo de estas personas.

Por cuanto antecede, he decidido iniciar actuación de oficio, en aplicación de lo establecido en el art. 1.1, en relación con el art. 10.1 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre del Defensor del Pueblo Andaluz, ante las Universidades Públicas de Andalucía, con objeto de conocer las medidas de acción positiva antes referidas encaminadas a facilitar el acceso de las personas con discapacidad al ámbito profesional del personal docente e investigador y, en todo caso, hacer efectiva la reserva de un cupo no inferior al siete por ciento de las vacantes (tanto en acceso libre, como en promoción interna) en la Oferta de Empleo Público de 2017 .

Asimismo, solicitamos a cada Universidad el detalle de la estructura y composición de su plantilla del personal docente e investigador, tanto de funcionarios de los Cuerpos Docentes Universitarios como del Personal Docente Investigador contratado en régimen laboral, incluyendo igualmente a Profesores Asociados y Visitantes, con determinación del número de personas con discapacidad oficialmente reconocida que la integran, con el fin de ajustar sus plantillas a los mínimos determinados por la legislación vigente.

El IAAP adopta medidas para preservar la condición de discapacidad en secreto en las solicitudes de empleo

Queja número 17/3602

- 06 Noviembre 2017

La interesada denunció ante esta Oficina la vulneración de su derecho a mantener su condición de discapacidad en secreto por parte del Instituto Andaluz de Administración Pública. (IAAP). En este sentido, en la publicación de las listas de admitidos en la convocatoria de oposiciones de Auxiliares Administrativos de la Junta de Andalucía aparecía su nombre al lado de la etiqueta "Cupo de discapacidad". Las listas son públicas y al alcance de todos, por lo que cree que se vulnera un derecho que protege la Ley de Protección de Datos, la cual es especialmente rigurosa con los datos de salud, objeto de especial protección.

Tras requerir la información oportuna a la Dirección del IAAP, órgano gestor de las pruebas selectivas, observamos que, ante los hechos denunciados, se va a proceder de forma inmediata a la adopción de las medidas necesarias para sustituir la denominación actual en las listas de admitidos y excluidos de turno "cupo discapacidad" por un código o clave, con el fin de ajustarse a la Recomendación formulada por este Comisionado.

En este sentido, nos remitimos a las actuaciones llevadas a cabo con ocasión de la actuación de oficio, queja 15/1454, sobre la protección de datos de carácter personal de los participantes en los procesos selectivos para el acceso al empleo público promovidos por la Administración de la Junta de Andalucía, especialmente de aquellos datos relativos a la discapacidad de los mismos, y que podemos consultar en el siguiente enlace: http://www.defensordelpuebloandaluz.es/pedimos-medidas-para-la-menor-injerencia-posible-en-la-publicidad-del-dato-personal-de-discapacidad.

En todo caso, debemos resaltar la necesidad de reforzar la garantía del derecho fundamental a la protección de los datos de las personas (art. 14 CE), especialmente del dato referido a la discapacidad de los participantes en los procesos selectivos promovidos en el seno de la Junta de Andalucía, de tal manera que la obligada publicidad de estos procesos se lleve a cabo con la menor injerencia sobre el derecho de la intimidad del dato relativo a la salud (discapacidad) de aquellos.

Cree imposible salir a la calle en silla de ruedas desde su casa. Pedimos al ayuntamiento de Bollullos de la Mitación que estudie el rebaje de la calle

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 15/1380 dirigida a Ayuntamiento de Bollullos de la Mitación (Sevilla)

- 21 Noviembre 2017

El Defensor del Pueblo Andaluz recomienda a la Alcaldía Presidencia del Ayuntamiento de Bollullos de la Mitación que los servicios técnicos municipales se pronuncien sobre la petición de un ciudadano para que se realicen los rebajes en la zona donde reside para mejorar su movilidad y se observe la normativa de accesibilidad aplicable.

ANTECEDENTES

El interesado planteaba en su escrito de queja que había solicitado al Ayuntamiento de Bollullos de la Mitación (Sevilla) autorización para construir una rampa, así como señalizar la prohibición de estacionamiento delante de su vivienda, sin que se hubiera accedido a ello.

En el primer informe municipal que recibimos, el Arquitecto Técnico señalaba que, efectivamente, la vivienda del reclamante no era accesible, pero se añadía que el desnivel debía ser subsanado por él mismo dentro de su vivienda para evitar posibles obstáculos a la libre circulación de los peatones por el acerado, señalando que, para ello, debería tramitar la correspondiente licencia municipal de obras.

En cuanto a la solicitud del reclamante de que se prohibiera estacionar delante de su domicilio para posibilitar su salida y entrada en silla de ruedas, se indicaba que se trataba de una cuestión a resolver por el Departamento de Seguridad Ciudadana.

De acuerdo con esta respuesta, interesamos que se nos indicara la resolución que se adoptara por el Departamento de Seguridad Ciudadana sobre la pretensión del interesado de que se estableciera una prohibición de estacionamiento de vehículos delante de su domicilio.

Ello determinó un nuevo informe de la Policía Local que, en definitiva, reiteraba lo que ya se exponía en el informe anteriormente citado del Arquitecto Técnico municipal.

Por ello, volvimos a aclarar que el objeto de nuestra nueva petición de informe fue el que el Ayuntamiento se pronunciara acerca de la solicitud del reclamante de que se prohibiera estacionar delante de su domicilio para posibilitar su salida y entrada en silla de ruedas.

Como quiera que se nos anunció que se estaban realizando estudios en la zona, donde se harían obras de remodelación, rebajando el acerado en las intersecciones de la calle donde reside el reclamante, interesábamos que se nos concretara el plazo en que se pondrían en marcha estas obras de remodelación del acerado de la zona donde reside el afectado, obras que incluían el rebaje de la acera en las intersecciones de las calles, toda que vez que era la única forma en la que el interesado, persona usuaria de silla de ruedas, podría transitar por las calles del municipio donde reside.

Lo cierto es que el Ayuntamiento nos comunicó que se había desistido de ejecutar las anunciadas obras de remodelación, por lo que tras pedir que se nos indicará la causa de este desistimiento, se nos manifestó que se tenía previsto realizar un estudio general de las barreras en el municipio. Valoramos positivamente tal estudio, pero pedimos, en octubre de 2016, que se nos concretara si se tenía o no previsto proceder a la eliminación de las barreras existentes en las cercanías del domicilio del reclamante.

Esta última petición de informe no obtuvo respuesta, por lo que esta Institución se vio obligada a requerir en dos ocasiones dicha información, en noviembre de 2016 y enero de 2017, pero ello no motivó que nos fuera remitida la misma, ni siquiera tras contacto telefónico que personal de esta Institución mantuvo con el Ayuntamiento en marzo de 2017. Ello había determinado que, tras estas numerosas gestiones, siguiéramos sin conocer si el Ayuntamiento tenía, o no, previsto realizar rebajes y obras de accesibilidad en la calle y zona donde reside el afectado.

CONSIDERACIONES

Primera.- Debido a este silencio municipal, esa Alcaldía está incurriendo en incumplimiento del deber legal de colaborar con esta Institución en sus investigaciones e inspecciones.

Segunda.- Debe tenerse presente que el artículo 103 de la Constitución Española determina que la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con, entre otros, el principio de eficacia, y con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.

En línea con el precepto constitucional citado, el artículo 3 de la Ley 40/2015, de 1 de Octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público, establece en su apartado 1 que las Administraciones públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con, entre otros principios, el de eficacia, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho.

Todo ello determina, en su conjunto que tales retrasos sean contrarios al principio de buena administración, previsto en el artículo 31 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, que comprende, entre otros, el derecho de todos ante las Administraciones Públicas a que los asuntos sean resueltos en un plazo razonable de tiempo.

Tercera.- El articulo 49 de la Constitución Española obliga a los poderes públicos a amparar especialmente a las personas con discapacidad para el disfrute de los derechos que el Título I les otorga, entre los que se encuentra el de circular por el territorio nacional, facilitando su movilidad mediante el cumplimiento de la normativa de accesibilidad en materia de infraestructuras viarias.

A la vista de todo ello y de conformidad con lo establecido en el artículo 29, apartado 1, de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, se formula la siguiente

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO 1 del deber legal de colaboración contenido en el artículo 19, apartado 1, de la Ley reguladora de esta Institución, ya citada, por el que los poderes públicos de la Comunidad Autónoma están obligados a auxiliar, con carácter preferente y urgente, al Defensor del Pueblo Andaluz en sus investigaciones e inspecciones.

RECORDATORIO 2 de los deberes legales contenidos en los artículos 103.1 de la Constitución Española,

31 del Estatuto de Autonomía para Andalucía y 3 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, conforme a los cuales la actividad administrativa debe regirse por los principios de eficacia, eficiencia, servicio al ciudadano, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, e impulsar de oficio los procedimientos en todos sus trámites.

RECOMENDACIÓN de que, sin nuevas demoras, esa Alcaldía dé instrucciones a los Servicios Técnicos municipales para que se pronuncien sobre la petición del interesado de que se proceda a realizar rebajes en la zona donde reside de forma que se facilite su movilidad y se vea plenamente observada la normativa de accesibilidad que resulte aplicable. En caso positivo, también se recomienda que se concreten los plazos aproximados en que podrán ejecutarse las actuaciones necesarias a tal efecto.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Pedimos al Ayuntamiento de Alcalá de Guadaíra que nos informe de las medidas previstas para mejorar la accesibilidad de la calle San Miguel

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 15/5678 dirigida a Ayuntamiento de Alcalá de Guadaíra (Sevilla)

- 12 Junio 2017

El Defensor del Pueblo Andaluz recomienda al Ayuntamiento de Alcalá de Guadaíra que dé las instrucciones necesarias para que se nos informe de las medidas previstas para mejorar la accesibilidad de la calle San Miguel.

ANTECEDENTES

En esta Institución se viene tramitando queja a instancias de una ciudadana de Alcalá de Guadaíra (Sevilla) en la que denunciaba que, a causa de las barreras urbanísticas de la calle San Miguel del citado municipio, su madre, que es usuaria de silla de ruedas, se ve obligada a vivir prácticamente confinada en su domicilio, sin apenas poder salir del mismo.

1.- La reclamante nos exponía que su madre tiene 65 años y lleva dos años en silla de ruedas debido a un accidente doméstico. El problema radica en que debido a la barrera urbanística existente en la C/ San Miguel lleva encerrada en su domicilio más de año y medio, saliendo únicamente para ir a revisiones médicas en el hospital.

Esta situación la ha sumido en una depresión, aconsejándole los médicos que salga de su domicilio al menos dos horas cada día, lo que le resulta imposible debido a la barrera urbanística antes aludida. Y añade textualmente lo siguiente:

"Llevamos año y medio hablando para que el Ayuntamiento arregle la calle que es peatonal y que actualmente tiene escalones y una rampa con una pendiente bastante considerable y totalmente inaccesible, que no cumple con la normativa vigente de accesibilidad."

Añadía la reclamante que había intentado entrevistarse con la Alcaldía y con el Concejal responsable de urbanismo para pedir una solución a este problema, pero no se había accedido a recibirle.

2.- Tras la admisión a trámite de este escrito de queja, en Abril de 2016 recibimos informe del Ayuntamiento explicando las razones por las que, debido a las características de la calle donde se encuentra el inmueble de la madre de la reclamante, se adoptó la modalidad de rampa que suscitaba su disconformidad.

Del completo informe técnico remitido dimos cuenta a la afectada para que, en caso de estimarlo

conveniente, nos remitiera alegaciones y consideraciones acerca de su contenido, señalando las nuevas gestiones que, en su caso, demandara por parte de esta Institución.

3.- Una vez recibida las alegaciones de la interesada, dimos cuenta de ellas al Ayuntamiento en Mayo de 2016 interesando que, dada la discapacidad que afecta a la madre de la reclamante, nos informara si técnicamente hubiera resultado viable la rampa en zig-zag que, siempre según la afectada, fue una de las posibles soluciones para dotar de accesibilidad a la calle que se barajaron y, en caso de resultar viable, que se nos indicaran las causas por las que, finalmente, se desechó tal posibilidad.

Por otra parte, dado que el informe de la Gerencia Municipal de Servicios Urbanos defendía la imposibilidad del cumplimiento estricto de la normativa de accesibilidad por las características de la calle, pedíamos conocer si, además de las que ya se habían dispuesto (barandillas, pavimento antideslizante), sería posible implementar algunas soluciones añadidas para mejorar las condiciones de accesibilidad de la calle o ofrecer algún tipo de ayudas técnicas que posibilitaran el desplazamiento de las personas con discapacidad por la misma.

4.- Tras ello, se nos aclararon en un nuevo informe de la Gerencia Municipal de Servicios Urbanos las causas que hacen inviable la instalación de una rampa en zig-zag en la calle San Miguel por no poder ajustarse a la normativa aplicable añadiendo que, no obstante, sí estaban previstas actuaciones que permitirían mejorar las condiciones de accesibilidad de dicha calle, pero que problemas presupuestarios lo impedían hasta que no se aprobara el nuevo presupuesto municipal.

Así las cosas, con objeto de poder adoptar, en su caso, una resolución definitiva en este expediente de queja, interesamos, en Julio de 2016, que se nos informara sobre qué actuaciones concretas podrían acometerse para mejorar la accesibilidad en la calle en cuestión, así como el plazo aproximado en que se podría contar con el nuevo presupuesto municipal que permita afrontar dichas mejoras.

5.- Esta última petición de informe no obtuvo respuesta, por lo que esta Institución se vio obligada a requerir en dos ocasiones dicha información, en Septiembre y Noviembre de 2016, pero ello no había motivado que nos fuera remitida la misma, ni siquiera tras contacto telefónico que personal de esta Institución mantuvo con personal municipal en Febrero de 2017. Ello había determinado que ignoráramos si el Ayuntamiento tiene previsto actuaciones que permitan mejorar las condiciones de accesibilidad de esta calle y si han quedado solventados los problemas presupuestarios que lo impedían, persistiendo la ausencia de medidas paliativas al problema de confinamiento en su domicilio que afecta a la madre de la reclamante.

CONSIDERACIONES

Primera. - Debido a este silencio municipal, esa Alcaldía está incurriendo en incumplimiento del deber legal de colaborar con esta Institución en sus investigaciones e inspecciones.

Segunda.- Debe tenerse presente que el artículo 103 de la Constitución Española determina que la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con, entre otros, el principio de eficacia, y con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.

En línea con el precepto constitucional citado, el artículo 3 de la Ley 40/2015, de 1 de Octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público, establece en su apartado 1 que las Administraciones públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con, entre otros principios, el de eficacia, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho.

Todo ello determina, en su conjunto, unos retrasos contrarios al principio de buena administración, previsto en el artículo 31 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, que comprende, entre otros, el derecho de todos ante las Administraciones Públicas a que los asuntos sean resueltos en un plazo razonable de tiempo.

Tercera.- En el presente caso, el silencio de ese Ayuntamiento propicia que ignoremos qué medidas concretas pueda tener previstas ese Ayuntamiento para paliar o reducir la problemática de accesibilidad que afecta a la calle San Miguel, así como si han quedado solucionados los problemas presupuestarios que impedían financiar dichas actuaciones.

A la vista de todo ello y de conformidad con lo establecido en el artículo 29, apartado 1, de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, se formula la siguiente

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO 1 del deber legal de colaboración contenido en el artículo 19, apartado 1, de la Ley reguladora de esta Institución, ya citada, por el que los poderes públicos de la Comunidad Autónoma están obligados a auxiliar, con carácter preferente y urgente, al Defensor del Pueblo Andaluz en sus investigaciones e inspecciones.

RECORDATORIO 2 de los deberes legales contenidos en los artículos 103.1 de la Constitución Española, 31 del Estatuto de Autonomía para Andalucía y 3 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, conforme a los cuales la actividad administrativa debe regirse por los principios de eficacia, eficiencia, servicio al ciudadano, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, e impulsar de oficio los procedimientos en todos sus trámites.

RECOMENDACIÓN de que, sin nuevas demoras, esa Alcaldía dé instrucciones a los Servicios Técnicos municipales para que informen de las medidas previstas que permitan mejorar la accesibilidad de la calle San Miguel de ese municipio y, en el caso de que hayan quedado solventados los impedimentos de índole presupuestaría existentes, nos indique plazo aproximado en que podrían acometerse las obras necesarias para concretar tales mejoras.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Insistimos en que se adopten las medidas necesarias para garantizar el deporte y ocio a las personas con discapacidad

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 16/1441 dirigida a Federación Andaluza de Municipios y Provincias, Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales, Dirección General de Personas con Discapacidad

- 28 Marzo 2016

El Defensor del Pueblo Andaluz ha sugerido a la Dirección General de Personas con Discapacidad y a la Federación Andaluza de Municipios y Provincias que pongan en marcha medidas para garantizar el acceso y disfrute del derecho al deporte y al ocio de las personas con discapacidad.

Esta Institución se ha comprometido con las federaciones andaluzas de personas con discapacidad a proponer medidas que “remuevan los obstáculos” que impiden que la igualdad, que constituye un pilar básico de nuestra Constitución, sea real y efectiva entre toda la ciudadanía a la hora de acceder al derecho al deporte y al ocio de las personas con discapacidad.

ANTECEDENTES

El art. 49 de la Constitución (en adelante, CE), con carácter imperativo, exige que los poderes públicos realicen una política de integración de las personas con discapacidad estableciendo, también, el deber de ampararlas en el disfrute de los derechos y libertades contemplados en el Titulo I de la CE que ésta reconoce para toda la ciudadanía.

Por su parte, el art. 43.3 CE establece la obligación de los poderes públicos de facilitar la adecuada utilización del ocio por toda la ciudadanía. Asimismo, el art. 50 CE también exige a los poderes públicos que promuevan el bienestar de la ciudadanía mediante un sistema de servicio que atienda a los problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio.

Es decir, centrándonos en este último derecho, el constituyente consideró que el acceso y disfrute al ocio es una parte esencial, un referente del bienestar de las personas y, como tal, dentro de los Principios Rectores de la Vida Social y Económica, contempló la necesidad de proteger las actividades relacionadas con el ocio en el Capítulo III del Título I de la CE.

En lo que concierne al deporte, es también el art. 43.3 CE el que establece la obligación de los poderes públicos de fomentarlo en el mismo apartado en el que se menciona idéntica obligación en relación con la educación sanitaria y física.

Por tanto, según nuestra Norma Suprema, el deporte, además de una actividad de ocio, se contempla de

alguna manera vinculado a la calidad de vida derivada del ejercicio físico que, a su vez, incide en la protección de la salud.

CONSIDERACIONES

Con todo ello queremos manifestar que ya nuestra Constitución, hace más tres décadas, fue consciente de la importancia e incidencia que en la calidad de vida, el bienestar y la salud tienen para el ser humano las actividades relacionadas con el ocio y el deporte. De hecho, desde entonces hasta ahora, la demanda de la población sobre estas dos actividades no ha hecho sino crecer de una manera muy diversificada y significativa.

Así las cosas, los poderes públicos no pueden seguir mirando para otro lado ante las frecuentes y graves limitaciones derivadas de las barreras existentes, que impiden el que las personas con discapacidad puedan acceder y disfrutar de sus derechos al ocio y al deporte.

Ello es más grave si cabe, si tales limitaciones, en no pocos casos, se mantienen pese a que el legislador ya plasmó esos principios en forma de derechos y garantías exigibles ante las Administraciones Públicas de acuerdo con la normativa de desarrollo.

No nos engañemos, las barreras existentes para el uso y disfrute de las actividades de deporte y ocio, una vez que ya han sido configuradas legalmente, son claras vulneraciones de los derechos subjetivos de la ciudadanía.

Por ello, es preciso recordar que los preceptos constitucionales en los que se reconoce ese derecho no solo deben informar la actividad del legislativo, sino que también tiene que estar presente en la actuación de las administraciones públicas. En efecto, el art. 53.3 CE establece que «El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo Tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.»

En todo caso, no se puede olvidar, tal y como con frecuencia recordamos, que el art. 9, apdo. 1, de la CE establece que «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico» y que, como muy oportunamente señala el apdo. 2 de este precepto, «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; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

Por su parte, el Estatuto de Autonomía para Andalucía (Ley Orgánica 2/2007, de 19 de Marzo, en adelante EAA) tras su reforma no escatima normas para, asimismo, reconocer y garantizar de manera más singularizada tales derechos y la garantía de acceso y disfrute de las personas con discapacidad a los mismos. Basta recordar lo contemplado en los arts. 10.3.16º, 14, 24, 37.1.5º y 169, en relación con el art. 26.1.d), 72.1 y 92.2.m).

Este es el marco normativo constitucional y estatutario en el que, de acuerdo con su desarrollo normativo, se ha conformado la garantía de accesibilidad y disfrute a los derechos de ocio y deporte de las personas con discapacidad.

Pues bien, con motivo del encuentro que mantuvo el Titular de esta Institución con las Federaciones Provinciales de Personas con Discapacidad, éstas nos hicieron llegar la existencia de numerosas barreras en los espacios destinados al ocio y deporte en los municipios de nuestra Comunidad Autónoma que serían, en muchos supuestos, muy fáciles de eliminar y que, sin embargo, de manera incomprensible con los medios de los que actualmente se disponen, continúan impidiendo su uso por las personas con discapacidad.

Debe insistirse en que un mundo como el actual, en el que tanta relevancia tiene las actividades

relacionadas con el ocio y el deporte, no tiene sentido que se mantengan estos obstáculos que chocan frontalmente con las previsiones contenidas en la Constitución Española y el Estatuto de Autonomía.

Así, a título de ejemplo, señalaban las extraordinarias dificultades que en la Estación de Esquí de Sierra Nevada tiene este colectivo para acceder a las infraestructuras de ocio que allí se ofertan. Lo mismo cabe decir de playas, que además son de uso intensivo, por estar cerca de núcleos urbanos, en las que las infraestructuras de acceso a la playa, cuando existen, son extraordinariamente deficientes y se disfrutan de forma temporal.

Si esto es una realidad respecto de la accesibilidad, mucho peor es la situación cuando pensamos en los servicios adicionales de sombra, silla anfibia de acceso al baño, etc.

Por otro lado, en los pocos lugares en los que existen estas instalaciones durante el periodo estival, se olvidan de la posibilidad de hacer uso de las mismas, por parte de estas personas, fuera de la temporada de verano. Esto último se comentó, especialmente, en lo que concierne a la accesibilidad, que lo lógico sería que durante todo el año se pudiera mantener algún itinerario accesible en algunas playas de uso intensivo, al menos en las cercanas a grandes núcleos de población.

No obstante, también, manifiestan que sí hay playas que están bien dotadas y, entre éstas citan, a título de ejemplo, la playa de Aguadulce de Almería.

Durante la larga conversación que mantuvimos en este encuentro se pusieron de manifiesto situaciones o hechos injustificados como lo que ocurre con las pistas de pádel, que suelen dotarse de una tipología de puertas que obliga a tener que plegar las sillas de ruedas al entrar y salir de la pista, cuando lo lógico sería que estuvieran ya normalizadas las instalaciones para poder ser utilizadas indistintamente por personas con y sin discapacidad.

En definitiva, haciendo una breve recapitulación, la cuestión de fondo no es otra que manifestar que ya es tiempo y hora de que se facilite, como participantes o como audiencia, en cines, teatros, centros deportivos, instalaciones deportivas, lugares de esparcimiento en el interior y en la playa y en cualquier otro lugar de uso colectivo, que se puedan desarrollar actividades de ocio y deporte, que se dé un impulso serio y comprometido para que el acceso a estos lugares y la práctica de las actividades de ocio y deporte por las personas con discapacidad sea una realidad y no un mero deseo del constituyente, del redactor del Estatuto de Autonomía y de los poderes públicos que han aprobado, en su día, una regulación para conformar unos derechos que son, una y otra vez, vulnerados de manera impune.

A la vista de todo ello y de conformidad con lo establecido en el artículo 29, apartado 1, de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, se formula la siguiente

RESOLUCIÓN

*** Dirección General de Personas Con Discapacidad, Consejería de Igualdad y Políticas Sociales.**

SUGERENCIA para que, desde una reflexión profunda sobre las cuestiones que nos plantearon las Federaciones Provinciales de Personas con Discapacidad, se impulsen medidas de distinta naturaleza a fin de garantizar el acceso y disfrute del derecho al deporte y al ocio de las personas con discapacidad, tales como normas, manuales de buenas prácticas, redacción de pliego de prescripciones técnicas, que sirvan de base para la contratación administrativa, campañas de información e informativas, etc.

Esta Institución se ha comprometido con las mencionadas Federaciones a proponer medidas que “ *remuevan los obstáculos*” que impiden que la igualdad, que constituye un pilar básico de nuestra Constitución, sea real y efectiva entre toda la ciudadanía a la hora de acceder a los derechos que aquélla garantiza. Justamente por ello esperamos que esa Consejería entienda y asuma el contenido de este escrito y nos informe de las medidas que va a poner en marcha, si se acepta esta Sugerencia, para su cumplimiento.

*** Federación Andaluza de Municipios y Provincias (FAMP)**

SUGERENCIA para que realice cuantas actuaciones estén en su mano para hacer llegar el contenido de esta resolución, por los medios que estimen oportunos, a todos los municipios de Andalucía y que, al mismo tiempo, ponga en marcha medidas para que, ya sea a través de ordenanzas tipos, códigos de buenas prácticas o cualquier otro instrumento que considere adecuado, se conciencie a los Ayuntamientos de la necesidad de observar el contenido de los preceptos constitucionales y estatutarios citados a fin de que, de manera real y efectiva, se garantice el acceso y disfrute para toda la ciudadanía de los derechos contenidos en aquéllos.

Ver cierre de actuación de oficio

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Las personas mayores que viven solas en las ciudades, ¿tienen servicios adecuados?

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 16/3279 dirigida a Consejería de Igualdad y Políticas Sociales, Dirección General de Personas Mayores y Pensiones no contributivas, Ayuntamientos: Almería, El Ejido, Roquetas de Mar, Cádiz, San Fernando, Chiclana de la Frontera, Algeciras, Línea de la Concepción, Jerez de la Frontera, El Puerto de Santa María, Sanlúcar de Barrameda, Córdoba, Granada, Motril, Huelva, Jaén, Linares, Málaga, Marbella, Torremolinos, Benalmádena, Fuengirola, Mijas, Estepona, Vélez Málaga, Sevilla, Alcalá de Guadaíra, Dos Hermanas, Utrera

- 25 Julio 2016

De acuerdo con los resultados obtenidos por la Encuesta Continua de Hogares, elaborada por el Instituto Nacional de Estadística, en el año 2015 existían en toda Andalucía 297.300 hogares unipersonales, formados por una sola persona mayor de 65 años.

Destaca la importante feminización de estos hogares unipersonales, pues se trata de mujeres en casi el 75% de los casos (220.400 mujeres), siendo necesario resaltar el importante número de viudas (179.500). También es significativo, en el caso de los hombres mayores que viven solos (76.900), el peso relativo de los viudos (35.600).

En cualquier caso se trata de datos coherentes con la estructura demográfica y social de Andalucía, donde la esperanza de vida de las mujeres es mayor y donde ha predominado el matrimonio como modelo de relación familiar.

Desde la perspectiva de los ingresos, hay que considerar que en Andalucía la cuantía media de la pensión de jubilación asciende a 935,06 euros; mientras que la cuantía media de las pensiones de viudedad asciende a 598,89 euros.

Si bien estos datos requieren ser filtrados y puestos en relación con diversas variantes, como el patrimonio acumulado, las rentas de patrimonio o de capital disponibles, los apoyos familiares e incluso los servicios públicos a que se tiene acceso, lo cierto es que con carácter general puede afirmarse la existencia de un importante número de hogares en los que vive una mujer sola y con ingresos inferiores a los 600€ al mes.

En Andalucía se ha desarrollado una extensa red de servicios sociales, compuesta por los servicios sociales comunitarios y los servicios sociales especializados. Los primeros, puerta de acceso al sistema, prestan los servicios de información, valoración, orientación y asesoramiento al ciudadano, de cooperación social, de ayuda a domicilio, y de convivencia y reinserción social.

Por su parte, los Servicios Sociales Especializados son aquellos que se dirigen hacia determinados sectores de la población que, por sus condiciones o circunstancias, necesitan de una atención específica, como la la familia, infancia, adolescencia y juventud, las personas con discapacidad, las personas dependientes o las personas mayores.

La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, ha supuesto un hito muy importante en el desarrollo del sistema de servicios sociales, al configurar por primera vez un derecho subjetivo, con alcance en todo el Estado. Se trata del derecho a que la persona en situación de dependencia sea reconocida como tal y atendida, para facilitar su autonomía o complementar el desarrollo de las actividades de la vida diaria, mediante un catálogo de prestaciones económicas o servicios de atención personal, como la ayuda en el domicilio, los centros de día o los centros residenciales.

El referido desarrollo de nuestro sistema de servicios sociales ha sido pues completado con el Sistema de Autonomía Personal y Atención a la Dependencia, de forma que en la actualidad existe una extensa red de profesionales y servicios a disposición de aquellas personas que, por su situación personal, lo necesiten.

Junto al sistema de servicios sociales, es necesario destacar la pervivencia de importantes redes de apoyo, familiares y vecinales, que preexistían a los servicios sociales públicos y que tienen gran relevancia para las personas mayores que viven solas, especialmente en aquellos núcleos de población en los que, por su pequeño tamaño, existe una especie de "individualización" de la población, de tal manera que se presta un apoyo constante y solidario a estas personas para el mantenimiento de su autonomía. Además, la red de apoyo hace que las posibles circunstancias adversas que enfrenta una persona mayor sean rápidamente detectadas y atendidas por el colectivo familiar y/o vecinal.

Por otro lado, las organizaciones del tercer sector, algunas veces a caballo entre los apoyos informales y el sistema de servicios sociales y otras veces plenamente integradas en el sistema de servicios sociales, prestan también un destacado apoyo a las personas mayores que viven solas.

Sin embargo, en Andalucía hay personas mayores que residen solas y que no han tenido contacto con los Servicios Sociales, y que además no disponen de redes de apoyo familiar/vecinal o disponían de éstas pero se han deteriorado, por lo que puede darse la circunstancia de que se encuentran aisladas dentro de su propio entorno habitual. En algunos casos incluso se llega a situaciones dramáticas, como el fallecimiento en el hogar de una persona mayor que no es detectado hasta que ha transcurrido el tiempo suficiente para la descomposición del cadáver.

El Plan Internacional de Acción para el Envejecimiento, adoptado por Naciones Unidas en Madrid, en 2002, es consciente de la mayor vulnerabilidad a la pobreza de las mujeres mayores que viven solas, enfatizando la necesidad de que en los planes de erradicación de la pobreza se tengan particularmente en cuenta la necesidad de las personas mayores que viven solas.

Este Plan define como tercera Orientación prioritaria la creación de un entorno propicio y favorable para las personas mayores, proponiendo como medida específica (105):

> "*Mejorar la calidad de la asistencia y el acceso a la asistencia comunitaria a largo plazo que se presta a las personas de edad que viven solas, a fin de prolongar su capacidad para vivir con independencia como posible alternativa a la hospitalización y al ingreso en residencias de ancianos*".

La Constitución española, en su artículo 50 mandata a los poderes públicos a garantizar mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Es significativo además que este artículo señale que, con independencia de las obligaciones familiares, los poderes públicos *"promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio"*.

En el ámbito andaluz, el artículo 19 del Estatuto de Autonomía reconoce el derecho de las personas mayores a recibir de los poderes públicos de Andalucía una protección y una atención integral para la promoción de su autonomía personal y del envejecimiento activo, que les permita una vida digna e independiente y su bienestar social e individual, así como a acceder a una atención gerontológica adecuada, en el ámbito sanitario, social y asistencial, y a percibir prestaciones en los términos que establezcan las leyes

Por su parte la Ley 6/1999, de 7 de julio, de atención y protección a las personas mayores establece una serie de objetivos, muchos de los cuales inciden directamente en la situación de las personas mayores solas en Andalucía. Así, esta Ley propone, entre otras medidas:

> *"a) Impulsar y mejorar el bienestar físico, psíquico y social de las personas mayores y proporcionarles un cuidado preventivo, progresivo, integral y continuado, en orden a la consecución del máximo bienestar en sus condiciones de vida, prestando especial atención a aquéllas con mayor nivel de dependencia.*

b) Velar por la suficiencia económica de las personas mayores con objeto de favorecer su integración social.

c) Procurar la integración de las personas mayores en todos los ámbitos de la vida social mediante su participación en las actividades que se lleven a cabo en su entorno físico y cultural, así como fomentar la aportación de sus conocimientos y experiencia a las restantes generaciones.

d) Posibilitar la permanencia de los mayores en el contexto sociofamiliar en el que han desarrollado su vida.

e) Promover las condiciones precisas para que las personas mayores lleven una vida autónoma, ofertando los medios para desarrollar sus potencialidades y frenar los procesos involutivos que acompañan a la edad avanzada.

f) Prevenir y evitar situaciones de riesgo social que puedan dar lugar a situaciones de maltrato y desasistencia.

(…)"

Además, esta Ley conmina a las Administraciones Públicas para que investiguen las posibles denuncias de situaciones de desasistencia en que se pueda encontrar una persona mayor y adopten las medidas necesarias para su cese.

A la vista de cuanto antecede, al amparo de la posibilidad que otorga el artículo 10.1 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, reguladora del Defensor del Pueblo andaluz, se incoa la presente queja de oficio, ante la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales de la Junta de Andalucía y ante los 29 ayuntamientos andaluces cuyos municipios cuentan con más de 50.000 habitantes para, a la vista de lo dispuesto en el artículo 50 de la Constitución española y 19 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, y pese al desarrollo que ha experimentado el sistema de servicios sociales en nuestra Comunidad Autónoma, valorar las actuaciones que las Administraciones Públicas Andaluzas llevan a cabo con las **personas mayores que viven solas en el medio urbano**, para facilitar a las mismas recursos asistenciales, comunitarios, de salud, culturales, de ocio, etc. que mejoren su calidad de vida, promuevan la participación social y coadyuven a facilitar la permanencia en su medio.

La finalidad de dicha queja de oficio es, con respecto a cada una de las Administraciones afectadas:

a) Conocer si disponen de información actualizada sobre las personas mayores que viven solas y no son usuarias de los servicios sociales comunitarios.

b) Conocer si llevan a cabo algún tipo de actuación con respecto a este grupo de personas, ya sea para verificar que sus condiciones de vida, redes de apoyo, posibilidad de mantener su vida autónoma y capacidad de reacción ante situaciones de urgencia social o sanitaria son adecuadas, o para cualquier otra finalidad

c) Conocer si existe algún tipo de coordinación con los profesionales de los servicios de salud para la detección de situaciones de riesgo.

d) Conocer si existen mecanismos de colaboración/coordinación con las organizaciones del tercer sector implantadas en los municipios.

e) Detectar y compartir las buenas prácticas que se conozcan en cada municipio.

---

defensor del pueblo Andaluz

Actuamos de oficio para conocer la atención a las personas mayores en una residencia de Granada

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/5155 dirigida a Consejería de Igualdad y Política Sociales, Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en Granada

- 11 Octubre 2017

Esta Institución tuvo conocimiento a través del escrito de un particular de la existencia de reclamaciones contra un centro residencial de mayores de la provincia de Granada.

Dado que las irregularidades a las que se aludía afectaban a derechos fundamentales como el derecho a la vida y a la integridad física y moral consagrado en el art. 15 de la Constitución Española, así como al derecho a la protección de la salud (art. 43 CE) y a la obligación de los poderes públicos de promover el bienestar de los ciudadanos y ciudadanas de la tercera edad mediante un sistema de servicios sociales que atienda sus problemas específicos de salud, se incoó una queja de oficio, a fin de solicitar a la Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en Granada información al respecto.

Actuamos de oficio ante la denuncia por deficiencias y desatención en una residencia de mayores en Sevilla

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/5148 dirigida a Consejería de Igualdad y Políticas Sociales, Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en Sevilla

- 11 Octubre 2017

Esta Institución tuvo conocimiento, mediante un escrito recibido, sobre la situación en la que se encontraba una Residencia de Mayores ubicada en Sevilla, mediante el que se nos exponía la detección de un déficit de cuidados y atención integral a las personas residentes.

Este Centro se trataba de una Residencia autorizada para personas válidas, con una capacidad de 16 plazas. Actualmente de los 16 residentes, solo había 4 válidos, el resto eran dependientes para todas las Actividades Básicas de la vida diaria. La media de edad era de 87-90.

Tanto la equipación como la dotación carecía de las condiciones básicas:

- Dormitorios con poca ventilación igual que el salón multiusos (comedor, sala de TV, sala de estar) solo recibía ventilación cuando se abría la puerta de la calle.

- Mobiliario muy precario (camas, colchones, sillas, ...)

- No había salida de emergencia en el Centro.

- El personal contratado eran tres auxiliares de enfermería en turno de mañanas y tarde, realizando las siguientes tareas:

  - Higiene de los residentes.

  - Limpieza de la Residencia.

  - Limpieza de las ropas.

  - Cocinaban, servían y recogían los menús.

  - Administraban la medicación.

  - Se desplazaban al Centro de Salud.

  - Durante las noches, vigilaba a los residentes el propietario de la Residencia (persona no

sanitaria).

- Botiquín sin protección.

- Cuando el personal sanitario que acudía al centro realizaba las visitas de seguimiento de los residentes para atender sus necesidades de cuidados y se encontraba con el propietario, el mismo no mantenía una actitud adecuada. En ocasiones necesitaban información y no la suministraba correctamente

Esta información ya había sido comunicada al Distrito Sanitario de Atención Primaria de Sevilla. Asimismo, parecías que esta situación había sido comunicada también en octubre de 2016, al Teléfono del Maltrato al Mayor.

A la vista de los hechos expuestos y teniendo en cuenta que en los mismos podían estar viéndose conculcados derechos fundamentales tales como el derecho a la vida y a la integridad física y moral consagrado en el art. 15 de la Constitución Española, así como el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE) y la obligación de los poderes públicos de promover el bienestar de los ciudadanos y ciudadanas de la tercera edad mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, se incoó la presente queja de oficio a fin de investigar los hechos descritos.

Recomendamos que climaticen la Residencia para Personas Mayores de La Línea de la Concepción, en Cádiz

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 15/3798 dirigida a Diputación Provincial de Cádiz

- 10 Octubre 2016

El promotor de la queja denunciaba la situación en la que se encontraba la Residencia de Mayores de la Diputación Provincial de Cádiz en La Línea de la Concepción en la época de verano pues las personas mayores residentes sufrían la continúa insolación de la fachada principal, durante prácticamente todo el día, y no contaban con instalación de aire acondicionado, siendo dicha instalación necesaria para mejorar la calidad de vida de las mismas.

Tras el envío de 2 informes por parte de la Diputación Provincial de Cádiz, al amparo del artículo 29 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, se formula al citado organismo Resolución en el sentido de que se lleven a cabo las actuaciones necesarias para dotar, en un plazo razonable, a las estancias de servicios generales y residenciales de la Residencia de instalación de climatización que permita la regulación térmica individualizada de las mismas.

Nos referimos de nuevo a la Queja que se tramita en esta Institución con la referencia del encabezamiento, Q 15/3798.

Una vez analizados los informes recibidos, puestos los mismos en relación con la documentación que obra en poder de esta Institución y con la normativa que resulta de aplicación al presente caso, esta Institución considera necesario, haciendo uso de la posibilidad contemplada en el artículo 29 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, formular Resolución en base a los siguientes

ANTECEDENTES

1.- El promotor de esta Queja nos dirigió un escrito en el que denunciaba la situación en la que se encuentra la Residencia de Mayores de la Diputación Provincial de Cádiz en La Línea de la Concepción. En dicho escrito exponía que en la época de verano las personas mayores residentes sufrían la continúa insolación de la fachada principal, durante prácticamente todo el día, lo cual provoca un intenso calor que no puede combatirse con el aire acondicionado, por la inexistencia de dicha instalación.

Indicaba que las medidas que se adoptaban, tales como abrir las ventanas y terrazas e incluso el uso de ventiladores, no solucionaban el intenso calor, provocando la entrada de más aire caliente en las habitaciones y la entrada de numerosos insectos por la noche, los cuales no eran combatidos de forma eficiente, con las molestias que ello supone.

Finalmente solicitaba que se procediese a la instalación del aire acondicionado, con el objeto de mejorar la calidad de vida de las personas mayores residentes.

2.- Esta Institución acordó admitir la queja a trámite y solicitar a esa Administración el correspondiente informe. Nos remitimos al expediente por razones de economía, si bien de forma resumida cabe indicar que el informe recibido señalaba lo siguiente:

- La instalación de aire acondicionado en todas las habitaciones y salas comunes plantea problemas estructurales y económicos que están siendo estudiados por los técnicos de Salud, Servicios Sociales y Patrimonio.

- La instalación de aire acondicionado no es un requisito obligatorio, a tenor de lo dispuesto en la Orden de 5 de noviembre de 2007, de la Consejería, por la que se regula el procedimiento y los requisitos para la acreditación de los centros para personas mayores en situación de dependencia en Andalucía

- El centro sigue las recomendaciones que realiza el Servicio Andaluz de Salud (SAS) en las campañas de prevención del calor en verano.

- La residencia dispone de una certificación de una empresa homologada de desinsectación y no ha sido requerida por ninguna inspección del SAS ni del Departamento Municipal de Salud, puesto que se toman las medidas preventivas y correctivas adecuadas.

- Finalmente agradecían al promotor de la queja sus recomendaciones, que se tendrían en cuenta en las futuras actuaciones sobre climatización, en el actual edificio o en el proyecto final de nueva residencia.

3.- Trasladado este informe al interesado, éste nos realizó una serie de consideraciones que nos llevaron a requerir nuevo informe a esa Administración, referente al resultado del estudio sobre la implantación de aire acondicionado en la Residencia para personas mayores de La Línea de la Concepción que nos había anunciado. Igualmente solicitamos diversa información sobre el estado del proyecto para la implantación de una nueva Residencia de Personas Mayores en La Línea de la Concepción.

Igualmente nos remitimos al expediente en lo que se refiere a la respuesta ofrecida por esa Diputación Provincial, si bien consideramos necesario destacar que:

- No se nos ha informado sobre el resultado del estudio sobre la implantación de aire acondicionado en la Residencia para personas mayores de La Línea de la Concepción.

- El proyecto de nueva residencia está en un estado de estudio de posibles alternativas de viabilidad, pendiente de *"profundos análisis"* para tomar la mejor de las decisiones, considerando la nueva legislación que plantea limites en cuanto a sostenibilidad económica y cumplimiento del objetivo de déficit público, así como el desarrollo efectivo del nuevo marco competencial de las Comunidades Autónomas.

A la vista de los antecedentes descritos, le trasladamos las siguientes

CONSIDERACIONES

Primera.

La actuación del Defensor del Pueblo Andaluz en esta Queja guarda directa relación con el derecho a una atención social adecuada a las personas mayores que, con distinta redacción, contemplan el artículo 50 de la Constitución española y el artículo 19 del Estatuto de Autonomía para Andalucía. Se trata de un derecho social enunciado en el Título I del Estatuto de Autonomía, y corresponde al Defensor del Pueblo Andaluz velar por la defensa del mismo (artículo 41).

Desde este punto de vista, esta Institución valora el esfuerzo que realiza la Diputación Provincial de Cádiz,

manteniendo un recurso residencial de servicios sociales especializados, en un contexto de contención presupuestaria provocado por una profunda crisis económica que ha mermado los recursos de las Administraciones Públicas y particularmente de las Administraciones Locales.

No obstante lo anterior, estimamos necesario realizar algunas valoraciones sobre las cuestiones planteadas en esta Queja.

En primer lugar, con respecto a la obligatoriedad de disponer de aire acondicionado en las habitaciones, cabe señalar que la Orden de 5 de noviembre de 2007, de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, por la que se regula el procedimiento y los requisitos para la acreditación de los centros para personas mayores en situación de dependencia en Andalucía, en su ANEXO II, referente a las Condiciones materiales comunes a todos los centros, epígrafe I, Condiciones físicas y dotacionales, apartado 4, Instalaciones, en lo que respecta a climatización, señala:

> *"Los Centros dispondrán de elementos de climatización con medidas de seguridad suficientes, que deberán funcionar siempre que la temperatura ambiente lo requiera. Siendo recomendable la regulación térmica individualizada de las estancias de servicios generales y residenciales.*
>
> *Los elementos de calefacción dispondrán de protectores para evitar quemaduras por contacto directo o prolongado, quedando expresamente prohibida la utilización de estufas de gas y de equipos autónomos de gas de cualquier índole."*

En efecto, a la vista de la regulación sobre condiciones materiales de los centros para personas mayores dependientes, la instalación de aire acondicionado no es obligatoria, si bien se recomienda la regulación térmica individualizada de las estancias de servicios generales y residenciales, es decir, de las habitaciones.

Abundando algo más en esta cuestión, cabe destacar que la temperatura máxima media en los meses de verano en La Línea de la Concepción supera los 25 grados centígrados y se acerca a los 30 grados centígrados, llegándose algunos días a temperaturas máximas que superan ampliamente dichos registros.

Es evidente que se trata de temperaturas que aunque no alcanzan los extremos de algunas comarcas del interior de Andalucía, al tratarse de un municipio costero, comportan durante prácticamente todo el verano una sensación de calor que se hace aún más difícil de soportar para personas que por sus propias limitaciones deben permanecer, en muchos casos, en sus respectivas estancias residenciales.

A la vista del primer informe emitido por esa Diputación Provincial cabría preguntarse por la eficiencia de la medida de implantación de una instalación de aire acondicionado cuando existe un proyecto de nueva residencia que, entendemos, contemplará una adecuada climatización, tanto de frío como de calor.

Sin embargo, de acuerdo con su segundo informe, el embrionario estado de dicho proyecto de nueva residencia, cuya ubicación ni siquiera está decidida, debe ser motivo suficiente para abordar una instalación que aunque no sea obligatoria sí es considerada como recomendable en la normativa de acreditación de los centros para personas mayores en situación de dependencia en Andalucía. Es más, ha sido esa Diputación Provincial quien ha iniciado un estudio para valorar los problemas económicos y estructurales que comporta la instalación de aire acondicionado, si bien no hemos podido conocer sus conclusiones, pese a haberlas requerido expresamente.

A la vista de todo ello y de conformidad con lo establecido en el artículo 29, apartado 1, de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre del Defensor del Pueblo Andaluz, se formula la siguiente

RESOLUCIÓN

SUGERENCIA: De llevar a cabo las actuaciones que estime necesarias para dotar en un plazo razonable a las estancias de servicios generales y residenciales de la Residencia para Personas Mayores de La Línea

de la Concepción de instalación de climatización que permita la regulación térmica individualizada de las mismas.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Pedimos que anulen la sanción contra el presidente de un Centro de Participación Activa de Personas Mayores

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 16/6512 dirigida a Ayuntamiento de Marbella (Málaga)

- 17 Abril 2017

El interesado, ex-Presidente de una Junta de Participación y Gobierno del Centro de Participación Activa de Personas Mayores, exponía que a raíz de sus reivindicaciones y propuestas de mejora, la Delegación de Servicios Sociales, a través de algunos de sus técnicos, se había dedicado a entorpecer, bloquear, desprestigiar e impedir el trabajo de dicha Junta de Gobierno.

Señalaba también que se había abierto expediente sancionador contra el Presidente de la Junta de Gobierno, ante la propuesta de la asamblea de sustituir al representante de la Administración, indicando que en el proceso seguido en la instrucción del expediente no se habían observado los principios de transparencia y de participación, así como que el órgano instructor no había adoptado las medidas necesarias para lograr el pleno respeto a los principios de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento.

En el informe solicitado al Ayuntamiento de Marbella, éste se limitó a dar traslado del expediente sancionador instruido e indicar que se constataba que se habían garantizado tanto en la instrucción como en la resolución del procedimiento sancionador los derechos del interesado.

A la vista de lo anterior, en virtud del articulo 29 de nuestra Ley reguladora, formulamos al citado organismo Resolución en el sentido de que se revise de oficio y anule el expediente sancionador tramitado y, en caso de que se considere incoar un nuevo expediente sancionador, se respeten las normas de procedimiento y se garanticen los derechos del afectado.

Nos referimos de nuevo a la queja que se tramita en esta Institución con la referencia del encabezamiento, Q 16/6512.

Una vez analizados los informes recibidos, puestos los mismos en relación con la documentación que obra en poder de esta Institución y con la normativa que resulta de aplicación al presente caso, esta Institución considera necesario, haciendo uso de la posibilidad contemplada en el artículo 29 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, formular Resolución en base a los siguientes

ANTECEDENTES

1. Con fecha 22/11/2016 recibimos escrito de queja cuyo promotor, ex-Presidente de la Junta de Participación y Gobierno del Centro de Participación Activa de Personas Mayores de ..., exponía que desde

que él y los restantes miembros de la Junta habían resultado elegidos, habían trabajado por la mejora del Centro y con la intención de ponerlo al nivel que se merecen sus usuarios, y que no habían pretendido crear ningún conflicto, destacando que habían realizado propuestas de mejora y que, a raíz de sus reivindicaciones la Delegación de Servicios Sociales, a través de algunos de sus técnicos, se ha dedicado a entorpecer, bloquear, desprestigiar e impedir el trabajo de la Junta de Gobierno.

Señalaba también que se había abierto expediente sancionador contra el Presidente de la Junta de Gobierno, decisión que venía provocada por la propuesta de la asamblea para sustituir al actual representante de la Administración por otra persona con un perfil más adecuado a las funciones que debe realizar en relación con las personas mayores, más que por faltas o indisciplinas que no han podido ser probadas fehacientemente por ser falsas.

Finalizaba indicando que el proceso seguido en la instrucción del expediente no había observado los principios de transparencia y de participación. No había tenido acceso al expediente y tampoco se habían realizado pruebas técnicas ni análisis contradictorios que permitieran conocer la verdad y, en consecuencia, influir en el resultado del expediente.

A juicio del afectado, el órgano instructor no había adoptado las medidas necesarias para lograr el pleno respeto a los principios de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento, quedando en entredicho los principios de buena fe y de confianza legítima.

2. Tras admitir a trámite la queja, con fecha 02/12/2016 remitimos solicitud de informe a ese Ayuntamiento, informe que ha sido recibido en nuestra Sede el pasado 23/01/2017.

En dicho informe el Ayuntamiento de Marbella se limita a dar traslado del expediente sancionador instruido, indicando que "*se puede constatar que se han garantizado tanto en la instrucción como en la resolución del procedimiento sancionador los derechos del mencionado señor".*

A la vista de los anteriores antecedentes, estimamos conveniente realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

Primera. Tramitación del procedimiento sancionador.

El régimen disciplinario de los Centros de Participación Activa de Personas Mayores viene establecido en el Título V del Decreto 72/2012, de 20 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de los Centros de Participación Activa para Personas Mayores.

En el Capítulo I se definen las faltas, se clasifican en leves, graves o muy graves y se determinan los plazos de prescripción, en el Capítulo II se establecen los principios para la ponderación de las sanciones, se especifican las sanciones que corresponden a cada categoría de infracciones y se determinan los plazos de prescripción y en el Capítulo III, finalmente, se establece el desarrollo del procedimiento disciplinario.

Pues bien, del análisis del expediente sancionador que nos ha sido remitido constatamos:

Que no consta el Acuerdo de práctica de pruebas al que se refiere el artículo 64.2 del referido Decreto. Tan solo aparece en el expediente una citación al denunciado para que comparezca "con objeto de tratar asunto relacionado con la incoación expediente sancionador". Igualmente aparece escrito del denunciado comunicando que asistirá a la citación que se le realiza.

La comparecencia del denunciado no ha quedado reflejada en ningún documento, por lo que no es posible saber si se ha tratado de una prueba testifical y, en tal caso, cuáles han sido las cuestiones propuestas y cuáles las respuestas del mismo y la valoración del instructor.

La propuesta de resolución debe fijar de forma motivada los hechos, especificándose los que se

consideren probados y su exacta calificación jurídica, de acuerdo con el artículo 65 del Decreto. Sin embargo, la propuesta de resolución se limita a describir una serie de conductas de modo genérico, sin especificar las situaciones concretas en que se ha producido falta de respeto, humillación o inobservancia de las normas de organización del centro y de las directrices de organización recibidas.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 66, inmediatamente después de la propuesta de resolución se debe notificar la misma a los interesados e informarles de la puesta a su disposición del expediente a fin de que puedan obtener las copias de los documentos que estimen convenientes, concediéndoseles un plazo de diez días para formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que estimen pertinentes ante el órgano instructor del procedimiento. No consta en el expediente remitido que se haya dado este trámite de audiencia, ello pese a que se han tenido en cuenta para la redacción de la misma hechos alegados por otras personas.

Finalmente, observamos que el principio de tipicidad no ha sido respetado a la hora de calificar las infracciones con relación a los hechos. Así, se señala en la Resolución que los hechos probados son: falta de respeto y humillación hacia el técnico responsable del centro; faltas de respeto hacia el personal de conserjería; e inobservancia reiterada de las normas de organización del centro y de las directrices de organización establecidas por el técnico de organización del centro.

Dichos hechos se califican como falta muy grave, del artículo 57 a), c) y f). Estas letras señalan lo siguiente:

> *"a) La inobservancia de las normas de organización del centro previstas en el presente Estatuto y en el Reglamento de Régimen Interior del centro, que genere daños muy graves en el funcionamiento del mismo.*
>
> *c) Promover o participar en altercados, riñas o peleas, así como proferir insultos, verter calumnias, manifestarse con evidente desprecio y desconsideración hacia las demás personas socias, usuarias, al personal del centro o a cualquier otra que tenga relación con el mismo.*
>
> *f) El incumplimiento muy grave de las obligaciones y deberes inherentes a la condición de miembro de la Junta de Participación y de Gobierno."*

No solo no se describe en el hecho probado qué normas se han dejado de observar, sino que tampoco se especifica que la inobservancia de la norma haya generado daños muy graves en el funcionamiento del centro.

Por otro lado, no parece que el hecho de la falta de respeto pueda subsumirse sin más explicación en el "evidente desprecio y desconsideración", expresión esta última que tiene un matiz agravado del que carece la mera falta de respeto.

Finalmente, a la vista de la resolución, se desconoce qué hecho ha supuesto incumplimiento muy grave de las obligaciones y deberes inherentes a la condición de miembro de la Junta de Participación y Gobierno.

En este punto, creemos necesario aclarar que esta Institución no ha tenido un conocimiento directo de los hechos que han dado lugar a la incoación del expediente sancionador, ni ha tenido tampoco participación en la tramitación de dicho expediente, por lo que no puede pronunciarse sobre si se han producido conductas por parte del denunciado que puedan calificarse como infracciones y merezcan la correspondiente sanción, si bien constatamos vulneración del derecho a ser sancionado solamente por infracciones tipificadas en la Ley, así como una inadecuada tramitación del procedimiento, que puede haber provocado indefensión.

Por todo lo anterior, y de conformidad a la posibilidad contemplada en el artículo 29 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, reguladora del Defensor del Pueblo Andaluz, nos permitimos formular al Ayuntamiento de Marbella, la siguiente

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO de los deberes legales recogidos en los preceptos recogidos en el cuerpo de la presente resolución y a los que se debe dar inmediato y debido cumplimiento.

RECOMENDACIÓN para que se revise de oficio y anule el expediente sancionador tramitado y, en caso de que se considere incoar un nuevo expediente sancionador, se respeten las normas de procedimiento y se garanticen los derechos del afectado.

Consideramos que actuando en la forma que propugnamos se lograría una mayor adecuación de la actuación administrativa a los principios de eficacia y de sometimiento pleno a la ley y al Derecho, previstos en el artículo 103 de la Constitución.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Las personas mayores deben conocer cómo reclamar por la suspensión de las actividades en un centro de participación activa

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 16/2318 dirigida a Consejería de Igualdad y Políticas Sociales, Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en Córdoba

- 07 Marzo 2017

Según el interesado, socio de un Centro de Participación Activa de Mayores de la provincia de Córdoba, se iban a suspender todas las actividades de dicho Centro, al parecer, por falta de presupuesto, por lo que los socios presentes decidieron hacer un escrito y recoger firmas y enviarlo a la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales. Solicitaron al Presidente del Centro la hoja de reclamaciones, para enviar también la reclamación y queja a la Delegación de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en Córdoba, pero les comunicaron que el libro lo guardaba la Directora del Centro en su despacho, no pudiendo acceder al mismo en dicho momento porque ésta se encontraba de baja, rellenado la hoja de reclamaciones cuando se incorporó la Directora del Centro.

Tras el informe recibido de la Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en Córdoba, se le dio traslado del mismo al interesado para que formulase las alegaciones que estimase oportunas, reiterándose en las cuestiones inicialmente planteadas.

Por ello, en virtud del artículo 29 de nuestra la Ley reguladora, se formula Sugerencia al citado organismo en el sentido de que se adopten las medidas adecuadas para que los usuarios y usuarias del centro de Participación Activa de Mayores que nos ocupa conozcan la existencia de las hojas de quejas y reclamaciones y el cauce adecuado para acceder a las mismas.

Nuevamente nos ponemos en contacto con esa Delegación Territorial, en relación con el expediente de queja que se tramita en esta Institución con la referencia del encabezamiento, Q 16/2318.

Una vez analizados los informes recibidos, puestos los mismos en relación con la documentación que obra en poder de esta Institución y con la normativa que resulta de aplicación al presente caso, esta Institución considera necesario, haciendo uso de la posibilidad contemplada en el artículo 29 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, formular Resolución en base a los siguientes

ANTECEDENTES

1. Con fecha 05/05/2016 recibimos escrito de queja en el que el interesado, socio del Centro de Participación Activa de Mayores de ... exponía que, en fechas recientes, le habían comunicado a todos los socios la suspensión de todas las actividades en el centro, hasta nueva orden. Indicaba también que tras solicitar las correspondientes explicaciones, les habían informado de que se debía a la falta de

presupuesto y que no se recibían partidas económicas para las actividades.

Al parecer los socios presentes decidieron hacer un escrito y recoger firmas y enviarlo a la Sra. Consejera de Igualdad y Políticas Sociales. En ese mismo instante le solicitaron al Sr. Presidente del Centro la hoja de reclamaciones, para enviar también la reclamación y queja a esa Delegación de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en Córdoba.

Indicaban, asimismo, que al solicitar el libro de reclamaciones les comunicaron que el libro lo guarda la Directora del Centro en su despacho, no pudiendo acceder al mismo en dicho momento porque ésta se encontraba de baja.

Aún así, los socios allí presentes decidieron hacer el escrito y recoger las firmas, rellenando la hoja de reclamaciones cuando se incorporó la Directora del Centro tras su baja laboral.

Señalaban también que en reunión mantenida con la Directora, el 8 de febrero, se les comunicó que se habían solventado los problemas y que continuaban las actividades.

Pese a lo anterior, con fecha 5 de mayo presentaron el escrito de queja ante esta Institución, indicando que nuevamente el centro volvía a suspender todas las actividades a partir de esa misma fecha.

Tras admitir a trámite la queja, esta Institución solicitó a esa Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en fecha 23/05/2016 la emisión del correspondiente informe para el esclarecimiento del asunto en cuestión.

En concreto, le solicitamos que nos informara acerca de:

- Motivos por los que, según indicaban los interesados, el libro de reclamaciones del Centro de Participación Activa no se encontraba a disposición del público en el momento en el que lo requirieron.

- Si, en efecto, se habían vuelto a suspender las actividades del centro desde el 5 de mayo, como indicaban los interesados y, en tal caso, los motivos que justificasen tal suspensión y las previsiones temporales para la continuidad de las actividades.

2. En respuesta a nuestra solicitud, el pasado 04/07/2016 recibimos informe emitido por esa Delegación Territorial, en el que además de otras cuestiones se expresaba, con relación a las preguntas formuladas por esta Institución, que los promotores de la queja solicitaron el Libro de reclamaciones al Presidente del Centro de Participación Activa, que es un socio del mismo y no forma parte del personal administrativo del Centro, dándose la circunstancia de que el Presidente del Centro desconocía donde estaban las hojas de reclamaciones, pero que se les facilitaron por la Directora cuando ésta se incorporó a su puesto de trabajo.

Por otro lado, con respecto a las actividades del Centro para 2016, se nos informa que están programadas las de Gimnasia, Bailes de salón, Sevillanas, Informática, Pintura al Óleo, Manualidades y Lectura-Escritura.

En lo referente a Bailes de salón, en efecto se suspendió la actividad el 5 de mayo, pero está previsto que continuase en el segundo semestre, no habiéndose interrumpido todas las actividades del Centro, pues en el mes de mayo se suelen exponer los trabajos realizados en los distintos talleres, terminando con una fiesta, habiendo tenido también la fiesta de la Cruz de Mayo y estando previsto organizar viajes a la playa para todos los socios.

3. Tras trasladar el informe recibido al promotor de la queja, para que aportara las alegaciones que estimara oportunas, hemos recibido un nuevo escrito en el que éste reitera las cuestiones planteadas en su queja inicial.

CONSIDERACIONES

Sin perjuicio de la disconformidad de los interesados en esta queja con determinados aspectos referentes a la gestión del Centro de Participación Activa de Mayores de …, que no corresponde a esta Institución valorar, creemos conveniente incidir en que no ha quedado suficientemente aclarada la disponibilidad para cualquier usuario del libro de reclamaciones en la fecha en que éstos lo solicitaron.

Se señala en el informe emitido por esa Delegación que el mencionado libro está a disposición de los usuarios, y parece derivarse la responsabilidad al propio usuario, que no acudió a ninguno de los miembros del personal administrativo del centro para efectuar su solicitud.

No obstante lo anterior, cabe recordar que el Decreto 72/2008, de 4 de marzo, por el que se regulan las hojas de quejas y reclamaciones de las personas consumidoras y usuarias en Andalucía y las actuaciones administrativas relacionadas con ellas es de obligado cumplimiento para todas las personas físicas o jurídicas, tanto públicas como privadas, titulares de establecimientos y centros que comercialicen bienes o presten servicios en la Comunidad Autónoma de Andalucía (artículo 1.2), recayendo la obligación de disponer de las hojas de quejas y reclamaciones en todas las personas titulares de actividades que comercialicen bienes o presten servicios en la Comunidad Autónoma de Andalucía (artículo 3.1).

Puesto que la normativa en materia de consumo establece una amplia obligación de poner a disposición de las personas usuarias el cauce adecuado para que exprese su reclamación, en este caso las hojas de quejas y reclamaciones, sería conveniente, a nuestro juicio, que se revise la praxis de puesta a disposición de las mismas en el referido centro, pues no parece razonable que el Presidente del Centro de Participación Activa desconozca los cauces para acceder a dichos formularios.

En este sentido, entendemos que debería informarse adecuadamente a todos los socios y socias del centro de la existencia de dichas hojas de quejas y de reclamaciones y de la forma adecuada de acceder a las mismas, a fin de que no se produzcan circunstancias como la descrita en esta queja, en la que un usuario no puede poner su queja por no disponer de acceso a las mismas.

Por todo lo anterior, y de conformidad a la posibilidad contemplada en el artículo 29 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, reguladora del Defensor del Pueblo Andaluz, se formula la siguiente

RESOLUCIÓN

SUGERENCIA para que se adopten las medidas adecuadas para que los usuarios y usuarias del centro de Participación Activa de Mayores de … conozcan la existencia de las hojas de quejas y reclamaciones y el cauce adecuado para acceder a las mismas.

Consideramos que actuando en la forma que propugnamos se lograría una mayor adecuación de la actuación administrativa a los principios de eficacia y de sometimiento pleno a la ley y al Derecho, previstos en el artículo 103 de la Constitución.

Asimismo, quedaría garantizado el derecho a la protección de los consumidores en los términos que establece la Ley (artículo 27 del Estatuto de Autonomía para Andalucía).

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Diferentes tarifas para personas mayores en el mismo trayecto en transporte público

Queja número 15/5374

- 24 Abril 2017

Con fecha 5 de noviembre de 2015 recibimos escrito de queja presentado por un vecino de Chauchina (Granada), que manifestaba su desacuerdo con el hecho de que la línea de transporte público de autobús entre Chauchina y Granada, tuviera diferente precio en función de cuál fuera la empresa concesionaria que realizaba el trayecto.

El interesado presentó una reclamación ante la Junta Arbitral de Transportes, que fue contestada por la Dirección Gerencia del Consorcio Metropolitano de Transportes de Granada, confirmando la efectiva duplicidad de precios que se cobra en el mismo trayecto a las personas jubiladas usuarias de la tarjeta "andalucíasesentaycinco".

En la respuesta a la referida reclamación se señalaba que la diferencia en la tarifa se debía a que el descuento no se aplicaba sobre la tarifa del Consorcio, sino sobre la tarifa kilométrica que tuviera cada concesión, y se especificaba que la empresa Ureña e Hijos era titular de la concesión VJA-155 y la empresa Nex Continental Holdings era titular de la concesión VJA-194, obedeciendo la diferencia tarifaria a que ambas realizaban un recorrido con igual origen y destino, pero transcurrían por itinerarios diferentes. Finalmente señalaba que una de las concesiones estaba ya caducada y en prórroga y la otra próxima a su vencimiento, por lo que se solucionarían esas diferencias en el proceso de renovación de las concesiones.

Esta Institución acordó admitir la queja a trámite y solicitó al Consorcio Metropolitano de Transportes de Granada la emisión de un informe referido, entre otras cuestiones a la fecha prevista para la licitación de las referidas concesiones y la fecha prevista para que el nuevo sistema tarifario, que excluyera las diferencias que denunciaba el interesado, se hiciera efectivo, y que igualmente se valorara la posibilidad de introducir un sistema corrector transitorio que eliminase las referidas diferencias hasta tanto se produjera la anunciada renovación de las concesiones.

El Consorcio Metropolitano de Transportes de Granada nos contestó indicando que la tarjeta Andalucía Junta 65 establecía descuentos para sus usuarios que solo se podían aplicar sobre la tarifa kilométrica establecida para cada concesión, pues la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales mantenía convenios bilaterales con las empresas operadoras de transporte público y era la Consejería la que directamente realizaba las liquidaciones con las distintas empresas.

Señalaba también que cuando un usuario utilizaba la tarjeta del Consorcio de Transportes para viajar de Chauchina a Granada o viceversa, se le aplicaba la misma tarifa zonal, con independencia de la empresa que realizase el recorrido, pero cuando el usuario utilizaba la tarjeta Andalucía Junta 65 se aplicaba el descuento sobre la tarifa kilométrica, resultando precios dispares en función de la empresa con la que se

realizase el recorrido.

A la vista del informe recibido, nos dirigimos a la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia solicitando informe acerca, entre otras cuestiones, de la posibilidad de introducir un sistema corrector transitorio que eliminase las referidas diferencias hasta tanto se produjera la anunciada renovación de las concesiones.

El informe emitido por la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia venía a abundar, como conclusión, en lo ya informado por el Consorcio Metropolitano de Transportes de Granada, al señalar que coexistían dos marcos tarifarios, por un lado el kilométrico o concesional, cuyo órgano competente para aprobar las tarifas era la Consejería de Fomento y Vivienda, y por otro lado el Consorcial, que era impulsado por los Consorcios de Transportes de Andalucía en alguna de sus áreas metropolitanas, siendo dichos entes los encargados de fijar las tarifas para los desplazamientos que se produjeran en su ámbito territorial de competencia, del que quedaba fuera la Tarjeta Andalucía Junta sesentaycinco. Así pues, el convenio que la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia tenía suscrito con las empresas transportistas en el marco del programa B-50, por el cual se aplicaba un 50% de bonificación sobre el precio del billete de autobús a las personas titulares de la Tarjeta Andalucía Junta sesentaycinco era aplicable exclusivamente a la tarifa kilométrica o concesional, quedando la tarjeta Andalucía Junta sesentaycinco fuera del ámbito consorcial.

No obstante, nada se expresaba en el informe emitido de la posibilidad de introducir un sistema corrector transitorio que eliminase las referidas diferencias hasta tanto se produjera la anunciada renovación de las concesiones.

En la tramitación de esta queja también solicitamos informe a la Dirección General de Movilidad de la Consejería de Fomento y Vivienda. En el informe emitido por este centro directivo se reiteraba también la idea de la dualidad de regímenes tarifarios, señalándose que los Convenios de la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales con los prestatarios de los servicios públicos de transporte regular de viajeros de uso general por carretera no contemplaban la diversidad de estos dos regímenes, pasando a aplicar la bonificación exclusivamente sobre la tarifa partícipe empresa.

Considerando razonable que se realizase un esfuerzo para tratar de conseguir que la persona mayor pueda ejercer su derecho a la movilidad con plenitud de facultades, sin tener que seleccionar horarios en función de la tarifa, pues al poner este tipo de condicionantes a la movilidad se podría estar limitando la misma, en virtud del artículo 29 de nuestra Ley reguladora, formulamos Resolución a la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía y al Consorcio de Transporte Metropolitano del Área de Granada en el sentido de que se analizase y valorase la cuestión planteada de forma conjunta con el objetivo de conseguir que los desplazamientos entre Chauchina y Granada o viceversa que realizasen las personas mayores titulares de la Tarjeta Andalucía Junta sesentaycinco tuviera la misma tarifa bonificada con independencia de la empresa transportista que prestase el servicio.

A la vista de las respuesta recibida, observamos que se considera inviable acometer los cambios necesarios a corto plazo, si bien no se descarta una modificación más adelante, cuando se den las condiciones técnicas necesarias, por lo que hemos procedido al archivo de nuestras actuaciones.

Ver Resolución

Nos interesamos por el fallecimiento de una persona sin hogar en el incendio de una caseta en Málaga.

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/0055 dirigida a Ayuntamiento de Málaga

- 17 Abril 2017

RESUMEN DEL RESULTADO (CIERRE DE QUEJA DE OFICIO)

Considerando la inexistencia de actuación irregular por parte del Ayuntamiento de Málaga, dimos por concluidas nuestras actuaciones.

Esta Institución tuvo conocimiento por los medios de comunicación de prensa escrita de que una persona falleció en la noche del cuatro de enero de 2017, en el incendio de una caseta en la zona de Guadalmar de la capital malagueña, según informó el 112, servicio adscrito a la Consejería de Justicia e Interior de la Junta de Andalucía.

01-03-2017 APERTURA DE LA QUEJA DE OFICIO

Esta Institución ha tenido conocimiento por los medios de comunicación de prensa escrita de que una persona falleció en la noche del cuatro de enero de 2017, en el incendio de una caseta en la zona de Guadalmar de la capital malagueña, según ha informado el 112, servicio adscrito a la Consejería de Justicia e Interior de la Junta de Andalucía.

Según las crónicas periodísticas Emergencias 112 recibió el aviso poco antes de las 00.30 horas, momento en el que un particular ha informado de un fuerte olor a quemado detrás de Plaza Mayor. Los gestores de emergencias han movilizado, inmediatamente, a la Policía Local, al Cuerpo Nacional de Policía y a los Bomberos de Málaga y según fuentes de la Policía Nacional una persona, que podría estar durmiendo en la caseta, ha fallecido por inhalación de humo. Los mismos efectivos han confirmado que se ha abierto protocolo judicial para la investigación y esclarecimiento de los hechos.

Según parece, el Ayuntamiento de Málaga dice que atendió a personas que acudían a la caseta incendiada.

A la vista de los hechos expuestos, y de los derechos constitucionales y estatutarios que puedan verse implicados, como son el derecho a la vida, a la integridad física (art. 9.2, 10 y 15 de la CE), así como el derecho de acceso en condiciones de igualdad a las prestaciones del sistema público de servicios sociales y a la atención social a las personas que sufren marginación, pobreza o exclusión y discriminación social, conforme a los artículos artículos 10.4.14, 23.1 y 37.1.7 y 37.2 22 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, por lo que haciendo uso de la posibilidad que otorga el artículo 10, apartado 1 de la Ley reguladora del Defensor del Pueblo Andaluz, se incoa de oficio la presente queja, ante la Delegación

Municipal de Bienestar Social del Ayuntamiento de Málaga.

17-04-2017 CIERRE DE LA QUEJA DE OFICIO

En su respuesta, el citado organismo informó que se desconocía la identidad de la persona fallecida y que la zona donde se produjo el suceso era frecuentada por algunas personas sin hogar que eran atendidas por el Servicio de Unidad de Calle con el que contaba el Ayuntamiento. Todas las personas usuarias de la Red de Atención a Personas Sin Hogar de esa ciudad han estado acogidas en algún centro de dicha red o recibiendo alguna prestación.

También nos indicaron que la actuación social con las personas sin hogar se basaba en la voluntariedad de las mismas para el uso de los recursos existentes como recogía el Informe "Configuración de una Red Local de Atención a Personas Sin Hogar Integrada en el Sistema Público de Servicios Sociales" del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad de 2011.

En cuanto a la acogida de estas personas en un centro, la prestación de servicios que les permitan cubrir sus necesidades básicas, así como la intervención psicosocial que les facilite una mejora en su calidad de vida a todos los niveles (físico, social, emocional y laboral, si procediera) la tienen disponible inmediatamente como cualquier ciudadano que la solicite, tal y como lo contempla la Ley 2/1988 de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía.

Considerando la inexistencia de actuación irregular por parte del Ayuntamiento de Málaga, dimos por concluidas nuestras actuaciones.

El Ayuntamiento de Cádiz mejora la atención a las personas sin hogar, tras nuestra intervención en queja de oficio

Queja número 16/6483

- 24 Mayo 2017

El Ayuntamiento de Cádiz mejora la atención a las personas sin hogar, a raíz de una queja de oficio.

Esta Institución tuvo conocimiento por los medios de comunicación de prensa escrita de la muerte de una persona sin hogar en Cádiz, cuyo cadáver había sido hallado en el centro histórico de la ciudad en la tarde del martes 22 de noviembre de 2016.

Según fuentes policiales, se trataba de un hombre de mediana edad que solía cobijarse al abrigo de un cajero de una sucursal bancaria en la avenida Ramón de Carranza y fueron unos viandantes quienes lo hallaron en la vía pública y dieron el aviso a los servicios sanitarios, que sólo pudieron certificar su muerte. Por el momento se desconocían las causas y circunstancias del fallecimiento.

Teniendo en cuenta que en estos hechos podían verse conculcados derechos fundamentales tales como los recogidos en los artículos 9.2, 10 y 15 de la Constitución Española y artículos 10.4.14, 23.1 y 37.1.7 y 37.2 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, entre otros, haciendo uso de la posibilidad que otorga el artículo 10, apartado 1 de la Ley reguladora de esta Institución, se incoó la presente queja de oficio y solicitamos informe a la Delegación de Asuntos Sociales del Ayuntamiento de Cádiz.

En su informe se nos explicaban las circunstancias alrededor de la persona fallecida, la cual llevaba relativamente poco tiempo en la ciudad y no había acudido en ninguna ocasión al Centro de Acogida Municipal. Igualmente había tenido escasa relación tanto con el Comedor Virgen Ponderosa como con la entidad “Calor en la Noche”, estando la determinación de las causas del fallecimiento bajo análisis forense.

El informe terminaba con una reflexión sobre la capacidad del sistema para evitar que estos hechos se produzcan y se indicaba que desde la Mesa de Personas Sin Hogar del Consejo Municipal para la Inclusión Social se planteaba la necesidad de un Plan Estratégico Municipal Operativo de Personas Sin Hogar, así como la necesidad de determinación de medidas urgentes.

En ese sentido, con carácter previo al archivo de esta queja volvimos a dirigirnos al Ayuntamiento para que nos informase de las decisiones adoptadas, tanto en lo que respecta a la elaboración de un Plan Estratégico Municipal Operativo de Personas Sin Hogar como en cuanto a las posibles medidas urgentes que se hubieran adoptado desde la última comunicación.

En su respuesta, con respecto al Plan Estratégico Municipal Operativo de Personas Sin Hogar se indicaba

que se iba a acometer en breve su elaboración, con una metodología participativa.

Por otro lado, en cuanto a las medidas urgentes adoptadas, se señalaba que se había activado de nuevo la "Campaña de frío", si bien con una ampliación del concepto, pasando a llamarse "Campaña de Inclemencias Meteorológicas", contemplando así también el calor en los meses de verano.

Se indicaban asimismo otras medidas, como la ampliación del horario de apertura y recepción de usuarios en un centro de acogida, o la implantación de un servicio de desayunos en un espacio cedido por el Ayuntamiento, donde se atendía a más de 60 personas al día, así como la ampliación de los servicios ofrecidos desde el Centro de Acogida Municipal.

Finalmente, se aludía al trabajo de sensibilización con respecto a la situación de las personas sin hogar, por parte de otras áreas y servicios municipales, particularmente la Policía Local.

Así pues, considerando, de un lado, que la persona fallecida llevaba poco tiempo en la ciudad de Cádiz y no había demandado recursos, por lo que no se había producido desatención social a la misma, y, de otro lado, que el Ayuntamiento estaba desarrollando diversas medidas para la mejora de la atención a las personas sin hogar en Cádiz, procedía finalizar las actuaciones en esta queja.

Se soluciona el problema de alojamiento de una pareja que vivía en la calle, mediante un proyecto de intervención con ellos

Queja número 16/6600

- 24 Mayo 2017

Se soluciona el problema de alojamiento de una pareja que vivía en la calle, mediante el proyecto de intervención con la misma.

Esta institución tuvo conocimiento a través de los medios de comunicación de prensa escrita de que una pareja de jubilados vivía a las puertas de un local comercial cerrado en una céntrica avenida de Sevilla.

Según la crónica periodística, la alternativa que les ofrecía el Ayuntamiento era alojarse en el albergue municipal, aunque tendrían que dormir separados en los módulos masculino y femenino.

Llevaban juntos más de 14 años, sobrevivían con los 360 euros de la pensión de él, quien aseguraba que había trabajado toda la vida, pero que solo había cotizado tres años. Ella nunca estuvo dada de alta. En estos años juntos, la pareja había logrado vivir por temporadas en diferentes viviendas en alquiler, aunque la calle siempre era el último destino.

De noviembre de 2015 a febrero de 2016, ambos estuvieron alojados con más o menos regularidad en el albergue municipal. En estos momentos, el módulo de familias en el albergue estaba completo y solo quedaban plazas en los módulos divididos por sexo. Según fuentes municipales, el Consistorio pondría en marcha en diciembre una serie de recursos dirigidos a perfiles como los de esta pareja, así, a través de dos Entidades, se iban a ofrecer 20 viviendas de ocupación transitoria con cinco plazas cada una para dar respuesta a estas personas.

A la vista de los hechos expuestos, considerandos que pudieran estar vulnerados diversos derechos Constitucionales así como determinados preceptos del Estatuto de Autonomía para Andalucía, conforme a lo previsto en el artículo 10 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, se incoó la presente queja de oficio y solicitamos informe al Ayuntamiento de Sevilla.

A la vista de la información suministrada por dicho organismo, en la que se relataban todas las intervenciones efectuadas con las personas afectadas y teniendo en cuenta que a fecha de emisión del informe la pareja estaba alojada en el CAM siguiéndose un proyecto de intervención con la misma, se determinó el cierre del presente expediente de queja de oficio.

Solicitamos información sobre una mujer que vive en la calle en Jaén

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 16/4239 dirigida a Asuntos Sociales de un Ayuntamiento de la provincia de Jaén

- 16 Agosto 2016

Esta Institución ha tenido conocimiento del estado de abandono en que se encuentra una vecina de un municipio jiennense.

La citada Sra., que ronda los cincuenta años de edad, desde hace muchos años se encuentra viviendo en la calle, enajenada y dejada de todos, a pesar de estar enferma, sin tener por ello satisfechas las más elementales necesidades de salud, alimentación, higiene y vestido.

Al parecer, la situación es públicamente conocida por todos, vecinos y autoridades políticas, administrativas y judiciales, sin que nadie haya adoptado ninguna medida en su interés y beneficio.

A la vista de los hechos expuestos, y siguiendo la línea ya emprendida por esta Defensoría, en materia de defensa de los derechos fundamentales, particularmente del consagrado en el artículo 10 de la Constitución Española, así como, especialmente en el caso que nos ocupa, teniendo en cuenta lo previsto en los artículos 22, 23 y 24 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, en materia, respectivamente, de derecho a la protección de la salud, de derecho a prestaciones del sistema público de servicios sociales y a obtener una renta básica que garantice unas condiciones de vida dignas, así como de derecho de acceder a ayudas, prestaciones y servicios de calidad en caso de discapacidad o dependencia, se incoa la presente queja de oficio.

Se determina, en consecuencia, dirigir petición de informe inicial a los Servicios Sociales del Ayuntamiento, con la finalidad de conocer:

- Si existe procedimiento de incapacitación de la afectada, o se ha instado solicitud de ingreso residencial involuntario y, en caso afirmativo, estado de tramitación.

- Si tiene reconocida su situación de dependencia.

- Si existe coordinación entre los Servicios Sociales y los sanitarios, con la finalidad de prestarle la asistencia, la atención y los recursos que precisa la afectada.

- Si tiene reconocido algún grado de discapacidad y los recursos económicos con los que cuenta.

Mejora de la atención social a los pacientes en situación de vulnerabilidad social que acuden a Urgencias Hospitalarias

Queja número 15/4151

- 26 Abril 2017

Mejora de la atención social a los pacientes en situación de vulnerabilidad social que acuden a Urgencias Hospitalarias.

Esta Institución tuvo conocimiento, a través de los medios de comunicación, de que una persona sin hogar, varón de 54 años, al parecer había sido atacado y quemado cuando dormía en un cajero de una entidad de crédito en la zona de la Macarena, acudiendo al Hospital Virgen Macarena, donde fue atendido y dado de alta tres horas después.

La citada noticia ponía en duda tanto la adecuación de la primera intervención médica de urgencias como la atención de carácter social que se había prestado al afectado, lo cual dio lugar a la incoación de la presente queja de oficio para la investigación de los hechos expuestos, por cuanto podrían haberse afectado derechos constitucionales y estatutarios, como el derecho a la vida, a la integridad física, el derecho a la protección de la salud, así como el derecho de acceso en condiciones de igualdad a las prestaciones del sistema público de servicios sociales y a la atención social a las personas que sufren marginación, pobreza o exclusión y discriminación social.

Nos dirigimos tanto a la Delegación de Bienestar Social y Empleo del Ayuntamiento de Sevilla como a la Dirección del Hospital Virgen Macarena de Sevilla, Del informe del hospital destacaba la siguiente secuencia de acontecimientos:

- A la persona afectada se le prestó asistencia la madrugada del 2 de agosto. El paciente fue dado de alta en la mañana de dicho día 2, para regresar a las 11:35 horas del día 3, tras ser atendido en la calle por el servicio de emergencias 061.

- A partir de este momento se decreta el ingreso a cargo de cirugía plástica, que se prorroga hasta el día 24 de septiembre, cuando fue dado de alta por fuga, y llevado de nuevo ese mismo día para ingreso, y desde entonces hasta el 6 de octubre, período en el cual permaneció ingresado en planta de hospitalización a cargo del servicio de cirugía plástica y quemados.

- El paciente no refirió en ningún caso haber sido objeto de una agresión, sino que mencionó un accidente con un cigarrillo mientras dormía.

- Por lo que hace a las actuaciones desplegadas durante su primera asistencia en urgencias para determinar las necesidades de recursos sociales de aquel, se explica que la situación de este paciente es

sobradamente conocida, y que el mismo conoce todos los recursos, los cuales no demandó en este caso.

Volvimos a solicitarle un nuevo informe en relación con la asistencia sanitaria de urgencias y con la atención social prestada al afectado. Así, en cuanto a la atención sanitaria en urgencias, destacábamos que la primera atención de urgencias concluyó con el alta hospitalaria, tras limpieza y tratamiento de las quemaduras, con mera indicación para la práctica de curas, mientras que la posterior comparecencia, unas horas más tarde, determinó el ingreso hospitalario y una estancia en el centro nada desdeñable en tiempo, lo cual significó un cambio de posicionamiento terapéutico cuyas causas solicitamos conocer.

En cuanto a la atención social, señalábamos que no parecía que el día de la primera comparecencia del afectado en el servicio de urgencias se hiciera intervención social alguna, sobre la base de que aquel conocía sobradamente los recursos y no demandó ninguno de ellos.

Con respecto al informe que se nos remitió, emitido por el Área de Reclamaciones Patrimoniales del Hospital Universitario Virgen del Rocío, destacábamos lo siguiente:

- En cuanto a la orientación clínica adoptada en las dos ocasiones, la diferencia era el resultado de la valoración en cada caso de las características mostradas por las lesiones y la evolución experimentada por las mismas. El alta primera se produjo con la indicación de continuar bajo los cuidados del médico de atención primaria, para curas diarias, o para volver al Servicio de Urgencias, como así ocurrió finalmente.

Por el responsable de la Unidad de Gestión Clínica de Urgencias se concluyó que la asistencia dispensada era adecuada y el diagnóstico, tratamiento y recomendaciones correctos, y se advertía de la necesidad de consultar en caso de evolución desfavorable.

- En cuanto a la atención social, el informe reiteraba que el interesado no demandó ninguna atención de carácter social antes de su alta o en las horas posteriores a la misma.

Se señalaba que el paciente era usuario habitual del Servicio de urgencias del centro, así como del centro de salud y de las consultas externas de diversas especialidades, de forma que conocía y utilizaba los recursos asistenciales y de orientación social cuando lo consideraba conveniente.

Se concluyó señalando que los protocolos de detección de situaciones de riesgo estaban especialmente orientados al diagnóstico de casos no conocidos que requirieran de la adopción de medidas inmediatas, o de casos registrados que hubieran sufrido variaciones sustanciales sobre una situación basal conocida.

Anexo al informe se remitía copia del informe de alta del paciente y copia del Protocolo de Atención a Personas en situación de riesgo social en las Unidades de Urgencias Hospitalarias de ese centro.

Sin embargo, el informe emitido no daba respuesta a la cuestión de si a la fecha de la primera comparecencia del paciente había un profesional responsable de este tema en el servicio de urgencias durante todo su horario de funcionamiento. Por lo que, en virtud del artículo 29 de nuestra ley reguladora, formulamos Resolución en el sentido de que se adoptasen las medidas organizativas que se estimase convenientes, con el fin de que el Procedimiento de Atención a Personas en Situación de Riesgo Social se activase en todos los casos en que una persona que hubiera acudido a Urgencias se encontrase dentro de los criterios de actuación, independientemente de que ésta solicitase o no la atención social e independientemente de que se le pudiera presumir un determinado conocimiento de los recursos sociales a su disposición.

Esta Recomendación fue aceptada expresamente por la Dirección Gerencia del Complejo Hospitalario, que señalaba además que coincidía con las instrucciones que sobre la materia se habían emitido a los distintos dispositivos que conformaban la atención de urgencias en los centros de dicho complejo.

En consecuencia, dimos por concluidas nuestras actuaciones.

Ante su situación de emergencia, pedimos que revisen las ayudas concedidas a una familia, adecuándolas a sus necesidades reales

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 16/5453 dirigida a Ayuntamiento de Umbrete (Sevilla)

- 03 Mayo 2017

Ante la denegación por el Ayuntamiento del Umbrete, de parte de las ayudas sociales que entendía que le correspondían a su unidad familiar atendiendo a su situación económica desesperada, pues disponían de muy escasos ingresos para poder vivir él y su esposa, tras diversas gestiones con dicho organismo, en virtud del articulo 29 de nuestra ley reguladora, se le formuló Recomendación en el sentido de que se revisase el expediente de solicitud de ayuda para la atención de los gastos de la vivienda habitual-recibos de alquiler, correspondiente al ejercicio 2016 de la unidad familiar promotora de esta queja, procediendo a reconocer la ayuda en su cuantía anual máxima, salvo que concurriera alguna de las causas objetivas establecidas en la Ordenanza para denegar la solicitud, y se le notificara al interesado la resolución correspondiente.

Nos ponemos en contacto con Vd. en relación con el expediente de queja que se tramita en esta Institución, con el número de referencia que figura arriba indicado.

Una vez analizados los informes recibidos, puestos los mismos en relación con la documentación que obra en poder de esta Institución y con la normativa que resulta de aplicación al presente caso, esta Institución considera necesario, haciendo uso de la posibilidad contemplada en el artículo 29 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, formular Resolución en base a los siguientes

ANTECEDENTES

1.- Mediante escrito fechado el 26/09/2016, el interesado en esta queja se dirigió al Defensor del Pueblo Andaluz, señalando que siendo su situación económica desesperada, por disponer de muy escasos ingresos para poder vivir él y su esposa, el Ayuntamiento de Umbrete le había denegado parte de las ayudas sociales que entendía que le correspondían a su unidad familiar.

En concreto, se refería a las ayudas para el alquiler, suministros de luz y agua, alimentación y prótesis oculares. Finalizaba la queja indicando que para todos estos conceptos se les habían aprobado determinadas cuantías que no llegan al máximo anual que podrían percibir.

2.- Estimándose que esta queja reunía los requisitos formales establecidos en los arts. 10 y 11.1 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, procedimos a admitirla a trámite y solicitamos la emisión de informe a ese Ayuntamiento, requiriendo que se nos remitiese la valoración realizada para la concesión de cada una de las ayudas en cuestión (alquiler, suministros de luz y agua,

alimentación y prótesis oculares) y los motivos que justificasen que no se hubiera reconocido a esta unidad familiar el máximo de ayudas posibles por cada uno de estos conceptos. Igualmente le solicitamos que nos remitiera las correspondientes ordenanzas municipales reguladoras de dichas ayudas.

3.- Con fecha 02/11/2016 recibimos el informe solicitado, mediante el que se nos remitía copia del expediente completo que constaba en el Área de Servicios Sociales de ese Ayuntamiento, referente a la solicitud del promotor de esta queja, así como copia del Boletín Oficial de la Provincia nº 277, de 29/11/2014, donde aparece publicada la Ordenanza No Fiscal nº. 33, de ayudas económicas municipales de emergencia social, aprobada por el Pleno de 25/09/2014.

Una vez examinado el expediente administrativo que nos había sido remitido, observamos que se había producido la actividad que se detalla a continuación con respecto a la unidad familiar a la que alude esta queja:

- Se les había aprobado y abonado una ayuda al alquiler, de 480€, como ayuda de emergencia.
- Se les había aprobado y abonado una ayuda para el abono de la factura de la luz, de 239,66€€, como ayuda de emergencia.
- Se les había aprobado y abonado una ayuda para la adquisición de gafas, con fecha 4/11/2016.
- Se les había aprobado y abonado una ayuda para alimentación, de 40€.
- Se había gestionado con Aljarafesa compensación de deuda con cargo al Fondo de Acción Social de 2016, por importe de 138,64€. Esta compensación estaba resuelta con fecha 06/07/2016.
- Se les había facilitado diversa información sobre salario social, incapacidad permanente y dependencia.

No obstante lo anterior, y pese a constatar que por parte de ese Ayuntamiento se habían adoptado diversas medidas para paliar la situación de crisis económica en la que se encontraba la unidad familiar en cuestión, tras el examen de todos los documentos incorporados al expediente seguíamos sin conocer los motivos que justificasen que no se les hubiera reconocido el máximo de ayudas posibles por cada uno de estos conceptos, particularmente en el caso de la ayuda al alquiler, por lo que con fecha 02/12/2016 remitimos a ese Ayuntamiento nueva solicitud de informe en ese sentido.

4.- Con fecha 19/01/2017 recibimos el informe solicitado, consistente en copia de las Resoluciones de Alcaldía números …, y …, mediante las que se conceden determinadas ayudas a la unidad familiar en cuestión, así como Informe de la Trabajadora Social explicativo de las ayudas concedidas.

La Resolución de 6 de julio contemplaba las ayudas para el abono de la deuda contraída con ENDESA, como empresa suministradora de luz (art. 7.3.1), por valor de 239,66 € y para el abono de una mensualidad de la vivienda que la unidad familiar posee en régimen de alquiler (art. 7.3.1), por valor de 480,00€.

La Resolución de 26 de octubre contemplaba el abono de la ayuda para la adquisición de prótesis ocular, por valor de 437€.

Finalmente, cabe señalar que en el informe de la Trabajadora Social indica que los factores y elementos tenidos en cuenta extraídos de la valoración de su expediente han sido determinantes para realizar un Informe Social no favorable en cuanto a concesión de Ayudas Económicas en materia de Emergencia Social y, de manera particular, con respecto al concepto de alquiler por haberse producido testimonios contradictorios entre ambos cónyuges que obligan a que el proceso de estudio se prolongue hasta consensuar datos que permitan una valoración idónea del expediente y, en segundo lugar, por la confirmación de rescisión de contrato de arrendamiento por parte de la parte arrendadora.

Se especifica además que no se puede otorgar ayuda económica si se tiene conocimiento, de manera reiterada por parte de la propietaria del inmueble, de la no continuidad de prórroga del contrato de arrendamiento y se señala que, en caso de continuidad del mismo, el interesado deberá comunicar a estos Servicios Sociales la formalización de contrato de alquiler aportando la documentación pertinente para nuevo estudio del caso.

5.- Trasladado la parte de este informe que atañe exclusivamente a la familia interesada a éstos, para que formularan las alegaciones que estimasen convenientes, con carácter previo a la adopción de esta resolución, con fecha 03/03/2017 hemos recibido escrito remitido por la referida unidad familiar que, en síntesis, han expresado:

- Que desconocen a qué contradicciones se refiere el informe pues no existe discrepancia alguna entre ambos cónyuges, y que lo razonable, en el caso de haber existido, es que se hubieran especificado para haberlas aclarado, de manera que no hubiera quedado duda alguna por parte de los Servicios Sociales respecto a las peticiones de ayuda.
- Que en cualquier caso consideran injusto que se le nieguen las ayudas a las que objetivamente tenían derecho atendiendo a los requisitos especificados en la Ordenanza no fiscal nº 33 de Noviembre de 2014 (BOP de 29 de Noviembre de 2014).
- Que no existe rescisión alguna del contrato de arrendamiento por parte de la arrendadora, el mismo ha estado y permanece en vigor y pueden demostrarlo aportando los correspondientes justificantes bancarios del pago mensual de la renta, así como un escrito que le ha dirigido el abogado de la arrendadora, que han aportado a nuestro expediente de queja, exigiendo que se abone la renta con la regularidad que se refleja en el contrato de alquiler, lo cual a su juicio hace prueba de la vigencia del arrendamiento.

A la vista de los antecedentes descritos, le trasladamos las siguientes

CONSIDERACIONES

Primera.

Como señala la Exposición de Motivos de la recientemente aprobada Ley de Servicios Sociales de Andalucía, la Constitución española de 1978 compromete expresamente a los poderes públicos en la promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas (artículo 9.2), así como en el cumplimiento de objetivos que hagan posible el progreso social y económico (artículo 40.1).

Todo ello, unido a la atención que presta a determinados grupos de población, como la juventud (artículo 48), las personas con discapacidad física, sensorial y psíquica (artículo 49), las personas mayores (artículo 50), la familia, los hijos y las hijas (artículo 39.1,2 y 4), configura el soporte constitucional de un concepto amplio de servicios sociales susceptible de ser regulado y desarrollado por las comunidades autónomas, en virtud de la asunción de competencias que la propia Constitución posibilita a tenor de lo dispuesto en su artículo 148.1, reservándose en el artículo 149.1.1.ª, como competencia exclusiva del Estado, la regulación de las condiciones que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales.

En desarrollo de lo anterior, la Comunidad Autónoma de Andalucía se ha dotado de competencias exclusivas en materia de servicios sociales, contemplando en su Título I referido a los derechos sociales, deberes y políticas públicas, el reconocimiento del derecho de todos a acceder en condiciones de igualdad a las prestaciones de un sistema público de servicios sociales (artículo 23.1), así como otra serie de derechos que guardan relación directa con las políticas sociales, como son el derecho a la igualdad de género (artículo 15), a la protección contra la violencia de género (artículo 16), a la protección de la familia (artículo 17), de personas menores (artículo 18), de personas mayores (artículo 19), de personas con discapacidad o dependencia (artículo 24) y a una renta básica que garantice unas condiciones de vida dignas (artículo 23.2).

Con esta habilitación constitucional y estatutaria, el Parlamento de Andalucía ha aprobado la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía, que viene a sustituir a la Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía, siendo competencia de las entidades locales la gestión de las prestaciones del catálogo al que alude el artículo 41 de la Ley, correspondientes a los servicios sociales

comunitarios (artículo 51.1, letra e).

En este contexto se enmarca la Ordenanza No Fiscal nº. 33, de ayudas económicas municipales de emergencia social, que aunque aprobada por el Pleno de ese Ayuntamiento en fecha 25/09/2014, regula un ámbito funcional que le era propio con la anterior normativa de servicios sociales y continúa siéndolo al amparo de la nueva Ley.

Segunda.

Del análisis de la queja y los documentos incorporados a la misma se observa, como ya se indicó anteriormente, que ese Ayuntamiento ha adoptado diversas medidas para paliar la situación de crisis económica que durante el ejercicio 2016 ha afrontado la unidad familiar en cuestión.

Sin embargo, procede realizar un análisis detallado de la regulación de las ayudas en materia de vivienda, concretamente de la Ayuda para la atención de los gastos de la vivienda habitual, en lo que se refiere a los recibos de alquiler, pues se trata del objeto principal de la queja presentada.

En este sentido, cabe destacar, con carácter general, que las ayudas económicas municipales de emergencia social del Ayuntamiento de Umbrete se otorgan dentro de los límites y posibilidades económicas de los Presupuestos Municipales (artículo 1 de la Ordenanza), y su concesión debe enmarcarse en un proceso de intervención social que incluya un análisis completo de la situación individual y familiar (artículo 2).

Para la concesión de ayudas económicas se tiene que dar una situación acreditada de necesidad, valorada por el trabajador /a social de Atención Primaria, o por el equipo de Atención Familiar en aquellos casos que se encuentren en proceso de intervención social, cubrirá como máximo el 80 por 100 del coste del servicio que se subvenciona, y el pago de la ayuda se efectuará siempre a la entidad o profesional prestador del servicio, cabiendo algunas excepciones en casos muy justificados (artículo 4), siendo además incompatibles con el disfrute gratuito de servicios que cubran las mismas necesidades (artículo 5).

La Ayuda para la atención de los gastos de la vivienda habitual, está contemplada en el artículo 7 de la Ordenanza, consistiendo tanto en ayuda económica destinada al abono de los suministros de luz eléctrica y agua que impidan los cortes de suministros básicos de la vivienda habitual, como para el alquiler mensual de la misma que impida los procedimientos de desahucio por impago. Las ayudas de suministros básicos serán incompatibles con la ayuda de alquiler para la misma mensualidad y la cuantía de las ayudas es la siguiente:

- Recibos de luz: Hasta un máximo de 300 € /año por unidad convivencial.
- Recibos de agua: Hasta un máximo de 200 €/año por unidad convivencial.
- Recibos alquiler: Hasta un máximo de 800 €/año por unidad convivencial.

Justamente a esta cuestión alude la queja, pues se ha concedido una ayuda de 480€ para alquiler, sin haber llegado al máximo anual de 800€ en 2016.

Las ayudas económicas se concederán en función de las disponibilidades presupuestarias, estableciéndose como cuantía máxima de todas las ayudas y por todos los conceptos por año natural y unidad familiar o convivencial 500 €/año, exceptuando la ayuda que se destina a sufragar gastos de alquiler contemplados en el art. 3.2 de esta Ordenanza y lo dispuesto en el art 7.6.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9, los criterios a valorar para la concesión de estas ayudas vendrán determinados previo informe social de los/as Técnicos/as de referencia.

Los requisitos para ser beneficiario se establecen en el artículo 10 de la Ordenanza, a la que nos remitimos por razones de economía, si bien destacamos que parece claro que la unidad familiar en

cuestión ha acreditado estos requisitos, ya que se le han concedido diversas ayudas.

Cabe igualmente destacar que el artículo 15 de la Ordenanza, titulado “Criterios objetivos de concesión”, señala que corresponde al personal técnico de los Servicios Sociales Municipales la práctica de entrevistas, pruebas, diagnóstico e informe de las mismas, y demás actuaciones que se consideren necesarias en orden a formular la correspondiente propuesta de resolución a la Comisión de Valoración.

Finalmente, el artículo 18 de la Ordenanza, al que igualmente nos remitimos por razones de economía, establece un listado de causas de denegación de las solicitudes, en las que igualmente no incurre la unidad familiar afectada, ya que le han sido reconocidas diversas ayudas.

En definitiva, la Ordenanza de ayudas económicas municipales de emergencia social del Ayuntamiento de Umbrete establece una serie de criterios objetivos, relacionados principalmente con la situación de necesidad económica acreditada, que deben ser verificados por los servicios municipales mediante el análisis de la documentación presentada y mediante las entrevistas, pruebas, diagnóstico e informe de las mismas, y demás actuaciones que se consideren necesarias, siempre encaminadas a la adveración de los requisitos objetivos requeridos.

Examinado el expediente, no observamos que por ese Ayuntamiento se haya verificado el incumplimiento de los requisitos para la concesión de la ayuda al alquiler en la cuantía máxima anual, ni constatamos que se haya dictado resolución en tal sentido, ni se ha incorporado informe de inexistencia de crédito suficiente que pudiera justificar que no se concediese la referida ayuda.

Tampoco se ha permitido a los interesados desvirtuar la contradicción observada en la entrevista a la que alude el informe que nos han remitido ni parece que se haya documentado la inexistencia de relación contractual de arrendamiento pues, si bien es cierto que existieron ciertas dudas sobre la continuidad del contrato de arrendamiento, como así nos lo transmitió la unidad familiar afectada, no parece que se haya producido finalización del contrato, a la vista de la documentación aportada.

A la vista de todo ello y de conformidad con lo establecido en el artículo 29, apartado 1, de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre del Defensor del Pueblo Andaluz, se formula la siguiente

RESOLUCIÓN

RECOMENDACIÓN: De revisar el expediente de solicitud de ayuda para la atención de los gastos de la vivienda habitual-recibos de alquiler, correspondiente al ejercicio 2016 de la unidad familiar promotora de esta queja, procediendo a reconocer la ayuda en su cuantía anual máxima, salvo que concurra alguna de las causas objetivas establecidas en la Ordenanza para denegar la solicitud, y notificando al interesado la resolución correspondiente.

Consideramos que actuando en la forma que propugnamos se lograría una mayor adecuación de la actuación administrativa a los principios de eficacia y de sometimiento pleno a la ley y al Derecho, previstos en el artículo 103 de la Constitución.

Asimismo, quedaría garantizado el derecho a una buena administración que comprende, entre otros, el derecho de los particulares ante las Administraciones Públicas a que sus asuntos sean resueltos en un plazo razonable (artículo 31 del Estatuto de Autonomía para Andalucía).

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Conseguimos que se respete el derecho a la intimidad de las personas usuarias de servicios sociales

Queja número 16/7051

- 05 Febrero 2018

La interesada expresaba que, a su juicio, se estaba produciendo una vulneración reiterada de los derechos a la intimidad y la confidencialidad de las personas usuarias de los Servicios Sociales por parte del Ayuntamiento de Los Barrios.

Señalaba que estas personas estaban siendo expuestas públicamente en fotos y vídeos, tanto en prensa como en redes sociales, con motivo de la entrega de ayudas económicas destinadas a familias en riesgo de exclusión social, lo cual contrastaba con la práctica que se había seguido por los Servicios Sociales Comunitarios con anterioridad, ya que siempre se había respetado la confidencialidad de las personas usuarias y se habían entregado las ayudas de manera discreta y profesional.

Solicitamos informe al citado Ayuntamiento, destacando de su respuesta lo siguiente:

> *"Siempre que desde nuestro Ayuntamiento se han hecho entregas de ayudas económicas a vecinos en riesgo de exclusión social, se ha velado por mantener intactas la intimidad y confidencialidad de los mismos, respecto a su aparición en medios de comunicación y/o redes sociales.*
>
> *Consideramos legítimo que desde la Corporación se de información sobre las ayudas prestadas, pues es un signo inequívoco de transparencia en la gestión de fondos públicos, pero siempre conjugamos el deber de información pública, con el derecho individual a la intimidad que asiste a cualquier usuario de los Servicios Sociales de nuestro Ayuntamiento.*
>
> *Y en este sentido, es por lo que cada vez que se ha celebrado un acto de concesión de ayudas, en el que se realizan fotografías, se solicita autorización verbal a los vecinos destinatarios de aquellas antes de tomarlas, capturando normalmente las mismas a espaldas de ellos, para evitar que se vean rostros, y además para el caso en que algún rostro pudiera reconocerse se pixela antes de su publicación.".*

Trasladado este informe a la parte promotora, para que formulara las alegaciones que estimase convenientes, manifestó que aunque en el informe emitido se afirmase que a estas personas se les solicitaba autorización verbal antes de realizar la fotografía y éstas se hacían de espaldas y se pixelaban las imágenes, estas deferencias las estaba teniendo el Ayuntamiento tras la presentación de la queja ante esta Institución.

Igualmente consideraba que las personas beneficiarias de las ayudas no tenían por qué aparecer en las

fotografías ni, de hecho, tenían por qué reunirlas conjuntamente, ya que ni entre ellos mismos tendrían por qué conocer quiénes eran beneficiarios de las ayudas económicas procedentes de los Servicios Sociales.

Ante estas manifestaciones, y en virtud del artículo 29 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, formulamos Resolución a la citada corporación municipal en el sentido de que se adoptasen las medidas que estimase convenientes para que se informase a las personas usuarias de la voluntariedad de la participación en cualquier acto de difusión de las ayudas sociales que se reconocieran por el Ayuntamiento.

En su respuesta se nos participó la aceptación del contenido de la Resolución formulada, por lo que dimos por concluidas nuestras actuaciones.

Pedimos más protección a la intimidad de los usuarios de los servicios sociales comunitarios en Los Barrios (Cádiz)

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 16/7051 dirigida a Ayuntamiento de Los Barrios (Cádiz)

- 12 Junio 2017

Habiéndose denunciado la vulneración reiterada de los derechos a la intimidad y la confidencialidad de las personas usuarias de los Servicios Sociales por parte del Ayuntamiento de Los Barrios, al exponerse públicamente fotos y vídeos, tanto en prensa como en redes sociales, con motivo de la entrega de ayudas económicas destinadas a familias en riesgo de exclusión social y aunque, al parecer, tras nuestra intervención se comenzó a solicitar autorización, a hacer las fotos de espaldas y a pixelar las imágenes. No obsante, en virtud de nuestra ley reguladora formulamos al citado Ayuntamiento Resolución en el sentido de que se adopten las medidas que estime convenientes para que se informe a las personas usuarias de la voluntariedad de la participación en cualquier acto de difusión de las ayudas sociales que se reconozcan por ese Ayuntamiento.

Nos ponemos en contacto con Vd. en relación con el expediente de queja que se tramita en esta Institución, con el número de referencia que figura arriba indicado.

Una vez analizados los informes recibidos, puestos los mismos en relación con la documentación que obra en poder de esta Institución y con la normativa que resulta de aplicación al presente caso, esta Institución considera necesario, haciendo uso de la posibilidad contemplada en el artículo 29 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, formular Resolución en base a los siguientes

ANTECEDENTES

1.- Mediante escrito fechado el 27/12/2016, la persona interesada en esta queja se dirigió al Defensor del Pueblo Andaluz, expresando que, a su juicio, se estaba produciendo una vulneración reiterada de los derechos a la intimidad y la confidencialidad de las personas usuarias de los Servicios Sociales por parte del Ayuntamiento de Los Barrios.

Señalaba que estas personas estaban siendo expuestas públicamente en fotos y vídeos, tanto en prensa como en redes sociales, con motivo de la entrega de ayudas económicas destinadas a familias en riesgo de exclusión social, lo cual contrastaba con la práctica que se había seguido por los Servicios Sociales Comunitarios con anterioridad, ya que siempre se había respetado la confidencialidad de las personas usuarias y se habían entregado las ayudas de manera discreta y profesional.

2.- Estimándose que esta queja reunía los requisitos formales establecidos en los arts. 10 y 11.1 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, procedimos a admitirla a trámite y

solicitamos la emisión de informe a ese Ayuntamiento.

3.- Con fecha 04/04/2017 recibimos el informe solicitado, en el que se señalaba lo siguiente:

> *"Siempre que desde nuestro Ayuntamiento se han hecho entregas de ayudas económicas a vecinos en riesgo de exclusión social, se ha velado por mantener intactas la intimidad y confidencialidad de los mismos, respecto a su aparición en medios de comunicación y/o redes sociales.*
>
> *Consideramos legítimo que desde la Corporación se de información sobre las ayudas prestadas, pues es un signo inequívoco de transparencia en la gestión de fondos públicos, pero siempre conjugamos el deber de información pública, con el derecho individual a la intimidad que asiste a cualquier usuario de los Servicios Sociales de nuestro Ayuntamiento.*
>
> *Y en este sentido, es por lo que cada vez que se ha celebrado un acto de concesión de ayudas, en el que se realizan fotografías, se solicita autorización verbal a los vecinos destinatarios de aquellas antes de tomarlas, capturando normalmente las mismas a espaldas de ellos, para evitar que se vean rostros, y además para el caso en que algún rostro pudiera reconocerse se pixela antes de su publicación.*
>
> *(...)"*

4.- Trasladado este informe a la parte promotora, para que formulara las alegaciones que estimase convenientes, con carácter previo a la adopción de esta resolución, con fecha 17/04/2017 recibimos escrito en el que, en síntesis, además de una serie de consideraciones de carácter jurídico, se expresa que aunque en el informe emitido por ese Ayuntamiento se afirme que a estas personas se les solicita autorización verbal antes de realizar la fotografía y éstas se hacen de espaldas y se pixelan las imágenes, estas deferencias las está teniendo el Ayuntamiento tras la presentación de la queja y la investigación de la misma por parte del Defensor del Pueblo Andaluz.

Igualmente consideraba que las personas beneficiarias de las ayudas no tienen por qué aparecer en las fotografías ni, de hecho, tienen por qué reunirlas conjuntamente, ya que ni entre ellos mismos tendrían por qué conocer quiénes son beneficiarios de las ayudas económicas procedentes de los Servicios Sociales.

A la vista de los antecedentes descritos, le trasladamos las siguientes

CONSIDERACIONES

Primera.

Como señala la Exposición de Motivos de la recientemente aprobada Ley de Servicios Sociales de Andalucía, la Constitución española de 1978 compromete expresamente a los poderes públicos en la promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas (artículo 9.2), así como en el cumplimiento de objetivos que hagan posible el progreso social y económico (artículo 40.1).

Todo ello, unido a la atención que presta a determinados grupos de población, como la juventud (artículo 48), las personas con discapacidad física, sensorial y psíquica (artículo 49), las personas mayores (artículo 50), la familia, los hijos y las hijas (artículo 39.1,2 y 4), configura el soporte constitucional de un concepto amplio de servicios sociales susceptible de ser regulado y desarrollado por las comunidades autónomas, en virtud de la asunción de competencias que la propia Constitución posibilita a tenor de lo dispuesto en su artículo 148.1, reservándose en el artículo 149.1.1.ª, como competencia exclusiva del Estado, la regulación de las condiciones que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales.

En desarrollo de lo anterior, la Comunidad Autónoma de Andalucía se ha dotado de competencias

exclusivas en materia de servicios sociales, contemplando en el Título I del Estatuto de Autonomía, referido a los derechos sociales, deberes y políticas públicas, el reconocimiento del derecho de todos a acceder en condiciones de igualdad a las prestaciones de un sistema público de servicios sociales (artículo 23.1), así como otra serie de derechos que guardan relación directa con las políticas sociales, como son el derecho a la igualdad de género (artículo 15), a la protección contra la violencia de género (artículo 16), a la protección de la familia (artículo 17), de personas menores (artículo 18), de personas mayores (artículo 19), de personas con discapacidad o dependencia (artículo 24) y a una renta básica que garantice unas condiciones de vida dignas (artículo 23.2).

Con esta habilitación constitucional y estatutaria, el Parlamento de Andalucía ha aprobado la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía, que viene a sustituir a la Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía, siendo competencia de las entidades locales la gestión de las prestaciones del catálogo al que alude el artículo 41 de la Ley, correspondientes a los servicios sociales comunitarios (artículo 51.1, letra e).

Esta Ley recoge en su artículo 9, letra a) el derecho de todas las personas, en su relación con los servicios sociales, al acceso universal a los servicios sociales en condiciones de igualdad, equidad, dignidad y privacidad.

Segunda.

Del análisis de la queja y los documentos incorporados a la misma concluimos que ese Ayuntamiento, de forma habitual, ha venido convocando a las personas que resultan beneficiarias de determinadas ayudas sociales, a actos de carácter público en los que se entregan o notifican las ayudas concedidas.

En su informe se justifica que se facilite información sobre las ayudas aprobadas con base en el principio de transparencia y se especifica que se conjuga el deber de información pública con el respeto al derecho a la intimidad de las personas usuarias. En este sentido, nos indican que se solicita autorización verbal a las personas usuarias para poder obtener su imagen, tratando además, cuando se publican estas imágenes, de que las personas no sean reconocibles, tomado las fotografías de espalda o pixelando las imágenes que lo requieran.

En este sentido, siendo razonable la apelación al principio de transparencia, así como la adopción de medidas para evitar que puedan ser reconocidas las personas beneficiarias cuando se publican las fotografías del acto, lo cierto es que el derecho a la intimidad de las personas usuarias de los servicios sociales queda comprometido cuando éstas han de acudir a un acto en el que se encuentran con las restantes personas beneficiarias de las ayudas, las cuales en ese mismo acto tienen conocimiento del carácter de usuario de las demás personas.

Esto podría evitarse notificando a las personas usuarias la resolución de concesión de la ayuda social siguiendo el procedimiento de notificación establecido en los artículos 40 y siguientes de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, sin perjuicio de que se pueda invitar a aquellas que resulten beneficiarias de una ayuda para su participación voluntaria en un acto público relacionado con la referida concesión de ayuda social.

De esta forma se conjugarían el interés de ese Ayuntamiento de publicitar las actuaciones que realiza en materia de servicios sociales con la necesaria protección del derecho a la intimidad de las personas usuarias.

A la vista de todo ello y de conformidad con lo establecido en el artículo 29, apartado 1, de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre del Defensor del Pueblo Andaluz, se formula la siguiente

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO de los deberes legales recogidos en los preceptos recogidos en el cuerpo de la presente

resolución y a los que se debe dar inmediato y debido cumplimiento, en particular en lo que se refiere a la práctica de la notificación de las resoluciones administrativas.

RECOMENDACIÓN De adoptar las medidas que estime convenientes para que se informe a las personas usuarias de la voluntariedad de la participación en cualquier acto de difusión de las ayudas sociales que se reconozcan por ese Ayuntamiento.

Consideramos que actuando en la forma que propugnamos se lograría una mayor adecuación de la actuación administrativa a los principios de eficacia y de sometimiento pleno a la ley y al Derecho, previstos en el artículo 103 de la Constitución.

Asimismo, quedaría garantizado el derecho a una buena administración que comprende, entre otros, el derecho de los particulares ante las Administraciones Públicas a que sus asuntos sean resueltos en un plazo razonable (artículo 31 del Estatuto de Autonomía para Andalucía).

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

---

defensor del pueblo Andaluz

Chabolismo en Andalucía

- **Fecha de presentación del informe:** 12/2005

- *Presentado en el Parlamento de Andalucía el 15-12-2005*
- *Publicado en BOPA nº 377, de 14-2-2006, VII Legislatura*
- *Debate en la Comisión de Infraestructuras, Transportes y Vivienda, Diario de Sesiones de Comisiones, serie A nº 245, VII Legislatura. Sesión celebrada el 10-5-2006*

A diferencia de otros Informes Especiales, en este caso no hemos pretendido dar a conocer -aunque ello sea una tarea irrenunciable- la situación que se vive, día a día, en los asentamientos chabolistas, pues se trata de una realidad ampliamente conocida por los poderes públicos y la sociedad andaluza.

El objeto de este Informe es proponer un modelo de intervención que, en el marco de un pacto político previamente adoptado, haga posible la gestión de la erradicación del chabolismo en nuestra Comunidad Autónoma.

Información Bibliográfica

Chabolismo en Andalucía / Defensor del Pueblo Andaluz. - 1ª ed. - Sevilla: Defensor del Pueblo Andaluz, 2005. - 258 p. ; 24 cm. - DL SE-1345-06. - ISBN 84-89549-85-0
CDU: 365.4:728.18(460.35)
728.18:365.4(460.35)

- Descargar informe en PDF
- Publicación BOPA
- Comisión

Conseguimos que se le hicieran efectivos los atrasos del salario social

Queja número 17/1908

- 11 Septiembre 2017

Conseguimos que se le hicieran efectivos los atrasos.

La compareciente exponía que en agosto de 2016 la trabajadora social de El Puerto de Santa María que le atendía, comunicó a la Delegación Territorial en Cádiz de la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales, el cambio de circunstancias económicas sobrevenidas en su expediente de solicitud de salario social, tras dejar de pagar el progenitor de sus hijos las pensiones de alimentos de 200 euros mensuales, aportando al efecto copia de la denuncia contra el mismo.

Que dicha cantidad se había tomado en cuenta como ingresos de su unidad familiar, por lo que se le habían descontando indebidamente de la cantidad a cobrar del salario social, cuyo pago comenzó en junio y finalizó en diciembre de 2016.

Contactó en varias ocasiones con la Delegación al objeto de conocer cuando se le realizaría el pago de los atrasos y si se le iba hacer efectiva a 200 euros mes a mes y que le dijeron que no, que se le pagaría de golpe 1.200 euros en marzo de 2017, sin que dicho pago hubiera tenido lugar.

Solicitado informe a la Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en Cádiz, se nos comunicó que con fecha 19 de abril de 2016 se dictó Resolución de modificación de la medida de Ingreso Mínimo de Solidaridad, prevista en el art. 5 a) del Decreto 2/1999 de 12 de enero por el que se regula el Programa de Solidaridad de los Andaluces y el pago único se efectuó el 13 de junio por importe de 1.320 euros.

Habiéndose solucionado favorablemente el asunto planteado, dimos por concluidas nuestras actuaciones.

Le abonan el salario social que había solicitado

Queja número 17/2039

- 11 Septiembre 2017

Desatascamos un expediente del Programa de Solidaridad y pudo cobrarlo.

La compareciente en su escrito de queja exponía que hacía casi 5 meses solicitó el Salario Social y aún no había obtenido respuesta de la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales. Los retrasos en los primeros pagos eran siempre una constante, desde que lo solicitó por primera vez en 2009. La media eran de 8 meses en adelante de espera, al igual que la recepción de la carta.

Pedía obtener una respuesta respecto a la aprobación o denegación de su solicitud, presentada el 7 de Noviembre de 2016 y que, en caso de estar aprobada, que se tardara lo menos posible en el pago de la 1ª mensualidad.

Debíamos recordar la importancia de atender esta situaciones en base a lo recogido en el Decreto-ley 7/2013, de 30 de abril, de medidas extraordinarias y urgentes para la lucha contra la exclusión social en Andalucía, que en su disposición final segunda viene a modificar el Decreto 2/1999, de 12 de enero, por el que se regula la creación del Programa de Solidaridad de los Andaluces para la Erradicación de la Marginación y la Desigualdad en Andalucía, en el que en su apartado uno establece un plazo de dos meses para resolver motivadamente las solicitudes desde la fecha de su presentación.

Solicitado informe a la Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en Málaga, se nos indicó que tras la presentación de la solicitud, el expediente fue estudiado y se le requirió documentación complementaria con fecha 8 de febrero de 2017. Una vez subsanado dicho expediente se procedió a ponerlo en situación administrativa de propuesta de concesión con fecha 8 de marzo de 2017, dictándose resolución de concesión con fecha 24 de abril de 2017. El primer pago de las seis mensualidades previstas le fue abonado en la primera semana del mes de junio de 2017, estando pendiente de recibir la segunda mensualidad en la primera semana de julio.

Habiéndose resuelto favorablemente la pretensión de la interesada, dimos por concluidas nuestras actuaciones.

Obtiene la ayuda para el salario social

Queja número 17/2625

- 11 Septiembre 2017

Frente a lo anunciado, obtuvo el Salario Social antes.

El interesado exponía que solicitó el salario social en Málaga el día 6 de febrero de 2017 y que en mayo no había recibido aún contestación alguna. Aunque el plazo era de tres meses para contestar, en ventanilla le dijeron que a pesar de tener toda la documentación correctamente presentada, tendría que esperar mínimo seis meses o más para recibir contestación.

Debíamos recordar la importancia de atender esta situaciones en base a lo recogido en el Decreto-ley 7/2013, de 30 de abril, de medidas extraordinarias y urgentes para la lucha contra la exclusión social en Andalucía, que en su disposición final segunda viene a modificar el Decreto 2/1999, de 12 de enero, por el que se regula la creación del Programa de Solidaridad de los Andaluces para la Erradicación de la Marginación y la Desigualdad en Andalucía, en el que en su apartado uno establece un plazo de dos meses para resolver motivadamente las solicitudes desde la fecha de su presentación.

Por ello, solicitamos informe a la Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en Málaga, quien nos contestó que tras la presentación de la solicitud, el expediente fue estudiado con fecha 28 de marzo de 2017, y, al estar completo y no requerir documentación complementaria, se procedió a ponerlo en situación administrativa de propuesta de concesión con fecha 30 de marzo de 2017, dictándose resolución de concesión con fecha 25 de mayo de 2017.

El primer pago de las seis mensualidades previstas le sería abonado en la primera semana de julio de 2017.

Puesto que la pretensión del interesado quedó resuelta, dimos por concluidas nuestras actuaciones.

Tras nuestra intervención, pudo recibir la ayuda de salario social

Queja número 17/3405

- 10 Octubre 2017

El interesado exponía que el 9 de marzo de 2017 solicitó el Ingreso Mínimo de Solidaridad y que, transcurridos más de 3 meses, aún no había recibido notificación alguna ni resolución.

Manifestaba que según el artículo 2 del Decreto 2/1999, de 12 de enero, y la opinión de la trabajadora social que llevaba su caso, reunía los requisitos como beneficiario.

Entendía que al no tener ningún ingreso y arrastrar circunstancias muy precarias desde hacía varios años -junto con la orientación que había recibido de los Servicios Sociales- si su solicitud se podía entender "desestimada" tal vez se estaba produciendo un incumplimiento de la ley.

Igualmente, si la solicitud podía considerarse "no desestimada" también existía, decía, un incumplimiento legal del plazo establecido para emitir una resolución motivada.

En ambos casos, se sentía desprotegido por cuanto que su situación socioeconómica era de severa precariedad desde hacía años.

Solicitamos informe a la Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en Sevilla, y se nos contestó que el 25 de mayo de 2017, la Comisión del Valoración propuso la concesión la unidad familiar de la medida del Ingreso Mínimo de Solidaridad, resolviéndose el 28 de junio de 2017 su concesión consistente en una prestación económica mensual de 406,22 euros durante 6 meses (total 2,437,32 euros).

Habiendo sido aceptada la pretensión del interesado, dimos por concluidas nuestras actuaciones.

Gracias a nuestra intervención, obtuvo el salario social

Queja número 17/4253

- 20 Diciembre 2017

La compareciente exponía que presentó el 30 de enero de 2017 la solicitud del salario social y que el 13 de julio aportó la documentación que hasta entonces no le habían solicitado en su expediente y pedía ayuda para que el procedimiento se agilizase, porque tenía 60 años, sin ingresos, angustiada sin saber de qué vivir y sobreviviendo de lo poco que sus familiares le podían ayudar.

Recordábamos la importancia de atender esta situaciones en base a lo recogido en el Decreto-ley 7/2013, de 30 de abril, de medidas extraordinarias y urgentes para la lucha contra la exclusión social en Andalucía, que en su disposición final segunda viene a modificar el Decreto 2/1999, de 12 de enero, por el que se regula la creación del Programa de Solidaridad de los Andaluces para la Erradicación de la Marginación y la Desigualdad en Andalucía, en el que en su apartado uno establece un plazo de dos meses para resolver motivadamente las solicitudes desde la fecha de su presentación.

Solicitado informe a la Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en Sevilla, se nos comunicó que la unidad familiar estaba constituida por 2 miembros y que revisada la solicitud se comprobó que no reunía los datos y/o documentos exigidos en el Decreto 2/1999, por lo que se le requirió para que subsanase la falta y/o acompañase determinada documentación.

El 13 de julio de 2017 es recibida en la Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en Sevilla la documentación requerida. La Comisión de Valoración constituida a nivel provincial y reunida con fecha 28 de septiembre de 2017, evaluó la solicitud presentada por la unidad familiar junto a la documentación anexa. Asimismo, se procedió al análisis de los informes evacuados, así como a la valoración de la situación socio-económica de la misma, y como resultado de ello la citada Comisión propuso la concesión de la medida del Ingreso Mínimo de Solidaridad y que percibiría una prestación económica total de 2.751,84 euros.

Ante la resolución favorable del asunto planteado dimos por concluidas nuestras actuaciones.

Exigimos que sin más demora se tramite su solicitud para la ayuda del salario social

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 17/4430 dirigida a Consejería de Igualdad y Políticas Sociales, Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en Sevilla

- 21 Noviembre 2017

La interesada exponía que solicitó en junio el salario social, y pedía nuestra ayuda pues su situación era desesperada.

Con el informe recibido, la documentación que obra en la queja y la normativa que resulta de aplicación al presente caso, esta Institución en virtud del artículo 29 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, formula Resolución a la Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en Sevilla. en el sentido de que se dicte resolución que ponga término al procedimiento de las personas afectadas, aprobando definitivamente el reconocimiento y concesión del Programa de Solidaridad a las solicitudes que pueda haber en espera desde hace más de dos meses; así como que se adopten las medidas necesarias en lo que se refiere a la dotación de los medios materiales y personales a la Delegación Territorial de Sevilla, con la finalidad de que se resuelvan las solicitudes en el plazo legalmente establecido.

Una vez más nos ponemos en contacto con usted en relación con la queja registrada en esta Institución bajo el número de referencia arriba indicado en la que la parte afectada exponía una serie de hechos que podrían tener la consideración de lesivos para determinados Derechos y Libertades reconocidos en el Título primero del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

En este sentido, habiendo realizado un exhaustivo análisis de la documentación e información obrante en el expediente, consideramos preciso formularle Resolución concretada en lo siguiente

ANTECEDENTES

Con fecha 14 de agosto de 2017 compareció en esta Institución Dª. ..., exponiendo que solicitó en junio el salario social, y pedía nuestra ayuda pues tenía una hija menor a su cargo y no tenía ingreso alguno para darle de comer, porque no estaba trabajando. Añadía que en lo que iba de año no había obtenido ni siquiera la ayuda de emergencias solicitada para alimentos, solo para pagar la luz, por lo que se encontraba desesperada.

Con fecha 13 de octubre de 2017 recibimos el informe de esa Delegación en el que se nos informaba que con fecha 08 de junio de 2017 la interesada presentó solicitud de acceso al Programa de Solidaridad de los Andaluces, asignándole el núm. de expediente ... . La unidad familiar estaba conformada por dos miembros. El expediente estaba “pendiente de valorarse”, siguiendo por tanto el orden riguroso de prelación para la resolución del mismo.

A la vista de cuanto antecede, estimamos oportuno efectuar las siguientes

CONSIDERACIONES

Resulta de aplicación al presente caso, las siguientes normas de nuestro ordenamiento jurídico:

Primera.- El **Estatuto de Autonomía para Andalucía**, Ley Orgánica 2/2007, dedicado a los objetivos básicos de la Comunidad Autónoma, contempla en su apartado 3, 14º, como uno de ellos, la cohesión social, mediante un eficaz sistema de bienestar público, con especial atención a los colectivos y zonas más desfavorecidos social y económicamente, para facilitar su integración plena en la sociedad andaluza, propiciando así la superación de la exclusión social.

Por otra parte, en el artículo 37 del Estatuto de Autonomía, se contemplan los principios rectores de las políticas públicas, las cuales deben orientarse a garantizar y asegurar el ejercicio de los derechos reconocidos y alcanzar los objetivos básicos establecidos en el artículo 10, mediante la aplicación efectiva de tales principios, en particular, para el asunto que nos ocupa, art. 37, apartado1, 7º, la atención social a personas que sufran marginación, pobreza o exclusión y discriminación social.

De acuerdo con el apartado 2 del citado precepto estatutario, los anteriores principios se orientarán además a superar las situaciones de desigualdad y discriminación de las personas y grupos que puedan derivarse de sus circunstancias personales o sociales o de cualquier otra forma de marginación o exclusión. Para ello, su desarrollo facilitará el acceso a los servicios y prestaciones correspondientes para los mismos, y establecerá los supuestos de gratuidad ante las situaciones económicamente más desfavorables.

Finalmente, el art. 23.2 del EA establece que todos tienen derecho a una renta básica que garantice unas condiciones de vida digna y a recibirla, en caso de necesidad, de los poderes públicos, con arreglo a lo dispuesto en la Ley.

Segunda. El **derecho a una buena Administración**. El artículo 103.1 de la Constitución Española establece que la Administración Pública debe actuar, entre otros, conforme al principio de eficacia.

El artículo 31 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, pretende garantizar a toda la ciudadanía, dentro del derecho a una buena Administración, que sus asuntos se resolverán en un plazo razonable, debiendo ser también la actuación de la Administración proporcionada a su fines.

El artículo 5.1.d) de la ley 9/2007, de 22 de Octubre, de Administración de la Junta de Andalucía, incluye dentro del principio de buena administración el derecho de la ciudadanía a que sus asuntos sean resueltos en un plazo razonable.

El artículo 17.2 de la Ley 6/1983, de 1 de Diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz establece que esta Institución vele para que la Administración Autonómica resuelva, en tiempo y forma, las peticiones y recursos que le hayan sido formulados.

Tercera.- **Normativa reguladora del Programa de Solidaridad de los Andaluces para la Erradicación de la Marginación y Desigualdad**. El Decreto 2/1999, de 12 de enero, por el que se regula la creación del programa referido, configura al Ingreso Mínimo de Solidaridad como medida inicial, a partir de la cual, se podrán arbitrar otro tipo de acciones y medidas insertivas que desarrollen y capaciten a la unidad familiar beneficiaria, en materia de empleo, educación y vivienda, sin perder el carácter de medida de protección asistencial para aquellos sectores en los que la marginación y la desigualdad sean más patentes.

Así, el Ingreso Mínimo de Solidaridad, comúnmente llamado “salario social”, en la práctica, consiste en una prestación económica mensual que se devenga a partir del día siguiente al de la fecha de la resolución

por la que se efectúe su reconocimiento y su duración máxima será de seis meses.

En cuanto al procedimiento previsto para ello, en el artículo 19.3 de la Norma reguladora, se prevé que si transcurrido tres meses desde la presentación de una solicitud, no se hubiera dictado resolución expresa, podrá entenderse que ésta ha sido desestimada.

Sin embargo, la aprobación del Decreto-ley 7/2013, de 30 de abril, de medidas extraordinarias y urgentes para la lucha contra la exclusión, vino a modificar el apartado 1 del artículo 19 de Decreto 2/1999, de 123 de enero, quedando con el siguiente tenor literal: «A la vista de las propuestas formuladas, **los órganos competentes procederán a resolver motivadamente las solicitudes presentadas en el plazo máximo de dos meses desde la fecha de su presentación**.»; y en su apartado segundo se decía que **hasta tanto se apruebe la normativa que regule la Renta Básica en la Comunidad Autónoma de Andalucía, se adoptarán las medidas necesarias para dotar de mayor agilidad administrativa al procedimiento para la concesión del Ingreso Mínimo de Solidaridad** establecido en el Decreto 2/1999, de 12 de enero, por el que se regula la creación del Programa de Solidaridad de los Andaluces para la Erradicación de la Marginación y la Desigualdad en Andalucía, al objeto de dar cumplimiento efectivo al plazo de resolución de dos meses previsto en el artículo 19 del citado Decreto.

Y por último, el artículo 20 de la norma que nos ocupa, prevé que cuando a la vista de la documentación presentada, conforme al artículo 15, se aprecie que concurren situaciones de emergencia social, la persona titular de la Delegación Provincial de la Consejería competente, podrá conceder el Ingreso Mínimo de Solidaridad con carácter provisional, continuándose la tramitación conforme al procedimiento ordinario. Las mensualidades percibidas con tal carácter se computarán dentro del período para el que se concede el Ingreso Mínimo de Solidaridad en la resolución que ponga fin al procedimiento. Esta tramitación especial, no puede sino ser calificada como tramitación de urgencia, para ello se requiere que a la vista de la documentación presentada se aprecie que concurren situaciones de emergencia social.

Cuarta.- El artículo 21, en sus párrafos 2 y 3, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, conforme al cual la resolución de los procedimientos deberá notificarse a los ciudadanos en el plazo máximo fijado en la normativa específica, que se computará, en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, desde la entrada de la misma en el registro administrativo.

El artículo 29 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, finalmente, preceptúa que los plazos señalados en ésta y en las demás leyes obligan a las Autoridades y al personal al servicio de las Administraciones Públicas competentes para la tramitación de los asuntos. El plazo máximo para resolver y notificar la resolución de este tipo de procedimientos, como hemos visto, es actualmente de dos meses, sin que el transcurso del plazo previsto, exima a la Administración de la obligación de dictar resolución expresa.

La demora administrativa que se está produciendo en el reconocimiento y resolución del Programa de Solidaridad y, en concreto del Ingreso Mínimo, vulnera la normativa autonómica de aplicación, tanto por lo que se refiere a los principios rectores del funcionamiento de la Administración en general, como a los que inspiran la normativa reguladora del Programa de Solidaridad de los andaluces para la erradicación de la marginación y la desigualdad, citadas con anterioridad.

Por todo lo anteriormente expuesto, y de conformidad a la posibilidad contemplada en el artículo 29 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, reguladora del Defensor del Pueblo Andaluz, se formula la siguiente

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO de los deberes legales recogidos en los preceptos recogidos en el cuerpo de la presente resolución y a los que se debe dar inmediato y debido cumplimiento.

RECOMENDACIÓN 1: para que sin más dilación que la estrictamente necesaria para la comprobación de

los datos y requisitos previstos en la norma, se dicte resolución que ponga término al procedimiento de las personas afectadas, aprobando definitivamente el reconocimiento y concesión del Programa de Solidaridad a las solicitudes que pueda haber en espera desde hace más de dos meses.

RECOMENDACIÓN 2: para que se adopten las medidas necesarias en lo que se refiere a la dotación de los medios materiales y personales a la Delegación Territorial de Sevilla, con la finalidad de que se resuelvan las solicitudes en el plazo legalmente establecido.

Consideramos que actuando en la forma que propugnamos, se garantizaría un mínimo de subsistencia a las personas en situación de vulnerabilidad social demandantes de este Programa que se encuentran en una situación límite en la provincia de Sevilla y que la falta de estos ingresos, los coloca en una situación de verdadera urgencia social que les impide subvenir a necesidades tan básicas como la alimentación, el vestido, vivienda y suministros básicos.

Asimismo, con ello se lograría una mayor adecuación de la actuación administrativa a los principios de eficacia y de sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, previstos en el artículo 103 de la Constitución y quedaría salvaguardado el derecho a una buena administración que tiene la ciudadanía y que comprende, entre otros, el derecho de los particulares ante las Administraciones Públicas a que sus asuntos sean resueltos en un plazo razonable.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Queremos conocer el desarrollo e implantación en Andalucía de la prestación económica de asistencia personal

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/1788 dirigida a Consejería de Igualdad y Políticas Sociales, Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía, Consejería de Igualdad y Políticas Sociales, Dirección General de Personas con Discapacidad

- 29 Marzo 2017

Con fecha 02/03/2017 se ha recibido una queja en esta Institución en la que el interesado denuncia la falta de desarrollo en Andalucía de la prestación económica de asistencia personal prevista en el artículo 19 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 interesado, en su escrito de queja destaca la gran problemática y enorme discriminación que sufren las personas que tienen una discapacidad.

Señala que, a día de hoy, no se está cumpliendo con uno de los derechos humanos más fundamentales de las personas con discapacidad, el "Derecho a Vivir de Forma Independiente y Ser Incluido en la Comunidad", que se recoge en el Artículo 19 de la Convención Internacional de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada en 2006.

La asistencia personal, parte de estos principios y se convierte en el soporte para que las personas con discapacidad sean ciudadanos de pleno derecho, en las mismas condiciones de libertad y de control sobre su vida que cualquier otro ciudadano, facilitando que puedan disfrutar del máximo nivel de autonomía en el desarrollo de su proyecto de vida.

Indica, finalmente, que otras comunidades autónomas, como el País Vasco, Madrid o Cataluña, ya se benefician muchísimas personas con discapacidad de la asistencia personal y pueden llevar una vida autónoma e independiente.

Posteriormente, con fecha 22/03/2017 la Adjunta responsable del Área y el Asesor Técnico se reunieron con el interesado, así como con la Presidenta y otros directivos de la Asociación Vida Independiente de Andalucía, para escuchar la queja y conocer a fondo las actuaciones llevadas a cabo por la referida Asociación, acerca de la falta de desarrollo de la prestación de asistencia personal en Andalucía.

En efecto, el artículo 19 de la citada Ley 39/2006, regula la prestación económica de asistencia personal, que tiene como finalidad la promoción de la autonomía de las personas en situación de dependencia, en cualquiera de sus grados. Su objetivo es contribuir a la contratación de una asistencia personal, durante un número de horas, que facilite al beneficiario el acceso a la educación y al trabajo, así como una vida

más autónoma en el ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria.

Una primera conclusión, tras el análisis de la queja y de la reunión mantenida, es que el problema planteado puede afectar a una pluralidad indeterminada de personas de toda Andalucía, por lo que parece aconsejable iniciar una queja de oficio que nos permita abordar la cuestión de la asistencia personal a las personas en situación de dependencia desde una perspectiva global.

Por todo ello, teniendo en cuenta la previsión del artículo 4.1.a) de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, en cuya virtud los Estados Parte deben adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención, y el artículo 19 de dicha Convención, en lo que se refiere al Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, así como el artículo 49 de la Constitución española, que obliga a los poderes públicos a realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de las personas con discapacidad física, sensorial y psíquica, a las que prestarán la atención especializada que requieran y ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que el Título I otorga a toda la ciudadanía, y al amparo de la posibilidad que otorga el artículo 10.1 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, reguladora del Defensor del Pueblo Andaluz, se incoa la presente queja de oficio con el fin de:

- Realizar un diagnóstico de la situación de la prestación de asistencia personal en Andalucía.

- Conocer las previsiones en cuanto a desarrollo normativo de la misma.

- Analizar los motivos por los que la prescripción de esta prestación no se encuentra en el mismo nivel de cobertura que las restantes prestaciones y servicios.

- Proponer, en su caso, las medidas de todo orden que se estimen necesarias para que esta prestación sea una opción más a contemplar en el Programa Individual de Atención de las personas dependientes en Andalucía.

Investigamos los servicios y prestaciones reconocidos a dependientes grado I

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/6550 dirigida a Consejería de Igualdad y Políticas Sociales, Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía

- 28 Diciembre 2017

Esta institución estimó procedente iniciar una queja de oficio con la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía con relación a la efectividad del derecho a las prestaciones de dependencia para las personas valoradas en grado I de Dependencia Moderada.

El origen de la misma se halla en las comunicaciones recibidas de las Diputaciones de Granada y Málaga y del Ayuntamiento de Murtas (Granada), trasladando una solicitud formulada por sus respectivos Plenos para que el Defensor del Pueblo Andaluz intermediase respecto al convenio que la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales habría propuesto a las diputaciones y ayuntamientos a fin de disponer como servicio para las personas que hayan sido valoradas como dependientes en grado I la asistencia a talleres colectivos de promoción de la autonomía y prevención de la dependencia.

Se argumentaba la dificultad para formar grupos de 15 personas en los municipios más pequeños, así como que estos talleres ya se vienen realizando por las entidades municipales y diputaciones, y que la verdadera ayuda que demandan las personas valoradas en grado I es la ayuda a domicilio, que en muchos casos ya se les ha concedido. Existiría por tanto el temor de que los PIA ya aprobados pudieran ser modificados para la asignación de los talleres en lugar de la ayuda a domicilio.

Los servicios y prestaciones previstos para el grado I son los servicios de prevención de la dependencia y promoción de la autonomía personal, la teleasistencia, la ayuda a domicilio, los centros de día y los centros de noche. Sin embargo, el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 7 de marzo de 2017, por el que se aprueba el Plan de Medidas para la reducción del tiempo medio de respuesta asistencial en materia de dependencia en Andalucía, establece que las personas que tengan reconocido este grado de dependencia se incorporarán de forma prioritaria a través de los servicios de prevención de la dependencia y promoción de la autonomía personal, mediante la firma de convenios de colaboración con las entidades locales.

Así, la Orden de la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales de 22 de marzo de 2017, establece el marco de colaboración entre las corporaciones locales y la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía para la prestación de los citados servicios de promoción de la autonomía personal y prevención de la dependencia, los cuales serán prestados por las corporaciones locales y financiados por la Agencia. Dicha colaboración se formalizará, previa solicitud de las Corporaciones Locales interesadas, mediante convenios de colaboración.

Ni en la Orden ni en el modelo de convenio se indica nada en cuanto al número mínimo de personas para

planificar los talleres. Tampoco se establece en ningún momento que los PIA contemplarán únicamente esta prestación, ni se hace referencia al servicio de ayuda a domicilio. No obstante, en el Acuerdo del Consejo de Gobierno que se mencionó anteriormente se señalaba que la incorporación al SAAD de los dependientes grado I se produciría a través de los servicios de prevención de la dependencia y promoción de la autonomía personal, de lo que cabría inferir que las ayudas y prestaciones previstas por los PIA deberían circunscribirse a dichos servicios.

Debe recordarse que el artículo 26 de la citada Ley 39/2006 establece que el grado I de dependencia moderada corresponde “cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal”. Dichas necesidades no serían, en principio, suplidas por los servicios de promoción de la autonomía personal y prevención de la dependencia, sino que más bien estos servicios supondrían un complemento para evitar el retroceso en las capacidades de la persona y, en algunos casos, incluso podrían lograr una mejoría. Pero en todo caso no sustituirían la necesidad de asistencia reconocida a este grado de dependencia.

Por todo ello, teniendo en cuenta la previsión de los artículos 49 de la Constitución española, 24 del Estatuto de Autonomía de Andalucía y 26 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, y al amparo de la posibilidad que otorga el artículo 10.1 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, reguladora del Defensor del Pueblo Andaluz, se incoó la presente queja de oficio con el fin de:

- Conocer qué servicios y prestaciones se están contemplando en los Programas Individuales de Atención de las personas con una dependencia reconocida en Grado I. Se requiere, por tanto, información sobre el número concreto de servicios y prestaciones que han sido aprobados en el segundo semestre de 2017, con diferenciación según cada tipo, e indicando si se están contemplando de forma conjunta en los PIA.

- Conocer con qué entidades municipales se ha firmado convenio para la prestación de los servicios de promoción de la autonomía personal y prevención de la dependencia a personas reconocidas en grado I.

- Conocer cuáles son las condiciones previstas para que se lleven a cabo dichos servicios de forma adecuada y asumible por las entidades municipales de menor población: número mínimo de participantes, previsiones para el caso de asistencia a talleres en otros municipios, etc.

- Cualquier otra información relevante que pueda ser útil para esclarecer la adecuación de los servicios de promoción de la autonomía para las personas con dependencia en grado I.

Una mujer nos reclama el ingreso en una residencia de su hija, dependiente severa

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 15/0790 dirigida a Consejería de Igualdad y Políticas Sociales, Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en Sevilla

- 12 Diciembre 2016

La hija de la interesada, reconocida como dependiente severa, está padeciendo la demora en la asignación de recurso residencial, al encontrarse en situación de riesgo personal.

Con el informe recibido, la documentación que obra en la queja y la normativa que resulta de aplicación al presente caso, esta Institución en virtud del artículo 29 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, formula Resolución a la Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en Sevilla en el sentido de que se dicte resolución acordando la revisión del programa individual de atención de la dependiente, conforme al recurso prescrito en la propuesta de los Servicios Sociales y se dé plena efectividad al recurso correspondiente.

Nuevamente nos ponemos en contacto con esa Delegación Territorial, en relación con el expediente promovido a instancias de Dª. …, haciéndolo en su propio nombre y en representación de su hija dependiente Dª …, con domicilio en …, exponiendo la necesidad de que a ésta le fuera asignado recurso residencial, al encontrarse en situación de riesgo personal.

Una vez analizado el informe recibido, puesto el mismo en relación con la documentación que obra en poder de esta Institución y con la normativa que resulta de aplicación al presente caso, esta Institución considera necesario, haciendo uso de la posibilidad contemplada en el artículo 29 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, formular Resolución en base a los siguientes

ANTECEDENTES

1. Con fecha de 16 de febrero de 2015 se recibió en esta Institución escrito de queja en el que la compareciente nos alertaba sobre la situación de riesgo en la que se encuentra su hija, cuyas limitadas facultades intelectivas y vulnerabilidad, la hacen víctima de reiterados abusos físicos y psicológicos por parte de otras personas.

Para protegerla del peligro cierto de ser víctima de personas malintencionadas, instaba la adopción de las medidas pertinentes y, en todo caso, su ingreso en un Centro adecuado o en un piso tutelado.

En este sentido, puesto que la afectada había sido reconocida como dependiente severa, la compareciente nos trasladó la necesidad de que se procediera a la urgente tramitación de su expediente (expediente …).

2. Admitida a trámite la queja, esta Institución acordó requerir la emisión del preceptivo informe a la

Delegación Territorial en Sevilla de la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales, así como al Área de Bienestar Social y Empleo del Ayuntamiento de Sevilla.

3. Los Servicios Sociales del Ayuntamiento, manifestaron en diciembre de 2015, que la dependiente se encuentra incapacitada judicialmente y que en noviembre de 2011 se había renunciado por su madre a la adjudicación de plaza residencial propuesta en el PIA, no obstante lo cual la afectada se encontraba en situación de riesgo de la que se había informado a la Fiscalía de Incapaces por dichos Servicios Sociales. Añadía el informe que, tras lo manifestado ante esta Institución por la promotora de la queja, se había procedido de oficio a solicitar un Centro para su hija con carácter urgente, reabriendo para ello el expediente de dependencia y elaborando un nuevo PIA, cuya propuesta era la de plaza residencial en Casa Hogar, a pesar del rechazo por la madre.

4. Dado traslado de lo expuesto a la promotora de la queja, manifestó la misma su voluntad de que a su hija le fuera asignada la plaza referida y su desconcierto por una tramitación administrativa del expediente cuyo estado desconocía.

5. La Delegación Territorial, por su parte, refirió que la tramitación del expediente requería la reapertura y elaboración del PIA por los Servicios Sociales, por lo que se dio traslado del problema nuevamente a los mismos.

6. Finalmente, en septiembre del presente año, tanto la promotora de la queja como los Servicios Sociales comunicaron la elaboración de la propuesta y su remisión a la Delegación Territorial a efectos de aprobación del recurso, cuya adjudicación pendía del dictado de Resolución por la Delegación Territorial.

CONSIDERACIONES

Conforme al artículo 28.1 de la Ley 39/2006, el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema, -que se iniciará a instancia de la persona interesada-, se ajustará en su tramitación a las previsiones establecidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, con las especificidades que resulten de la propia Ley 39/2006, entre las que se encuentra la contenida en el apartado segundo de la Disposición Final Primera, que preceptúa que “el plazo máximo, entre la fecha de entrada de la solicitud y la de resolución de reconocimiento de la prestación de dependencia será de seis meses, independientemente de que la Administración Competente haya establecido un procedimiento diferenciado para el reconocimiento de la situación de dependencia y el de prestaciones”.

De la relación cronológica que consta en el expediente de la interesada, resulta que se ha superado en exceso el plazo máximo legal antedicho (seis meses), desde la fecha en que solicitara la revisión del recurso prescrito en su programa individual de atención, sin que aún se haya satisfecho la pretensión mediante el reconocimiento del recurso residencial propuesto por los Servicios Sociales.

De lo manifestado por la madre de la afectada, así como del informe remitido por los Servicios Sociales, se desprende que en la tramitación del expediente de dependencia, dirigido a la aprobación del PIA, han incidido e influido circunstancias ajenas a la mera demora administrativa, consistentes en la reticencias de la afectada y, en su caso, de su madre, para la asignación del recurso propuesto. No obstante, las mismas parecen haber desaparecido, no restando con ello causa subjetiva que obste a la aprobación del PIA.

Por todo lo anterior, y de conformidad a la posibilidad contemplada en el artículo 29 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, reguladora del Defensor del Pueblo Andaluz, se formula la siguiente

RESOLUCIÓN

RECOMENDACIÓN para que sin mas dilación se dicte resolución acordando la revisión del programa

individual de atención de la dependiente, conforme al recurso prescrito en la propuesta de los Servicios Sociales y se dé plena efectividad al recurso correspondiente.

Consideramos que actuando en la forma que propugnamos se lograría una mayor adecuación de la actuación administrativa a los principios de eficacia y de sometimiento pleno a la ley y al Derecho, previstos en el artículo 103 de la Constitución.

Asimismo, quedaría garantizado el derecho a una buena administración que comprende, entre otros, el derecho de los particulares ante las Administraciones Públicas a que sus asuntos sean resueltos en un plazo razonable (artículo 31 del Estatuto de Autonomía para Andalucía).

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Demora en la aprobación de su Programa Individualizado de Atención como dependienta moderada

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 16/1540 dirigida a Consejería de Igualdad y Políticas Sociales, Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en Granada

- 19 Diciembre 2016

El marido de la interesada, reconocido como dependiente moderado, está padeciendo la demora en la aprobación del Programa Individualizado de Atención correspondiente a la dependencia reconocida.

Con el informe recibido, la documentación que obra en la queja y la normativa que resulta de aplicación al presente caso, esta Institución en virtud del artículo 29 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, formula Resolución a la Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en Granada en el sentido de que impulse la tramitación del procedimiento de dependencia de la persona afectada, aprobando la propuesta elaborada por los Servicios Sociales, y haciendo efectivo el recurso a favor de aquélla.

Nuevamente nos ponemos en contacto con esa Delegación Territorial, en relación con el expediente promovido a instancias de Dª. …, con domicilio en …, quien compareció en su propio nombre y en representación de su marido, D. …, con D.N.I. …, exponiendo la demora en la aprobación del Programa Individualizado de Atención correspondiente a la dependencia moderada reconocida.

Una vez analizado el informe recibido, puesto el mismo en relación con la documentación que obra en poder de esta Institución y con la normativa que resulta de aplicación al presente caso, esta Institución considera necesario, haciendo uso de la posibilidad contemplada en el artículo 29 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, formular **Resolución** en base a los siguientes

ANTECEDENTES

1. Con fecha de 29 de marzo de 2016 se recibió en esta Institución escrito de queja en el que la compareciente nos expuso que a pesar de que la persona afectada tiene reconocida una situación de dependencia moderada, no se había procedido a elaborar la propuesta de PIA correspondiente ni, por tanto, se había asignado recurso.

2. Admitida a trámite la queja, esta Institución acordó requerir la emisión del preceptivo informe a la Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en Granada, cuya respuesta, recibida el 10 de junio de 2016 (Registro de Salida …, de 7 de julio), refiere que, por resolución de esa Delegación de fecha 14/03/2014 le fue reconocida situación de dependencia Grado 1 Dependencia moderada. Ante esta resolución no se formuló escrito de recurso de alzada ni ningún otro escrito que mostrara disconformidad

con dicha resolución.

Que para las personas reconocidas con Grado 1 de dependencia, el derecho a las prestaciones se hará efectivo a partir del 1 de julio de 2015, pero que al existir un amplio colectivo en esta misma situación, la incorporación al Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia a las personas en situación de dependencia moderada no puede ser un proceso inmediato sino gradual y progresivo. A cada una de estas personas que se encuentran pendientes de recibir la prestación, hay que realizarles el Programa Individual de Atención (PIA) en el que se determine el recurso más adecuado a las necesidades que presenta. También hay que tener en cuenta que la Ley 39/2006 establece que las personas en situación de gran dependencia y dependencia severa serán atendidas de manera preferente, por lo que esta premisa se está teniendo en cuenta.

Que, según instrucción dictada por la Dirección Gerencia de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía, se considera el servicio de Promoción de la Autonomía Personal y Prevención de la dependencia como el recurso preferente para atender al Grado 1, siempre que sea posible y el Servicio de Teleasistencia avanzada como recurso especifico de atención a la dependencia moderada.

Que el propósito de la Agencia es posibilitar la atención a todas aquellas personas que aún no están recibiendo prestación y en ello se emplearán todos los esfuerzos.

3. A la vista del contenido de dicho informe, acordó esta Defensoría dirigirse a la interesada en solicitud de alegaciones, quien respondió que seguían en la misma situación, persistiendo, por tanto, el motivo por el que se había dirigido a esta Institución.

CONSIDERACIONES

Conforme al artículo 28.1 de la Ley 39/2006, el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema, -que se iniciará a instancia de la persona interesada-, se ajustará en su tramitación a las previsiones establecidas en la Ley reguladora del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas, que actualmente es la Ley 39/2015, de 1 de octubre, con las especificidades que resulten de la propia Ley 39/2006, entre las que se encuentra la contenida en el apartado segundo de la Disposición Final Primera, que preceptúa que "*el plazo máximo, entre la fecha de entrada de la solicitud y la de resolución de reconocimiento de la prestación de dependencia será de seis meses, independientemente de que la Administración Competente haya establecido un procedimiento diferenciado para el reconocimiento de la situación de dependencia y el de prestaciones*".

Los artículos 15.2 y 18.3 del Decreto 168/2007, de 12 de junio, por los que se regula, respectivamente, el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, así como el programa individual de atención, fijan en tres meses, respectivamente, el plazo máximo para resolver las solicitudes de reconocimiento de la condición de dependiente, (computados a partir de la fecha de entrada de la solicitud en el registro de los Servicios Sociales Comunitarios del Ayuntamiento en el que resida el solicitante); y, asimismo, para la aprobación y notificación a la persona interesada o a sus representantes legales del programa individual de atención, (computado en este caso el plazo desde la fecha de recepción de la resolución de reconocimiento de la situación de dependencia por los Servicios Sociales Comunitarios correspondientes -con salvedades, que no concurren en el caso presente-).

Por su parte, la Disposición Final Primera de la Ley 39/2006, determina que la efectividad del derecho a las prestaciones de dependencia incluidas en la misma, se ejercitará progresivamente, de modo gradual, y se realizará de acuerdo con el calendario de aplicación progresiva establecido en dicha Disposición, que para las personas reconocidas en situación de dependencia moderada, entró en vigor a partir del 1 de julio de 2015.

De la relación cronológica que consta en el expediente de la persona dependiente, resulta que se ha

superado el plazo máximo antedicho, sin que aún se haya satisfecho la pretensión mediante la aprobación del PIA con el reconocimiento del recurso propuesto.

La demora administrativa vulnera la normativa estatal y autonómica de aplicación, tanto por lo que se refiere a los principios rectores del funcionamiento de la Administración en general, como a los que inspiran la normativa reguladora de las personas en situación de dependencia en particular.

Resultan infringidas por la actuación administrativa expuesta las normas siguientes:

- El artículo 31 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, regulado en la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de Marzo, que garantiza a todos, dentro del derecho a una buena administración, que sus asuntos se resolverán en un plazo razonable.

- En relación con la garantía anterior, el artículo 5.1.d) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, que consagra el principio de buena administración, que comprende el derecho de los ciudadanos a que sus asuntos sean resueltos en un plazo razonable.

- El artículo 21, en sus párrafos 2 y 3, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, conforme al cual la resolución de los procedimientos deberá notificarse a los ciudadanos en el plazo máximo fijado en la normativa específica, que se computará, en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, desde la entrada de la misma en el registro administrativo.

- El plazo máximo de seis meses que debe mediar entre la fecha de entrada de la solicitud y la de resolución de reconocimiento de la prestación de dependencia, establecido en la Disposición Final Primera, apartado segundo, de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia; así como el plazo para la efectividad del derecho en el caso de los dependientes moderados, establecido en el calendario de aplicación progresiva de la Ley, de su Disposición Final Primera, apartado primero.

- Los artículos 15.2 y 18.3 del Decreto 168/2007, de 12 de junio, por los que se regula, respectivamente, el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, así como el programa individual de atención, que fijan en tres meses, respectivamente, el plazo máximo para resolver las solicitudes de reconocimiento de la condición de dependiente, y, asimismo, para la aprobación y notificación a la persona interesada o a sus representantes legales del programa individual de atención.

- El artículo 29 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, finalmente, preceptúa que los plazos señalados en ésta y en las demás leyes obligan a las Autoridades y al personal al servicio de las Administraciones Públicas competentes para la tramitación de los asuntos.

Por todo lo anterior, y de conformidad a la posibilidad contemplada en el artículo 29 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, reguladora del Defensor del Pueblo Andaluz, se formula la siguiente

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO de los deberes legales recogidos en los preceptos recogidos en el cuerpo de la presente resolución y a los que se debe dar inmediato y debido cumplimiento.

RECOMENDACIÓN de que, sin dilación, impulse la tramitación del procedimiento de dependencia de la persona afectada, aprobando la propuesta elaborada por los Servicios Sociales, y haciendo efectivo el recurso a favor de aquélla.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Pedimos sin más demora, un plan de atención individualizado para su hijo dependiente

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 16/3697 dirigida a Consejería de Igualdad y Políticas Sociales, Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía

- 12 Diciembre 2016

El hijo del interesado, con situación de dependencia reconocida en Grado III, estaba padeciendo la demora en la asignación del recurso correspondiente. Pedía, por ello, la agilización del expediente de dependencia, con ingreso en la plaza que su hijo precisaba.

Con el informe recibido, la documentación que obra en la queja y la normativa que resulta de aplicación al presente caso, esta Institución en virtud del artículo 29 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, formula Resolución a la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía en el sentido de que se dicte resolución acordando la revisión del programa individual de atención del dependiente, conforme al recurso prescrito en la propuesta de los Servicios Sociales y se dé plena efectividad al recurso correspondiente.

Nuevamente nos ponemos en contacto con esa Agencia, en relación con el expediente promovido a instancias de D. …, haciéndolo en su propio nombre y en representación de su hijo …, con D.N.I. … y domicilio en …, exponiendo la demora en la asignación del recurso correspondiente a su Gran Dependencia.

Una vez analizado el informe recibido, puesto el mismo en relación con la documentación que obra en poder de esta Institución y con la normativa que resulta de aplicación al presente caso, esta Institución considera necesario, haciendo uso de la posibilidad contemplada en el artículo 29 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, formular Resolución en base a los siguientes

ANTECEDENTES

1. Con fecha de 29 de junio de 2016 se recibió en esta Institución escrito de queja en el que, el compareciente expuso la demora en la asignación del recurso que precisa su hijo discapacitado y con situación de dependencia reconocida en Grado III (expediente …).

El dependiente se encuentra judicialmente incapacitado debido a su patología autista, ostentando sus padres la patria potestad prorrogada sobre el mismo. Las crisis de su enfermedad ocasionan gran disturbio en el domicilio familiar, debido a su agresividad y no pueden ser afrontadas por la madre en solitario, requiriendo el abandono del puesto de trabajo por su padre y, en ocasiones incluso, la intervención de las fuerzas policiales y el ingreso hospitalario. Todo lo cual afecta mentalmente a su madre y pone en riesgo incluso la economía y sustento familiar, debido a la desatención del trabajo por el padre.

Pedía por ello el compareciente la agilización del expediente de dependencia, con ingreso en la plaza que su hijo precisa.

2. Admitida a trámite la queja, esta Institución acordó requerir la emisión del preceptivo informe a la Delegación Territorial en Sevilla de la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales, que, en septiembre de 2016, explicó que el dependiente tiene reconocido su grado desde el año 2008 y que, en atención a sus cambiantes necesidades, ha tenido asignada la prestación económica para cuidados en el entorno familiar inicialmente, coincidiendo con su etapa de escolarización obligatoria, posteriormente sustituida por el recurso que actual, el de Centro de Día en la UED Autismo … .

El 28 de mayo de 2014 se instó la revisión del PIA y los Servicios Sociales Comunitarios prescribieron en su propuesta el Servicio de Atención Residencial para personas con trastornos del espectro autista.

La referida propuesta fue validada por la Delegación Territorial, en la consideración de que, efectivamente, -como afirma el informe-, se trata del recurso que precisa la "sintomatología conductual, social y afectiva de la persona en situación de dependencia". No obstante lo cual, la Resolución aprobando el recurso no ha podido tener lugar porque "en la provincia de Sevilla no existe un recurso residencial para tal tipología". Lo que, en suma, obliga a extender el ámbito geográfico a toda la Comunidad Autónoma y, más específicamente, a las provincias de Cádiz y Málaga, que disponen de 36 plazas.

En contraste, siendo 1.791 las plazas existentes en el recurso dirigido a personas con discapacidad intelectual, el informe apunta a una posibilidad alternativa, que sería la de optar a estas últimas, indicando que, en ocasiones, la atención a personas con perfiles similares al del dependiente, se ha orientado en este segundo sentido.

3. Dado traslado al promotor de la queja del contenido del referido informe, por el mismo se manifestó lo siguiente:

En primer lugar, que el recurso prescrito a favor de su hijo no es ni más ni menos que el adecuado a su estado, es decir, el Servicio de Atención Residencial para personas con trastornos del espectro autista en la provincia de Sevilla, que es el que le corresponde por su patología.

En segundo lugar, que considera inadmisible que por la Administración se pretenda propiciar que el dependiente ingrese en un Centro inadecuado a sus necesidades, el de discapacitados intelectuales, para remediar lo que no es sino una falta de previsión y diligencia de la Administración, al no disponer más que de 36 plazas en toda la Comunidad Autónoma para dar respuesta al censo de personas que en su ámbito territorial están afectadas por autismo y que, indudablemente, no sólo debería conocer sino proveer en consecuencia al respecto en el ámbito de sus competencias.

Y, finalmente, que en modo alguno considera viable reorientar el recurso de su hijo hacia un nuevo recurso que, amén de no ser el apropiado y mejor para él, determinaría una revisión del PIA y una mayor demora en la efectividad de su derecho, ya que también en la asignación de estas otras plazas residenciales existen listas de espera.

CONSIDERACIONES

Conforme al artículo 28.1 de la Ley 39/2006, el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema, -que se iniciará a instancia de la persona interesada-, se ajustará en su tramitación a las previsiones establecidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, con las especificidades que resulten de la propia Ley 39/2006, entre las que se encuentra la contenida en el apartado segundo de la Disposición Final Primera, que preceptúa que "el plazo máximo, entre la fecha de entrada de la solicitud y la de resolución de reconocimiento de la prestación de dependencia será de seis meses, independientemente de que la Administración Competente haya establecido un procedimiento diferenciado para el reconocimiento de la situación de dependencia y el de

prestaciones”.

De la relación cronológica que consta en el expediente del interesado, resulta que se ha superado en exceso el plazo máximo legal antedicho (seis meses), desde la fecha en que solicitara la revisión del recurso prescrito en su programa individual de atención, sin que aún se haya satisfecho la pretensión mediante el reconocimiento del recurso residencial propuesto por los Servicios Sociales.

Las circunstancias personales del dependiente permiten su acceso al recurso residencial propuesto en el PIA, siendo, únicamente, una circunstancia ajena a su necesidad y, por tanto, imputable a la Administración, la de falta de disponibilidad de plaza específica, la que obsta a la efectividad de su derecho.

La demora administrativa vulnera la normativa estatal y autonómica de aplicación, tanto por lo que se refiere a los principios rectores del funcionamiento de la Administración en general, como a los que inspiran la normativa reguladora de las personas en situación de dependencia en particular.

Resultan infringidas por la actuación administrativa expuesta las normas siguientes:

- El artículo 31 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, regulado en la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de Marzo, que garantiza a todos, dentro del derecho a una buena administración, que sus asuntos se resolverán en un plazo razonable.

- En relación con la garantía anterior, el artículo 5.1.d) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, en el mismo sentido que el anterior.

- El artículo 21, en sus párrafos 2 y 3, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, conforme al cual la resolución de los procedimientos deberá notificarse a los ciudadanos en el plazo máximo fijado en la normativa específica, que se computará, en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, desde la entrada de la misma en el registro administrativo.

- El artículo 29 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, finalmente, preceptúa que los plazos señalados en ésta y en las demás leyes obligan a las Autoridades y al personal al servicio de las Administraciones Públicas competentes para la tramitación de los asuntos.

- El plazo máximo de seis meses que debe mediar entre la fecha de entrada de la solicitud y la de resolución de reconocimiento de la prestación de dependencia, establecido en la Disposición Final Primera, apartado segundo, de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

- Los artículos 15.2 y 18.3 del Decreto 168/2007, de 12 de junio, por los que se regula, respectivamente, el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, así como el programa individual de atención, que fijan en tres meses, respectivamente, el plazo máximo para resolver las solicitudes de reconocimiento de la condición de dependiente, (computados a partir de la fecha de entrada de la solicitud en el registro de los Servicios Sociales Comunitarios del Ayuntamiento en el que resida el solicitante); y, asimismo, para la aprobación y notificación a la persona interesada o a sus representantes legales del programa individual de atención, (computado en este caso el plazo desde la fecha de recepción de la resolución de reconocimiento de la situación de dependencia por los Servicios Sociales Comunitarios correspondientes -con salvedades, que no concurren en el caso presente-).

Por todo lo anterior, y de conformidad a la posibilidad contemplada en el artículo 29 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, reguladora del Defensor del Pueblo Andaluz, se formula la siguiente

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO de los deberes legales recogidos en los preceptos recogidos en el cuerpo de la presente resolución y a los que se debe dar inmediato y debido cumplimiento.

RECOMENDACIÓN para que sin mas dilación se dicte resolución acordando la revisión del programa individual de atención del dependiente, conforme al recurso prescrito en la propuesta de los Servicios Sociales y se dé plena efectividad al recurso correspondiente.

Consideramos que actuando en la forma que propugnamos se lograría una mayor adecuación de la actuación administrativa a los principios de eficacia y de sometimiento pleno a la ley y al Derecho, previstos en el artículo 103 de la Constitución.

Asimismo, quedaría garantizado el derecho a una buena administración que comprende, entre otros, el derecho de los particulares ante las Administraciones Públicas a que sus asuntos sean resueltos en un plazo razonable (artículo 31 del Estatuto de Autonomía para Andalucía).

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Todavía a la espera de que le reconozcan su situación de dependencia: urge que resuelvan ya

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 16/5633 dirigida a Consejería de Igualdad y Políticas Sociales, Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en Cádiz

- 17 Abril 2017

Familiares de una señora que había sido reconocida como persona en situación de dependencia severa en el mes de junio de 2016, tras un proceso de revisión iniciado en agosto de 2014 exponían que se encontraba a la espera de aprobación y efectividad del Programa Individual de Atención, habiendo transcurrido el plazo legal establecido.

Solicitamos informe a la Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en Cádiz, quien nos respondió que el retraso se debía al cúmulo de expedientes y éste intentarían resolverlo a la mayor brevedad posible respetando el orden de entrada de los expedientes.

Puesto que la interesada nos comunicó que continuaba sin aprobarse el Programa Individual de Atención de la afectada, pese a haberse iniciado el procedimiento en agosto de 2014, habiendo transcurrido desde la solicitud de revisión del grado de dependencia reconocido más de 31 meses y más de 8 meses desde el reconocimiento de la situación de dependencia en Grado II (Dependencia Severa) por revisión, en virtud del artículo 29 de nuestra Ley reguladora formulamos al citado organismo Resolución en el sentido de que se apruebe el Programa Individual de Atención de la persona que nos ocupa, informando a la interesada, en el caso de que no sea posible la aprobación inmediata del Programa Individual de Atención, de la fecha previsible para que ésta se produzca.

Nuevamente nos ponemos en contacto con esa Delegación Territorial, en relación con el expediente de queja que se tramita en esta Institución con la referencia del encabezamiento, Q 16/5633.

Una vez analizados los informes recibidos, puestos los mismos en relación con la documentación que obra en poder de esta Institución y con la normativa que resulta de aplicación al presente caso, esta Institución considera necesario, haciendo uso de la posibilidad contemplada en el artículo 29 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, formular Resolución en base a los siguientes

ANTECEDENTES

1. Con fecha 04/10/2016 recibimos escrito de queja, presentado por los familiares de Dña. ..., domiciliada en ..., presentando escrito de queja, que quedó registrado con la referencia del encabezamiento, Q 16/5633.

Al parecer la afectada había sido reconocida como persona en situación de dependencia severa en el mes de junio de 2016, tras un proceso de revisión iniciado en agosto de 2014. En el momento de presentación de la queja se encontraba a la espera de aprobación y efectividad del Programa Individual de Atención, habiendo transcurrido el plazo legal establecido.

Analizada la queja, esta Institución solicitó a esa Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en fecha 17/10/2016 la emisión del correspondiente informe para el esclarecimiento del asunto en cuestión.

2. En respuesta a nuestra solicitud, el pasado 22/12/2016 recibimos informe emitido por esa Delegación Territorial, en el que se expresaba lo siguiente:

> *"… el retraso se debe al cúmulo de expedientes que se encuentran en la actualidad en fase de resolución de Programa de Atención Individual (P.I.A.). Como sabrá, durante los años 2012 y 2013, no pudieron tramitarse con normalidad las solicitudes de dependencia debido a cambios normativos del procedimiento, que han conllevado la necesidad de llevar acabo adaptaciones informáticas, debiendo revisarse e inspeccionarse los expedientes que tenían reconocidas prestaciones. No obstante, desde el mes de enero de 2014 hasta la actualidad se están aprobando con normalidad los P.I.A. según orden de entrada de los mismos, sin que a día de hoy haya sido resuelto el correspondiente a la Sra. …, lo que intentaremos resolver a la mayor brevedad posible respetando dicho orden."*

3. Tras trasladar el informe recibido a la promotora de la queja, para que aportara las alegaciones que estimara oportunas, hemos recibido una nueva comunicación de la interesada, la cual expresa que continúa sin aprobarse el Programa Individual de Atención de la afectada, pese a haberse iniciado el procedimiento en agosto de 2014.

4. Del análisis de los hechos que aparecen en este expediente podemos destacar que desde la solicitud de revisión del grado de dependencia reconocido han transcurrido más de 31 meses y más de 8 meses desde el reconocimiento de la situación de dependencia en Grado II (Dependencia Severa) por revisión, hasta la fecha.

CONSIDERACIONES

Conforme al artículo 28.1 de la Ley 39/2006, el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema, -que se iniciará a instancia de la persona interesada-, se ajustará en su tramitación a las previsiones establecidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (referencia legal que debe sustituirse por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de acuerdo con la Disposición Final Cuarta de ésta última), con las especificidades que resulten de la propia Ley 39/2006, entre las que se encuentra la contenida en el apartado segundo de la Disposición Final Primera, que preceptúa que "el plazo máximo, entre la fecha de entrada de la solicitud y la de resolución de reconocimiento de la prestación de dependencia será de seis meses, independientemente de que la Administración Competente haya establecido un procedimiento diferenciado para el reconocimiento de la situación de dependencia y el de prestaciones".

De la relación de hechos que constan en el expediente, cabe destacar, como indicamos anteriormente, que se viene produciendo un significativo retraso en la aprobación del Programa Individual de Atención, en primer lugar el correspondiente al primer grado de dependencia que se reconoció a la afectada, que no ha llegado a aprobarse, y en segundo lugar el correspondiente al nuevo grado de dependencia reconocido, que se ha demorado en el tiempo, sin que en la fecha actual se haya dictado la correspondiente resolución.

La demora administrativa vulnera la normativa estatal y autonómica de aplicación, tanto por lo que se refiere a los principios rectores del funcionamiento de la Administración en general, como a los que

inspiran la normativa reguladora de las personas en situación de dependencia en particular.

Resultan infringidas por la actuación administrativa expuesta las normas siguientes:

- El artículo 31 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, regulado en la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de Marzo, que garantiza a todos, dentro del derecho a una buena administración, que sus asuntos se resolverán en un plazo razonable.

- En relación con la garantía anterior, el artículo 5.1.d) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, que consagra el principio de buena administración, que comprende el derecho de los ciudadanos a que sus asuntos sean resueltos en un plazo razonable.

- El plazo máximo de seis meses que debe mediar entre la fecha de entrada de la solicitud y la de resolución de reconocimiento de la prestación de dependencia, establecido en la Disposición Final Primera, apartado segundo, de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

- Los artículos 16 y 19 del Decreto 168/2007, de 12 de junio, en relación con los artículos 15.2 y 18.3 del mismo Decreto, por los que se regula, respectivamente, el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, así como el programa individual de atención, que fijan en tres meses, respectivamente, el plazo máximo para resolver las solicitudes de reconocimiento de la condición de dependiente, (computados a partir de la fecha de entrada de la solicitud en el registro de los Servicios Sociales Comunitarios del Ayuntamiento en el que resida el solicitante); y, asimismo, para la aprobación y notificación a la persona interesada o a sus representantes legales del programa individual de atención, (computado en este caso el plazo desde la fecha de recepción de la resolución de reconocimiento de la situación de dependencia por los Servicios Sociales Comunitarios correspondientes -con salvedades, que no concurren en el caso presente-). Asimismo los artículos 16,4 y 19,2 de este Decreto, referidos a los procedimientos de revisión, tanto del reconocimiento de la dependencia como del Programa Individual de Atención, contemplan los mismos plazos de tres meses para estos procedimientos.

- El artículo 29 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que señala que los términos y plazos establecidos en esa Ley o en otras leyes obligan a las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas competentes para la tramitación de los asuntos, así como a los interesados en los mismos.

Lamentablemente no es éste el único caso, siendo numerosas las quejas que tramita esta Institución en que observamos plazos de resolución similares al de esta queja, situación esta que demanda una intervención de esa Administración Pública a fin de garantizar el cumplimiento de las previsiones, en cuanto a plazo de resolución, de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia y del Decreto 168/2007, de 12 de junio, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, así como los órganos competentes para su valoración.

Máxime si tenemos en cuenta que el recientemente aprobado, por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, “Plan de Medidas para la reducción del tiempo medio de respuesta asistencial en materia de dependencia en Andalucía” no contempla de forma expresa el incremento de las plazas residenciales para personas mayores, por lo que tendrá que ser la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales quien adopte las medidas técnicas y jurídicas necesarias para agilizar el procedimiento de reconocimiento del derecho a las prestaciones del sistema.

Por todo lo anterior, y de conformidad a la posibilidad contemplada en el artículo 29 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, reguladora del Defensor del Pueblo Andaluz, nos permitimos formular a la Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales de Sevilla, la siguiente

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO de los deberes legales recogidos en los preceptos recogidos en el cuerpo de la presente resolución y a los que se debe dar inmediato y debido cumplimiento.

RECOMENDACIÓN para que sin más dilación se apruebe el Programa Individual de Atención de la persona mayor dependiente a la que alude esta queja, informando a la interesada, en el caso de que no sea posible la aprobación inmediata del Programa Individual de Atención, de la fecha previsible para que ésta se produzca.

Consideramos que actuando en la forma que propugnamos se lograría una mayor adecuación de la actuación administrativa a los principios de eficacia y de sometimiento pleno a la ley y al Derecho, previstos en el artículo 103 de la Constitución.

Asimismo, quedaría garantizado el derecho a una buena administración que comprende, entre otros, el derecho de los particulares ante las Administraciones Públicas a que sus asuntos sean resueltos en un plazo razonable (artículo 31 del Estatuto de Autonomía para Andalucía).

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Pedimos que trasladen a su hija dependiente a una residencia más cercana al domicilio familiar

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 16/1234 dirigida a Consejería de Igualdad y Políticas Sociales, Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en Málaga

- 21 Abril 2017

La hija de la interesada, reconocida como dependiente, sigue esperando un traslado de residencia, solicitado como consecuencia de la involución que le ha supuesto el alejamiento de la localidad donde su familia vive.

Con el informe recibido, la documentación que obra en la queja y la normativa que resulta de aplicación al presente caso, esta Institución en virtud del artículo 29 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, formula Resolución a la Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en Málaga en el sentido de que se adopten las medidas que permitan resolver, estimándola, la solicitud de traslado de Centro Residencial de la dependiente.

Nuevamente nos ponemos en contacto con esa Delegación Territorial, en relación con el expediente promovido por Dª ..., en representación de su hija ..., con D.N.I. ... y domicilio en ..., exponiendo la demora en el traslado de Centro Residencial.

Una vez analizado el informe recibido, puesto el mismo en relación con la documentación que obra en poder de esta Institución y con la normativa que resulta de aplicación al presente caso, esta Institución considera necesario, haciendo uso de la posibilidad contemplada en el artículo 29 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, formular Resolución en base a los siguientes

ANTECEDENTES

1. Con fecha de 9 de marzo de 2016 se recibió en esta Institución escrito de queja en el que la compareciente nos expuso que su hija ..., de 22 años de edad actualmente, tiene el denominado síndrome de west desde su nacimiento, por lo que se encuentra reconocida como dependiente y se beneficia del recurso residencial.

... se encuentra ingresada en la Residencia ... de la localidad de ..., que le fue asignada en atención a su dependencia. Este lugar dista mucho del de residencia de la familia, de manera que la madre de la dependiente precisa invertir más de tres horas en el desplazamiento para poder tener contacto con su hija.

La compareciente ha podido constatar que el alejamiento de su entorno ha provocado una involución en la dependiente, que se encuentra aletargada, sin atreverse ya a caminar, con moratones en las piernas por

caídas y sin control de la micción.

En febrero de 2016 solicitó el traslado a un Centro más cercano geográficamente a su domicilio.

2. Admitida a trámite la queja, esta Institución acordó requerir la emisión del preceptivo informe a la Delegación Territorial en Málaga de la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales.

3. El 7 de julio de 2016 registramos la respuesta de la Delegación Territorial, que manifestó que la dependiente fue ingresada en la Residencia de Gravemente Afectados de la provincia de …, por no existir en la provincia de Málaga "vacantes específicas del perfil de la dependiente" al tiempo de acordarse la asignación de plaza, y "ante la urgencia del caso". Añadiendo que "la situación en cuanto a plazas en Málaga sigue siendo la misma que a fecha de petición de traslado", siendo muy bajo el nivel de movimientos en Centros de esa tipología.

4. Dado traslado de lo expuesto a la promotora de la queja, reiteró la misma la persistencia del problema y nos hizo partícipes de la difícil situación que atraviesa por esta separación.

CONSIDERACIONES

Plantea la compareciente en la presente queja, una cuestión que se viene produciendo frecuentemente, cuando se trata de asignación de plaza residencial concertada para perfiles específicos de dependientes: la insuficiencia de plazas públicas.

En la mayor parte de los casos la dificultad se manifiesta en el momento de acceso al Sistema de la Dependencia, que, o bien se ve demorado de forma impredecible, al no existir plaza disponible en el recurso residencial que la persona dependiente precisaría, o bien acaba resolviéndose mediante la alternativa asignación de una plaza residencial inapropiada al perfil del afectado y, con ello, distinta a la prescrita como idónea en el PIA.

En el caso que nos plantea la madre de la dependiente, la aprobación del recurso hubo de hacerse asignando una plaza del perfil requerido por la dependiente, pero extrañada del lugar de su domicilio familiar. Decisión que no obedeció a un motivo arbitrario, sino a la misma razón anteriormente apuntada: la inexistencia de plaza vacante específica en la provincia de residencia.

En consecuencia, siendo estructural el motivo de fondo, la petición de la madre de la dependiente de obtener un traslado de Centro, una vez que experimentó las consecuencias adversas de la distancia y la separación, había necesariamente de tropezar con el obstáculo apuntado al inicio: la imposibilidad administrativa, ni inmediata ni mediata, de dar satisfacción a su pretensión. No hay plazas vacantes, no se espera que las haya en breve y, en cualquier caso, no es posible conocer cuándo las habrá, es la conclusión poco esperanzadora del informe de la Administración.

Por esta razón, aunque concurren en la peticionaria los requisitos que establece el Decreto 388/2010, de 19 de octubre, -por el que se regula el régimen de acceso y traslado de personas en situación de dependencia a plazas de centros residenciales y centros de día y de noche-, para poder solicitar el traslado (artículo 10.a), es decir, el mantenimiento de la misma situación de dependencia y modalidad de intervención establecida en el Programa Individual de Atención; y aunque su petición de traslado está igualmente fundada en causa de las previstas por la normativa, (obtener una mayor proximidad geográfica del centro al lugar de residencia de la persona usuaria o del entorno familiar o de convivencia de aquella); la Administración no puede cumplir con su deber de resolver la petición en el plazo máximo de tres meses preceptuado por el artículo 14.3. O, con mayor precisión: no puede estimar la solicitud en plazo, sino a lo sumo, desestimarla, por una razón que trasciende a la norma: nadie puede dar lo que no tiene.

Ello, por más que sea una obviedad, no puede servir como causa que justifique la indefinida pendencia del derecho de la dependiente a disfrutar de un recurso adecuado a su situación de dependencia que, al propio tiempo, no cercene sus lazos familiares y sociales.

La Administración alega no poder asignarle plaza en un Centro que le permita permanecer en su entorno, cercano a sus familiares, por no existir vacante. Lo que sólo puede significar la necesidad de incrementar las plazas, en vez de conducir a denegar el derecho de la afectada por la vía de no poder estimar expresamente su solicitud.

A la vista de todo ello y de conformidad con lo establecido en el artículo 29, apartado 1, de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, se formula la siguiente

RESOLUCIÓN

RECOMENDACIÓN para que se adopten las medidas que permitan resolver, estimándola, la solicitud de traslado de Centro Residencial de la dependiente.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Solicita que se le abonen los retrasos de la prestación económica por cuidados en el entorno familiar por dependencia

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 16/5004 dirigida a Consejería de Igualdad y Políticas Sociales, Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en Sevilla

- 17 Abril 2017

El interesado exponía que había residido en Cataluña, donde le había sido reconocida la situación de dependencia, y aprobado un Programa Individual de Atención en el año 2010, siendo el recurso prescrito el de Prestación Económica para Cuidados en el Entorno Familiar (PECEF).

Al mudarse a Andalucía en 2013, por la administración andaluza se le comunicó que iniciaban de oficio la revisión del PIA, recibiendo, en abril de 2016, la resolución con la aprobación del nuevo PIA. Este nuevo Programa Individual de Atención extinguió la PECEF aprobada en Cataluña, que había dejado de percibirla en el mes de mayo de 2013, reconociéndosele a partir de ese momento el derecho a recibir el Servicio de Ayuda a Domicilio, pero nada se decía sobre las prestaciones correspondientes al período de mayo de 2013 a abril de 2016, por lo que presentó una reclamación que aún no había sido resuelta.

Una vez evaluado el informe solicitado a la Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en Sevilla y dado traslado del mismo para alegaciones al interesado, éste se ratificó en su queja inicial, por lo que en virtud del artículo 29 de nuestra Ley reguladora se formula Resolución al citado organismo en el sentido de que inicie de oficio expediente de responsabilidad patrimonial a fin de determinar la posible responsabilidad de esa Delegación Territorial por el injustificado retraso en la aprobación del Programa Individual de Atención del interesado y, en su caso, se fije la indemnización que pueda corresponderle.

Nuevamente nos ponemos en contacto con esa Delegación Territorial, en relación con el expediente de queja que se tramita en esta Institución con la referencia del encabezamiento, Q 16/5004.

Una vez analizados los informes recibidos, puestos los mismos en relación con la documentación que obra en poder de esta Institución y con la normativa que resulta de aplicación al presente caso, esta Institución considera necesario, haciendo uso de la posibilidad contemplada en el artículo 29 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, formular Resolución en base a los siguientes

ANTECEDENTES

1. Con fecha 23/08/2016 recibimos escrito de queja, presentado por D. …, que expresaba que había residido en Cataluña y que en dicha Comunidad Autónoma le había sido reconocida la situación de dependencia, y aprobado un Programa Individual de Atención en el año 2010, siendo el recurso prescrito

el de Prestación Económica para Cuidados en el Entorno Familiar (PECEF).

En el mes de marzo de 2013 decidió mudarse de Cataluña a Andalucía, concretamente a ..., en Sevilla. En la Generalidad de Cataluña le comunicaron que darían traslado de su expediente a la Junta de Andalucía, y que le abonarían aún tres mensualidades de la prestación que tenía reconocida, antes de darle de baja en la nómina de perceptores de dicha Comunidad Autónoma, por lo que estuvo percibiendo la PECEF hasta el mes de mayo de 2013.

En el ejercicio 2015 recibió un escrito remitido por la Junta de Andalucía, donde se le comunicaba que iniciaban de oficio la revisión del PIA. Posteriormente, el 24 de abril de 2016 recibió la resolución con la aprobación del nuevo PIA.

Este nuevo Programa Individual de Atención extinguió la PECEF que se le había aprobado en Cataluña, si bien había dejado de percibirla en el mes de mayo de 2013, reconociéndosele a partir de ese momento el derecho a recibir el Servicio de Ayuda a Domicilio, sin efectuar ningún pronunciamiento sobre las prestaciones correspondientes al periodo de mayo de 2013 a abril de 2016.

En el mes de mayo de 2016 presentó una reclamación que, en la fecha de presentación de la queja, aún no había sido resuelta.

2. Con fecha 26/08/2016 admitimos la queja a trámite y solicitamos a esa Delegación Territorial la emisión del correspondiente informe.

En respuesta a nuestra solicitud, el pasado 28/11/2016 recibimos informe emitido por esa Delegación Territorial, en el que se expresaba lo siguiente:

> *"De acuerdo con la normativa aplicable, como consecuencia de la solicitud formulada con fecha 6 de marzo de 2013, se inicia el procedimiento de revisión de oficio del PIA que termina con la aprobación mediante resolución del programa revisado (26/02/2016) y en consecuencia, la extinción del recurso que venía disfrutando antes del traslado del expediente por cambio de domicilio desde Tarragona hasta el municipio sevillano de ... ."*.

3. Tras trasladar el informe recibido al promotor de la queja, para que aportara las alegaciones que estimara oportunas, éste se ratifica en su queja inicial, manifestando además que que la situación creada supone, de facto, obstaculizar el ejercicio del derecho a la elección de residencia dentro de España, pues teniendo un derecho reconocido y consolidado, no solo se le ha extinguido sino que además durante un periodo de tres años no ha percibido prestación ni servicio alguno de los que le correspondían en función de la situación de dependencia que tenía reconocida.

CONSIDERACIONES

Primera.- Procedimiento para el traslado de personas en situación de dependencia entre Comunidades Autónomas.

El procedimiento para el traslado de expedientes entre Comunidades Autónomas cuando la persona dependiente cambia de Comunidad Autónoma de residencia, se encuentra desarrollado en el Real Decreto 1051/2013, de 27 de diciembre, por el que se regulan las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, establecidas en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

Este procedimiento comprende los siguientes hitos (artículo 17):

- La persona beneficiaria que traslade su residencia al territorio de otra comunidad autónoma o a las Ciudades de Ceuta y de Melilla, está obligada a comunicarlo a la Administración que le haya reconocido el servicio o abone la prestación económica, en el plazo de 10 días hábiles anteriores a la fecha efectiva del

traslado, salvo causas justificadas.

- La Administración de origen debe poner en conocimiento del Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO), como órgano coordinador, dicho traslado en el plazo máximo de 5 días hábiles siguientes a la fecha de entrada de la comunicación del traslado en el órgano competente, a través del Sistema de Información para la Autonomía y Atención a la Dependencia. El IMSERSO comunicará dicho traslado a la comunidad autónoma de destino, en el mismo plazo.

- La comunidad autónoma o las Ciudades de Ceuta y de Melilla de destino, deberán revisar el programa individual de atención en el plazo máximo de 60 días naturales, a contar desde la fecha en que tenga conocimiento de dicho traslado. La Administración de origen mantendrá, durante dicho plazo, el abono de las prestaciones económicas reconocidas y suspenderá el derecho a la prestación cuando se trate de un servicio, sustituyéndolos por la prestación económica vinculada al servicio.

- La comunidad autónoma o las Ciudades de Ceuta y de Melilla de destino comunicarán a la persona beneficiaria la situación en el plazo máximo de 10 días hábiles siguientes a la comunicación del traslado realizada por el IMSERSO a la misma y dará una respuesta a las necesidades de la persona en situación de dependencia de la forma más inmediata posible.

Pues bien, de la información aportada al expediente se desprende que el cambio de residencia del interesado fue notificado con fecha 06/03/2013, siendo posteriormente notificada de dicho cambio la Administración autonómica andaluza, aunque desconocemos la fecha exacta. Y no es hasta 2015, es decir, dos años después, cuando se inicia la revisión del expediente, que se viene a resolver en el mes de mayo de 2016, lo que supone que se han necesitado aproximadamente 38 meses para decidir la prestación correspondiente al interesado en esta queja el cual, conviene recordarlo, venía ya siendo beneficiario de una prestación económica para cuidados en el entorno familiar desde el año 2010.

Segunda.- Funcionamiento anormal de la Administración.

Los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común regulaban el instituto de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, a cuyo tenor los particulares tienen derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Se exige que el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

Esta regulación se ha mantenido en lo sustancial en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, vigente desde el 2 de octubre de 2016.

Los Tribunales de Justicia y el Tribunal Constitucional han tenido la oportunidad de pronunciarse, en numerosas ocasiones, sobre los diversos aspectos que conforman el régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial y, particularmente, sobre la dilación en el desarrollo de los procedimientos.

Así, el Tribunal Supremo, establece con carácter general la necesaria concurrencia de varios requisitos para que se produzca responsabilidad patrimonial, que pueden sintetizarse, siguiendo la Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de noviembre de 2004, como sigue:

a) Producción, por acción u omisión, de una lesión patrimonial antijurídica y por tanto, resarcible. Esta lo será cuando el particular no tenga el deber de soportar un daño que sea imputable a la Administración, lo que ocurrirá cuando lo ocasione un agente de ésta, actuando en el ámbito de sus competencias, incluso cuando la acción originada es ejercida legalmente, pues cualquier conducta dañosa debe ser en principio indemnizada porque de otro modo se produciría un sacrificio individual a favor de una actividad de interés

público, que en algunas ocasiones debe ser soportada por la comunidad.

b) El perjuicio, daño emergente o lucro cesante, debe ser efectivo, concreto, individualizado, y evaluable económicamente, sin que concurran causas de justificación que exoneren a la Administración, entre las que cabe citar solo la fuerza mayor y la conducta del propio recurrente, si es determinante de la producción del daño.

c) Carácter objetivo de la responsabilidad, sin que sea exigible realizar una referencia a la culpa del agente, pues la Administración responde del mal funcionamiento normal o anormal, de los servicios públicos, aunque el daño se produzca de forma involuntaria o como consecuencia del riesgo en la prestación de ciertos servicios. Ni siquiera es preciso probar que el servicio Público se ha desenvuelto de manera anómala, bastando que el riesgo inherente a su utilización haya sobrepasado los límites impuestos por los estándares de la seguridad exigibles conforme a la conciencia social. En definitiva, se trata de socializar los riesgos cuando se actúa en defensa de los intereses generales lesionando los particulares.

d) Que exista relación directa de causalidad entre el daño y la actuación de la Administración, pues el hecho que origina el daño debe ser en si mismo idóneo para ocasionarlo. La relación de causalidad debe entenderse en el marco de la responsabilidad objetiva, por lo que, como queda dicho, solo la fuerza mayor y la conducta dolosa o negligente del propio recurrente, si es determinante de la producción del daño, pueden romper el nexo causal.

e) Que se entable la reclamación dentro del año siguiente al momento de la causación de los perjuicios.

Particularmente en lo que se refiere a la responsabilidad patrimonial cuando se produce la dilación de un procedimiento administrativo, cabe reseñar la Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de julio de 2012, que señala en su fundamento jurídico cuarto que:

> *"... el mero incumplimiento de los plazos procesales no es determinante de una dilación indebida. Así el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias, -STC 73/1992, de 13 de mayo y STC 93/2008, de 21 de julio- ha señalado que la dilación indebida que, " no se identifica con el mero incumplimiento de los plazos procesales" constituye un concepto jurídico indeterminado, cuyo contenido concreto ha de ser alcanzado mediante la aplicación, a las circunstancias específicas concurrentes en cada caso, de los factores objetivos y subjetivos que sean congruentes con su enunciado genérico. Estos factores -ha afirmado este Tribunal, siguiendo de cerca la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos- pueden quedar reducidos a los siguientes: la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, el interés que en aquél arriesga el demandante, su conducta procesal y finalmente, la conducta de los órganos judiciales y la consideración de los medios disponibles (SSTC. 223/88, 28/89 y 81/89).*

Concluye dicho fundamento jurídico cuarto con la afirmación de que la existencia de dilaciones indebidas no resulta solo de la mera constatación de la duración total del proceso o la inobservancia de los plazos procesales, sino que es preciso efectuar un análisis del proceso para determinar las razones de tal duración y poder apreciar si se trata de dilaciones indebidas o responde a la naturaleza, características y alcance del proceso, la intervención o actitud de las partes o la disponibilidad de medios, ya que de ello deriva la imputación de los resultados a un funcionamiento anormal o a otros factores (STS de 29 de septiembre de 2009).

Más adelante esta misma sentencia viene a matizar que la doctrina constitucional expuesta sobre dilaciones indebidas, aun inicialmente contemplada para el procedimiento judicial (articulo 24.2 CE), es asimismo aplicable al procedimiento administrativo.

Así pues, aplicando estos factores de análisis al supuesto planteado en esta queja, se hace necesario valorar si el retraso de tres años en aprobar el nuevo PIA del interesado está justificado o no lo está, en función de la naturaleza, características y alcance del proceso, la intervención o actitud de las partes o la disponibilidad de medios.

Considerando los escasos elementos de juicio de que dispone esta Institución, dada la escueta información remitida, resulta difícil de justificar la dilación que se ha producido, ya que se trata de un procedimiento en el que la situación de dependencia ya estaba reconocida y existía un PIA aprobado que venía surtiendo efectos desde el ejercicio 2010 con lo que, en principio, la Administración andaluza solo tenía que mantener la prestación que había venido percibiendo el interesado o proponer alguna alternativa.

Como no disponemos, insistimos, de más datos, desconocemos si la intervención de los servicios sociales comunitarios se realizó en un margen de tiempo razonable, o si se puede imputar alguna dilación al interesado o se ha producido algún otro factor que justifique la dilación.

En cualquier caso, entendemos que esa Delegación Territorial debe revisar de oficio las circunstancias que se han producido en este expediente, a fin de determinar si se ha producido un funcionamiento anormal de la Administración pública que deba ser indemnizable para el particular afectado.

En este sentido, resulta ilustrativa la Sentencia de 13 de febrero de 2014 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, cuando expresa que:

> *"… no puede desconocerse que la prolongada, defectuosa y morosa tramitación del procedimiento encaminado a la determinación de los servicios y prestaciones a que hubiera tenido derecho la persona, reconocida como dependiente, genera derecho a indemnización -con base legal-, en los términos que pasamos a explicar, y en el bien entendido que dicho derecho nace y deriva de la responsabilidad patrimonial de la Administración por deficiente y anormal funcionamiento del servicio público.*
>
> *(…) En conclusión, Juliana -persona dependiente- fue abandonada a su suerte durante todo el tiempo de tramitación del procedimiento -injustificadamente lento y falto de impulso-. Y concordamos con la precitada S. en cuanto concluye acreditado "un incumplimiento del plazo que reviste las notas de esencial y significativo, que tiene por causa un funcionamiento anormal de la Administración, incompatible con los estándares de razonabilidad y determinante (relación de causa/efecto) de que don … no pudiera disfrutar de la ayuda concreta a que habría tenido derecho con un grado de certeza elevadísimo", y que "la acción de resarcimiento ejercitada debe prosperar, al mediar un supuesto generador y desencadenante del instituto de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Publicas".*

Por todo lo anterior, y de conformidad a la posibilidad contemplada en el artículo 29 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, reguladora del Defensor del Pueblo Andaluz, nos permitimos formular a la Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales de Sevilla, la siguiente

A la vista de todo ello y de conformidad con lo establecido en el artículo 29, apartado 1, de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, se formula la siguiente

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO de los deberes legales recogidos en los preceptos recogidos en el cuerpo de la presente resolución y a los que se debe dar inmediato y debido cumplimiento.

RECOMENDACIÓN para que inicie de oficio expediente de responsabilidad patrimonial a fin de determinar la posible responsabilidad de esa Delegación Territorial por el injustificado retraso en la aprobación del Programa Individual de Atención del interesado y, en su caso, se fije la indemnización que pueda corresponderle.

Consideramos que actuando en la forma que propugnamos se lograría una mayor adecuación de la actuación administrativa a los principios de eficacia y de sometimiento pleno a la ley y al Derecho, previstos en el artículo 103 de la Constitución.

Asimismo, quedaría garantizado el derecho a una buena administración que comprende, entre otros, el derecho de los particulares ante las Administraciones Públicas a que sus asuntos sean resueltos en un plazo razonable (artículo 31 del Estatuto de Autonomía para Andalucía).

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Pedimos que sin más retraso se apruebe el plan de ayudas para su hijo dependiente

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 15/1029 dirigida a Consejería de Igualdad y Políticas Sociales, Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en Cádiz

- 30 Noviembre 2015

El hijo de la interesada está padeciendo la demora en el dictado de la resolución aprobando el recurso propuesto en el PIA del mismo, Gran Dependiente, por lo que se formula recomendación a la Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en Cádiz en el sentido de que se dicte la misma, poniendo así término al procedimiento de dependencia del afectado, aprobando definitivamente su programa individual de atención y dando plena efectividad al recurso correspondiente.

Nuevamente nos ponemos en contacto con esa Delegación Territorial, en relación con el expediente promovido a instancias de Dª. ..., quien compareció en representación de su hijo, D. ..., ambos vecinos de Cádiz, exponiendo la primera la demora en la aprobación del programa individual de atención de su hijo, gran dependiente.

Una vez analizado el informe recibido, puesto el mismo en relación con la documentación que obra en poder de esta Institución y con la normativa que resulta de aplicación al presente caso, esta Institución considera necesario, haciendo uso de la posibilidad contemplada en el artículo 29 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, formular Resolución en base a los siguientes

ANTECEDENTES

1. Con fecha de 26 de febrero de 2015 se recibió en esta Institución escrito de queja en el que la interesada exponía que su hijo, con los 21 años de edad, padece autismo regresivo, teniendo reconocida una Gran Dependencia (Grado III).

Hasta el momento en que cumplió los 21 años, el afectado asistía al Centro de Día de "...", durante la etapa de escolarización obligatoria. Sin embargo, finalizado este período de su vida por razón de edad, ha quedado desprovisto de cualquier otro recurso, ya que el acceso al mismo ha de proceder por la vía de su situación de dependencia, siendo así que no le ha sido asignado ninguno.

Los especialistas que tratan al gran dependiente, así como los responsables del Centro al que asistía, consideran necesario que ingrese en un Centro específico para autistas. A cuyo efecto, la promotora de la queja, interesa que su hijo pueda acceder a la Residencia de Autismo de ..., por estimar que así lo requiere el beneficio del interesado, cuyas reacciones violentas ocasionales no pueden ser controladas por la madre, viuda y sometida a una fuerte medicación por su epilepsia.

Admitida a trámite la queja, esta Institución acordó requerir la emisión del preceptivo informe a la

Delegación Territorial en Cádiz de la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales.

2. Con fecha de 29 de mayo de 2015 registramos la recepción del referido informe, en el que la Delegación Territorial manifestó que el expediente se encuentra en trámite de solicitud de revisión del P.I.A., con propuesta del recurso de Atención Residencial para personas con espectro autista. Si bien, con la especificación de que "*no existen plazas concertadas vacantes disponibles en la provincia para esta tipología de plazas, quedando en el estado de Pendiente de Disponibilidad de Plaza*".

No constaba en el informe la previsión temporal de asignación de plaza al Gran Dependiente, ni el número de personas en lista de espera en la provincia de Cádiz, para acceder a un recurso de la misma tipología.

3. Dado traslado del contenido del informe a la promotora de la queja, conocimos la difícil situación de Dª …, que está afectada por epilepsia desde su nacimiento y sufre de frecuentes crisis, así como de efectos secundarios adversos producto de la medicación que toma para su control (reacciones lentas y respuesta ralentizada).

Dª …, por tanto, se encuentra sola, -al haber enviudado-, a cargo de un hijo de 21 años Gran Dependiente, con un autismo severo, que le dobla el tamaño y que la emprende a golpes con su madre. Situación tan insostenible que ha hecho necesario que la interesada ingrese a su hijo en el Centro Autismo …, entretanto se resuelve la asignación de plaza residencial concertada propuesta en el P.I.A., si bien haciendo un enorme esfuerzo económico para ello, que la obliga a vivir modestamente, al destinar casi todos sus ingresos a pagar el coste de la plaza privada.

4. En el momento actual no se ha dictado la Resolución aprobando el recurso propuesto en el PIA del Gran Dependiente, persistiendo, por tanto, la pretensión que motivó la interposición de la presente queja.

CONSIDERACIONES

Conforme al artículo 28.1 de la Ley 39/2006, el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema, -que se iniciará a instancia de la persona interesada-, se ajustará en su tramitación a las previsiones establecidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, con las especificidades que resulten de la propia Ley 39/2006, entre las que se encuentra la contenida en el apartado segundo de la Disposición Final Primera, que preceptúa que "*el plazo máximo, entre la fecha de entrada de la solicitud y la de resolución de reconocimiento de la prestación de dependencia será de seis meses, independientemente de que la Administración Competente haya establecido un procedimiento diferenciado para el reconocimiento de la situación de dependencia y el de prestaciones*".

De la relación cronológica que consta en el expediente del interesado, resulta que se ha superado en exceso el plazo máximo legal antedicho (seis meses), sin que aún se haya satisfecho la pretensión mediante el dictado de Resolución aprobando el recurso propuesto en el PIA.

La demora administrativa vulnera la normativa estatal y autonómica de aplicación, tanto por lo que se refiere a los principios rectores del funcionamiento de la Administración en general, como a los que inspiran la normativa reguladora de las personas en situación de dependencia en particular.

Resultan infringidas por la actuación administrativa expuesta las normas siguientes:

- El artículo 31 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, regulado en la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de Marzo, que garantiza a todos, dentro del derecho a una buena administración, que sus asuntos se resolverán en un plazo razonable.

- En relación con la garantía anterior, el artículo 5.1.d) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, que consagra el principio de buena administración, que

comprende el derecho de los ciudadanos a que sus asuntos sean resueltos en un plazo razonable.

- El artículo 42, en sus párrafos 2 y 3, de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común, conforme al cual la resolución de los procedimientos deberá notificarse a los ciudadanos en el plazo máximo fijado en la normativa específica, que se computará, en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, desde la entrada de la misma en el registro administrativo.

- El plazo máximo de seis meses que debe mediar entre la fecha de entrada de la solicitud y la de resolución de reconocimiento de la prestación de dependencia, establecido en la Disposición Final Primera, apartado segundo, de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

- Los artículos 15.2 y 18.3 del Decreto 168/2007, de 12 de junio, por los que se regula, respectivamente, el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, así como el programa individual de atención, que fijan en tres meses, respectivamente, el plazo máximo para resolver las solicitudes de reconocimiento de la condición de dependiente, (computados a partir de la fecha de entrada de la solicitud en el registro de los Servicios Sociales Comunitarios del Ayuntamiento en el que resida el solicitante); y, asimismo, para la aprobación y notificación a la persona interesada o a sus representantes legales del programa individual de atención, (computado en este caso el plazo desde la fecha de recepción de la resolución de reconocimiento de la situación de dependencia por los Servicios Sociales Comunitarios correspondientes -con salvedades, que no concurren en el caso presente-).

- El artículo 47 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común, finalmente, preceptúa que los plazos señalados en ésta y en las demás leyes obligan a las Autoridades y al personal al servicio de las Administraciones Públicas competentes para la tramitación de los asuntos.

Por todo lo anterior, y de conformidad a la posibilidad contemplada en el artículo 29 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, reguladora del Defensor del Pueblo Andaluz, se formula la siguiente

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO de los deberes legales recogidos en los preceptos recogidos en el cuerpo de la presente resolución y a los que se debe dar inmediato y debido cumplimiento.

RECOMENDACIÓN para que sin más dilación, se dicte resolución que ponga término al procedimiento de dependencia del afectado, aprobando definitivamente su programa individual de atención y dando plena efectividad al recurso correspondiente.

Consideramos que actuando en la forma que propugnamos se lograría una mayor adecuación de la actuación administrativa a los principios de eficacia y de sometimiento pleno a la ley y al Derecho, previstos en el artículo 103 de la Constitución.

Asimismo, quedaría garantizado el derecho a una buena administración que comprende, entre otros, el derecho de los particulares ante las Administraciones Públicas a que sus asuntos sean resueltos en un plazo razonable (artículo 31 del Estatuto de Autonomía para Andalucía).

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Que sin más demora le den cita en el servicio de Dependencia para atender su situación

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 16/1070 dirigida a Consejería de Igualdad y Políticas Sociales, Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en Sevilla

- 07 Diciembre 2016

La interesada nos indicaba que, ante su disconformidad con la atención que venía recibiendo su tía, reconocida como persona en situación de dependencia, solicitó por escrito, el 6 de noviembre de 2015, una cita al Servicio de Coordinación de la Dependencia, con la finalidad de que le explicasen el procedimiento que se sigue en la coordinación y supervisión de la ayuda concreta que debe recibir una persona con una Gran Dependencia, sin resultado alguno.

Con el informe recibido, la documentación que obra en la queja y la normativa que resulta de aplicación al presente caso, esta Institución en virtud del artículo 29 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, formula Resolución a la Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en Sevilla en el sentido de que se proceda a dar cita a la interesada, para que pueda exponer sus necesidades de información ante el Servicio correspondiente y se resuelva su consulta en un plazo razonable.

Nos referimos de nuevo a la Queja que se tramita en esta Institución con la referencia del encabezamiento, Q 16/1070.

Una vez analizados los informes recibidos, puestos los mismos en relación con la documentación que obra en poder de esta Institución y con la normativa que resulta de aplicación al presente caso, esta Institución considera necesario, haciendo uso de la posibilidad contemplada en el artículo 29 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, formular Resolución en base a los siguientes

ANTECEDENTES

1.- Mediante escrito del pasado 1 de marzo la promotora de esta Queja nos indicaba que ante su disconformidad con la atención que venía recibiendo su tía, reconocida como persona en situación de dependencia, solicitó por escrito una cita al Servicio de Coordinación de la Dependencia, con la finalidad de que le explicasen el procedimiento que se sigue en la coordinación y supervisión de la ayuda concreta que debe recibir una persona con una Gran Dependencia.

La solicitud de cita fue presentada el 6 de noviembre de 2015 y reiterada el 3 de diciembre del mismo año. Ante la falta de respuesta, con fecha 12 de febrero de 2016 presentó reclamación, que en el momento de presentación de la Queja tampoco había sido contestada.

2.- Esta Institución admitió la Queja a trámite y acordó solicitar el correspondiente informe a esa

Delegación Territorial. Con fecha 12 de mayo de 2016 recibimos el informe requerido, que señalaba lo siguiente:

> *"En relación con los escritos presentados por la sobrina de la persona dependiente, no hemos podido dar curso a sus peticiones debido al elevado volumen de escritos de igual naturaleza y ante esta situación, damos prioridad a las personas que no están atendidas.*
>
> *Puesto que la competencia de prestación del Servicio de Ayuda a Domicilio corresponde a los ayuntamientos, no hemos recepcionado ninguna comunicación en ese sentido y próximamente nos pondremos en contacto con la sobrina."*

3.- Trasladado el informe a la interesada para su conocimiento y alegaciones, con fecha 2 de junio nos remitió un nuevo escrito en el que indicaba que con anterioridad a la presentación de la queja ya se había puesto en contacto con su Ayuntamiento y que quedándole aún numerosas dudas sobre la prestación de la Ayuda a Domicilio que recibía su tía había solicitado la cita con el Servicio de Coordinación de la Dependencia.

Señalaba también que en la fecha de su escrito (2 de junio de 2016), nadie de la Delegación Territorial se había puesto en contacto con ella y expresaba sus dudas de que ésto ocurriera.

En fecha 15 de septiembre de 2016 hemos contactado de nuevo con la interesada, que nos informa de que aún no ha sido citada para la reunión que viene solicitando reiteradamente.

A la vista de los antecedentes descritos, le trasladamos las siguientes:

CONSIDERACIONES

Primera.

La actuación del Defensor del Pueblo Andaluz en esta Queja guarda directa relación con el derecho a una Buena Administración reconocido en el artículo 31 del Estatuto de Autonomía para Andalucía. Se trata de un derecho enunciado en el Título I del Estatuto de Autonomía, y corresponde al Defensor del Pueblo Andaluz velar por la defensa del mismo (artículo 41). Su formulación en el Estatuto de Autonomía es la siguiente:

> *"**Artículo 31. Buena administración***
>
> *Se garantiza el derecho a una buena administración, en los términos que establezca la ley, que comprende el derecho de todos ante las Administraciones Públicas, cuya actuación será proporcionada a sus fines, a participar plenamente en las decisiones que les afecten, obteniendo de ellas una información veraz, y a que sus asuntos se traten de manera objetiva e imparcial y sean resueltos en un plazo razonable, así como a acceder a los archivos y registros de las instituciones, corporaciones, órganos y organismos públicos de Andalucía, cualquiera que sea su soporte, con las excepciones que la ley establezca."*

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, el principio de buena administración comprende, entre otros, el derecho de la ciudadanía a que sus asuntos sean resueltos en un plazo razonable, siguiendo el principio de proximidad a la ciudadanía (artículo 5.1.d).

La Orden de 13 de marzo de 2012, de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social aprueba la Carta de Servicios de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía. En dicha Carta de Servicios, epígrafe 2, relativo a *"Servicios prestados, compromisos e indicadores"*, se especifica:

> *"12. Servicio: Servicio de información y atención a la ciudadanía en el ámbito de actuaciones y*

competencias de la Agencia.

12.1. Compromiso de calidad: Dar respuestas a las solicitudes de información y consultas, reclamaciones y sugerencias, a través de los medios disponibles, como cauce de comunicación con la ciudadanía.”

En el epígrafe 4, relativo a los derechos y obligaciones de la ciudadanía, se recoge el derecho a *“Presentar sugerencias, quejas y reclamaciones sobre el servicio prestado y el incumplimiento de los compromisos establecidos en la Carta de Servicios”.*

Finalmente en el epígrafe 6 relativo a sugerencias, quejas y reclamaciones, se señala que *“La Agencia se compromete a ofrecer una respuesta antes de 9 días hábiles desde la recepción de la sugerencia, queja o reclamación”*.

A la vista de todo ello y de conformidad con lo establecido en el artículo 29, apartado 1, de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre del Defensor del Pueblo Andaluz, se formula la siguiente

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO de los deberes legales recogidos en los preceptos recogidos en el cuerpo de la presente resolución y a los que se debe dar inmediato y debido cumplimiento.

RECOMENDACIÓN para que sin más dilación se proceda a dar cita a la interesada, para que pueda exponer sus necesidades de información ante el Servicio correspondiente y se resuelva su consulta en un plazo razonable.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

DEFENSOR DEL MENOR DE ANDALUCÍA

Demandamos un segundo monitor de Educación Especial en un instituto de la provincia de Málaga

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 16/6704 dirigida a Consejería de Educación, Delegación Territorial de Málaga, Dirección General de Planificación y Centros

- 20 Noviembre 2017

ANTECEDENTES

Desde el curso escolar 2015-2016, esta Institución se viene interesando por la situación del alumnado con necesidades educativas especiales escolarizado en un instituto de la provincia de Málaga, tras la denuncia de un grupo de padres y madres sobre la ausencia de personal técnico de integración social (antiguos monitores de educación especial) para la debida atención educativa de los citados alumnos y alumnas.

El centro contaba por aquel entonces -y sigue contando en el momento actual- con un solo profesional de la categoría señalada, quien ha de encargarse de atender tanto al alumnado que asiste al aula específica como al resto que, aun cuando está en aulas ordinarias, tiene reconocido algún tipo de discapacidad. Compartían los reclamantes el criterio de que una sola persona ejerciendo funciones de monitor de educación especial resulta insuficiente para una atención con unos mínimos estandartes de calidad.

La administración informó que el instituto en cuestión cuenta en plantilla, para la atención educativa del alumnado con necesidades educativas especiales, con dos maestros/as especialistas en pedagogía terapéutica, uno de los cuales es tutor/a del aula específica, y un personal técnico de integración social (monitor/a de educación especial), profesional este último destinado a atender las necesidades del alumnado que así lo tenga indicado en su correspondiente dictamen de escolarización.

Añadía el ente territorial que valoradas las necesidades del centro educativo en cuestión, desde la Delegación se habían realizado los trámites necesarios para mejorar la dotación actual de los recursos de atención a la diversidad, y a tal efecto se había solicitado el aumento del recurso de un profesional técnico de integración social más para el centro.

Fundamentaba esta petición en el hecho de que los monitores de educación especial se perfilan como una figura clave para la inclusión mediante su colaboración en el desarrollo de programas de apoyo y asistencia del alumnado con necesidades educativas especiales.

Los trámites para dotar el instituto de referencia del profesional al que aludimos consistieron en dirigir una petición formal a la Dirección General de Planificación y Centros ya que es ésta, en el ámbito

educativo, quien resulta ser la competente para la programación anual de los recursos docentes y no docentes, así como para la autorización de los mismos. Esta petición contaba con la valoración positiva del Servicio de Ordenación Educativa de la Delegación Territorial de Educación de Málaga.

Se continuó las actuaciones con ese centro directivo, quien informó que, atendiendo a criterios de priorización de necesidades educativas, para garantizar una adecuada y equilibrada distribución de los recursos disponibles, tanto en la primera como en la segunda fase de la planificación, se había acordado denegar el incremento de los recursos asignados al instituto para el alumnado con necesidades educativas especiales.

CONSIDERACIONES

Consideramos necesario formular las siguientes argumentaciones que servirán de fundamento a la Resolución que posteriormente adoptamos.

Primera

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (artículo 24.2.b) establece que los Estados partes asegurarán que las personas con discapacidad puedan acceder a una educación primaria y secundaria inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con los demás en la comunidad en que vivan. De acuerdo con la interpretación que debe realizarse de la Convención, y al hilo de la argumentación esgrimida por el centro directivo para denegar la creación de una segunda plaza de monitor de educación especial, hemos de señalar que las obligaciones de consolidación fiscal y de reducción del déficit público y, en general, las limitaciones de carácter presupuestario u organizativos no pueden legítimamente alegarse para ignorar o limitar el derecho de los alumnos con discapacidad a la mencionada educación inclusiva.

En el mismo ámbito internacional debemos traer a colación la Observación General 13 (U.N. Doc. E/C.12/1999/10) del Comité de Derechos Humanos, intérprete preeminente para la aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de acuerdo con la cual la prohibición de la discriminación, consagrada en el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto, no puede quedar supeditada ni a una implantación gradual ni a la disponibilidad de recursos, siendo necesario, por tanto, que se aplique plena e inmediatamente a todos los aspectos de la educación, abarcando todos los motivos de discriminación rechazados internacionalmente.

Por su parte, el Texto Refundido de Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, tiene por objeto garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, así como el ejercicio real y efectivo de derechos por parte de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones respecto del resto de ciudadanos conforme a lo dispuesto en la Constitución Española, en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y en los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España.

La citada Ley aborda en el capítulo IV el derecho a la educación, señalando expresamente que las personas con discapacidad tienen derecho a una educación inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás. A tal fin, impone a las Administraciones educativas la obligación de asegurar un sistema educativo inclusivo en todos los niveles educativos así como la enseñanza a lo largo de la vida y garantizar un puesto escolar a los alumnos con discapacidad en la educación básica, prestando especial atención a la diversidad de las necesidades educativas del alumnado con discapacidad, mediante la regulación de apoyos y ajustes razonables para la atención de quienes precisen una atención especial del aprendizaje o de inclusión.

La vigente Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, sobre el principio de «esfuerzo compartido» de toda la comunidad educativa, reconoce que para la consecución de una educación de calidad «Las Administraciones educativas tendrán que facilitar a todos los componentes de la comunidad escolar en el

cumplimiento de sus funciones, proporcionándoles los recursos que necesiten y reclamándoles al mismo tiempo su compromiso y esfuerzo», añadiendo que resulta necesario atender a la diversidad del alumnado contribuyendo de manera equitativa a los nuevos retos y las dificultades que esa diversidad genera.

Se trata, en última instancia, de que todos los centros asuman su compromiso social con la educación y realicen una escolarización sin exclusiones. Pero a cambio, todos los centros sostenidos con fondos públicos deberán recibir los recursos materiales y humanos necesarios para cumplir sus tareas. En este sentido, son los responsables de la educación los que deben proporcionar a los centros los recursos y los medios necesarios que necesitan para desarrollar su actividad y alcanzar tal objetivo.

En el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma, la Ley de Educación en Andalucía (Ley 17/2007, de 10 de Diciembre) reconoce en el Título III dedicado a la "Equidad en la educación" que el Sistema Educativo Público de Andalucía garantizará el acceso y la permanencia en el sistema educativo del alumnado con necesidad específica de apoyo educativo, teniendo tal concepción el alumno que presenta necesidades educativas especiales debidas a diferentes grados y tipos de capacidades personales de orden físico, psíquico, cognitivo o sensorial; el que, por proceder de otros países o por cualquier otro motivo, se incorpore de forma tardía al sistema educativo, así como el alumnado que precise de acciones de carácter compensatorio.

Segunda

.- Hemos de reconocer que, acorde con los planteamientos reconocidos en la legislación traída a colación, en los últimos años se han producido importantes y significativos avances en la atención al alumnado con necesidades educativas especiales. Así, la apuesta por su integración en centros ordinarios y normalizar las respuestas educativas en Andalucía ha sido clara y generalizada. También se han producido modificaciones normativas, organizativas, además de ampliarse el colectivo de personas consideradas potenciales sujetos de dichas necesidades educativas.

Ahora bien, esta Institución no es ajena a la situación que lamentablemente padecen muchos niños afectados por algún tipo de discapacidad debido a que los centros educativos donde se han debido escolarizar carecen de la necesaria dotación de educadores, profesionales de apoyo, logopedas, maestros de audición y lenguaje, educadores de educación especial, o monitores de educación especial.

Y es que para la consecución de los loables principios e intervenciones a las que nos referimos es imprescindible dotar a los centros educativos, tanto ordinarios como los específicos de educación especial, de los recursos personales y materiales necesarios en atención a las necesidades del alumnado en cuestión. Ciertamente la atención educativa al alumnado con necesidades educativas especiales debe ser prestada, como ya apuntamos, con arreglo a los principios de no discriminación y normalización educativa, lo que determina que debe pasar por la dotación a los centros, sostenidos total o parcialmente con fondos públicos de personal especializado y por la promoción de programas destinados a eliminar cualquier barrera u obstáculo que impida su normalización educativa.

En este ámbito, nuestra Institución viene haciendo suyas las reivindicaciones de aquellas asociaciones de padres y madres de alumnos con necesidades educativas especiales o de padres individualmente, que exigen para sus hijos afectados por algún tipo de discapacidad, una atención que supere cualquier obstáculo y permita su normalización escolar, demandando de la administración la creación y dotación a los centros de profesionales específicos de apoyo, así como de los recursos materiales y ayudas técnicas precisas para que puedan alcanzar los objetivos curriculares legalmente establecidos para todos los alumnos.

De los distintos profesionales que prestan sus servicios con este tipo de alumnos, los profesionales técnicos de integración social o monitores de educación especial vienen siendo los más demandados. Unos profesionales que desarrollan una importante labor asistencia que abarca la supervisión frecuente del alumnado; la ayuda en los desplazamientos, en el transporte escolar, en el comedor; entre otras muchas.

La ausencia o insuficiencia de los servicios de estos profesionales puede originar desatención, problemas de adaptación de los menores, alteración considerable del ritmo de aprendizaje, desorientación, etc. Y con estas disfunciones se produce además la paradoja del agravio comparativo que sufren los alumnos con necesidades educativas especiales no ya en su formación sino en comparación con otros alumnos que sí disponen de los medios materiales y humanos para lograr su plena inclusión educativa.

No podemos obviar, además, que el alumnado que presenta estas necesidades educativas especiales constituye uno de los grupos con mayores riesgos de exclusión escolar y, por consiguiente, de exclusión social. De ahí que la calidad en la atención educativa que se preste a estos estudiantes se convierta en un objetivo de primer orden para un sistema educativo que pretenda conseguir una educación para todas las personas.

Tercera

.- Por lo que respecta al asunto concreto que motiva el presente expediente de queja, en ningún caso se ha puesto en duda que para la debida atención educativa de los alumnos y alumnas de este instituto se precisan al menos dos profesionales de la categoría señalada, ya que la ingente labor que se les encomienda difícilmente puede ser desempeñada por una sola persona como ocurre hasta el momento. Es decir, ni por la Delegación Territorial ni por la Dirección General se ha cuestionado la necesidad de incrementar los recursos personales a los que nos referimos. Antes al contrario, la argumentación esgrimida por el centro directivo para no atender las demandas de las familias y de la propia Administración territorial se basa exclusivamente en criterios de priorización con el objetivo de garantizar una adecuada y equilibrada distribución de recursos.

Nada que argumentar respecto a la necesidad de que exista una distribución equilibrada de los recursos públicos. Ahora bien, en ningún caso esa aludida distribución puede servir de fundamento para no proporcionar a los centros educativos los apoyos materiales y personales que precisen. Y a este respecto hemos de recordar los principios reconocidos en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad que proclaman que las limitaciones de carácter organizativo no pueden ser alegadas para limitar el derecho de los alumnos a una educación inclusiva.

De este modo, si desde la propia Delegación Territorial de Málaga se ha confirmado, tras los correspondientes estudios, valoraciones y dictámenes de escolarización del alumnado, que este instituto necesita un segundo monitor de educación especial, debe proporcionarse este recurso al mismo para la debida atención del alumnado afectado por algún tipo de discapacidad.

Por todo lo señalado, no podemos por menos que mostrarnos proclives a las peticiones que desde hace varios cursos académicos vienen reclamando las familias y los responsables de la Delegación Territorial de Málaga en cuanto a la necesidad de que, para proporcionar a los alumnos y alumnas que acuden al centro docente de referencia una atención educativa integradora y de calidad, es necesario disponer de los servicios de un profesional más que ejerza las funciones de monitor de educación especial durante toda la jornada escolar.

Sobre la base de la argumentación expuesta, esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz, también Defensor del Menor de Andalucía, conforme a las competencias que le atribuye el artículo 29 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, ha resuelto dirigir a esa Dirección General de Planificación y Centros la siguiente

RESOLUCIÓN

RECOMENDACIÓN: *Que se realicen las gestiones y los trámites oportunos para dotar al instituto de la provincia de Málaga, en el presente curso escolar 2017/2018, de un segundo profesional técnico de integración social (monitor de educación especial), con horario de 32,5 horas semanales, según lo solicitado por la Delegación Territorial de Educación en Málaga.*

DEFENSOR DEL MENOR DE ANDALUCÍA

La nueva oferta de la Formación Profesional para 2017-2018, en estudio, abordará la escasez de plazas para alumnos con discapcidad

Queja número 16/4068

- 26 Abril 2017

La Administración informa que actualmente se está llevando a cabo el estudio de un nuevo diseño de la oferta formativa de las enseñanzas de Formación Profesional para el curso escolar 2017-2018 y, entre ellas, se está valorando la posibilidad de autorizar nuevas enseñanzas de la Formación Profesional Básica.

La persona interesada denuncia la escasez de plazas en las enseñanzas de Formación Profesional Básica Específica en la provincia de Almería, y como tal circunstancia repercute negativamente en el alumnado afectado por discapacidad.

DEFENSOR DEL MENOR DE ANDALUCÍA

¿En qué condiciones se examina el alumnado con discapacidad auditiva para obtener el título de B1 en lengua extranjera en las Escuelas Oficiales de Idiomas?. Lo preguntamos

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/0613 dirigida a Consejería de Educación

- 10 Julio 2017

RESUMEN DEL RESULTADO (CIERRE DE QUEJA DE OFICIO)

Analizado el contenido del informe emitido por la Administración, teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el presente supuesto, esta Institución ha acordado, conforme a las previsiones contenidas en la Ley 36/1985, de 6 de noviembre, por la que se regulan las relaciones entre la Institución del Defensor del Pueblo y las figuras similares en las distintas Comunidades Autónoma, dar traslado del asunto a la Defensoría del Pueblo de España.

02-03-2017 APERTURA DE LA QUEJA DE OFICIO

La formación en lenguas extranjeras es un instrumento fundamental que contribuye a la calidad de la educación. El conocimiento de idiomas abre camino a nuevas oportunidades académicas y mejora las posibilidades de incorporación al mercado laboral.

En este contexto, las directrices del Consejo Europeo para las lenguas y el Plan de Fomento del Plurilingüismo en Andalucía promueven la competencia lingüística de los miembros de la comunidad educativa. De este modo, se ha establecido la generalización del aprendizaje de idiomas entre el alumnado universitario, estableciéndose para ello que cada estudiante deberá acreditar como nivel de salida al finalizar los estudios de grado, como mínimo el nivel B1 del marco Europeo de Referencia para las Lenguas (MCERL), que corresponde a un nivel de usuario independiente en una lengua extranjera. Esta misma exigencia se contempla tanto para el acceso como para la finalización de estudios de algunos títulos de Máster universitario.

La creciente y acreditada importancia de la certificación lingüística hace que la igualdad de oportunidades pase necesariamente por otorgar a personas con diferentes discapacidades la posibilidad de obtener dichos títulos en igualdad de condiciones que el resto de candidatos.

Pues bien, con la aparición de la exigencia del nivel B1 en la acreditación de la lengua extranjera para la obtención del título de Grado en las universidades españolas, emerge una nueva necesidades para los estudiantes con discapacidad auditiva que limitan el acceso a la obtención de aquel. Ciertamente el alumnado

sordo, con discapacidad auditiva o con problemas del habla presenta graves dificultades para acreditar determinadas competencias como son la comprensión auditiva y expresión oral, donde se miden no sólo los conocimientos sino también unas competencias fisiológicas difícilmente alcanzables para estos alumnos por su naturaleza y diversidad funcional.

Este reto está obteniendo una respuesta dispar entre los Institutos de Idiomas y las Escuelas Oficiales de Idiomas dependientes de la Consejería de Educación.

Es así que determinadas Universidades andaluzas, conscientes de este problema, ya desde el año 2013 vienen recogiendo en sus normativas las pertinentes adaptaciones y exenciones para el alumnado con discapacidad auditiva y personas sordas en la educación de lenguas extranjeras basadas en el MCERL. Tal es el caso de la Universidad de Sevilla (Resolución rectoral de 22 de febrero de 2013, reguladora de los procedimientos de adquisición y acreditación de las competencias lingüísticas exigidas en los estudios de grado y máster universitario), de la Universidad de Córdoba (Acuerdo 0/12/01/07/01: exención del requisito de nivel B1 de una lengua extranjera para discapacitados auditivos), o la Universidad de Málaga (Acuerdo del Consejo de Gobierno de 20 de diciembre de 2012, por el que se aprueba el reglamento sobre atención académica al estudiante con discapacidad).

En las normas señaladas se recogen no solo las preceptivas adaptaciones para la realización de las pruebas, como lo son disposición de tiempo adicional en el desarrollo de la prueba que acredite el nivel, la puesta a disposición de los recursos materiales y personales que precise, o la accesibilidad a información y comunicación durante el proceso para la acreditación del nivel; si no que estas disposiciones van más allá y permiten la exención de todas o algunas de las destrezas de obligado cumplimiento para acreditar el nivel B1 en lengua extranjera.

Sin embargo, como apuntamos, estas previsiones no se contemplan en su totalidad en las enseñanzas de idiomas en régimen especial que se imparten en las Escuelas Oficiales de Idiomas. Recordemos que el Decreto 239/2007, de 4 de septiembre, por el que se establece la ordenación y el currículo de las enseñanzas de idiomas en régimen general establece que que el diseño, la administración y la evaluación de las pruebas para la obtención de los certificados por parte del alumnado con discapacidad se basarán en los principios de igualdad de oportunidades, no discriminación y compensación de desventajas, y los procedimientos de evaluación contendrán las medidas que resulten necesarias para su adaptación a las necesidades especiales de este alumnado. Por su parte, la Orden de 12 de diciembre de 2011, por la que se regula la elaboración y la organización de las pruebas terminales específicas de certificación de idiomas, contempla la posibilidad de realizar adaptaciones en función de las condiciones especiales de cada caso para facilitar la realización de las pruebas. Sin embargo, en ninguna de las dos normas mencionadas contempla específicamente exención alguna para las personas con discapacidad auditiva o de cualquier otra tipología, lo que está impidiendo que muchas personas pueden obtener en las Escuelas Oficiales de Idiomas la acreditación del nivel de lengua extranjera que se le exige para la obtención del grado o master universitario.

Son muchas las normas a nivel internacional, nacional y autonómico que reconoce el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, y que ampara el establecimiento de las exenciones y adaptaciones que se proponen. Sin ánimo de ser exhaustivos debemos referirnos a la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006, ratificada por España en el año 2008, la Constitución Española (artículo 49), La Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, la Ley 17/2007, de 10 de diciembre, de Educación de Andalucía, o la Ley 1/1999, de 31 de marzo, de atención a las personas con discapacidad en Andalucía.

Sin embargo, a pesar del marco legal señalado, que obliga a las Administraciones a establecer medidas contra la discriminación y también medidas de acción positiva en beneficio de las personas con discapacidad suceptibles de ser objeto de un mayor grado de discriminación, lo cierto es que, hasta la fecha, la normativa reguladora de las enseñanzas especiales de idiomas en la CCAA de Andalucía no permite la exención de determinadas pruebas terminales específicas de certificación de los distintos idiomas.

Al respecto hemos de recordar que este asunto ya fue tratado por la Defensoría en el año 2014, fecha en la que desde esa Consejería se nos puso de manifiesto que se estaba analizando, junto con otros componentes en la materia dentro de la Consejería, la posibilidad de establecer normativamente el procedimiento a seguir para

los casos que exceden a las adaptaciones contempladas en la normativa vigente, al objeto de estar en disposición de dar una respuesta adecuada a los mismos. Reconocía esa Consejería al mismo tiempo que son cada vez más numerosas las personas con discapacidad que cursan enseñanzas especializadas de idiomas a las que las adaptaciones de material didáctico, mayor tiempo de ejecución u otros mecanismos existentes no son operativos por el grado en el que se encuentran.

Es por ello que, con fundamento legal en la Ley reguladora del Defensor del Pueblo Andaluz, se ha decidido incoar, de oficio, el pertinente expediente de queja.

10-07-2017 CIERRE DE LA QUEJA DE OFICIO

Analizado el contenido del informe emitido por la Administración, teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el presente supuesto, esta Institución ha acordado, conforme a las previsiones contenidas en la Ley 36/1985, de 6 de noviembre, por la que se regulan las relaciones entre la Institución del Defensor del Pueblo y las figuras similares en las distintas Comunidades Autónoma, dar traslado del asunto a la Defensoría del Pueblo de España.

DEFENSOR DEL MENOR DE ANDALUCÍA

Pedimos que se adapten las pruebas de acceso a las enseñanzas de música y danza para el alumnado con necesidades educativas especiales

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/0976 dirigida a Consejería de Educación, Secretaría General de Educación y Formación Profesional

- 03 Abril 2017

Esta Institución ha venido prestando una singular atención a la defensa de los derechos del alumnado con necesidades específicas de apoyo educativo debidas a sus capacidades personales de orden físico, psíquico, cognitivo o sensoriales por tratarse de uno de los colectivo más desprotegidos y desfavorecidos de nuestra sociedad.

Ello se ha traducido en una apuesta firme y decidida por intentar dar respuestas a las demandas de los más débiles así como por servir de apoyo a aquellos ciudadanos y ciudadanas que mayores dificultades encuentran para conseguir que sus derechos y aspiraciones legítimas sean respetados y amparados por la Administración pública.

Para la consecución de este objetivo hemos venido postulando la necesidad de hacer realidad en el ámbito educativo el principio integrador proclamado respecto de las personas con discapacidad en el artículo 49 de la Constitución, reclamando la adopción por los poderes públicos de políticas eficaces que permitan la integración de las personas con discapacidad en el sistema educativo.

Muchas han sido las actuaciones emprendidas por esta Defensoría, a instancias de la ciudadanía o de oficio, para mejorar y compensar las condiciones de escolarización del alumnado con necesidades educativas especiales, o dirigidas a hacer posible que éste se beneficie de todos los recursos que el sistema educativo puede ofrecerle. Ello sin olvidar el impulso de aquellas otras medidas más innovadoras que, de una o otra forma, faciliten la acción compensatoria de la realidad educativa a este sector de la población escolar que reclama de especiales atenciones y apoyos.

En este contexto, hemos estimado necesario abordar y analizar cómo se está desarrollando en estos momentos el acceso del alumnado con algún tipo de discapacidad a las enseñanzas, tanto elementales como profesionales, de música y danza.

Y así, debemos comenzar recordando que abundan los textos legales que reconocen el derecho a la igualdad de oportunidades, a la no discriminación y a la accesibilidad universal del alumnado con

discapacidad al sistema educativo.

La propia Ley de Educación (Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo) dentro del Título dedicado a la Equidad en la Educación señala a las Administraciones educativas como las responsables para proporcionar al alumnado todos los medios necesarios para que aquel alcance el máximo de su desarrollo personal, intelectual, social y emocional, así como los objetivos establecidos con carácter general en la norma. Por lo que respecta al alumnado que presenta necesidades educativas especiales, la meritada Ley reconoce que su escolarización se regirá por los principios de normalización e inclusión y asegurará su no discriminación y la igualdad efectiva en el acceso y la permanencia en el sistema educativo, pudiendo introducirse medidas de flexibilización de las distintas etapas educativas cuando se considere necesario.

En el ámbito andaluz, la Ley 17/2007, de 10 de diciembre, de Educación, obliga al sistema educativo público a garantizar el acceso y la permanencia en el mismo del alumnado con necesidades específicas de apoyo educativo (artículo 113). Una de las acciones para el cumplimiento de estos fines es la obligatoriedad de que la Administración educativa adapte al mencionado alumnado las distintas pruebas de acceso a las enseñanzas o para la obtención de titulaciones que se recogen en esta norma (artículo 119), entre las que se encuentran evidentemente las enseñanzas artísticas de música y danza.

Para garantizar tanto el acceso como la permanencia del alumnado con necesidades específicas de apoyo educativo en las distintas enseñanzas las Administraciones educativas, dando cumplimiento a los mandatos legales, vienen poniendo en práctica un conjunto variado de medidas, de las que resultan ser más efectivas y, por tanto, más comunes, aquella consistente en la reserva de un determinado número de plazas para estos alumnos, y las adaptaciones a las pruebas de aptitud para acceder a dichas enseñanzas cuando ello sea necesario. También la adaptación del currículo a las necesidades de este tipo de alumnado es una medida imprescindible para garantizar la igualdad de oportunidades y no discriminación a las que venimos aludiendo.

Pues bien, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, ocurre que las normativa reguladora de las enseñanzas elementales y profesionales de música y danza no contempla un cupo de reserva específico para el alumnado con necesidades específicas de apoyo educativo ni tampoco establece singularidad o especificidad alguna con la posible adaptación de las pruebas de acceso a las necesidades específicas o características del alumnado.

Ciertamente, en el ámbito de las enseñanzas elementales, el Decreto 16/2009, de 20 de enero, y el Decreto 17/2009, de 20 de enero, por los que se establecen la ordenación y el currículo de las enseñanzas elementales de danza y música respectivamente, obvian cualquier referencia expresa a estas medidas de reserva de plaza y de adaptación a las pruebas de acceso. Lo mismo acontece con las enseñanzas profesionales a tenor de lo establecido en el Decreto 240/2007, de 4 de septiembre, y en el Decreto 241/2007, de 4 de septiembre, reguladores de las enseñanzas profesionales de danza el primero de ellos, y de música segundo.

A pesar de la ausencia de acomodo de la normativa reguladora de las enseñanzas señaladas a las prescripciones de las distintas normas educativas aludidas, por lo que respecta al alumnado con necesidades específicas de apoyo educativo, las bondades de la reserva de plaza y adaptación de las pruebas de acceso han justificado la existencia de un proyecto pionero en la materia. Su aprobación corrió a cargo del Parlamento de Andalucía el 28 de abril de 2011, siendo posteriormente autorizado por la Consejería de Educación mediante resoluciones que se renuevan anualmente.

Nos referimos al proyecto “Musintégrate” que se está desarrollando actualmente en el conservatorio profesional de música “Maestro Chicano Muñoz” de Lucena (Córdoba). Se trata de un programa de innovación educativa cuyo objetivo principal es integrar al alumnado con necesidades educativas especiales en las enseñanzas básicas de música. Para tan loable finalidad, se realiza una adaptación de las pruebas de aptitud para el acceso conforme a las características específicas de cada alumno o alumna que lo solicite, de modo que se puedan apreciar de forma óptima todas sus capacidades y potencial. Además

de ello, el proyecto contempla una reserva de plazas destinadas exclusivamente para este alumnado, en concreto, se reserva un total de cuatro plazas de las que oferta el Conservatorio.

Sobre la base de estos antecedentes, conforme a lo establecido en la Ley reguladora del Defensor del Pueblo Andaluz, esta Institución ha acordado emprender, de oficio, el presente expediente de queja.

En consecuencia, solicitamos a la Administración la emisión de un informe sobre las distintas actuaciones e iniciativas emprendidas para modificar la actual normativa reguladora de las enseñanzas básicas y profesionales de música y danza de modo que se posibilite el desarrollo de la adaptación de las pruebas de acceso a las mismas al alumnado con necesidades específicas de apoyo educativo así como para que se reserve un cupo específico de plazas para dichos alumnos.

DEFENSOR DEL MENOR DE ANDALUCÍA

¿Puede el Consejo Escolar decidir el mantenimiento de símbolos religiosos en el aula? Pensamos que no

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 17/2222 dirigida a Consejería de Educación

- 20 Diciembre 2017

ANTECEDENTES

La persona interesada en este expediente expone su discrepancia con el criterio seguido por la Secretaría General de Educación y Formación Profesional en cuanto a cuáles son en la actualidad las competencias atribuidas a los Consejos Escolares y, concretamente, al respecto de si, como órganos de representación de la comunidad educativa, les corresponde decidir sobre el mantenimiento o no de los símbolos religiosos existentes en los centros docentes.

Según nos relata, ya como madre de futuro alumno, sugirió a la jefatura de estudios de un Instituto de la provincia de Córdoba, la idoneidad de retirar los símbolos religiosos del centro, posteriormente mantuvo una reunión con el director, al que instó en ese mismo sentido. A dichos efectos, próxima la matriculación de su hijo, le entregó un escrito, el que algunos días después le fue contestado en el sentido de que, siguiendo el criterio de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Educación en el informe emitido con ocasión de la tramitación de un expediente similar años atrás, sería el Consejo Escolar el que, en base a sus competencias, decidiría sobre la cuestión. Posteriormente, el director le informó de que, sometida su petición a la reunión del Consejo Escolar, éste la había denegado, aprobando el mantenimiento de los símbolos religiosos en el centro. No estando conforme la interesada con dicha decisión, dirigió escrito a la Consejera de Educación en el que, con extensos argumentos, mostraba su desacuerdo tanto con el fondo como con la forma, ya que, al respecto de ésta última, consideraba que no era el Consejo Escolar el órgano competente para decidir sobre el asunto, sino que debería recaer en el director del centro docente.

La Secretaría General de Educación y Formación Profesional, en un escueto escrito se indica a la reclamante que la presencia de símbolos religiosos en las aulas públicas no es suficiente para considerar que se haya producido una vulneración de los derechos fundamentales y, además, que, en virtud del informe elaborado por la Secretaría General Técnica, anteriormente, correspondía al Consejo Escolar de cada centro el decidir sobre el mantenimiento o retirada de los símbolos religiosos, sin perjuicio de que sus decisiones pudieran ser revisadas vía administrativa o contenciosa-administrativa.

Esto ocasionó que, nuevamente, la interesada se dirigiera a la misma Secretaría General mediante escrito en el que solicitaba que se requiriera a la Secretaria General Técnica la emisión de un nuevo informe, ya

que los cambios producidos en la LOMCE (Ley Orgánica para la Mejora de la Calidad Educativa) atribuían ahora a los directores y directoras de los centros docentes la aprobación de determinadas cuestiones que antes eran aprobadas por los Consejos Escolares -como eran aquellas normas relativas a la organización y funcionamiento del centro docente, y sus normas de convivencia-, teniendo ahora éstos últimos capacidad en estas materias concretas sólo para evaluarlas o proponerlas, pero nunca aprobarlas.

Sin embargo, la Secretaría General le envía nueva respuesta, indicándosele, esencialmente, que el referido informe de la Secretaría General Técnica mantiene su vigencia, o lo que es lo mismo, que no era necesario la emisión de uno nuevo, puesto que las modificaciones operadas en la LOMCE no han sido sustanciales, y no desvirtúan los fundamentos jurídicos en los que se basó para determinar que la competencia para decidir el mantenimiento o retirada de los símbolos religiosos de los centros docentes corresponde al Consejo Escolar.

En cuanto a esos fundamentos jurídicos, la Secretaría General alude al artículo 120 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, relativo a la autonomía pedagógica, de organización y gestión de los centros, así como la autonomía para elaborar, aprobar y ejecutar las normas de organización y funcionamiento. Este artículo, se decía en su respuesta a la interesada, no ha sido modificado por la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE).

Así mismo, se hacía alusión al artículo 127 de la LOE, referido a las competencias del Consejo Escolar, sí modificado por la LOMCE, y en cuyo apartado g) se hace constar que a este corresponde *"**Proponer** medidas e iniciativas que favorezcan la convivencia en el centro, la igualdad entre hombres y mujeres, la igualdad de trato y la no discriminación por las causas a que se refiere el artículo 84.3 de la presente Ley Orgánica, la resolución pacífica de conflictos, y la prevención de la violencia de género*".

Por último, como fundamento jurídico a la consideración de que corresponde a los Consejos Escolares acordar la retirada o no de símbolos religiosos, se aludía al artículo 135.1 de la Ley de Educación de Andalucía, el que literalmente establece que *"El Consejo Escolar es el órgano colegiado de gobierno a través del cual participa la comunidad educativa en el gobierno de los centros sostenidos con fondos públicos".*

Sin embargo, en el último párrafo de dicha respuesta de la Secretaría General se hacía constar expresamente lo que sigue:

"En consecuencia, y en cuanto a las modificaciones que la LOMCE introduce en la LOE, cabe destacar que determinadas competencias que la LOE asignaba a los Consejos Escolares de los centros docentes públicos, han sido asignadas por la LOMCE a las personas que ejercen la dirección de los mismos, previa propuesta del Consejo Escolar."

Al respecto del contenido de dicho párrafo, la interesada expone en el escrito que nos ha dirigido que, paradójicamente, viene a confirmar sus tesis en cuanto a que, tal como se dice, efectivamente la LOMCE sí ha supuesto un cambio en cuanto a las competencias de los Consejos Escolares, y que este cambio sí es sustancial, teniendo en cuenta que sus competencias se circunscriben a evaluar, conocer, informar, elaborar propuestas o informes, etc., pero nunca aprobar o decidir, lo que corresponde a la dirección.

CONSIDERACIONES

En nuestra consideración, la redacción del mencionado párrafo del informe de la Secretaría General introduce una duda razonable en cuanto a lo que se quiere decir, puesto que si bien resulta incuestionable, y la interesada no lo discute, que en virtud del artículo 120 de la LOE (Ley Orgánica de Educación, no modificado por la LOMCE en los aspectos señalados, pero sí en otros), los centros docentes cuentan con autonomía pedagógica, de organización y gestión, así como autonomía para elaborar, aprobar y ejecutar las normas de organización y funcionamiento; así como que según el artículo 135.1 de la Ley de Educación de Andalucía el Consejo Escolar es el órgano colegiado de gobierno a través del cual participa la comunidad educativa en el gobierno de los centros sostenidos con fondos públicos; lo cierto es que la

modificación del artículo 127 de la LOE operada por la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa, sí introdujo cambios esenciales en cuanto a las competencias atribuidas hasta entonces a los Consejos Escolares, como veremos a continuación.

De la simple observancia y comparación de los términos en los que estaban redactados los doce subapartados del artículo 127 de la LOE, y la redacción dada por la LOMCE, en concreto, a los subapartados a), b), e), h) e i), se deduce claramente que el poder de decisión que se atribuía a los Consejos Escolares en las materias a las que se refieren dichos apartados, ahora quedan limitadas sus funciones a evaluar e informar sobre las mismas, suprimiéndose en la nueva redacción todos los términos que antes se referían a “aprobar”, “decidir” o “fijar”.

Por contra, este mismo poder de decisión que se resta a los Consejos Escolares se atribuyen, expresamente, a los directores de los centros docentes, según la redacción dada al artículo 132 por el apartado ochenta y uno del artículo único de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa.

Por lo tanto, es evidente que ahora los Consejos Escolares no pueden aprobar ni decidir, en general, sobre ninguna cuestión, sin prejuicio de que puedan o deban ser oídos para proponer medidas e iniciativas a la dirección del centro docente, entre otras, que favorezcan la convivencia en el centro y la resolución pacífica de los conflictos que puedan presentarse.

En el caso expuesto por la interesada, fue dicho órgano colegiado el que, estando en vigor la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, adoptó la decisión de no atender su solicitud y, por lo tanto, mantener los símbolos religiosos que se encuentran en el centro docente, por lo que entendemos que se extralimitó de las competencias que le corresponden, siendo por lo tanto el director del centro docente el que debiera haber decidido sobre ello, siguiendo o no el parecer del Consejo Escolar, ya que en ningún caso es vinculante, aunque si expresivo del parecer de la comunidad educativa a la que representa.

Así las cosas, resultaría, pues, que debería considerarse nula la decisión del Consejo Escolar de mantener los símbolos religiosos por ser manifiestamente incompetente para ello, teniendo que ser el director del centro docente el que adopte ahora la decisión que, en su criterio, considere más oportuna.

Y de igual manera, o por lo tanto, entendemos que, puestas de manifiesto las modificaciones llevadas a cabo por la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa, en los artículos 127 y 132 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de diciembre, de Educación, sería necesario revisar las conclusiones que condujeron a establecer el criterio mantenido por la Secretaría General Técnica en el informe emitido con ocasión de la tramitación del Expediente 40/2011 reiteradamente aludido, vigente según la Secretaría General de Educación y Formación Profesional, de que son los Consejos Escolares los órganos competentes para decidir sobre la colocación, mantenimiento o retirada de los símbolos religiosos en los centros docentes.

Otra cuestión que consideramos importante tratar, y que se ha derivado del análisis del asunto concreto que venimos tratando, es el de la adaptación de la normativa autonómica andaluza relativa a los Reglamentos de Organización y Funcionamiento de los centros docentes dependientes de la Consejería de Educación a los nuevos preceptos contenido en la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la calidad educativa, antes analizados.

Así, es en el artículo 50 del Decreto 328/2010, de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de las escuelas infantiles de segundo grado, de los colegios de educación primaria, de los colegios de educación infantil y primaria, y de los centros públicos específicos de educación especial, en el que se establecen las competencias de los Consejos Escolares, siendo en el artículo 70 del mismo en el que se establecen las competencias que corresponden a la Dirección de los mismos.

Por su parte, es en el artículo 51 del Decreto 327/2010, de de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de los Institutos de Educación Secundaria, en el que se establecen las competencias

de los Consejos Escolares, siendo en el artículo 72 del mismo en el que se establecen las competencias que corresponden a la dirección de los mismos.

Ninguna de las normas señaladas ha sido objeto de modificación en relación a los artículos que se citan de la Ley Orgánica 8/2013, además de haber podido comprobar que son muchos los centros docentes los que en la actualidad, en sus respectivos Reglamentos de Organización y Funcionamiento, o bien directamente hacen constar, mediante transcripción literal, el contenido íntegro de los mismos, o bien se remiten a ellos para determinar las competencias que corresponde al órgano colegiado en cuestión y a la dirección del centro docente, respectivamente.

Esto podría estar dando lugar a que determinadas decisiones de importante trascendencia para el funcionamiento y organización de los centros estuvieran siendo adoptadas por órganos a los que no les corresponden o, también que se susciten justificadas dudas y debates sobre a quién corresponde qué o, simplemente, que por pura inercia o ignorancia se esté actuando conforme a unas normas que ya han perdido su vigencia.

En cualquiera de los casos, lo que parece que resulta necesario es que se proceda a modificar los Decretos señalados, y mientras tanto esto sucede, que se den las correspondientes instrucciones a los centros docentes para que, aquellos que aún no lo han hecho, procedan a modificar sus respectivos reglamentos de organización y funcionamiento para ser adaptados a lo establecido en la Ley Orgánica para la mejora de la calidad educativa, que, como norma de rango superior y respetando el principio de jerarquía normativa, es la que debe ser aplicada.

Así pues, conforme a los hechos expuestos, al amparo de lo establecido en el artículo 29.1 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, formulamos las siguiente

RESOLUCIÓN

SUGERENCIA *1.- Que se lleven a cabo las actuaciones necesarias para promover la modificación del Decreto 328/2010, de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de las escuelas infantiles de segundo grado, de los colegios de educación primaria, de los colegios de educación infantil y primaria, y de los centros públicos específicos de educación especial, y del Decreto 327/2010, de de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de los Institutos de Educación Secundaria, en relación a las competencias de los Directores y Directoras de los centros educativos y de los Consejos Escolares, conforme a las normas contenidas en la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa.*

SUGERENCIA 2.- Que por parte de esa Viceconsejería se den las instrucciones necesarias en orden a que la Secretaría General Técnica proceda a elaborar un nuevo informe por el que, en base a las modificaciones normativas introducidas por la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa, establezca los criterios que habrán de ser aplicados por todos los centros docentes en cuanto al órgano al que correspondería la decisión sobre el mantenimiento o retirada de los símbolos religiosos cuando sea planteada por cualquier miembro de la comunidad educativa.

Por su parte, e igualmente en virtud del artículo 29.1 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, esta Institución procede a formular la siguiente

RECOMENDACIÓN: *Que se den instrucciones a la Dirección del instituto en cuestión, para que, previa anulación del acuerdo del Consejo Escolar sobre el mantenimiento de los símbolos religiosos en el centro, adoptado con fecha 24 de octubre de 2016, proceda a adoptar la decisión que considere más oportuna, previa consulta al Consejo Escolar, conforme a las previsiones contenidas en el artículo 132 de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa.*

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Accede a su nota de selectividad tras acreditar que el ingreso tardío de los derechos de examen fue consecuencia de un error bancario

Queja número 17/5206

- 11 Enero 2018

La parte promotora de la queja exponía que se había registrado y matriculado en la prueba de acceso a la Universidad, y que durante el proceso había abonado los derechos de examen mediante pago con tarjeta.

Así, había obtenido resguardo de matrícula con referencia de pago, código de presentación y convocatoria sin que se le indicase ningún problema de pago. Habiendo realizado las pruebas de selectividad con normalidad.

En fecha 21 de septiembre de 2017 accedió a la aplicación para ver su nota, constatando que su ingreso estaba restringido, por lo que acudió al servicio de estudiantes de la Universidad de Granada el 22 de septiembre donde le indicaron que no se habían abonado los derechos de examen. La interesada indicó que estaba dispuesta a pagar en ese mismo momento, posibilidad que le denegaron. El administrador le indicó que podía aportar certificado del banco para explicar el error.

Interesada ante el banco, le notifican que se había tratado de un error del banco; justificante que habría aportado el día 25 de septiembre, pero le habrían indicado que no se podía dar por válida la matrícula.

El 27 de septiembre presentó ante el Vicerrector de Estudiantes y Empleabilidad de la Universidad de Granada, solicitando se le facilite carta de pago para poder abonar los derechos y regularizar esta situación inherente a su voluntad.

Interesados ante la Universidad recibimos informe en el que se nos indica que el Vicerrector de Estudiantes y Empleabilidad ha emitido resolución favorable con fecha 5 de octubre de 2017, entregada a la parte interesada el 6 de octubre. Añadiendo que la interesada ya ha accedido a sus calificaciones, quedando constancia electrónica.

Dado que el problema planteado por la parte interesada se encuentra solucionado, damos por concluidas nuestras actuaciones en le presente expediente de queja.

El comedor de la Universidad de Granada incluirá un menú para celíacos

Queja número 17/3599

- 15 Diciembre 2017

Incluyen un menú para celíacos en el comedor de la Universidad de Granada.

El interesado denunciaba el problema que tiene la comunidad universitaria de la Universidad de Granada que padece intolerancia al gluten, que no puede hacer uso de los comedores por no disponer la Universidad de menús especiales para personas que presenten intolerancia, y por ello solicitaba la intervención de esta Institución.

Interesados ante la Universidad recibimos informe elaborado por el Director del Área de Comedores Universitarios de la Universidad de Granada, en el que expone que en este momento la Universidad de Granada no tiene un servicio de comida sin gluten, ya que el tratamiento de estos alimentos necesita de unas instalaciones diferentes a las habituales, exclusivamente para estas comidas y que se está estudiando la posibilidad de un menú celíaco para la comunidad universitaria.

Informan de la puesta en marcha para el curso 2017-2018 de un menú celíaco que se consumirá en las instalaciones del Parque Tecnológico de la Salud. Además, este menú se podrá solicitar para llevar y ser consumido fuera de los comedores universitarios.

Dado que el problema planteado por la parte interesada se encuentra solucionado, damos por concluidas nuestras actuaciones en le presente expediente de queja.

La Universidad de Sevilla se compromete a agilizar la expedición de los Suplementos Europeos al Título, una vez resueltos los problemas que lo impedían

Queja número 17/4071

- 19 Diciembre 2017

La parte promotora de la queja exponía que había solicitado la expedición del título de Grado en Estudios Ingleses en la Secretaría de la facultad de Humanidades de Sevilla junto con el Suplemento Europeo al Título (en adelante SET). Según señalaba, desde Secretaría le dicen que no le facilitan el suplemento ya que solo se lo facilitan a los licenciados.

Manifestaba la parte interesada que dicho SET, según la normativa de aplicación, es de carácter obligatorio para las universidades y gratuito para el solicitante, y que ha de entregarse al solicitar el título.

Al parecer, en Secretaría le habrían indicado que fuera a un traductor jurado, o se quejase al Rector, y además le habrían informado que no va a ser gratuito ya que solo es gratis para los licenciados.

Interesados ante la Universidad de Sevilla se nos explica que el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte publicó en agosto de 2010 el RD 1002/2010, por el que se establecía el procedimiento de expedición del SET para los títulos expedidos al amparo del RD 1393/2007. Dicho procedimiento no pudo ser puesto en práctica por ninguna Universidad española por varios motivos.

En el 2013, a la vista de que ninguna Universidad había expedido el SET de ningún título oficial de Grado y Máster, el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte distribuyó una encuesta entre las Universidades para que estas le trasladaran la problemática que impedía su puesta en marcha. Como consecuencia de ello, se crea un grupo de trabajo auspiciado por dicho Ministerio con la participación de algunas Universidades, con el objetivo de elaborar una norma que permitiera la expedición del SET para las titulaciones correspondientes a los estudios regulados en el Real Decreto 1393/2007. A resultas de ello, en febrero de 2015 se publicó el Real Decreto 22/2015, que posibilita a las Universidades la expedición del SET para los títulos de Grado y Máster.

Asimismo, en mayo de 2005 el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte convocó unas jornadas en la Universidad de Santiago de Compostela para explicitar las novedades del Real Decreto 1002/2010 y presentar una Guía de aplicación de la expedición del SET para los títulos de Grado y Máster.

En octubre de 2015 el Ministerio da traslado a las Universidades de las referidas Guías.

En la actualidad, la Universidad de Sevilla está llevando a cabo las actuaciones precisas para hacer

posible la expedición del SET de Grado y Máster (gratuito), entre ellas, la adaptación de las aplicaciones informáticas, la traducción de las asignaturas de todos los planes de estudio, la recopilación de la información necesaria para poder cumplimentar determinados epígrafes relacionados, entre otros, con los objetivos de cada titulación, competencias, con sus correspondientes traducciones etc. Para llevar a cabo la implantación del SET de Grado y Máster, considerando las dimensiones de nuestra Universidad, se determinó seleccionar tres Centros Piloto.

A lo largo del curso pasado se ha estado trabajando con los mismos, siendo así que ya se han remitido los primeros ficheros de prueba a la imprenta y subsanadas pequeñas incidencias puestas de manifiesto en dichas impresiones.

Por consiguiente, en estos días se iniciará la expedición del SET en los referidos Centros, y en el menor tiempo posible se regularizará su expedición a todas las titulaciones de Grado y Máster de la Universidad de Sevilla.

Presentan sus disculpas por la demora en la expedición del SET por causas ajenas a su voluntad, indicando que su entrega efectiva al estudiantado es un objetivo prioritario y se están adoptando medidas para para ello.

Dado que el problema planteado se encuentra en vías de ser solucionado, se procede a dar por concluidas nuestras actuaciones en el presente expediente.

Investigamos las consecuencias negativas por los cambios en el sistema de acceso a la Universidad

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/1003 dirigida a Consejería de Economía y Conocimiento, Secretaría General de Universidades, Investigación y Tecnología, Junta de Andalucía, Distrito Único Andaluz

- 02 Marzo 2017

El Defensor del Pueblo Andaluz muestra su preocupación por las consecuencias perjudiciales que se derivan para el alumnado andaluz de la nueva regulación de las pruebas de acceso a la Universidad y pide que se estudien las posibilidades de introducir cambios que permitan evitar o reducir esas consecuencias.

La regulación de las pruebas de acceso a la Universidad ha sido motivo de polémica desde la aprobación de la LOMCE por el rechazo mayoritario que suscitaban las pruebas de reválida que dicha norma establecía.

En este sentido, el cambio habido en el equilibrio de fuerzas políticas en nuestro país tras los últimos procesos electorales ha determinado que se introdujeran diversas modificaciones en la regulación contenida en dicha Ley, siendo especialmente significativa la decisión de suspender la aplicación de las normas relativas a las pruebas de reválida, tanto en Educación Secundaria como en Bachillerato, que se materializó mediante el Real Decreto Ley 5/2016, de 9 de diciembre, de medidas urgentes para la ampliación del calendario de implantación de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa, que establece en el artículo primero, punto 3, que hasta la entrada en vigor de la normativa resultante del Pacto de Estado social y político por la educación, la evaluación de Bachillerato regulada por el artículo 36 bis de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, se realizará exclusivamente para el alumnado que quiera acceder a las enseñanzas universitarias oficiales de grado.

Esta decisión ha obligado a establecer una nueva regulación de las pruebas de acceso a la Universidad ya que las normas que regulaban la antigua PAU habían sido derogadas por la LOMCE, las pruebas de reválida establecidas en la LOMCE habían quedado suspendidas y las asignaturas cursadas en Bachillerato habían cambiado como consecuencia de la progresiva aplicación de la LOMCE.

Tal cambio regulatorio se ha operado a través de la Orden ECD/1941/2016, de 22 de diciembre, del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, por la que se determinan las características, el diseño y el contenido de la evaluación de Bachillerato para el acceso a la Universidad, las fechas máximas de realización y de resolución de los procedimientos de revisión de las calificaciones obtenidas, para el curso 2016/2017.

Uno de los cambios introducidos se refiere a la denominación de las pruebas que pasan a denominarse

Pruebas de Evaluación de Bachillerato para el Acceso a la Universidad, cuyo acrónimo sería EVAU par algunos y EBAU para otros.

No obstante, el principal problema que se deriva de este cambio regulatorio no es el relativo al desafortunado nombre elegido para la prueba, sino el hecho de que afecta a la organización de las pruebas de acceso a la Universidad previstas para el presente año, cuyo contenido, formato y regulación cambia sustancialmente, tanto respecto del que venía siendo aplicado tradicionalmente durante la vigencia de la PAU, como del previsto en la LOMCE para las pruebas de reválida, lo que implica que esta nueva regulación afectará a alumnos que ya se encuentran cursando segundo de Bachillerato y que ven cómo cambian repentinamente las reglas por las que se rige una prueba que resulta decisiva para sus aspiraciones personales y profesionales.

El sistema educativo español ha vinculado tradicionalmente las pruebas de acceso a la Universidad con los resultados obtenidos en los dos cursos de Bachillerato, por lo que las decisiones adoptadas por el alumnado al cursar estos cursos, tanto respecto de las asignaturas a cursar, como respecto de las calificaciones obtenidas, tienen una incidencia muy directa sobre sus posibilidades de acceso a los estudios universitarios deseados. Por ello, resulta una cuestión de seguridad jurídica y de pura lógica que las decisiones que impliquen cambios en la regulación de las pruebas de acceso a la Universidad se adopten con la antelación necesaria y no entren en vigor hasta, cuando menos, dos años después de su adopción para posibilitar que el alumnado que va a cursar el Bachillerato pueda tomar sus decisiones académicas con conocimiento de las consecuencias que dichas decisiones van a tener en sus opciones de acceso a los estudios universitarios.

La prolongación del periodo de inestabilidad política en nuestro país ha determinado que las decisiones sobre el cambio regulatorio en las pruebas de acceso a la Universidad se adoptaran demasiado tarde, nada menos que a finales de diciembre de 2016, obviando los requerimiento de la lógica y las exigencias del principio de seguridad jurídica.

Esto ha supuesto que los cambios habidos en la regulación de estas pruebas de acceso incidan doblemente sobre el alumnado que está cursando actualmente segundo de Bachillerato, ya que, por un lado, los cambios se han conocido cuando ya el curso estaba iniciado y no podían cambiarse las decisiones adoptadas a principios de curso sobre las asignaturas a cursar y, porque algunas de las decisiones adoptadas cuando se cursaba primero de Bachillerato pueden resultar ahora perjudiciales para las posibilidades de acceso a los estudios deseados, sin que tengan ocasión ni tiempo para cambiar unas u otras.

Esta Institución considera acertada la decisión de suspender la aplicación de los preceptos de la LOMCE que regulaban las pruebas de reválida, por cuanto considera que el modelo de acceso a la Universidad previsto en dichas normas no era el más adecuado a las necesidades y realidades de nuestro sistema educativo. No obstante, nuestra satisfacción por esta decisión no puede ocultar nuestra profunda preocupación por la situación en que queda el alumnado de Bachillerato afectado por el cambio regulatorio, cuyos derechos e intereses no parecen haber sido tomados suficientemente en consideración y cuyas aspiraciones académicas y profesionales podrían verse perjudicadas por los efectos retroactivos que inevitablemente se derivan de la nueva regulación.

Es por ello, que nos preguntamos si dentro del ámbito competencias de las autoridades educativas andaluzas no sería posible adoptar alguna medida que palíe o minimice las consecuencias que para el alumnado de Andalucía se derivan del nuevo modelo regulatorio.

Somos conscientes de la premura de tiempo y de la necesidad de respetar los contenidos básicos regulados en la normativa estatal, no obstante, pensamos que podría existir margen regulatorio para adoptar algunas decisiones que impliquen cambios en la ordenación en Andalucía de la Prueba de Acceso a la Universidad que eviten o reduzcan algunas de las consecuencias perjudiciales que se derivan de la normativa estatal para el alumnado andaluz.

En este sentido, se propone, iniciar queja de oficio al amparo de la posibilidad contemplada en el artículo 10 de la Ley 9/1983, del Defensor del Pueblo Andaluz, al objeto de trasladar a la Secretaría General de Universidades, Investigación y Tecnología, dependiente de la Consejería de Economía y Conocimiento, una Sugerencia instándole a estudiar las posibilidades de introducir cambios en la ordenación de las pruebas de acceso a la Universidad que permitan evitar o reducir las consecuencias perjudiciales que se derivan de la normativa estatal para el alumnado andaluz.

Reclamamos medidas para reducir las consecuencias negativas por los cambios en las pruebas de acceso a la Universidad

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 17/1003 dirigida a Consejería de Economía y Conocimiento, Secretaría General de Universidades, Investigación y Tecnología, Junta de Andalucía, Distrito Único Andaluz

- 02 Marzo 2017

El Defensor del Pueblo Andaluz muestra su preocupación por las consecuencias perjudiciales que se derivan para el alumnado andaluz de la nueva regulación de las pruebas de acceso a la Universidad y pide que se estudien las posibilidades de introducir cambios que permitan evitar o reducir esas consecuencias.

ANTECEDENTES

La regulación de las pruebas de acceso a la Universidad ha sido motivo de polémica desde la aprobación de la LOMCE por el rechazo mayoritario que suscitaban las pruebas de reválida que dicha norma establecía.

En este sentido, el cambio habido en el equilibrio de fuerzas políticas en nuestro país tras los últimos procesos electorales ha determinado que se introdujeran diversas modificaciones en la regulación contenida en dicha Ley, siendo especialmente significativa la decisión de suspender la aplicación de las normas relativas a las pruebas de reválida, tanto en Educación Secundaria como en Bachillerato, que se materializó mediante el Real Decreto Ley 5/2016, de 9 de diciembre, de medidas urgentes para la ampliación del calendario de implantación de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa, que establece en el artículo primero, punto 3, que hasta la entrada en vigor de la normativa resultante del Pacto de Estado social y político por la educación, la evaluación de Bachillerato regulada por el artículo 36 bis de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, se realizará exclusivamente para el alumnado que quiera acceder a las enseñanzas universitarias oficiales de grado.

Esta decisión ha obligado a establecer una nueva regulación de las pruebas de acceso a la Universidad ya que las normas que regulaban la antigua PAU habían sido derogadas por la LOMCE, las pruebas de reválida establecidas en la LOMCE habían quedado suspendidas y las asignaturas cursadas en Bachillerato habían cambiado como consecuencia de la progresiva aplicación de la LOMCE.

Tal cambio regulatorio se ha operado a través de la Orden ECD/1941/2016, de 22 de diciembre, del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, por la que se determinan las características, el diseño y el contenido de la evaluación de Bachillerato para el acceso a la Universidad, las fechas máximas de realización y de resolución de los procedimientos de revisión de las calificaciones obtenidas, para el curso 2016/2017.

Uno de los cambios introducidos se refiere a la denominación de las pruebas que pasan a denominarse Pruebas de Evaluación de Bachillerato para el Acceso a la Universidad, cuyo acrónimo sería EVAU para algunos y EBAU para otros.

No obstante, el principal problema que se deriva de este cambio regulatorio no es el relativo al desafortunado nombre elegido para la prueba, sino el hecho de que afecta a la organización de las pruebas de acceso a la Universidad previstas para el presente año, cuyo contenido, formato y regulación cambia sustancialmente, tanto respecto del que venía siendo aplicado tradicionalmente durante la vigencia de la PAU, como del previsto en la LOMCE para las pruebas de reválida, lo que implica que esta nueva regulación afectará a alumnos que ya se encuentran cursando segundo de Bachillerato y que ven cómo cambian repentinamente las reglas por las que se rige una prueba que resulta decisiva para sus aspiraciones personales y profesionales.

CONSIDERACIONES

El sistema educativo español ha vinculado tradicionalmente las pruebas de acceso a la Universidad con los resultados obtenidos en los dos cursos de Bachillerato, por lo que las decisiones adoptadas por el alumnado al cursar estos cursos, tanto respecto de las asignaturas a cursar, como respecto de las calificaciones obtenidas, tienen una incidencia muy directa sobre sus posibilidades de acceso a los estudios universitarios deseados. Por ello, resulta una cuestión de seguridad jurídica y de pura lógica que las decisiones que impliquen cambios en la regulación de las pruebas de acceso a la universidad se adopten con la antelación necesaria y no entren en vigor hasta, cuando menos, dos años después de su adopción para posibilitar que el alumnado que va a cursar el bachillerato pueda tomar sus decisiones académicas con conocimiento de las consecuencias que dichas decisiones van a tener en sus opciones de acceso a los estudios universitarios.

La prolongación del periodo de inestabilidad política en nuestro país ha determinado que las decisiones sobre el cambio regulatorio en las pruebas de acceso a la Universidad se adoptaran demasiado tarde, nada menos que a finales de diciembre de 2016, obviando los requerimiento de la lógica y las exigencias del principio de seguridad jurídica.

Esto ha supuesto que los cambios habidos en la regulación de estas pruebas de acceso incidan doblemente sobre el alumnado que está cursando actualmente segundo de Bachillerato, ya que, por un lado, los cambios se han conocido cuando ya el curso estaba iniciado y no podían cambiarse las decisiones adoptadas a principios de curso sobre las asignaturas a cursar y, porque algunas de las decisiones adoptadas cuando se cursaba primero de Bachillerato pueden resultar ahora perjudiciales para las posibilidades de acceso a los estudios deseados, sin que tengan ocasión ni tiempo para cambiar unas u otras.

Esta Institución viene recibiendo diversas quejas desde la aprobación por el Ministerio de la nueva regulación de las pruebas de acceso a la Universidad, que se han incrementado sustancialmente al publicarse el 10 de febrero de 2017 los acuerdos de la Comisión de Distrito Único Universitario de Andalucía conteniendo las orientaciones para la prueba fijados por las ponencias constituidas al efecto con las Universidades andaluzas.

Entre las quejas recibidas podemos reseñar las remitidas por docentes y alumnos afectados por los cambios introducidos en el temario de la asignatura de Historia que han supuesto una considerable ampliación del periodo histórico que puede ser objeto de evaluación en la prueba de acceso, lo que perjudicará al alumnado ya que por lo avanzado del curso resulta difícil acometer un cambio en los contenidos impartidos y previstos para los meses que restan.

También se muestran disconformes aquellas personas afectadas por la decisión de restringir las asignaturas objeto de evaluación a las cursadas como troncales en 2º de Bachillerato.

En particular han expresado su malestar los docentes y alumnos afectados por los cambios introducidos

en relación a la evaluación de la lengua extranjera, que obligan a examinarse de la lengua cursada en segundo de Bachillerato, negando la posibilidad de optar por otra lengua extranjera, aun cuando al misma hubiese sido cursada en 1º de Bachillerato.

Otro colectivo discrepante es el afectado por los cambios habidos en la ponderación de determinadas asignaturas respecto de algunos de estudios universitarios, que podrían reducir sus posibilidades de obtención de plaza en los estudios elegidos.

La eliminación de una de las opciones de revisión de las pruebas también ha sido objeto de protesta y discrepancia por quienes consideran que ello perjudica a sus derechos e intereses y limita sus posibilidades de defensa.

El propio formato de las pruebas de evaluación está siendo objeto de cuestionamiento, al introducir preguntas semiabiertas o de opción múltiple, junto a las preguntas abiertas, lo que algunos docentes consideran contradice principios metodológicos y didácticos de larga tradición en nuestro sistema educativo.

Esta Institución considera acertada la decisión de suspender la aplicación de los preceptos de la LOMCE que regulaban las pruebas de reválida, por cuanto considera que el modelo de acceso a la Universidad previsto en dichas normas no era el más adecuado a las necesidades y realidades de nuestro sistema educativo. No obstante, nuestra satisfacción por esta decisión no puede ocultar nuestra profunda preocupación por la situación en que queda el alumnado de Bachillerato afectado por el cambio regulatorio, cuyos derechos e intereses no parecen haber sido tomados suficientemente en consideración y cuyas aspiraciones académicas y profesionales podrían verse perjudicadas por los efectos retroactivos que inevitablemente se derivan de la nueva regulación.

Es por ello, que nos preguntamos si dentro del ámbito competencias de las autoridades educativas andaluzas no sería posible adoptar alguna medida que palíe o minimice las consecuencias que para el alumnado de Andalucía se derivan del nuevo modelo regulatorio.

Somos conscientes de la premura de tiempo y de la necesidad de respetar los contenidos básicos regulados en la normativa estatal, no obstante, pensamos que podría existir margen regulatorio para adoptar algunas decisiones que impliquen cambios en la ordenación en Andalucía de las pruebas de acceso a la Universidad que eviten o reduzcan algunas de las consecuencias perjudiciales que se derivan de la normativa estatal para el alumnado andaluz.

En este sentido, esta Institución ha acordado iniciar queja de oficio al amparo de la posibilidad contemplada en el artículo 10 de la Ley 9/1983, del Defensor del Pueblo Andaluz, al objeto de trasladar a esa Secretaria General de Universidades, Investigación y Tecnología, la siguiente

RESOLUCIÓN

SUGERENCIA: que se estudien las posibilidades de introducir cambios en la ordenación de las pruebas de acceso a la Universidad que permitan evitar o reducir las consecuencias perjudiciales que se derivan de la normativa estatal para el alumnado andaluz.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Investigamos la falta de pago de las ayudas a estudiantes de Grado para la obtención del B1 del curso 2014/2015

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/5775 dirigida a Consejería de Economía y Conocimiento, Secretaría General de Universidades, Investigación y Tecnología

- 17 Noviembre 2017

En esta Institución se han recibido varias quejas relativas al retraso en el pago de los importes concedidos a estudiantes de Grado en el marco de la convocatoria para el curso 2014/2015 de ayudas para financiar los costes incurridos para la obtención del nivel B1 en lengua extranjera.

Ya a principios de año tramitamos la queja 16/7062 sobre el caso particular de una estudiante, si bien hasta la fecha no hemos recibido el informe requerido a la Dirección General de Universidades. Ha sido en fechas recientes cuando se han acumulado las quejas recibidas, lo que hace plantearnos que no se trata de una cuestión puntual que pueda afectar a algunas personas sino que podríamos encontrarnos ante un problema que perjudica al conjunto de estudiantes que participaron en dicha convocatoria de ayudas.

La convocatoria de ayudas se produjo mediante Resolución de 23 de junio de 2015, de la Secretaría General de Universidades, Investigación y Tecnología, publicada en BOJA núm. 125, de 30 de junio de 2015.

Posteriormente, y mediante Resolución de fecha 16 de julio de 2015, publicada en BOJA de 21 de julio siguiente, se amplió el plazo de presentación de solicitudes hasta el 15 de octubre de 2015.

Se amparaba dicha convocatoria en la Orden de 19 de junio de 2015 mediante la que se establecieron las bases reguladoras para la concesión de ayudas, en régimen de concurrencia no competitiva, para promover y garantizar la igualdad de acceso al alumnado universitario con dificultades económicas en la adquisición y acreditación de las competencias lingüísticas exigidas para la obtención de los títulos de Grado o Máster (BOJA núm. 120, de 23/06/2015).

Estas bases reguladoras fueron modificadas mediante Orden de 16 de diciembre de 2015 (BOJA núm. 9, de 15/01/2016) para facilitar su gestión, así como recogiendo algunas sugerencias que fueron trasladadas por esta Institución tras conocer su alcance y contenido (queja de oficio 15/3068).

Según las bases reguladoras, el plazo máximo para resolver y notificar la resolución del procedimiento sería de seis meses, a computar desde la fecha en que la solicitud tuviera entrada en el registro del órgano competente para su tramitación.

Una vez adjudicada la ayuda, la persona beneficiaria tiene obligación de acreditar el gasto ante su

Universidad mediante presentación de la correspondiente cuenta justificativa.

Por su parte, la justificación de la subvención ante el órgano concedente (Secretaría General de Universidades, Investigación y Tecnología) se realizará por parte de la entidad colaboradora (Universidad andaluza en la que curse sus estudios el alumnado beneficiario de las ayudas).

Una vez realizada esta justificación, las bases reguladoras no prevén un compromiso de pago en una fecha determinada pues entendemos que dependerá de las disponibilidades de Tesorería.

En este punto, debemos destacar que la convocatoria de ayudas se produce *"Con el objeto de conseguir igualdad de acceso a la formación independientemente del nivel económico de las familias, se considera adecuado dar apoyo financiero al alumnado que, debiendo acreditar para la obtención del título de Grado o Máster la correspondiente competencia lingüística en lengua extranjera de nivel B1 o superior, se halle en situación de dificultad económica"*, tal como se indica en la exposición de motivos de la Orden que aprueba sus bases reguladoras.

Precisamente por esta circunstancia, esta Institución señaló como Sugerencia en la tramitación de la queja 15/3068 que se modificasen las bases reguladoras para permitir la adjudicación y pago de las ayudas con justificación diferida, al menos en una parte. De este modo entendíamos que se facilitaba el pago de los costes necesarios para la adquisición y acreditación de las competencias lingüísticas a personas con limitados recursos económicos que, en otro caso, deben anticiparlos.

Las convocatorias posteriores de estas ayudas han mantenido el modelo de pago previa justificación, entre otros motivos porque se producen ya casi vencido el curso para el que se aplican.

Con independencia de que sigamos sosteniendo la conveniencia de revisar este modelo por los motivos expuestos, lo que resulta desde luego inadmisible es que una convocatoria de ayudas para el curso 2014/2015 aún no haya culminado con el correspondiente pago de las ayudas concedidas, habiendo transcurrido ya dos años desde que finalizase el plazo de presentación de solicitudes.

Conocemos las vicisitudes habidas en esta primera convocatoria de ayudas para facilitar la acreditación del nivel B1 de competencia lingüística, consistentes en ampliación del plazo de presentación de solicitudes, modificación de las bases reguladoras de la convocatoria y firma de convenios de colaboración con las Universidades andaluzas para la gestión de las ayudas, con fecha 10 de febrero de 2016.

Pese a todo, la situación actual de falta de pago no nos parece justificable cuando, según la documentación facilitada por las personas que han acudido a esta Institución, las resoluciones de adjudicación de ayudas por parte de la Secretaría General de Universidades, Investigación y Tecnología se habrían producido en el último trimestre de 2016 y la documentación justificativa del gasto se habría presentado ante las Universidades en el primer trimestre de 2017.

Desconocemos si los motivos del retraso en el pago pudieran deberse a la falta de aportación documental por parte de las Universidades andaluzas de las correspondientes cuentas justificativas del gasto realizado por sus estudiantes, o bien a la falta de las transferencias dinerarias oportunas en favor de aquéllas por parte de la Junta de Andalucía.

Sean los motivos que fueren nos parece que deberían adoptarse sin más demora las medidas necesarias para dar solución a la situación denunciada y proceder al pago de las ayudas para acreditación de la competencia lingüística concedidas a estudiantes universitarios en la convocatoria correspondiente al curso 2014/2015.

A la vista de cuanto antecede, y haciendo uso de la posibilidad que contempla el artículo 10.1 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, del Defensor del pueblo Andaluz, se propone la incoación de queja de oficio ante la Secretaría General de Universidades, Investigación y Tecnología de la Consejería de Economía y Conocimiento.

Consideramos que se encuentra afectado el derecho fundamental a la educación consagrado en el artículo 27 de la Constitución, así como el derecho a acceder, en condiciones de igualdad, al sistema público de ayudas y becas al estudio en los niveles no gratuitos (artículo 21.4 del Estatuto de Autonomía para Andalucía).

En concreto la Ley andaluza de universidades, en su artículo 51.3.b), establece en favor de los estudiantes el derecho al establecimiento de un sistema de becas y ayudas suficiente, que garantice la eliminación de desigualdades que provoquen la exclusión o el abandono de los estudios por cuestiones de índole económica.

DEFENSOR DEL MENOR DE ANDALUCÍA

Actuamos de oficio ante la situación de deterioro de un colegio en Alcalá de Guadaíra (Sevilla)

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/0473 dirigida a Consejería de Educación, Delegación Territorial de Sevilla

- 02 Marzo 2017

Se ha conocido a través de noticias aparecidas en la prensa, las lamentables e inaceptables, condiciones en la que el alumnado del CEIP Manuel Alonso, de Alcalá de Guadaira, vienen recibiendo sus clases.

Los niños y niñas de de 6 y 7 años, tienen que permanecer en las aulas con los abrigos y las bufandas puestas ya que, según se ha podido medir, la temperatura en la que se encuentran llega a bajar hasta los 8 grados, añadiéndose a esto que el índice de humedad es el del 75 por ciento, lo que resulta peligroso para la salud de los pequeños. En los dos cursos anteriores se registraron brotes de neumonía en niños que acudían a estas aulas.

Los servicios están en muy mal estado y generan continuos malos olores; hay muchas paredes con humedad; las aulas son mas pequeñas de lo que en la actualidad se exige, las ventanas no cierran bien y cuando llueve el agua entra por ellas, el sistema eléctrico es antiguo o no soporta los radiadores que se colocan en las aulas para calentarlas.

La segunda planta no tiene salida de emergencia alguna; tampoco hay ascensor, lo que ha provocado que cuando cualquier alumnos o alumna ha tenido algún problema, o minusvalía, los profesores han tenido que subirlos y bajarlos en brazos.

Frente a todos estos problemas, lo único que ha recibido la comunidad educativa por parte de las administraciones han sido promesas.

Considerando la anterior información, de conformidad con la Ley reguladora de esta Institución, y ante la posibilidad de que se estén conculcando los derechos fundamentales establecidos en la Constitución (derecho a la integridad física y derecho a la educación, respectivamente), así como los derechos a una educación de calidad y a la necesidad de contar con la infraestructura y medios materiales y humanos necesarios para su consecución en igualdad de condiciones. consideramos justificado iniciar, de oficio, un expediente para poder conocer la situación en la que se encuentra el centro educativo en cuestión y, las medidas que, de forma urgente, se hayan adoptado o se adoptarán al objeto de solucionar los problemas señalados.

DEFENSOR DEL MENOR DE ANDALUCÍA

Nos interesamos por sendos casos de acoso escolar en Fuengirola y Estepona

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/1720 dirigida a Consejería de Educación, Delegación Territorial de Málaga

- 10 Noviembre 2017

RESUMEN DEL RESULTADO (CIERRE DE QUEJA DE OFICIO)

Como hicimos constar en la apertura de este expediente, es en el contexto del interés, preocupación y firme compromiso de esta Defensoría en contribuir a facilitar la prevención, detección y recuperación de las Víctimas de acoso escolar y ciberacoso, en el que deseábamos tener conocimiento de los casos que se habían producido, casi de manera simultánea, en tres centros docentes malagueños en el pasado mes de marzo.

En el informe que ha sido enviado por la Administración, observamos con enorme satisfacción la rápida respuesta que se dio en cada uno de los casos que fueron expuestos, tanto para proteger a las víctimas, en primer lugar, como para adoptar las medidas correctoras e imposición de las medidas disciplinaras que fueron necesarias para devolver a la normalidad la situación.

29-03-2017 APERTURA DE LA QUEJA DE OFICIO

Hace tan solo unos días, y de manera casi simultánea, aparecieron en todos los medios de comunicación numerosas noticias que hacían referencia a sendos casos de presunto acoso escolar ocurridos en dos centros docentes malagueños, uno situado en la localidad de Fuengirola y el otro en Estepona. Así mismo, aunque tangencialmente, en alguna de las noticias que pudimos leer, se hacía alusión a un tercer caso, ocurrido también en Estepona, por lo que se estaban investigando unas imágenes de una agresión a una menor difundidas por WhatsApp entre cierto alumnado del IES Monterroso, en el que, según parece, estudian los implicados.

En cuanto al ocurrido en el primero de los municipios señalados, en concreto en el IES “Mercedes Labrador” de Fuengirola, cuyo padre del acosado fue el que dio la voz de alarma y comunicó a la Dirección del centro docente las amenazas graves y los insultos que venía sufriendo su hijo por parte de tres compañeros de clase, así como por otro menor escolarizado en otro centro docente.

Por parte del Instituto, de manera inmediata tras conocer los hechos y circunstancias relatadas por el progenitor de la presunta víctima, se incoó el correspondiente Protocolo, el que igualmente concluyó con la imposición de las medidas correctoras procedentes.

En cuanto al caso más difundido ocurrido en Estepona, fueron los progenitores de la presunta víctima los que acudieron directamente a presentar una denuncia a la Policía Nacional, así como posteriormente al centro docente, cuya Dirección procedió conforme correspondía en cuanto a iniciar la tramitación del Protocolo previsto. Por parte de la Policía, además, se investiga la posible existencia de una segunda víctima de este mismo grupo de alumnos.

En cuanto al tercero de los casos antes mencionados, en el IES Monterroso, de Estepona, las noticias no dicen nada más que lo antes señalado, por lo que desconocemos las actuaciones llevadas a cabo por parte del centro docente, así como las conclusiones a las que se hubiera podido llegar en cuanto a víctima y presuntos agresores.

Es en el contexto del interés, preocupación y firme compromiso de esta Defensoría en contribuir a facilitar la prevención, detección y recuperación de las Víctimas de acoso escolar y ciberacoso, plasmado en el Informe Especial que prácticamente con ese título se ha presentado al Parlamento de Andalucía en los primeros días de este mes de Marzo, en el que desearíamos tener conocimiento de los casos que se puedan producir.

La manera en la que se producen, el perfil de los alumnos y alumnas protagonistas, la reacción de los responsables educativos y de las Administraciones competentes... Conocer estos extremos resulta del todo necesario para poder valorar el resultado de las estrategias y medidas hasta ahora implementadas o, si por el contrario, estás resultan insuficientes o inadecuadas, con el único ánimo de poder aportar otras que pudieran resultar más eficaces para tratar de reducir al mínimo estos episodios y, sobre todo, el impacto que pueden causar en las víctimas, considerando como tales no solo a quienes lo sufren, sino también a quienes las protagonizan.

Por ello, y si bien por parte de sus respectivas Direcciones se aplicaron los correspondientes Protocolos, desconocemos los hechos que realmente se produjeron, así como las medidas preventivas que se adoptaron al respecto de las victimas, las medidas correctoras que se aplicaron a los alumnos acosadores y si a nivel aula o curso se han llevado a cabo intervenciones educativas y toma de conciencia por parte del resto del alumnado, lo que resulta del todo imprescindible para la prevención.

En cuanto a los hechos ocurridos en el IES Monterroso, desconocemos absolutamente las actuaciones llevadas a cabo por parte del centro al respecto de las imágenes de la agresión sufrida por una menor y que fueron objeto de difusión entre su alumnado.

Por esta razón, teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, estimamos necesario, y de conformidad con Ley reguladora de esta Institución, proceder a incoar el presente expediente de oficio al objeto de poder conocer con mayor profundidad los casos de acoso señalados.

10-11-2017 CIERRE DE LA QUEJA DE OFICIO

En el informe que ha sido enviado por la Administración, observamos con enorme satisfacción la rápida respuesta que se dio en cada uno de los casos que fueron expuestos, tanto para proteger a las víctimas, en primer lugar, como para adoptar las medidas correctoras e imposición de las medidas disciplinaras que fueron necesarias para devolver a la normalidad la situación.

Como hicimos constar en la apertura de este expediente, es en el contexto del interés, preocupación y firme compromiso de esta Defensoría en contribuir a facilitar la prevención, detección y recuperación de las Víctimas de acoso escolar y ciberacoso, en el que deseábamos tener conocimiento de los casos que se habían producido, casi de manera simultánea, en tres centros docentes malagueños en el pasado mes de marzo.

Solo conociendo cómo se producen, quienes son sus protagonistas, la reacción de los responsables educativos y de las Administraciones competentes, etc, nos permite valorar el resultado de las estrategias y medidas hasta ahora implementadas o, si por el contrario, estás resultan insuficientes o inadecuadas,

con el único ánimo de poder aportar otras que pudieran resultar más eficaces para tratar de reducir al mínimo estos episodios y, sobre todo, el impacto que pueden causar en las víctimas, considerando como tales no solo a quienes lo sufren, sino también a quienes las protagonizan.

DEFENSOR DEL MENOR DE ANDALUCÍA

Nos interesamos por la decisión de unos padres de no llevar a sus hijos al colegio ante los problemas de conducta de un alumno

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/1815 dirigida a Consejería de Educación. Delegación Territorial de Sevilla

- 07 Septiembre 2017

RESUMEN DEL RESULTADO (CIERRE DE QUEJA DE OFICIO)

A través de diversos medios de comunicación social se ha conocido el problema que afecta a los alumnos escolarizados en el 6º curso de Educación Primaria del CEIP Concepción Estevarena de Sevilla, donde padres y madres de los alumnos han acordado no llevar a sus hijos a clase desde el pasado viernes 24 de marzo como medida de presión para buscar una solución a los problemas de convivencia que está generando uno de los alumnos, y que ha motivado, incluso, la baja por ansiedad de una profesora. Es así que las familias vienen demandando desde que el menor en cuestión se escolarizó en el centro una solución para el problema que pasa bien por el cambio de centro educativo a otro con los recursos necesarios para su debida atención educativa, o bien por la dotación al colegio de un profesor de apoyo.

La Administración informa que la situación se ha ido normalizando, los padres han recibido una mejor información, siempre salvaguardando los derechos del menor, bien a través del Inspector de referencia o del Director del centro. En el seguimiento realizado el Inspector ha sido puntualmente informado de la mejora de la situación y de la atención educativa normalizada realizada sobre el alumnado del centro.

03-04-2017 APERTURA DE LA QUEJA DE OFICIO

A través de diversos medios de comunicación social se ha conocido el problema que afecta a los alumnos escolarizados en el 6º curso de Educación Primaria del CEIP Concepción Estevarena de Sevilla, donde padres y madres de los alumnos han acordado no llevar a sus hijos a clase desde el pasado viernes 24 de marzo como medida de presión para buscar una solución a los problemas de convivencia que está generando uno de los alumnos, y que ha motivado, incluso, la baja por ansiedad de una profesora. Es así que las familias vienen demandando desde que el menor en cuestión se escolarizó en el centro una solución para el problema que pasa bien por el cambio de centro educativo a otro con los recursos necesarios para su debida atención educativa, o bien por la dotación al colegio de un profesor de apoyo.

La medida de presión la van a mantener hasta que el colegio adopte alguna decisión, que pasa por proteger a su profesora y al resto de niños.

Las familias también critican la actitud del director del centro, por negarse a poner en conocimiento de las

autoridades lo que estaba ocurriendo.

En este contexto, acordamos iniciar una investigación de oficio ante la Administración a fin de conocer la realidad de los hechos denunciados así como las medidas previstas para solventar el problema suscitado.

07-09-217 CIERRE DE LA QUEJA DE OFICIO

La Administración informa que la situación se ha ido normalizando, los padres han recibido una mejor información, siempre salvaguardando los derechos del menor, bien a través del Inspector de referencia o del Director del centro. En el seguimiento realizado el Inspector ha sido puntualmente informado de la mejora de la situación y de la atención educativa normalizada realizada sobre el alumnado del centro.

DEFENSOR DEL MENOR DE ANDALUCÍA

Preguntamos por el recorte de horario de un monitor para atender a un alumno con necesidades educativas especiales

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/5284 dirigida a Consejería de Educación. Delegación Territorial de Cádiz

- 11 Octubre 2017

Esta Institución ha tenido conocimiento, a través de diversos medios de comunicación social, del problema que afecta un menor, alumno con necesidades educativas especial, escolarizado en un CEIP en la provincia de Cádiz, ante la ausencia de una técnico de integración social.

Según señalan las distintas fuentes de información, desde que comenzó el presente curso escolar 2017/2018, se ha disminuido considerablemente el número de horas que la citada profesional acude al centro educativo -solo diez horas a la semana-, lo que ha provocado un serio problema para el alumnado que precisa de este recurso.

Continúan señalando describiendo las consecuencias que esta decisión acarrea para el alumno de referencia. La monitora que trabajaba en el colegio de Primaria ha sido trasladada al instituto de la barriada y al colegio han destinado a otra monitora que solo acude dos horas al día.

El menor necesita ayuda a la entrada y salida del centro y durante toda la mañana, ya que a sus problemas de atención hay que sumar que no tiene control de esfínteres y sus cuidados son algo que no se pueden prever con un horario. Además, a lo largo del día tiene que bajar al recreo, a la clase de educación física, a las clases de apoyo, y necesita caminar cada cierto tiempo porque tiene dolores de espalda si permanece mucho tiempo sentado. Así dos horas son insuficientes para la atención que el menor precisa.

Teniendo en cuenta los antecedentes relatados, de conformidad con lo establecido en e artículo 10 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, reguladora de esta Institución, y del artículo 4 de la Ley 1/1998, de 20 de noviembre, de los Derechos y Atención al Menor en Andalucía, hemos acordado proceder a incoar el presente expediente de oficio al objeto de poder conocer con mayor profundidad los hechos ocurridos.

DEFENSOR DEL MENOR DE ANDALUCÍA

Preguntamos por los objetivos del plan de actuación en los centros andaluces de educación especial que aún no se han cumplido

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/5407 dirigida a Consejería de Educación. Agencia Andaluza de Evaluación Educativa

- 20 Noviembre 2017

La especial atención que la Defensoría viene prestando al alumnado con necesidades específicas de apoyo educativo nos llevó en el año 2010 a elaborar un Informe especial sobre los centros específicos de educación especial en Andalucía. Un trabajo en el se ofrecía el resultado de una investigación sobre estos recursos, a través de la experiencia de la Institución en la tramitación de las quejas, en atención a los datos facilitados por los sujetos protagonistas en un cuestionario, y de las manifestaciones y reflexiones de las familias, los profesionales y el movimiento asociativo. Unido todo ello a las conclusiones que pudimos deducir de las visitas que el personal al servicio de esta Defensoría realizó a más del 40 por 100 de estos recursos.

Las propuestas de la intervención de la Administración que entendíamos necesarias y convenientes y que, en un sentido u otro, tenían y tienen como finalidad última mejorar la calidad de la atención educativa que está recibiendo el alumnado escolarizado en este tipo de recurso educativo, quedaron reflejadas en un conjunto de Recomendaciones dirigidas en su momento a la Administración educativa.

En cumplimiento de dichas Recomendaciones, por Acuerdo de 20 de marzo de 2012 del Consejo de Gobierno, se aprueba el Plan de Actuación para la Mejora de la Atención Educativa al alumnado escolarizado en centros específicos de educación especial en Andalucía 2012-2015 (BOJA número 64 de 2 de abril de 2012). Dicho Plan tiene establecido 8 objetivos, cada uno de los cuales es objeto de una serie de actuaciones, en el que, además quedan delimitados los agentes implicados y los criterios de evaluación e indicadores.

Desde la aprobación del Plan señalado, esta Institución ha venido realizando anualmente un seguimiento sobre las actuaciones emprendidas para su puesta en funcionamiento. Y así, en abril de 2016, esta Institución pudo comprobar que, finalizada la vigencia del señalado instrumento de planificación, todavía no se habían puesto en práctica muchas actuaciones para la conclusión de determinados Objetivos.

Así las cosas, por aquellas fechas se celebró, en la sede la Institución, una reunión con con representantes de la Consejería de Educación y del movimiento asociativo, donde quedó puesto de manifiesto que los Objetivos 1, 7 y 8, aún no se habían desarrollado. Estos Objetivos se concretan en la definición de los

requisitos de infraestructuras y equipamientos que deben reunir los centros específicos de educación especial; de la adaptación de las normas a las necesidades de estos centros educativos e implantación de los servicios del plan de apertura de centros (aula matinal, comedor, actividades extraescolares y transporte escolar); y del análisis de la plantilla del profesorado y del personal de atención educativa complementaria y elaboración del mapa actual de profesionales en los centros específicos de educación especial (definición de requisitos mínimos mediante norma reguladora).

Fruto de este encuentro surgió el compromiso de la Consejería de Educación de seguir trabajando y avanzando en colaboración con el movimiento asociativo para la consecución de los Objetivos del Plan, si bien, se puso de relieve la complejidad del asunto habida cuenta de que se precisa de la intervención de varios órganos de la Administración educativa.

Hasta la fecha, no consta a esta Defensoría que se hayan definido los requisitos de infraestructura y equipamiento que deben reunir los centros específicos. Tampoco se han determinado los criterios para el desarrollo de la escolarización combinada o el objetivo de considerar a algunos centros específicos de educación especial como centros de recursos. También mencionamos la ausencia de suministro de determinado material o la actualización y sustitución de otros elementos TIC que se han quedado obsoletos o se han estropeado. No olvidemos que uno de los objetivos del Plan era potenciar el uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación a estos recursos y a su profesorado como instrumento para el desarrollo de las competencias del alumnado.

Es preocupante, asimismo, que todavía no se hayan definido los perfiles profesionales de aquellas personas que prestan sus servicios en estos recursos educativos ni se haya determinado la ratio profesional/alumno. No en vano las necesidades educativas especiales de los alumnos en estos centros requieren de intervenciones muy especializadas en una gran diversidad de casos que implican la actuación colegiada de diferentes profesionales.

Esta inquietud debemos hacerla extensiva a los servicios educativos complementarios. Entre los objetivos del mencionado Plan se incluye la adecuación de la respuesta ofrecida a estos niños y niñas en relación con los servicios complementarios y con el Plan de apertura de centros, sin que hasta la fecha se hayan publicado las normas y criterios de implantación señaladas.

Así las cosas, de conformidad con lo establecido en e artículo 10 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, reguladora de esta Institución, y del artículo 4 de la Ley 1/1998, de 20 de noviembre, de los Derechos y Atención al Menor en Andalucía, hemos acordado iniciar una queja de oficio y, a tal efecto, solicitar información detallada acerca las actuaciones desarrolladas a lo largo del año 2017 para el cumplimiento del los Objetivos 1, 7 y 8 del Plan de Actuación para la Mejora de la Atención Educativa al alumnado escolarizado en centros específicos de educación especial en Andalucía 2012-2015.

DEFENSOR DEL MENOR DE ANDALUCÍA

¿Por qué no hay un monitor de educación especial para atender a 16 alumnos con discapacidad en un instituto de Málaga?. Lo investigamos

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/5427 dirigida a Consejería de Educación. Delegación Territorial de Málaga

- 29 Noviembre 2017

Esta Institución ha tenido conocimiento, a través de diversos medios de comunicación social, del problema que afecta a 16 alumnos con discapacidad escolarizados en el IES "Los Llanos de Álora" en Málaga al no contar con un profesional técnico de integración social o monitor que les ayude en su desenvolvimiento diario en el centro.

El conflicto arrancó el curso pasado cuando un niño afectado de hemiparesia (lesión cerebral que da lugar a importantes alteraciones motoras) fue escolarizado en este colegio, y no en el que trabaja su madre como maestra, precisamente porque disponía de recursos apropiados para su atención. Al parecer el centro cuenta con profesoras de Pedagogía Terapéutica y Audición y Lenguaje, pero no dispone de técnico de integración social, que ayude a los docentes con las necesidades comunes y diarias del niño. El argumento que recibieron las familias de las autoridades educativas es que el centro ya dispone de una monitora, lo que también es cierto, pero está adscrita a un aula específica y dedicada al completo a atender a cuatro alumnos con diferentes discapacidades, que en uno de los casos alcanza al 99% de su movilidad, mientras que el niño con hemiparesia estaba escolarizado, de acuerdo con la evaluación técnica a la que fue sometido, en un aula convencional, por lo que difícilmente podía ser atendido por la maestra del aula específica.

El problema ha crecido este curso cuando han llegado ocho niños más con diferentes discapacidades en grados diversos. En esas circunstancias, los progenitores pensaron que este curso no tendrían problema para que los niños contaran este curso con el apoyo de un monitor, además del profesorado especializado en Audición y Lenguaje, y Pedagogía Terapéutica, tal como se le anunció desde la Delegación de Educación en Málaga, sin embargo, lo cierto es que no se ha accedido a la pretensión de las familias, causando con ello un grave perjuicio al alumnado.

Teniendo en cuenta los antecedentes relatados, de conformidad con lo establecido en e artículo 10 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, reguladora de esta Institución, y del artículo 4 de la Ley 1/1998, de 20 de noviembre, de los Derechos y Atención al Menor en Andalucía, hemos acordado proceder a incoar el

presente expediente de oficio al objeto de poder conocer con mayor profundidad los hechos ocurridos.

En consecuencia, a fin de dar a esta queja el trámite ordinario, en base a los artículos 18.1 y 19.1 de la Ley del Defensor del Pueblo Andaluz, solicitamos de la Delegación Territorial de Educación de Málaga la emisión del preceptivo informe sobre los hechos objeto de investigación, y en concreto sobre las razones por las que no se ha dotado del técnico de integración social al IES Los Llanos de Álora, así como las actuaciones programadas para, en su caso, atender a la petición de las familias afectadas.

DEFENSOR DEL MENOR DE ANDALUCÍA

Nos interesamos por el servicio de un comedor escolar en un colegio de Málaga, ante la denuncia de los padres

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/5922 dirigida a Consejería de Educación. Delegación Territorial de Málaga

- 10 Noviembre 2017

Aparecía en la prensa una noticia que hacía referencia al malestar de los padres y madres del alumnado del CEIP "Virgen de Belén", de Málaga, ya que, según manifestaban, llevan dos cursos peleando por conseguir un servicio de comedor digno para sus hijos.

Pese a las reiteradas quejas ante la dirección del centro y a las oportunas reclamaciones a la empresa encargada, según manifestaban, los problemas se continúan acumulando, afectando estos, principalmente, a cuestiones tan básicas como la limpieza de las instalaciones, el mal estado del menaje y, lo que es más importante, la falta de calidad de los alimentos que reciben los 300 niños y niñas que diariamente acuden al comedor escolar.

Miembros del AMPA Las Gaviotas reclaman la intervención de la Consejería de Educación, administración que licita el servicio y ha de velar por el cumplimiento de unas condiciones mínimas aceptables, ya que, aunque confiaban en que tras el verano, el organismo competente pondría solución a los problemas que se habían puesto de manifiesto en varias reuniones celebradas en el curso anterior, no ha sido así.

Un día antes de que arrancasen las clases el comedor estaba sin acondicionar, según los padres y madres, no solo por la falta de higiene, sino también por la falta de material adecuado y de personal, añadiéndose a esto que, tras un mes de funcionamiento del comedor, la comida servida es inadecuada y escasa.

Teniendo en cuenta, pues, los hechos señalados, estimamos necesario, y de conformidad con el art. 10 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, reguladora de esta Institución, proceder a incoar el presente expediente de oficio al objeto de poder conocer con mayor profundidad la cuestión analizada y, en su caso, requerir a la Administración competente para que adopten las medidas oportunas en orden a su resolución.

DEFENSOR DEL MENOR DE ANDALUCÍA

Queremos conocer las medidas para resolver las deficiencias de las instalaciones en un instituto de Sevilla

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/5942 dirigida a Consejería de Educación. Delegación Territorial de Sevilla

- 10 Noviembre 2017

A través de determinadas noticias que se publicaban en algunos medios de comunicación escrita, pudimos conocer los importantes problemas de infraestructuras e instalaciones que sufre el IES “Carlos Haya”, situado en el barrio de Tablada, en Sevilla.

Este centro docente, construido en el año 1976, fue de titularidad del Ministerio de Defensa hasta que en el año 2007 fue cedido a la Junta de Andalucía, de manera que, encontrándonos ya en el 2017, al ya precario estado en el que se encontraba en el momento de su cesión, se suman los diez años en lo que la Administración educativa andaluza no ha llevado a cabo ningún tipo de intervención, según han manifestado los afectados.

Lo más llamativo es que el edificio es del todo inaccesible para personas con movilidad reducida, no contando ni con rampas ni, por supuesto, con ascensor, y eso que hace ya cinco años que la Junta de Andalucía prometió su instalación.

Para ello, según el presidente de la AMPA, incluso acudieron técnicos de la Delegación de Educación para inspeccionar sobre el terreno dónde poder ubicarlo, pero el proyecto, finalmente, quedó en nada, creyendo que el problema estuvo en que, en plena crisis económica, ninguna empresa se atrevió a presentarse a una licitación en la que para realizar las obras correspondientes se exigía adelantar la inversión y, una vez concluida, ser objeto de devolución por parte de la Administración educativa.

También se quejan los padres y madres de la existencia de un depósito de gasoil en el suelo del patio donde los niños y las niñas juegan diariamente a la hora del recreo.

Las deficiencias también afectan a la instalación eléctrica ya que, por obsoleta, se sobrecarga y hace saltar los diferenciales, quedándose sin luz en algunas de las líneas, lo que impide en algunas ocasiones proseguir con las clases.

Pero estas no son las únicas deficiencias importantes del centro, si bien, quizás, las que necesitarían de una urgente intervención, aunque lo que procedería sería realizar una planificación adecuada para poder realizar las adaptaciones y reformas que no se han realizado en los diez últimos años.

Considerando, pues, la anterior información, de conformidad con el art. 10 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, reguladora de esta Institución, y ante la posibilidad de que se estén conculcando los derechos fundamentales establecidos en los artículos 15 y 27 de la Constitución (derecho a la integridad física y derecho a la educación, respectivamente), así como los derechos reconocidos en los artículos 1.a, 112 y 122 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de Mayo, de Educación (derecho a una educación de calidad y a la necesidad de contar con la infraestructura y medios materiales y humanos necesarios para su consecución en igualdad de condiciones) consideramos justificado iniciar, de oficio, un expediente para poder conocer la situación en la que se encuentra el centro educativo en cuestión y, en su caso, las medidas que se habrán de adoptar al objeto de solucionar los problemas señalados.

DEFENSOR DEL MENOR DE ANDALUCÍA

Preguntamos por qué no se ha cubierto la baja de una monitora de educación especial en un instituto de Motril (Granada)

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/6527 dirigida a Consejería de Educación. Delegación Territorial de Granada

- 15 Diciembre 2017

Esta Institución ha tenido conocimiento, a través de diversos medios de comunicación social, del problema que afecta a un alumno con discapacidad escolarizado en el IES Francisco Giner de lo Ríos en Motril (Granada) al no contar con con un profesional técnico de integración social o monitor que les ayude en su desenvolvimiento diario en el centro. Al parecer el problema deriva de la no sustitución de la persona que hasta la fecha venía desempeñando sus funciones al encontrarse en situación de incapacidad temporal.

Según señalan las fuentes informativas, la ausencia de esta profesional debe ser suplida por los padres, los cuales se ven obligados a acudir al Instituto cada vez que el alumno necesita ir al baño, circunstancia que está ocasionando problemas no solo a la unidad familiar sino al propio alumno que está viviendo esta situación con angustia.

Continúan señalando las fuentes informativas que desde la Delegación de Educación se ha puesto en conocimiento del centro y de la familia que se desconoce la fecha en la que se podrá incorporar al puesto de trabajo la persona que sustituya a la profesional técnico de integración social.

Teniendo en cuenta los antecedentes relatados, de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, reguladora de esta Institución, y del artículo 4 de la Ley 1/1998, de 20 de noviembre, de los Derechos y Atención al Menor en Andalucía, hemos acordado proceder a incoar el presente expediente de oficio al objeto de poder conocer con mayor profundidad los hechos ocurridos.

DEFENSOR DEL MENOR DE ANDALUCÍA

Preguntamos por la existencia de pulgas en un colegio de Vélez-Málaga

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/6667 dirigida a Ayuntamiento de Vélez-Málaga

- 27 Diciembre 2017

Se ha tenido noticias a través de muchos medios de comunicación de la denuncia que se ha realizado por parte de la Asociación de Madres y Padres del colegio público Augusto Santiago Bellido de Vélez-Málaga, por la existencia de pulgas en el centro docente.

Su Presidenta señaló que la situación es insostenible, desde el momento en que las picaduras provocadas por estos insectos a los escolares de Educación Infantil y Primaria se siguen produciendo casi a diario a pesar de que hace apenas un mes el colectivo y la dirección del colegio denunciaron una situación similar ante el Ayuntamiento, quejándose también de la aparición de una rata muerta en el patio de recreo del centro.

Tanto madres y padres de los casi 500 alumnos y alumnas que diariamente acuden a este colegio, situado en pleno centro de la ciudad, localizan el origen del problema en una parcela colindante a la que acuden numerosos propietarios de perros a llevar a sus mascotas a que realicen sus necesidades, un terreno que el AMPA han pedido que sea adquirido por el Ayuntamiento y destinado a la ampliación del recinto escolar.

Ante la situación que se describe, considerada por los afectados como un problema de sanidad pública, han amenazado con paralizar las clases y realizar una concentración de protesta ante las puertas del Ayuntamiento, como responsable del mantenimiento del mismo, si no se pone fin a la presencia de las pulgas y roedores en el centro educativo.

Según la presidenta del colectivo de madres y padres, al menos, alumnos de 15 clases del centro han sufrido picaduras en los últimos días, los cuales han tenido que ser llevados por sus progenitores al centro de salud para ser atendidos.

Por esta razón, teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, estimamos necesario, y de conformidad con el art. 10 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, reguladora de esta Institución, proceder a incoar el presente expediente de oficio al objeto de poder conocer con mayor profundidad la cuestión analizada y, en su caso, requerir a la Administración competente para que adopten las medidas oportunas en orden a su resolución.

DEFENSOR DEL MENOR DE ANDALUCÍA

Actuamos de oficio ante el caso de una niña que se quedó encerrada 5 horas en el autobús escolar

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/6684 dirigida a Consejería de Educación. Delegación Territorial de Málaga

- 27 Diciembre 2017

A través de innumerables noticias aparecidas en la prensa, pudimos conocer que una niña de tres años permaneció cinco horas encerrada en un autobús escolar.

La menor llegó «dormida» a las puertas del colegio dentro del vehículo escolar, pocos minutos antes de las 9.00 horas, y por circunstancias que se desconocen hasta el momento, ninguno de los dos monitores responsables y que iban en el interior del vehículo, se dieron cuenta de ello, dejando a la menor encerrada en el autobús toda la mañana.

El autobús se quedó aparcado a las puertas del centro, ya que el conductor cambió de vehículo, no dándose cuenta de lo ocurrido hasta que volvió a recoger el autobús a las 13.00 de medio día.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, estimamos necesario, y de conformidad con el art. 10 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, reguladora de esta Institución, proceder a incoar un expediente de oficio al objeto de poder conocer con mayor exactitud y profundidad como ocurrieron los hechos, así como si se va a adoptar alguna medida que impida que en los sucesivo pudiera ocurrir hechos semejantes.

Investigamos los problemas de estudiantes de bachillerato internacional y procedentes del sistema educativo francés para el acceso a Grados en el curso 2017/2018

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/5187 dirigida a Consejería de Economía y Conocimiento, Comisión de Distrito Único Universitario de Andalucía

- 11 Octubre 2017

Esta Institución ha tenido conocimiento de que la Comisión de Distrito Único Universitario de Andalucía habría acordado no tener en cuenta las asignaturas de especialidad que aparecen registradas en la certificación UNED para estudiantes de bachillerato internacional y procedentes de determinados sistemas educativos extranjeros, exigiendo la superación de materias en la fase específica de las pruebas de admisión.

Esta medida parece ser resultaba potestativa para las Universidades pero sería únicamente en Andalucía donde se habría implantado.

Dada la premura con que fue dictada la normativa para regular la prueba de acceso correspondiente al curso 2017/2018, al parecer se habría producido una inadecuada información por parte de los centros docentes a ciertos alumnos afectados por esta circunstancia, de modo que inicialmente se le habría indicado que no hacía falta que participasen en la prueba de evaluación específica.

Quizás por este motivo desde la Comisión de Distrito Único se les habría ofrecido la posibilidad de presentarse en la prueba de septiembre valorándoles la nota obtenida como si hubiesen concurrido en la fase ordinaria.

Por otro lado, según las quejas recibidas, la Comisión de Distrito Único tampoco habría tomado en consideración la certificación de la UNED acreditativa de la calificación obtenida en los estudios cursados por el sistema educativo francés (baccalauréat).

Las diversas quejas recibidas han puesto de manifiesto el alcance del problema expuesto en relación con la nota de admisión de estudiantes de Bachiller francés, por el número de personas que podrían estar afectadas y por el hecho de que la propia UNED habría informado a las personas que reclaman que ha sido decisión unilateral de las Universidades de Andalucía no aceptar la nota de admisión resultante de la aplicación de la fórmula aprobada por la UNED para expedir la acreditación UNEDasiss. Esta fórmula, según señalan expresamente, sí habría sido admitida por el resto de Universidades españolas.

Ello supone una actuación que entendemos genera una situación de discriminación del alumnado andaluz

frente al resto de estudiantes del territorio español, a quienes sí se habría tenido en cuenta las notas certificadas por la UNED para el acceso a sus respectivas Universidades.

Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas, esta Institución ha estimado oportuno iniciar queja de oficio con objeto de dirigirse a la Administración competente y trasladarle la problemática detectada así como solicitar un pronunciamiento al respecto.

En el curso de esta actuación sería necesario plantear la situación ante la Comisión de Distrito Único Universitario de Andalucía, a la que corresponde las decisiones relativas al ingreso a los estudios universitarios de Grado.

Consideramos que se encuentra afectado el derecho fundamental a la educación (artículo 27 de la Constitución), así como el derecho de todos a acceder en condiciones de igualdad a las Universidades públicas de Andalucía (artículo 21.7 del Estatuto de Autonomía para Andalucía).

Actuamos para mejorar el seguro escolar obligatorio en la Universidad y evitar la exclusión del alumnado mayor de 28 años

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/5238 dirigida a Consejería de Economía y Conocimiento, Dirección General de Universidades, 9 Universidades andaluzas

- 20 Noviembre 2017

Uno de los asuntos tratados en la Jornada de Coordinación entre el Defensor del Pueblo Andaluz y las Defensorías universitarias de las Universidades públicas de Andalucía, celebrada el 23 de marzo de 2017, se refería a la situación de discriminación del alumnado mayor de 28 años en relación al seguro escolar.

El problema se produce por cuanto los mayores de 28 años no pueden acogerse al seguro escolar obligatorio que cubre al resto del alumnado universitario, por lo que quedan sin cobertura o tienen que contratar por su cuenta otro seguro abonando una cuantía notablemente superior a la del seguro obligatorio.

El Seguro Escolar Obligatorio se estableció en la Ley de 17 de julio de 1953 con la edad límite para su aplicación de 28 años (artículo 3). Meses después se aprueban los Estatutos de la Mutualidad dependiente del Servicio de Seguros Voluntarios del Instituto Educación Nacional de Previsión (Orden de 11 de agosto de 1953), que ha de aplicar el Seguro Escolar establecido por la Ley. Ya en el período democrático se aprueban los siguientes reales decretos, uno que fija la cuantía de la cuota del Seguro Escolar (Real Decreto 1633/1985, de 28 de agosto) y otro que incluye en el régimen del Seguro Escolar al alumnado que curse Tercer Ciclo de estudios universitarios conducentes al Título de Doctor (Real Decreto 270/1990, de 16 de febrero). Una vez más, de conformidad con la normativa vigente, en este último se excluyen del Seguro Escolar a estudiantes de doctorado con más de 28 años (artículo 1, apartado Dos).

En todas las universidades andaluzas se informa sobre las limitaciones, requisitos, coberturas y normativa sobre el seguro escolar en sus páginas web e incluso a la hora de formalizar la matrícula. Pero solo algunas ofrecen alternativas de seguro escolar “voluntario o complementario” fruto de convenios con aseguradoras a un precio que en principio sería más económico que si el alumno fuera por su cuenta, pero siempre más caro que el seguro obligatorio que pagan en sus matrículas el resto de alumnos menores de dicha edad (1,12 €).

Así, por ejemplo, en la Universidad de Sevilla se puede contratar un seguro escolar voluntario para mayores de 28 años por 27,05 € con MEDIFIATC seguros, en la Universidad de Jaén por 6 € con AXA ahora con ALLIANZ, en la Universidad de Huelva por 10,52 € con ACE European Group Limited, en la Universidad de Córdoba también con ACE European Group Limited por 19 €, etc.).

Esta voluntariedad del seguro está suponiendo que haya estudiantes universitarios que no tengan seguro,

por ejemplo en el caso de la Universidad de Almería.

Especial mención merece la situación de los alumnos que sobrepasan los 28 años y tienen que hacer prácticas externas curriculares para los que el seguro escolar “voluntario” se convierte en obligatorio por norma, entre otras razones porque las entidades que los acogen en sus prácticas lo exigen como requisito.

En este caso algunas universidades andaluzas han articulado procedimientos "excepcionales", como el caso de la Universidad de Almería que ha asumido el coste del seguro (19,35 € contratado con Mapfre por alumno), o han elaborado de nuevo convenios específicos a través de una fundación como en el caso de la Universidad Pablo de Olavide (Fundación Universidad-Sociedad).

Nos encontramos por tanto ante una situación discriminatoria por edad que entendemos contraviene la propia Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, que en su artículo 46.2.b) recoge el derecho de los estudiantes a la igualdad de oportunidades y no discriminación en la permanencia en la universidad y en el ejercicio de sus derechos académicos.

El desarrollo de este derecho a través de un ordenamiento jurídico obsoleto es el que entendemos debe adecuarse a la evolución actual de la demanda del nuevo perfil de estudiante universitario y del movimiento de la “Universidad de la Experiencia”.

A las circunstancias anteriores hay que sumar que desde el año 1985 se mantiene la misma prima y coberturas del Seguro Escolar.

La cuantía del Seguro Escolar está fijada en 2,24 € por estudiante y curso académico, de los que 1,12 € abona el estudiante y los 1,12 € restantes el Ministerio de Educación.

En cuanto a las coberturas, por ejemplo, la indemnización en caso de accidente que produzca incapacidad será entre 150,25 € y 601,01 €. En concepto de gastos de sepelio por muerte del estudiante se indemniza con 30,05 € (u otra cantidad hasta 120,20 € si el accidente que produjo el fallecimiento tuvo lugar fuera de su localidad de residencia).

Nos encontramos pues con un seguro escolar obligatorio obsoleto, basado en una ley de hace más de sesenta años, que discrimina por razón de la edad al alumnado universitario y ofrece una cobertura claramente insuficiente, a cambio de un coste muy reducido.

Así las cosas, podríamos resumir la situación actual de la siguiente manera:

- Estudiantes mayores de 28 años que sufren discriminación al no poder acceder al seguro escolar obligatorio. Un colectivo que puede ser bastante numeroso ya que, a modo de ejemplo, sólo en la Universidad de Almería en el curso 2016-2017 eran 2.578 y representaban el 18,1% del total.

- Estudiantes menores de 28 años que disfrutan de un seguro escolar obligatorio con un coste exiguo, pero con unas coberturas claramente insuficientes.

- Estudiantes mayores de 28 años que, para disponer de alguna cobertura, han suscrito voluntariamente los seguros ofertados por sus Universidades abonando una cantidad superior a la pagada por el resto de alumnos, pero disfrutando de una cobertura y unas condiciones mejores.

- Estudiantes mayores de 28 años que se encuentran sin seguro de ningún tipo al no haber aceptado suscribir el seguro voluntario ofrecido por las Universidades y no poder acceder al seguro obligatorio. Colectivo que puede ser mayor de lo esperado, por ejemplo en la Universidad de Almería solo 90 alumnos de los 2.578 mayores contaban con algún tipo de seguro, lo que supone un 3,5% del total.

- Estudiantes menores de 28 años que, además de tener seguro obligatorio, han aceptado suscribir el seguro complementario ofrecido por las Universidades para mejorar su cobertura aunque ello suponga

pagar un coste adicional.

- Unos estudiantes mayores de 28 años que, por realizar prácticas externas curriculares en empresas, deben suscribir obligatoriamente los seguros ofrecidos por las Universidades.

- Unas universidades andaluzas que ofrecen a su respectivo alumnado seguros escolares voluntarios y complementarios, negociados con diferentes aseguradoras, con costes dispares y coberturas diferentes.

Ante esta situación, esta Institución, de conformidad con la posibilidad reconocida en el art. 10 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del defensor del Pueblo Andaluz, ha considerado oportuno iniciar una queja de oficio.

En dicha queja, y más allá de las actuaciones y medidas que pueda incorporar cada universidad, se plantean soluciones que podrían ir en las siguientes líneas:

a) Modificar la normativa básica de ámbito estatal donde se eliminase la limitación por edad y se revisaran las cuotas y coberturas del seguro escolar obligatorio.

Entendemos que ésta sería la solución idónea y por ello esta Institución, dado que se trataría de modificar una normativa estatal, considera conveniente trasladar la problemática detectada al Defensor del Pueblo y solicitarle que inicie la investigación correspondiente, si lo estima oportuno.

b) Incluir en los precios públicos de matrícula de las Universidad Andaluzas para todos los estudiantes universitarios andaluces el seguro escolar o como mínimo ofrecérselo a los alumnos de 28 años o más en las mismas condiciones de cuota y coberturas.

Esta posibilidad, planteada por el Defensor de la Universidad de Almería, que implicaría la incorporación del seguro escolar voluntario a los precios públicos universitarios aprobados por Decreto anual del Consejo de Gobierno nos plantea bastantes dudas sobre su viabilidad jurídica, por lo que estimamos oportuno trasladar la cuestión a la Dirección General de Universidades con objeto de recabar su posicionamiento.

c) Pedir la coordinación de las Universidades andaluzas para solicitar conjuntamente a las compañías aseguradoras una oferta de seguro voluntario y complementario, que permita obtener mejores condiciones económicas y de cobertura y se ofrezca por igual a todo el alumnado universitario de Andalucía.

Queremos conocer el posicionamiento de la Junta de Andalucía sobre el establecimiento de criterios objetivos de externalización en el sector público andaluz

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 15/5470 dirigida a Çonsejería de la Presidencia y Administración Local

- 01 Diciembre 2015

En estos últimos años de crisis económica, en la dinámica de las quejas que nos presenta la ciudadanía andaluza y diversos sectores sociales (sindicatos, asociaciones, etc.), viene siendo una constante los planteamientos críticos sobre el fenómeno de la externalización de los distintos sectores de la acción pública andaluza, con especial discrepancia cuando se trata de servicios públicos de especial presencia e intensidad en el bienestar de la ciudadanía (educación, salud, etc.), destacando la incidencia de este fenómeno en los derechos de los usuarios de tales servicios , así como en las condiciones laborales del personal afecto a dichos servicios externalizados. En suma, de discute la eficiencia y eficacia con que suele argumentarse esta modalidad de prestación de servicios a la par que se nos plantea la conveniencia de que los mismos se presten de forma directa por la Administración y sus empleados públicos, o que, subsidiariamente, se garantice el correcto funcionamiento del servicio externalizado conforme a las prescripciones de los correspondientes pliegos de contratación, en tanto estos representan los principios a que ha de ajustarse y el interés general de la ciudadanía.

Desde la perspectiva de esta Institución, la circunstancia de que las externalizaciones se sitúen en el plano de las potestades de autoorganización de los poderes públicos, unido a la ausencia de un marco de referencia (normativo o no) que nos permita fiscalizar su adecuación al mismo, nos impide valorar de si dicha externalización responde, en cada caso particular, a parámetros de razonabilidad, que no de legalidad, espacio este último en el que únicamente puede operar nuestra actuación de fiscalización.

El que la Administración decida, para un determinado cometido, que este sea prestado de forma directa por sus propias estructuras organizativas ordinarias o de forma indirecta a través de un sujeto privado (como usualmente se realiza en determinados sectores de actividad: limpieza y mantenimiento de inmuebles, mantenimiento de bienes de equipo, asesoramiento técnico especializado, construcción de infraestructuras, etc.), conlleva una importante consecuencia jurídica como es la de trasladar la responsabilidad de su gestión hacia el sujeto privado que la asume contractualmente, pasando de un sistema de responsabilidad patrimonial (público) a un sistema de responsabilidad civil (privado).

El amplio uso que de la externalización se viene haciendo por las distintas Administraciones respecto a una heterogénea áreas de actividades y tareas administrativas plantea la duda de cuáles son los *límites* que pueden jugar a la hora de su traslación al ámbito privado, ajeno al sector público, pues a nadie se

escapa que la externalización se viene extendiendo a sectores anclados en clásicos ámbitos de la soberanía o poder.

La doctrina pone énfasis, y la práctica administrativa lo evidencia, que la externalización de determinadas parcelas de la acción pública no suele ser objeto de sopesado análisis previo a la adopción de la decisión externalizadora, como tampoco producto de una planificación y diseño en su implementación, y ciertamente deficitaria en su fase de seguimiento (control y evaluación), circunstancia que contrasta con el amplio uso que de esta figura se hace por parte de las distintas Administraciones como demuestran las ingentes licitaciones que a diario publicitan los boletines oficiales, lo que a todas luces evidencia que al actual modelo organizativo de la Administración pública omite esta parcela externalizadora, de amplia presencia en los diversos ámbitos de la acción pública (sanidad, educación, servicios sociales, obras públicas, etc.).

Puede pues, afirmarse que las Administraciones Públicas suelen carecer de un modelo de externalización que a la par que fije los criterios estandarice el proceso de esta técnica de gestión en sus sucesivas fases de adopción, implementación y seguimiento.

Desde nuestra perspectiva cabe reclamar, como planteamiento previo, la necesidad de que se determinen las potestades públicas o servicios públicos no susceptibles de externalización, aquellas que intuimos como el núcleo duro e irreductible, irrenunciables e indisponibles implícitas a la autoridad del Estado, que identificamos con las de orden público, defensa nacional, jurisdicción, disciplina fiscal, funciones de decisión política, condiciones de acceso a las prestaciones públicas, funciones de ejercicio de autoridad y potestad sancionadora, etc., pues aunque la exhaustiva enumeración de tales funciones resulte prácticamente imposible, ello no impide que se pueda establecer unos criterios que delimiten en qué casos intervienen potestades publicas de “poder público” o “autoridad” de trascendencia jurídica en los derechos o situación jurídica de la ciudadanía, y que precisamente por la relevancia de dichas características han de estar revestidas de las notas de objetividad e imparcialidad. Dichos criterios son los que han de fundamentar que, por ejemplo, el remedio a las sobrecargas de asuntos sometidos a los juzgados y tribunales no pueda ser externalizado a favor de despachos de profesionales del Derecho y si, en cambio, serlo el de la sanidad pública en pruebas diagnósticas o intervenciones quirúrgicas a través de la concertación con la sanidad privada.

Así pues, distinguimos dos niveles de potestades o servicios externalizables, un primero comprensivo de aquellas de ubicación próxima a los ámbitos de autoridad o poder público susceptibles de gestión privada acompañadas de estrictos y específicos mecanismos de control (por ej. servicios sanitarios, educativos o sociales que incidan en derechos fundamentales de la ciudadanía) y, un segundo nivel constituido por otros ámbitos de las competencias administrativas de escasa o nula incidencia en las citadas potestades públicas (limpieza, mantenimiento, etc.), respecto a las cuales resultan suficientes los mecanismos de control ordinarios establecidos en la legislación de contratación administrativa y en los correspondientes pliegos.

En lo que se refiere al proceso de externalización, sentada la posibilidad de dicha opción, cabe situar la justificación de acudir a la externalización de la tarea o función, debiendo plantease si su gestión puede abordarse directamente desde la estructura administrativa o si conviene, desde la perspectiva de la optimización, externalizarla (o en su caso recuperarla), lo que requiere el análisis pormenorizado de las características y oportunidades del mercado de provisión. A este respecto resulta unánime la recomendación de que el recurso a la externalización se acuerde exclusivamente en los casos y circunstancias que razonadamente se estime imprescindible.

Adoptada la decisión de externalizar, procede determinar la modalidad contractual y el perfil del proveedor externo así como el diseño de la externalización y el establecimiento de las condiciones para la contratación, cuya articulación se corresponde con el redactado de los pliegos de condiciones del contrato, en el que se han de recoger las especificaciones de los estándares del servicio, prestación o tarea.

Finalmente, el control y evaluación de la gestión externalizada se convierten en elementos esenciales de la calidad de la prestación o servicio, igualmente a articular en los correspondientes pliegos, introduciendo los indicadores, cuadros de mando y cuantos elementos de control ayuden a un control óptimo de la calidad con que se prestan. La evidencia empírica nos demuestra que si bien está ampliamente asentada la práctica de control, no puede decirse lo mismo de la evaluadora, de gran desarrollo teórico como escaso de operatividad práctica, por la ausencia de indicadores y de la cultura de evaluación en esta parcela de actividad.

Ciertamente, la inexistencia de un proceso externalizador, y la correlativa ausencia de criterios e indicadores, tiene su evidencia en la carencia en nuestras estructuras administrativas de "unidades especializadas" de externalización de prestaciones y servicios, que a la postre pone en duda los fundamentos de eficiencia y eficacia de la gestión, como también la puesta a disposición de prerrogativas de Derecho público en manos privadas.

En este sentido, sobre la necesidad de introducir criterios de externalización se decanta el reciente Informe sobre la reforma de las Administraciones Públicas elaborado por la Comisión para la Reforma de la Administración (CORA), aprobado por el Consejo de Ministros de 21 de junio de 2013, en su apartado 11 relativo a *"Medidas estratégicas en materia de empleo público",* que en relación a la optimización de los recursos humanos por vía de reasignación de efectivos excedentarios en sectores de actividad externalizados, se postula a favor de la "*identificación de aquellas funciones que, estando externalizadas, pueden, mediante dicha reasignación, ser objeto de "internalización", así como la fijación de "criterios estrictos para determinar qué funciones pueden ser objeto de externalización".*

En lo que a iniciativas autonómicas comparadas se refiere, traemos aquí aquí a colación la iniciativa del Gobierno Vasco, que por Acuerdo de 19 de octubre de 2010, establece los *criterios de externalización de servicios* a que ha de sujetarse el sector público vasco (excluidos los contratos de gestión de servicios, contratos privados de la Administración, los convenios de colaboración entre entidades públicas así como los supuestos de provisión de servicios con medios propios dotados de personalidad jurídica diferenciada - sin subcontratación del servicio).

Nos interesamos por la situación laboral y la calidad del servicio que prestan los centros de trabajo de Cita Previa de Salud

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 17/2851 dirigida a Consejería de Salud, Empresa de Emergencias Sanitarias

- 15 Enero 2018

En el expediente de queja arriba referenciado, que ruego cite al contestar, la representación sindical de CGT Andalucía y de dicha organización sindical en Salud Responde (Cita Previa Sevilla), con fecha 17 de mayo de 2017, nos plantea la situación de los trabajadores de los centros de teletrabajo de este servicio ante las condiciones laborales en que deben desarrollar sus funciones, que repercute en un mal servicio a la ciudadanía y de lo que hacen responsable a la Consejería de Salud.

ANTECEDENTES

1. Las personas promotoras de esta queja, nos trasladan la situación que, en su opinión, *"hace padecer la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía a los trabajadores y trabajadoras en los Centros de Teletrabajo para cita previa de Salud en colaboración con Salud Responde en Andalucia, al tenerlos en manos de empresas contratistas privadas de tele-marketing manteniendo un servicio a costa de la explotación laboral de sus empleados/as, de ofrecer un mal servicio a la ciudadanía y de lucrarse económicamente con el dinero de los impuestos de los andaluces".*

Según los interesados, el pliego regulador de la licitación describe las condiciones de la contratación de plataformas externas como Centros de Teletrabajo que aporten los recursos humanos y materiales necesarios para que colaboren con Salud Responde en el servicio de cita previa en los centros de salud del Sistema Sanitario Público de Andalucía.

Consideran que en el Pliego de Prescripciones Técnicas de Contratación de este servicio se omite la subrogación de trabajadores/as, a diferencia de la misma licitación de Salud Responde o de las Emergencias del 061, también dependientes de la Empresa Publica de Emergencias Sanitarias (EPES), en las cuales se específica como requerimiento, dando así la posibilidad a las empresas contratistas de este servicio para deshacerse de trabajadores/as con muchos años de experiencia en el mismo. Con esta actuación administrativa, a juicio de los interesados, no solo se viola el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores (ET) sino también lo establecido al respecto en el Convenio colectivo del sector de Contact Center que es de aplicación a las plantillas.

En la mencionada licitación consideran que se habría incumplido igualmente la reciente "*Ley de Cláusulas Sociales aprobada en el Parlamento de Andalucia*", ya que no se respetan esas mencionadas cláusulas de garantías mínimas para Ios/as trabajadores/as.

Asimismo, nos indican que dicho Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) se recoge expresamente que: *"Cada adjudicatario prestará el servicio desde un único centro de trabajo ubicado en Andalucía y éste debe reunir los requisitos necesarios para poder hacer llegar hasta él un punto de acceso a datos de la Red Corporativa de la Junta de Andalucía. Circunstancia ésta que no se da en la actualidad ni está previsto en la licitación en marcha, cuestión que además de incumplir el PPT difiere absolutamente del resto de servicios subcontratados de EPES 061 como son Salud Responde que cuenta con un centro de atención telefónica ubicado en la ciudad de Jaén dentro del recinto hospitalario o 061 que cuenta con 8 centros de coordinación de emergencias específicos, uno en cada capital de provincia de Andalucia".*

Y, afirman que: *"(...) la gravedad de la situación es aún más seria, los trabajadores/as actualmente activos en Cita Previa, como podemos comprobar en los propios cuadrantes de servicios, son muy inferiores a los previstos en los dimensionamientos que asumen las empresas cuando aceptan el contrato: es decir, no se cubren los turnos con las personas necesarias para atender las necesidades de la población, creándose colas de llamadas. Este hecho no solo conlleva sobrecargas de trabajo hacia quienes prestan servicios en turnos de saturación y estrés insostenibles sino que revierte negativamente en la calidad del servicio hacia la ciudadanía. Estamos ante un servicio esencial y los trabajadores/as somos conscientes de ello, pero no es permisible que se les impida el libre ejercicio del derecho de Huelga al amparo de decretos de la propia Junta de Andalucía, que reiteradamente vienen siendo declarados como abusivos y vulneradores del Derecho Fundamental a la huelga por sentencias del TSJA sala de lo Contencioso Administrativo".*

2. Tras la correspondiente petición de informe sobre estas cuestiones a la Empresa Publica de Emergencias Sanitarias (EPES), con fecha 30 de junio de 2017, nos responde que la contratación de las plataformas externas que colaboran con Salud Responde para prestar el servicio de Cita Previa con los centros de salud se lleva a cabo mediante licitación pública, adjudicando por lotes un porcentaje de la actividad. Las empresas adjudicatarias deben prestar el servicio desde uno de sus centros con el requisito de que esté ubicado en Andalucía, requisito que indican que cumplen las tres empresas adjudicatarias del mismo que comenzaran a prestarlo a partir de 1 de julio.

Afirma, asimismo, que está llevando a cabo el seguimiento del proceso de traspaso del servicio a las nuevas adjudicatarias, no estando prevista la subrogación en el convenio colectivo de aplicación a estas empresas. Señalando que la no inclusión en el PPT de la cláusula de subrogación obligatoria, se debe a que no se cumplen los requisitos necesarios para ello. A estas razones haremos referencia a continuación en el apartado de Consideraciones.

A este respecto, ponen también de manifiesto que en diversas sentencias emitidas por tribunales, tanto administrativos como judiciales, se está declarando la nulidad de los pliegos al establecer en ellos la obligación de subrogación del personal que viene prestando servicio, sin perjuicio de que la subrogación deba producirse en virtud de los acuerdos que puedan incorporar los convenios colectivos aplicables

Por último, en relación con la calidad del servicio, nos trasladan que Salud Responde ha obtenido en la última encuesta de satisfacción realizada a las personas usuarias del servicio de cita previa un 9,5 sobre 10. Por otra parte, el tiempo de gestión de una cita con atención primaria es inferior a 75 segundo, compromiso recogido en la carta de servicios y cuyo seguimiento se publica anualmente en el Portal de Transparencia de la Junta de Andalucía. Adjuntan para ello copia de seguimiento de 2016 de los compromisos adquiridos en su carta de servicios.

En base a este planteamiento, esta Institución realiza las siguientes

CONSIDERACIONES

Primera.- Subrogación de los trabajadores de la anterior empresa contratista.

Una de las cuestiones principales que se plantean en esta queja es el de la omisión, en las condiciones de licitación del servicio objeto de contratación, de la subrogación de los trabajadores que lo venían prestando en la anterior adjudicataria por parte de la nueva empresa a la que se adjudique el mismo. La

EPES, en su contestación, señala al respecto que:

> *"Está llevando a cabo el seguimiento del proceso de traspaso del servicio a las nuevas empresas adjudicatarias y de la aplicación de la regulación prevista en la normativa laboral y en lo establecido en el convenio colectivo del sector de contact center, en el que no contempla la subrogación, pero si la incorporación de los trabajadores de las empresas que venían prestando el servicio a las nuevas empresas adjudicatarias de modo que la plantilla de la nueva empresa se integre en un 90% con personal que estaba contratado en el servicio por la anterior empresa conforme a lo establecido en el artículo 18, sin perjuicio de los derechos preferentes de otros trabajadores como los derivados de la aplicación del artículo 17.*
>
> *Sobre la no inclusión en el pliego de prescripciones técnicas de la cláusula de surbrogación obligatoria, indicarle que se debe a que no se cumplen los requisitos necesarios para ello. Por una parte, que los trabajadores presten sus servicios en centros propios de EPES y que estos servicios correspondan exclusivamente a la actividad contratada por EPES. Y por otra, que el volumen de actividad contratada y por tanto el volumen de empleo inducido se mantenga en el tiempo. Éstas dos condiciones no se dan en la contratación del servicio de cita previa, dado que los trabajadores prestan servicio desde plataformas externas propias de las empresas adjudicatarias y pueden estar adscritos a diferentes líneas de servicio además de la de cita previa. Y además, el volumen de cita se ha reducido un 67% entre los años 2009 y 2016, como consecuencia del mayor uso de la App e interSAS por los usuarios como vías alternativas para gestionar sus citas previas con atención previa.*
>
> *Estos requisitos sÍ se dan sin embargo para la contratación de los servicios de teleoperación de los centros coordinadores de urgencias y emergencias de 061 y de Salud Responde, donde los trabajadores de las empresas adjudicatarias prestan el servicio desde centros de EPES y el volumen de actividad es mantenido en el tiempo. Por estos motivos en los pliegos de contratación de estos servicios se establece la subrogación para el 100% de los trabajadores".*

En relación con esta cuestión, ha de tenerse en cuenta que para que se produzca la sucesión de empresa prevista en el art. 44 ET, según se establece en su apartado 1, se deberá transmitir una unidad productiva autónoma. Tras la reforma del art. 44.2 ET por la Ley 12/2001, de 9 de julio (que traspuso la Directiva 2001/23/CE), a los efectos de lo previsto en dicho artículo, *"se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria"*.

Con carácter general, se viene considerando que nos encontramos ante una unidad productiva autónoma cuando lo que se transmite *"es un conjunto organizado y no unos elementos patrimoniales aislados"* (STS de 16 de julio de 2003).

A este respecto, resulta muy ilustrativa la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2015 que, con motivo de un cambio de empresa adjudicataria de servicios de contac center, considera que no se produce la sucesión de empresas prevista en el art 44 ET, señalando en su Fundamento de Derecho Cuarto. 2 que: "*según se desprende de lo que ordenan las normas comunitarias y estatales que se acaban de reseñar, es evidente que para que se pueda apreciar la existencia de sucesión de empresa, conforme a las mismas, es de todo punto necesario que se haya producido la transmisión de una "entidad económica" formada o estructurada por "un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica". Es claro, por consiguiente, que si no se produce la cesión de ese conjunto de medios organizados difícilmente podrá existir traspaso o sucesión de empresas. De ahí que, en principio, no puede calificarse de traspaso o sucesión de empresa la mera cesión de actividad o la mera sucesión de plantilla*".

Precisa en este caso, en el apartado 3 de este Fundamento Jurídico, que *"el problema es determinar no el alcance del artículo 18 del Convenio de aplicación, sino si, conforme al art. 44 del E.T., ha existido sucesión de empresa porque en caso contrario se aplica el Convenio Colectivo, cuyo art. 18 establece*

disposiciones con las que pretende garantizar e incentivar la contratación de empleados de la antigua contratista, pero sin llegar tan lejos como el art. 44 del E.T.” Concluyendo que *“a la vista de los antecedentes fácticos y jurídicos reseñados, procede desestimar el motivo del recurso examinado, dado que entre la nueva y la antigua contratista no ha existido ningún negocio sobre la transmisión de la actividad y de los medios materiales e infraestructuras necesarios para el desarrollo de una actividad que necesita de inmuebles, sistemas informáticos, de telefonía y de comunicaciones, entre otros medios materiales para su desarrollo. Como dijimos en nuestra sentencia de 15 de julio de 2013, antes citada y que fue dictada en un caso similar: "El cambio de contratista en estas condiciones no encaja en el art. 44-2 del E.T., ni en el 1-1 de la Directiva 2001/23, porque no se ha transmitido un conjunto de medios organizados para llevar a cabo una actividad económica y si se ha dado ocupación a la totalidad o parte de la plantilla anterior ha sido para cumplir lo dispuesto en el art. 18 del Convenio Colectivo ...".*

En este caso, por tanto, mas que sucesión de empresa nos encontramos ante un supuesto de subrogación convencional que se produce en aquellos casos en que el convenio sectorial de aplicación establece para la empresa contratante la obligación de subrogarse en los trabajadores adscritos a la anterior contrata. Así, tanto el art 18 del V como del VI Convenio Colectivo estatal del sector de Contact Center contemplan este tipo de subrogación que tiene sus límites al obligar a la nueva adjudicataria a integrar en su su plantilla al 90% del personal de la anterior, constituyéndose una bolsa de trabajo para los que habiendo superado el periodo de selección no entren en el porcentaje fijado para cada campaña.

Por su parte, según nos indica EPES en el informe solicitado se está llevando a cabo *“el seguimiento del proceso de traspaso del servicio a las nuevas empresas adjudicatarias y de la aplicación de la regulación prevista en la normativa laboral y en lo establecido en el convenio colectivo del sector contact center”* en los términos antes indicados.

Asimismo, en cuanto a la reubicación de trabajadores de Ilunion adscritos al servicio de Cita Previa de Salud Responde, como anterior empresa adjudicataria, EPES nos comunica, en escrito remitido con fecha 22 septiembre de 2017, que *“han sido reubicados en otros servicios dentro de Ilunion, como es el caso de los trabajadores mencionados, o han recibido propuestas de contratación por las nuevas empresas adjudicatarias del servicio, conforme a lo establecido en el convenio del sector”.*

No se aprecia, por tanto, una actuación contraria a la legalidad en vigor por parte de la Administración contratante, sin perjuicio de las consideraciones que haremos a continuación.

Segunda.- Requerimientos del Centro de Trabajo.

En relación con las consideraciones que nos trasladan las personas promotoras de esta queja sobre los requerimientos del Centro de Trabajo, el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) que rige la contratación de este servicio, prevé que se podrá adjudicar por lotes, y en su punto 3 establece que “*cada adjudicatario prestará el servicio desde un único centro de trabajo ubicado en Andalucía y éste debe reunir los requisitos necesarios para poder hacer llegar hasta él un punto de acceso a datos de la Red Corporativa de la Junta de Andalucía*”, determinándose a continuación las condiciones, infraestructuras y requisitos que se exigen para el desarrollo de este contrato.

De acuerdo con las normas que rigen esta contratación, los requerimientos del centro de teletrabajo posibilitan que el servicio se preste desde un único centro de trabajo ubicado en Andalucía, condición que cumplen las empresas adjudicatarias que prestan este servicio: *“Indra BPO Servicios, S.L.U. (desde su centro en Sevilla), Atento Impulsa, S.A.U. (desde su centro en Sevilla) y Centro de Asistencia Telefónica, S.A. (desde su centro en Málaga)”*.

Por lo que, en principio, se cumplen las prescripciones técnicas exigidas por los pliegos que rigen la contratación de este servicio a efectos de *“requerimientos de centro de trabajo”.*

Tercera.- Inclusión de Cláusulas Sociales.

En el escrito de queja se señala que en la licitación de este servicio se habría incumplido la reciente *"Ley de Cláusulas Sociales aprobada en el Parlamento de Andalucia, ya que no se respetan esas mencionadas cláusulas de garantías mínimas para Ios/as trabajadores/as"*.

a) Las cláusulas sociales en la contratación pública

La previsión de mecanismos que permiten introducir en la contratación pública cláusulas de tipo social y ambiental, configurándolas como condiciones especiales de ejecución del contrato o como criterios para valorar las ofertas, fue incorporada a nuestro Ordenamiento Jurídico por la derogada Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que transpuso las directrices de la Directiva 2004/18/CE, incluyendo innovaciones sustanciales en lo que se refiere a la preparación y adjudicación de los negocios jurídicos sujetos a la misma, configurando una estructura que permite acoger pautas de adecuación de los contratos a requerimientos éticos y sociales. Dicha regulación se mantiene actualmente en Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y se refuerza con las nuevas Directivas sobre contratación, aprobadas por el Parlamento Europeo el 15 de enero de 2014 y publicadas en DOUE el día 28 de marzo, que sustituyen a las Directivas 2004/2017 y 2004/2018, y en especial con la Directiva 2014/24/UE .

La Directiva Europea 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, considera que la contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020, constituyendo un mecanismo idóneo para incidir, de manera positiva, en el desarrollo de las políticas sociales y medioambientales a través de la introducción en los procedimientos de contratación de cláusulas de contenido social y medioambiental que fomenten que las empresas adopten medidas de responsabilidad social.

Las consideraciones sociales deben integrarse en todo el ciclo contractual y tienen que estar presentes en el proceso de selección de las empresas contratistas que ofrezcan obras, servicios o suministros con el objetivo de encontrar una relación equilibrada entre la calidad y el precio, pero a la vez potenciando los valores y las prácticas de un modelo de empresa con responsabilidad social, que debe redundar en la eficiencia y calidad de la prestación y aportar una eficiencia social al contrato.

La contratación pública, además de los factores económicos, debe considerar todos los factores que intervienen en la adquisición de bienes y servicios, como los ambientales, así como las condiciones sociales y laborales del proceso productivo y de ejecución del contrato.

La incorporación de estas medidas a la contratación pública constituye ya una necesidad ineludible para las entidades contratantes del sector público. A partir de la Directiva 2014/24/UE, la doctrina jurisprudencial y, especialmente, la sustentada por los Tribunales de Recursos Contractuales y las Juntas Consultivas de Contratación, ha venido mostrándose partidaria de la inclusión de estas cláusulas sociales en la contratación pública, que están dando paso a la incorporación obligatoria de condiciones de licitación, criterios de adjudicación y condiciones de ejecución relativas a los derechos laborales de las personas que van a llevar a cabo la ejecución del contrato.

A este respecto, resulta muy ilustrativa la consideración que se contiene en la Resolución nº 17/2017, de 18 de enero, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid: *"(…) en el momento actual se aprecia una tendencia legislativa y jurisprudencial favorable a la inclusión de criterios sociales en la contratación, con el objetivo de conseguir una contratación socialmente más responsable, que necesariamente requiere incorporar en los procedimientos contractuales objetivos específicos de política social, como fomentar la estabilidad y calidad en el empleo, promoción de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, responsabilidad social de las empresas, las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar, inserción de personas discapacitadas, etc. Esta tendencia se plasma de forma expresa en las nuevas Directivas de contratación que se refieren a la "contratación estratégica"*, que permite implementar con la contratación pública las políticas públicas en áreas que se consideran esenciales, pudiendo plantearse atender este objetivo mediante la inclusión de cláusulas sociales o bien mediante el

establecimiento de criterios de adjudicación al efecto".

Por otra parte, el Considerando 39 de la Directiva 2014/24/UE, prevé la posibilidad de incluir cláusulas sociales en los pliegos de la contratación, indicando que *"también debe ser posible incluir cláusulas que garanticen el cumplimiento de convenios colectivos, de conformidad con el Derecho de la Unión, en los contratos públicos. El incumplimiento de las respectivas obligaciones podría considerarse una falta grave del operador económico, pudiendo acarrearle su exclusión del procedimiento de adjudicación de un contrato público"*.

Estos principios también han sido incorporados por la Junta de Andalucía al ámbito de su contratación pública. Así, mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno, de 18 de octubre de 2016 (BOJA núm. 203, de 21 de octubre), se impulsa la incorporación de cláusulas sociales y ambientales a la contratación pública en su ámbito, a fin de comprometer a las empresas adjudicatarias de licitaciones de este sector público a dar cumplimiento, junto con el objeto propio del contrato, a determinados objetivos de política social y medioambiental que se estiman de interés general.

De este modo, en el apartado primero de dicho Acuerdo, al delimitar su ámbito de aplicación, se establece que tendrá por objeto: "*la incorporación de cláusulas sociales y ambientales en los contratos que celebre la Administración de la Junta de Andalucía y sus entes instrumentales, con el fin de contribuir a la promoción y consolidación de un tejido empresarial sostenible, la apuesta por un empleo de calidad, con un fuerte compromiso social y ambiental así como a la consecución de un sistema de contratación pública sostenible, que aúne política social, balance social y redistribución equilibrada de la riqueza, profundizando en las raíces de un Estado del bienestar que promueva la igualdad de oportunidades, pensando en el propio bienestar de generaciones venideras".*

Para la aplicación de este Acuerdo, la Junta de Andalucía tiene previsto aprobar una Guía para la inclusión de cláusulas sociales y medioambientales en el ámbito de su contratación administrativa y que, una vez entren en vigor, deberán ser incluidas en los pliegos que rigen la contratación del sector público andaluz para la adquisición de bienes o servicios.

En el proyecto de Guía que se ha dado a conocer por la Junta de Andalucía, entre las cláusulas de contenido socio-laboral que se plantea incluir en los pliegos rectores de la contratación cuando esta implique la contratación de personal, se distingue entre aquellas que tienen por objeto garantizar el cumplimiento de la normativa laboral (pago salarial a los trabajadores conforme a lo fijado en los convenios; obligación de estar al corriente de pago de las nóminas del personal que participe en la ejecución del contrato; no haber sido sancionado por faltas muy graves en materia medioambiental o social; para la empresas con 50 o más trabajadores en plantilla contar, al menos, con un 2% de personas con discapacidad en la misma…) y aquellas otras que pretenden mejorar las condiciones de los trabajadores de los contratistas más allá de lo establecido en las normas laborales.

En cuanto al cumplimiento de las obligaciones de índole laboral que se imponen al contratista, constituye una exigencia de naturaleza legal, tanto para la empresa adjudicataria en orden a su cumplimiento, como para la entidad pública contratante en orden a velar por su control. Así, en el art. 18.2 de la Directiva 2014/24/UE ya se establece que se adoptarán *"las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X"*.

En esta línea, la referida Directiva Europea establece, incluso, en sus artículos 56.1 y 57.4.a), que los poderes adjudicadores podrán decidir excluir de la licitación a un operador económico o no adjudicar un contrato al licitador que presente la oferta económicamente más ventajosa, cuando hayan comprobado que dicho operador o la oferta no cumplen las obligaciones aplicables contempladas en el citado art. 18.2 de la Directiva.

Con respecto a las cláusulas sociales a incluir para mejorar las condiciones de los trabajadores, ya en la propia exposición de motivos del Acuerdo del Consejo de Gobierno de 18 de octubre de 2016 se hace referencia a los principios que se persiguen con esta iniciativa en relación con el empleo: calidad y mantenimiento. Para dar cumplimiento a estos principios, en el proyecto de Guía se recomienda la inclusión en los pliegos de una serie de cláusulas tendentes a posibilitar el cumplimiento de esos objetivos de política social, entre las que podemos citar, entre otras:

- La concesión de puntos extra para los licitadores que presenten medidas concretas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar que mejoren los mínimos fijados por ley.

- La mayor valoración de las ofertas que se comprometan a la creación de nuevos puestos de trabajo por cuenta ajena, con duración igual o superior a un año, a jornada completa o parte proporcional siempre que dicha jornada sea igual o superior al 50%.

- También, en menor medida, por cada puesto de trabajo creado o a crear por cuenta ajena con duración inferior al año a jornada completa o parte proporcional siempre que dicha jornada sea igual o superior al 50%.

- Valoración del compromiso de realizar las nuevas contrataciones que fueran necesarias entre personas con "*dificultades para la inserción laboral*".

- Valoración adicional del compromiso, en aquellos sectores con menor índice de ocupación femenina, de contratar a un mayor número de mujeres.

b) Aplicación de las cláusulas sociales

Para la aplicación de las cláusulas sociales en la contratación administrativa, resulta oportuno traer a colación el Informe 1/2015, de 17 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, sobre integración de aspectos sociales, laborales y medioambientales en la contratación pública que realiza una serie de consideraciones generales sobre la inclusión de las mismas, estableciendo como líneas generales de su admisibilidad:

"a) En primer lugar, es imprescindible acotar de alguna manera el ámbito de aplicación, ya que cláusulas como la propuesta solo tienen sentido cuando se contraten prestaciones en las que el componente económico fundamental venga constituido por el coste de la mano de obra, o en las que se incorporen cláusulas de subrogación de trabajadores.

b) En segundo lugar, y no menos importante, además de adaptarse según el objeto y tipología de contrato, su inclusión requiere de una evaluación previa para determinar la idoneidad de incluirla e, incluso, su alcance temporal. Salvo que el Gobierno de Aragón se dote de algún instrumento normativo que establezca su obligatoriedad o, en su caso, la recomendación, de su inclusión en las licitaciones, su incorporación en cada caso dependerá de la decisión del órgano de contratación competente, valorando las circunstancias de la concreta licitación.

c) En tercer lugar, la cláusula debe incorporar los necesarios parámetros objetivos para determinar cuando la obligación se entiende cumplida; debe establecerse un importante y responsable control por la Administración en la fase de ejecución del contrato, que permita aplicar con rigor la cláusula; y sus consecuencias («supresión» de la prórroga o resolución del contrato) deben también acotarse en cada caso".

En todo caso, conviene advertir que no incumbe a la contratación administrativa garantizar el cumplimiento de la normativa laboral, correspondiendo esta función a los mecanismos implementados para la defensa específica de estos derechos (inspección, medidas sancionadoras, medidas de fomento, etc.).

Por tanto, con la inclusión de estas consideraciones de índole social en la contratación pública, no se pretende imponer una política de contratación laboral determinada, ni legislar socialmente. Será el órgano de contratación, considerando el objeto del contrato que se licita, el sector de actividad económica en el que se integra y las circunstancias en que se desenvuelve la ejecución del contrato, el que deba decidir que tipo de cláusulas socio-laborales son más idóneas para asegurar la mayor eficiencia en la ejecución del contrato y alcanzar esos objetivos de política social que se estiman de interés general.

En este contexto, una vez examinados los pliegos que rigen la contratación del servicio de Centros de Teletrabajo para Cita Previa de Centros de Salud en colaboración con Salud Responde, aprobados con fecha 18 de enero de 2017, observamos que se limitan a incorporar la obligación general que tiene la empresa contratista de cumplir con la normativa laboral para la ejecución del contrato, sin que, en cumplimiento de las directrices que marca la Directiva 2014/24/UE, se concreten medidas de control para asegurar el cumplimiento por parte del operador económico de las obligaciones laborales que debe observar, así como las consecuencias de su incumplimiento, que pueden llegar a la resolución del contrato, de conformidad con lo establecido en el art. 223 del TRLCSP.

Asimismo, aún cuando en los pliegos se incluyen algunas cláusulas ambientales y sociales, en la línea que marca para las entidades públicas de la Junta de Andalucía el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 18 de octubre de 2016, adolecen de cláusulas socio-laborales que permitan promover el cumplimiento de uno de los objetivos perseguidos en este ámbito como es el de alcanzar mayores cotas de empleo estable y de calidad, favoreciendo la contratación de larga duración y a jornada completa.

Por otra parte, teniendo en cuenta las frecuentes denuncias que se han producido en la ejecución de servicio por anteriores contratas, consideramos que, para alcanzar estos objetivos sociales, hubiera sido deseable la inclusión de alguna cláusula social que promoviera la adopción de medidas concretas que aseguraran la efectiva conciliación entre la vida personal, laboral y familiar.

Igualmente, para reforzar el cumplimiento de sus obligaciones laborales por parte del contratista, en la línea que orienta la Directiva 2014/24/UE, y prevenir la conflictividad de índole laboral que con asiduidad se produce en la ejecución de este tipo de contratos, hubiera sido oportuno incluirlas en los pliegos de condiciones de esta contratación, de acuerdo con lo establecido en el art. 118.2 del TRLCSP, como obligaciones contractuales esenciales a los efectos previstos en el art. 60.2 y en el art. 223.f) de dicha norma en caso de incumplimiento.

En cualquier caso, insistimos en que las unidades promotoras del contrato deberán valorar qué consideraciones sociales son las más eficientes, razonables y proporcionadas, según las características del contrato que se pretende licitar.

Cuarta.- Determinación del precio del contrato en relación con los costes salariales de ejecución.

Las personas promotoras de esta queja cuestionan el precio del contrato, que consideran excesivo, y que posibilita *"una sobrecarga de trabajo hacia quienes prestan servicios en turnos de saturación y estrés insostenibles" y "que revierte negativamente en la calidad del servicio a la ciudadanía".*

a) Determinación del precio

En relación con la determinación del precio de los contratos administrativos, el art 87 del TRLCSP establece que *"los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados"*. Para el caso concreto de los contratos de servicios, en el art. 302 del TRLCSP dispone que "*en el pliego de cláusulas administrativas se establecerá el sistema de determinación del precio de los contratos de servicios, que podrá estar referido a componentes de la prestación, unidades de ejecución o unidades de tiempo, o fijarse en un tanto alzado cuando no sea posible o conveniente su descomposición, o resultar de la aplicación de honorarios por*

tarifas o de una combinación de varias de estas modalidades".

De acuerdo con estas normas, el órgano de contratación debe calcular el presupuesto de licitación según el precio general del mercado, con arreglo a alguno de los sistemas de determinación del precio previsto en la referida norma para los contratos de servicios. En este caso, la modalidad utilizada ha sido la de determinar el número de unidades de servicio objeto de contratación, por lotes, a la que se aplica un precio unitario (0,5200 euros), que es una práctica habitual de determinación del precio para la contratación de este tipo de servicios conforme a las normas de contratación pública.

Con independencia de la modalidad adoptada, dentro de las contempladas en el TRLCSP para los contratos de servicios, la determinación del presupuesto de licitación -que debe estar precedida del correspondiente estudio previo que justifique, por razones de eficacia y eficiencia, la prestación del servicio vía contratación externa- debe ajustarse al análisis económico previo que debe contemplar las pautas para la adecuación del presupuesto estimado a los precios de mercado. Documentos que no han podido ser valorados por desconocerse.

Procede ahora analizar si la entidad pública, al fijar el presupuesto de licitación, debió tener en cuenta los costes salariales que debe asumir la empresa contratista en función de las normas del convenio sectorial de aplicación antes referido. Sobre este asunto el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía ha tenido ya ocasión de pronunciarse, entre otras, en la Resolución 398/2015, de 4 de noviembre; en la que afirma que *"(…) Este problema se ha planteado en relación con la posible existencia de bajas temerarias en las ofertas de determinados licitadores que no respetarían presuntamente las condiciones mínimas establecidas en el convenio colectivo y también en relación con la indebida determinación de los precios del contrato que se iba a licitar extrayendo siempre una misma conclusión como es que la entidad contratante no debe quedar vinculada por esta circunstancia y que las posibles reclamaciones que se pudieran presentar en este punto serían siempre competencia de la jurisdicción laboral."*

Señala igualmente la citada Resolución: *"(…) Sobre la adecuación de los precios al mercado, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid en su recomendación 2/1997, de 6 de mayo, insiste en que hay que tener presente la obligación que establece la Ley de que, a la hora de determinar el precio de los contratos, se procure que éste sea adecuado al mercado, y en su informe 19/1997, de 16 de diciembre, señala que la 'primera y más importante premisa a tener en cuenta sobre el precio de todo contrato que celebre la Administración es que sea cierto y adecuado al mercado'. La exigencia de que el cálculo del valor de las prestaciones se ajuste a los precios de mercado tiene por objeto garantizar que en la contratación exista un equilibrio entre las partes y que ninguna de ellas obtenga un enriquecimiento injusto, así como garantizar la viabilidad de las prestaciones objeto del mismo, que se establecen en función del interés general que persigue la actuación administrativa. En concreto, y sobre la adecuación del precio de los contratos al mercado y su relación con los convenios colectivos, la Junta Consultiva de las Islas Baleares, en el informe 4/2001, de 22 de febrero, sobre el artículo 14.1, último párrafo de la Ley de Contratos de las Administraciones Publicas, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, (LCAP), relativo a la adecuación del precio de los contratos al mercado, considera que es ajeno a la contratación administrativa y, por tanto, no puede incidir sobre ella de forma directa, lo pactado en un convenio colectivo laboral. No obstante, añade '(…) se pueden considerar como momentos en los que el órgano de contratación puede tener en cuenta, de alguna manera, el contenido de los convenios colectivos, por una parte, cuando ha de fijar el presupuesto base de licitación, a la hora de cumplir con el mandato de que éste sea adecuado al precio de mercado (art.14 LCAP), fijando y justificando en la memoria correspondiente un precio que contemple, entre otros factores, el coste establecido en el Convenio Colectivo*".

En consecuencia, conforme a esta doctrina, aún cuando se considere que los convenios colectivos del sector correspondiente no son vinculantes para la Administración a la hora de establecer el precio de licitación, por tratarse de una regulación bilateral en la que los poderes públicos no son parte, sí pueden tomarse en consideración como indicadores a tener en cuenta al elaborar el presupuesto de licitación,

especialmente en aquellos servicios, como el que nos ocupa, en los que el elemento personal es fundamental en la prestación objeto de contrato.

Es más, cuando la retribución salarial sea muy significativa en el coste final del contrato, como es en este caso, la eficaz prestación del servicio precisará que en la determinación del precio de licitación se tenga en cuenta la estimación de los costes salariales del personal que ejecutará el contrato en relación con un convenio de referencia. Ello no supondría una intromisión en la negociación colectiva toda vez que las condiciones laborales generales de las personas trabajadoras afectas a la actividad objeto de contratación se determinan en todo caso mediante esa vía. Sin embargo, la inclusión de esa consideración en los pliegos permitiría, a su vez, la inclusión de cláusulas sociales en la licitación que permitieran valorar un aspecto esencial para la eficiencia de la prestación del servicio objeto de estos contratos como es el de la consideración de las retribuciones salariales de las personas destinadas a la ejecución del contrato.

Ello permitiría valorar, incluso, entre otros criterios selectivos de la mejor proposición, la oferta más alta de la empresa licitadora en la retribución salarial del personal que debe ejecutar el contrato, en relación con los conceptos salariales básicos fijados en el convenio que se considere de referencia. Con ello no se impone a la empresa la obligación de pagar unos salarios determinados, sino que se valorará que la empresa voluntariamente retribuya mejor al personal que debe ejecutar el contrato que se licita, lo que redunda necesariamente en su mejor ejecución, siendo un factor más a considerar para la determinación de la oferta más favorable en su conjunto.

b) Las condiciones salariales como condición de ejecución del contrato y su consideración entre las condiciones de ejecución.

Los principios programáticos de la Directiva 2014/24/UE ya se contemplaban en el art. 118 del TRLCSP, al establecer, respecto a las condiciones de ejecución del contrato, que:

> *"1. Los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato. Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo medioambiental o a consideraciones de tipo social, con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, combatir el paro, favorecer la formación en el lugar de trabajo, u otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo.*
>
> *2. Los pliegos o el contrato podrán establecer penalidades, conforme a lo prevenido en el artículo 212.1, para el caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución, o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en el artículo 223.f). Cuando el incumplimiento de estas condiciones no se tipifique como causa de resolución del contrato, el mismo podrá ser considerado en los pliegos o en el contrato, en los términos que se establezcan reglamentariamente, como infracción grave a los efectos establecidos en el artículo 60.2.e)".*

La inclusión de este artículo en el texto final de la LCSP, obedece a los mismos principios que informaban las nuevas Directivas europeas que se estaban aprobando en la materia, como se pone de manifiesto en las razones justificativas de la enmienda que lo incorporaba al texto legal, entre las que se incluía que *"(…) Debe preverse la posibilidad de poder exigir a las empresas un compromiso con los derechos laborales a lo largo de la cadena de producción".*

La posibilidad de inclusión de las condiciones salariales como condiciones de ejecución del contrato, ha

sido analizada en la Resolución nº 196/2017, de 5 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en cuya fundamentación jurídica se señala que *"(…) las obligaciones que pueden incluirse como condiciones de ejecución del contrato, no son númerus clausus de manera que nada impide considerar cualesquiera siempre que no contravengan los principios generales en materia de contratación pública, estén relacionadas con el objeto del contrato y no contravengan la legislación sectorial aplicable"*.

Añade que, *"entre las condiciones especiales de ejecución permitidas a modo de ejemplo en la Directiva 2014/24/UE, se incluyen algunas que afectan posiblemente a las condiciones salariales de los trabajadores, de manera que a juicio de este Tribunal no cabe hablar de injerencia en la política salarial de las empresas (…)"*. De modo más concreto señala que *"la Directiva recoge como condiciones de ejecución posibles aquellas que tiendan a 'eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado', desigualdades que en la mayoría de los casos son de índole salarial. Sería por tanto una paradoja considerar admisible por aplicación de la Directiva este tipo de cláusula con incidencia en los salarios, que puede implicar incidir en la relación salarial para favorecer o primar la igualdad salarial entre hombre y mujer, y no admitirla en el resto de los casos"*.

Por tanto, la inclusión de consideraciones socio-laborales entre las condiciones especiales de ejecución del contrato, siempre que cumplan con los principios generales de la contratación pública, es otra vía para garantizar que las prestaciones objeto del contrato se ejecutarán en la forma requerida por el órgano de contratación para alcanzar los objetivos propuestos con la licitación del servicio, evitando la precarización de las condiciones laborales que afectaría a su prestación.

Quinta.- Sobre el dimensionamiento de la plantilla.

Otro aspecto cuestionado por los promotores de esta queja es el del dimensionamiento de las plantillas que, en su opinión, produce *"una sobrecarga de trabajo hacia quienes prestan servicios en turnos de saturación y estrés insostenibles"*.

En cuanto a la adecuación o inadecuación del dimensionamiento de la plantilla de personal, se observa que en los pliegos por los que se rige esta contratación no se ha exigido una plantilla mínima de personal. En la cláusula 13.2 PCAP sobre condiciones esenciales de ejecución en relación con el Anexo I del PCAP, se establece, como Condición esencial de ejecución, el "*Compromiso de dedicación de los medios personales y materiales suficientes para la ejecución del contrato*". En el PPT, en su Anexo I, se determina el alcance del servicio a prestar por la empresa adjudicataria sobre la base del número de llamadas a atender, por tramos horarios, durante una semana tipo y otra de mínima demanda (no se dan datos de la semana de máxima demanda), que se complementa con los datos correspondientes al número de llamadas recibidas, contestadas, abandonadas y de tiempos medios de espera que figura en el Anexo II, sin que tampoco aquí se haga referencia al número de personas que se precisan para la prestación del servicio.

En el Anexo IV del PCAP, relativo a los criterios de adjudicación valorados mediante un juicio de valor y otra documentación a aportar, en su apartado 2 se solicita a los licitadores un plan de puesta en marcha y desarrollo del servicio en el que se expondrá:

"*a. Estructura de la empresa, organización del trabajo y determinación de los perfiles profesionales que constituirá el equipo de trabajo del proyecto.*

b. Dimensionamiento de la plantilla de personas vinculadas al proyecto: agentes, supervisores, técnicos de sistemas, administrativos, gestores, etc. Se incluirá el modo de cálculo que justifica la plantilla que se asignará para cada uno de los lotes a los que se licita de modo que quede asegurado el ajuste a la curva de demanda inicial para el arranque del servicio.

c. Procedimiento para seleccionar, reclutar, formar e incorporar las personas al servicio en producción, y así mismo para sustituciones o cobertura de incrementos puntuales de la demanda".

Entendemos que en dicho plan, que asimismo desconocemos, para acreditar el cumplimiento de las condiciones a que se compromete el contratista adjudicatario de este servicio se deben concretar las funciones que realizará el personal de la empresa, su cualificación y formación que se les exige, la organización del trabajo, así como las funciones y responsabilidades de coordinación, y los procedimientos de selección del personal para su incorporación inicial, sustituciones y atención de picos de actividad; pero no se exige un equipo mínimo de personas dejando libertad a los licitadores para que lo establezcan, sin perjuicio de la obligación de cumplir las exigencias que se derivan del Convenio estatal del sector de Contact Center, que será la norma por la que se rigen las relaciones laborales del personal contratado para la prestación del servicio.

Esta concreción resulta más necesaria en función de lo establecido en la cláusula 13.2 del PCAP y en el Anexo I del mismo en relación con las condiciones esenciales de ejecución, cuyo incumplimiento puede ser causa de resolución del mismo, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 223. f) del TRLCSP que establece que será causa de resolución del contrato *"el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato"*.

Además, los nuevos parámetros que a partir de la Directiva Europea 2014/24/UE, que se incorporan a la contratación pública y que fueron integrados en el TRLCSP y acogidos por la Administración de la Junta de Andalucía, hacen aconsejable dar un paso más en la inclusión de consideraciones sociales en los pliegos de condiciones que rigen la contratación de un servicio público que debe redundar en una mejor eficiencia y calidad de la prestación y aportar una mayor eficiencia social al contrato.

Unas condiciones laborales precarias dentro de una organización funcional que de lugar a sobrecargas habituales de trabajo, pueden tener efectos negativos en el rendimiento de las personas trabajadoras que ejecutan el contrato y propiciar la generación de conflictos, lo que termina afectando a la eficacia del servicio a prestar. Es por ello que, de acuerdo con estas consideraciones sociales que deben incorporarse a la contratación pública, sería conveniente que en los PPT se pudiera determinar la plantilla mínima que debe ejecutar el contrato y sus cualificaciones profesionales, así como indicar los recursos necesarios para atender los distintos niveles de demanda, a fin de poder valorar, entre otros criterios selectivos, de la mejor proposición, un dimensionamiento de la plantilla por encima del mínimo exigido que redundaría en una prestación más eficiente del servicio.

Estas consideraciones sociales están más justificadas aún en aquellas contrataciones públicas en las que el elemento personal es fundamental en el desarrollo de la prestación contratada, como es la del servicio objeto de la presente queja.

Sexta.- Incumplimiento de la normativa laboral por parte de la empresa contratista.

Las personas promotoras de esta queja, también manifiestan *"que se les impide el libre ejercicio del derecho de huelga al amparo de Decretos de la propia Junta de Andalucía que vienen siendo declarados abusivos y vulneradores de este derecho por sentencias del TSJA".*

Al margen de esta afirmación, no se aportan al expediente de queja otros documentos que acrediten la infracción de la normas laborales a la empresa contratista, así como tampoco que se haya vulnerado el ejercicio del derecho a la huelga por los trabajadores de la contrata. Sin perjuicio de ello, resulta oportuno referirse a las consecuencias del incumplimiento de la normativa laboral en el desarrollo de este contrato, sobre todo teniendo en cuenta que el elemento personal es fundamental en la ejecución de este servicio.

A este respecto, lo primero que llama la atención es la no inclusión en el PPT de una estipulación sobre garantías laborales del personal de la empresa adjudicataria encargado de la ejecución del contrato, en la que se prevea la posibilidad de resolución del mismo en caso de incumplimiento de las normas laborales vigentes, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 23. h) del TRLCSP.

En el PPT de la contratación de este servicio, se incluye una estipulación séptima de penalizaciones, en cuyo apartado 2 se enumeran los incumplimientos de obligaciones del contratista. En la graduación de

posibles infracciones sorprende, igualmente, que tampoco se haga referencia alguna al incumplimiento de las obligaciones laborales del contratista. No se contemplan entre las consideradas graves y muy graves y, si acaso, podría incluirse en la categoría de incumplimientos leves dentro del concepto genérico de otras *"actuaciones contrarias a lo establecido en el presente pliego y el resto de documentación contractual"*.

Este proceder no se ajusta a las previsiones de la Directiva 2014/24/UE, donde ya veíamos que, en su Considerando 39, se contempla la posibilidad de incluir cláusulas sociales en los pliegos de la contratación, indicando que *"también debe ser posible incluir cláusulas que garanticen el cumplimiento de convenios colectivos, de conformidad con el Derecho de la Unión, en los contratos públicos"*.

Es por ello, que en un contrato en cuya ejecución es fundamental la prestación laboral, no parece congruente con los principios a que debe sujetarse la contratación pública que no se establezca como condición contractual la exigencia del cumplimiento de las obligaciones de esta índole, que pueda llevar aparejada la resolución del contrato de acuerdo con lo establecido en el art 223 TRLCE, para asegurar su cumplimiento y una mejor prestación del servicio adjudicado. Pero, menos aún, que en la meritoria labor de graduar y concretar las posibles infracciones del contratista en el PPT en aras a reforzar su seguridad jurídica en la ejecución del contrato, los incumplimientos de la normativa laboral sólo puedan considerarse como infracciones leves con independencia de la entidad de la infracción que se pudiera haber cometido.

Repárese a estos efectos que el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, y que tiene por objeto tipificar las infracciones laborales consideradas como acciones u omisiones de los empresarios contrarias a las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de relaciones laborales y sancionadas en dicha Ley y en las leyes del orden social (artículos 1 y 5), gradúa las infracciones cometidas en este ámbito en leves, graves y muy graves en atención a la naturaleza del deber infringido y la entidad del derecho afectado, de conformidad con lo establecido en la presente Ley (art. 1.3).

Ciertamente, en el caso de que se produjeran incumplimientos de la normativa laboral, corresponde al órgano de contratación valorar la gravedad de los incumplimientos detectados y su afección al funcionamiento del servicio y al interés público que la Administración debe tutelar, todo ello de conformidad con la facultad que le atribuye el art. 210 de la TRLCSP en relación a la cláusula 23 del PCAP al establecer que *"el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos y resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento. Igualmente podrá modificar los contratos celebrados y acordar su resolución, dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en el TRLCSP y demás normativa de aplicación"*.

Sentado lo anterior, la doctrina y la jurisprudencia han analizado, en el marco de la contratación administrativa, si cualquier infracción de la normativa laboral o de Seguridad Social por parte del contratista, con independencia de su tipificación y graduación, conlleva la facultad/obligación de resolver el contrato, dados los términos amplios y genéricos con que suelen recogerse tal supuesto en los pliegos ("el incumplimiento de las normas laborales"), pues una previsión de este tipo, en unos términos tan genéricos, puede provocar una situación de indefensión a la parte adjudicataria, en tanto que la Administración podría instar la resolución ante el incumplimiento de cualquier obligación laboral, con independencia de su incidencia y gravedad.

La doctrina consultiva viene a poner énfasis en que una delimitación de extrema amplitud de las causas de resolución del contrato requiere lógicamente una interpretación acorde con los principios de la contratación pública, que exige *"que el incumplimiento sea grave y afecte al funcionamiento del servicio o, cuando menos, al interés público que la Administración debe tutelar"* (Dictamen 575/2012 del Consejo Consultivo de Galicia y Dictamen 324/2013 del Consejo Consultivo de Madrid).

En similar términos se postula el parecer del Consejo Consultivo de Andalucía, en los Dictámenes a que

nos referiremos seguidamente, en el sentido de que ha de tratarse de incumplimientos graves o relevantes, y no de cualquier tipo de incumplimiento.

Así pues, corresponderá al órgano de contratación, previo los informes que procedan, determinar si los incumplimientos laborales detectados revisten tal gravedad y si además afectan al funcionamiento del servicio contratado o, cuando menos, al interés público, ya para acordar la continuidad o la resolución del contrato.

En este sentido, respecto a la gravedad de los incumplimientos, deberá tomarse en consideración la calificación realizada por la autoridad laboral, así como la recaída en decisiones judiciales. Y, en cuanto la afección sobre el funcionamiento del servicio y/o el interés público a tutelar, habrá que ponderar si dichos incumplimientos inciden directamente en la prestación del servicio objeto del contrato que, dado que se enmarca en un ámbito tan singular como es el de la atención del derecho a la salud, podría terminar afectando al interés público general de la población.

En aplicación de estos criterios, el citado Consello Consultivo de Galicia, en su Dictamen 575/2012, coligió que el impago de obligaciones salariales a cargo de la empresa adjudicataria constituía causa de resolución del contrato habida cuenta que tal incumplimiento debía calificarse como grave y que el mismo afectaba al interés público, a pesar de que no había tenido incidencia en el funcionamiento del servicio; y ello, debido a que el art. 42.2 del Estatuto de los Trabajadores dispone que "*El empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores...*".

Estos criterios habría que aplicar igualmente a los supuestos de posible resolución por incumplimiento de condiciones esenciales que analizábamos en el apartado anterior. En estos casos, como se ha indicado previamente, dicha posibilidad deriva de lo dispuesto en la letra f) del art. 223 TRLCSP, puesto en relación con la cláusula 13.2 PCAP sobre condiciones esenciales de ejecución y con el Anexo I del PCAP, cuando señala, como Condición esencial de ejecución, el "*Compromiso de dedicación de los medios personales y materiales suficientes para la ejecución del contrato*".

A este respecto, como ha señalado reiteradamente el Consejo Consultivo de Andalucía, entre otros en sus Dictámenes 223/2004, 342/2004, 390/2008 y 84/2014, acogiendo la doctrina del Consejo de Estado y a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo a la que alude en tales pronunciamientos, se reitera que ha de tratarse de incumplimientos graves o relevantes, y no de cualquier tipo de incumplimiento, por lo que el análisis a acometer en este caso ha de ser, asimismo, ajustado a tales criterios.

Séptima.- De la externalización/internalización de la prestación de los servicios públicos.

Sobre esta cuestión ya quedó reflejada en la queja de oficio 15/5470 nuestra aportación al estudio y análisis sobre los criterios de externalización/internalización de la acción pública, y la conveniencia de aprobar el marco regulador cuando fuese posible y oportuno, por quien tiene la competencia.

En la Resolución de esta queja de oficio se significa la recomendación unánime de que el recurso a la externalización se acuerde exclusivamente en los casos y circunstancias que razonadamente se estime imprescindible, y que siempre venga precedida de un análisis pormenorizado de puesta en valor de la misma en razón a criterios de mejora en eficiencia y eficacia en la prestación del servicio, así como su sujeción a elementos de control y evaluación de la gestión externalizada.

Por último, ante la corriente internalizadora que se está dando en el sector público en los últimos años, coincidiendo con el final de la crisis económica, que persigue recuperar la calidad de los servicios y actividades que desarrollan las Administraciones públicas asumiendo su prestación directa, se pone de manifiesto la complejidad de este fenómeno, sobre todo por los problemas de índole laboral que se plantean en relación al personal afectado, planteándose a este respecto distintas opciones en función de la naturaleza de la entidad pública destinataria de la integración del personal. Finalmente se señala que, en

todo caso, se requiere una norma con rango de Ley para disponer y valorar las consecuencias jurídicas y otras a tener en cuenta por el Consejo de Gobierno, que comportan la asunción o reversión de servicios externalizados y de los recursos materiales, financieros y humanos afectados.

En base a las consideraciones precedentes, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 29.1 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, reguladora de esta Institución, formulamos a la Dirección Gerencia de la Empresa Publica de Emergencias Sanitarias (EPES) la siguiente

RESOLUCIÓN

RECOMENDACIÓN: Para que, a tenor de las consideraciones expuestas y de las directrices que marca la Directiva 2014/24/UE y el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, de 18 de octubre de 2016, por el que se impulsa la incorporación de cláusulas sociales y ambientales a la contratación pública, en los próximos pliegos rectores de la contratación del servicio de Cita Previa de Salud Responde se incluya una estipulación sobre garantías laborales del personal de la empresa adjudicataria encargado de la ejecución del contrato, en la que se prevea la posibilidad de resolución del mismo en caso de incumplimiento de las normas laborales vigentes y, en la graduación de posibles incumplimientos del contratista, se prevean los incumplimientos de la normativa laboral en función de la entidad del mismo. Así como, para que, en la ejecución del presente contrato, se haga un especial seguimiento del cumplimiento de las obligaciones en materia laboral por parte de la empresa adjudicataria, y se adopten, en su caso, las medidas procedentes de acuerdo con las normas reguladoras de la contratación en el sector público para asegurar el eficaz funcionamiento del servicio.

SUGERENCIA 1: Sin perjuicio de lo ya reiterado en la Resolución de la queja de oficio 15/5470, que hacíamos a la Consejería de Hacienda y Administración Pública, para el caso de que el servicio objeto de la presente queja, se vuelva a licitar se incluyan en los pliegos rectores de la contratación cláusulas sociales de índole laboral que permitan promover el cumplimiento de uno de los objetivos perseguidos en este ámbito como es el de alcanzar mayores cotas de empleo estable y de calidad, favoreciendo la contratación de larga duración y a jornada completa, así como la adopción de medidas concretas que permitan asegurar la efectiva conciliación entre la vida personal, laboral y familiar.

SUGERENCIA 2: Para la determinación del presupuesto de licitación de este servicio, en los que el elemento personal es fundamental en la prestación objeto de contrato, se tenga en cuenta la estimación de los costes salariales del personal que ejecutará el contrato en relación con un convenio de referencia y que permitiría, a su vez, la inclusión de cláusulas sociales o condiciones especiales de ejecución en la contratación que permitieran valorar un aspecto esencial para la eficiencia de la prestación del servicio objeto de este contrato como es el de la consideración de las retribuciones salariales de las personas destinadas a la ejecución del mismo.

SUGERENCIA 3: Teniendo en cuenta que unas condiciones laborales precarias pueden tener efectos negativos no sólo en el rendimiento de las personas trabajadoras que ejecutan el contrato, sino también en la eficacia del servicio a prestar, sería conveniente que en el PPT de este contrato se pudiera determinar la plantilla mínima que debe ejecutar el contrato y sus cualificaciones profesionales, así como indicar los recursos necesarios para atender los distintos niveles de demanda, como condiciones de ejecución del mismo. Con ello se podría valorar, asimismo, entre otros criterios selectivos de la mejor proposición, un dimensionamiento de la plantilla por encima del mínimo exigido que redundaría en una ejecución más eficiente del contrato.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Preguntamos por la situación laboral de los trabajadores del Servicio Salud Responde

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 17/2853 dirigida a Consejería de Salud, Empresa de Emergencias Sanitarias

- 15 Enero 2018

En el expediente de queja arriba referenciado, que ruego cite al contestar, el representante sindical de CGT Andalucía y varios miembros del comité de empresa y de la sección sindical de CGT del servicio de Salud Responde, con fecha 17 de mayo de 2017, nos plantea la situación de los trabajadores del centro de Salud Responde como consecuencia de las condiciones laborales en que deben desarrollar sus funciones, que repercute en un mal servicio a la ciudadanía y de lo que hacen responsable a la Consejería de Salud.

ANTECEDENTES

1. Las personas promotoras de esta queja, nos trasladan su opinión sobre *"el deterioro que está sufriendo el servicio Salud Responde, debido en gran parte a que la Consejería de Salud, más concretamente la Empresa Pública de Emergencias Sanitarias (EPES) subcontrata el mismo a empresas privadas, con lo que a la hora de la gestión del servicio en la relación beneficio económico/calidad se impone el beneficio económico ante la calidad del servicio."*

Según los interesados, *"(...) Esta situación nos ha llevado a un escenario en el que la ciudadanía andaluza está pagando por un servicio el cual se le hace creer que es público y de calidad, cuando en realidad constatamos que ni es público ni mucho menos alcanza las cotas de calidad que podría y debería tener"*.

El escrito de queja se acompaña con un pormenorizado informe sobre la situación del Servicio Salud Responde en Jaén, *"dividido en dos grandes bloques"*. Por un lado, desglosa "las diferentes necesidades de la ciudadanía que son atendidas desde Salud Responde, qué trabajo se realiza aquí, su cartera de servicios" y, en segundo lugar, se expone "un análisis económico con los costes del servicio, tanto para la administración pública (licitación), como para la empresa adjudicataria".

Del relato contenido en el escrito de queja y en la documentación que adjunta cabe destacar lo siguiente:

"La licitación pública contempla cómo en el servicio Salud Responde existe un índice de fraude en la contratación vergonzante, casi el 50% de la plantilla, que la Administración consiente, reclamando la conversión a indefinidos de esos contratos, que califican de fraudulentos, consentidos por la Consejería de Salud. Asímismo, afirman que casi el 25% de la plantilla tiene contratos eventuales, lo que hace una idea de la precariedad laboral que sufren estos trabajadores.

Los trabajadores subcontratados reciben órdenes directas del personal de EPES, por lo que consideran que nos encontramos ante una cesión ilegal de trabajadores.

Las empresas contratistas del servicio de Salud Responde no cumplen con los contratos adjudicados, al figurar en los propios cuadrantes de servicios unos dimensionamientos de trabajadores/as inferiores a los que se asumen al aceptar las condiciones de adjudicación. Este hecho no solo conlleva sobrecargas de trabajo hacia quienes prestan servicios en turnos de saturación y estrés insostenibles sino que revierte negativamente en la calidad del servicio hacia la ciudadanía que en una emergencia se queda con una locución esperando:

Las empresas adjudicatarias de este servicio han sido reiteradamente sancionadas por Inspecciones de Trabajo, Juzgados de lo Social y Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Consideran que esta circunstancia, además de suponer un incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de estas empresas, entra en contradicción con las normas andaluzas aprobadas en relación con la aplicación de cláusulas sociales en los contratos de la Administración.

Las propias licitaciones contemplan la posibilidad de rescisión de contratos por la existencia de incumplimientos graves y muy graves conforme a lo previsto en el Pliego de Condiciones, pero afirman que la Administración consiente todo a las empresas.

Los trabajadores/as de estas empresas, siendo conscientes de que nos encontramos ante un servicio esencial, consideran que no es permisible que se les impida el libre ejercicio del derecho de huelga al amparo de decretos de la propia Junta de Andalucía que, según afirman, reiteradamente vienen siendo declarados como abusivos y vulneradores del derecho fundamental a la huelga por sentencias del TSJA (sala de lo Contencioso Administrativo).”

Ante esta situación, plantean que *“el rescate del servicio es claro ya que el sistema actual representa un abuso económico a las arcas públicas que va a parar a empresas que reciben todo pagado. Desde las instalaciones, los suministros, los teléfonos, los ordenadores y todos los gastos que se ocasionan son pagados con el dinero de los impuestos de la ciudadanía. Las empresas hacen caja, lucrándose con el dinero de los contribuyentes, teniendo unos márgenes de beneficio de casi el 100%”.*

2. Tras la correspondiente petición de informe sobre estas cuestiones a la Empresa Publica de Emergencias Sanitarias (EPES) y a la Consejería de Salud, responden con el informe suscrito por el Director de Salud Responde con fecha 7 de agosto de 2017 en relación con las cuestiones planteadas, en el que se afirma :

“- Que la empresa Iluníon Contact Center, adjudicataria del servicio de atención telefónica de Salud Responde, a fecha 21 de julio de 2017 tiene un 9,54% de contratos eventuales y no un 25% como se indica en el escrito.

- Que la reivindicación que se hace en la queja sobre la conversión a contratos indefinidos, es una medida ya prevista por la empresa y recogida en el II Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de Contact Center suscrito con fecha 30 de mayo de 2017.

- Que la Empresa Pública de Emergencias Sanitarias trabaja a través de procesos y protocolos de coordinación (…) con los supervisores de Ilunion Contact Center, responsables de trasladar a su personal las indicaciones oportunas.

- Que Salud Responde no es el centro responsable de atender situaciones de emergencias sanitarias, estando dimensionado para dar respuesta a los usuarios de sus servicios con los niveles de calidad establecidos para ellos, sin que existan sobrecargas, saturaciones o colas de llamadas.

- Que la Empresa Pública de Emergencias Sanitarias no tiene constancia de sanciones de la inspección de trabajo a la empresa adjudicataria del nuevo contrato de servicios y que realiza un seguimiento periódico del cumplimiento del mismo.

- Que en ningún caso se ha impedido el derecho a la huelga de los trabajadores que ejercen funciones de

teleoperación en el centro de Salud Responde y que no existe tal sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía contra los servicios mínimos declarados por la Junta de Andalucía para este centro.

- Que, al margen de que la fijación del precio a pagar por el servicio se realiza mediante licitación del contrato por procedimiento abierto conforme a la normativa de contratación pública, es evidente que lo afirmado en el escrito de queja sobre la existencia de "márgenes de beneficio de casi el 100%"carece de rigor."

Asimismo, señalan que Salud Responde *"atiende solicitudes relacionadas con los más de 30 servicios que la Consejería de Salud ofrece a la ciudadanía a través de este centro de información y servicios, valorado por los usuarios del servicio por encima del 9 sobre 10, según reflejan las encuestas de satisfacción realizadas".*

3. Tras dar traslado a las personas promotoras de esta queja del informe remitido por la Administración Sanitaria, con fecha 4 de octubre de 2017, por parte de la organización sindical CGT se remiten las alegaciones correspondientes al contenido de dicho informe, en las que matizan algunas de las manifestaciones contenidas en el mismo y se reafirman en los planteamientos iniciales de su queja.

En base a este planteamiento, esta Institución realiza las siguientes

CONSIDERACIONES

Primera.- Contratación de trabajadores en condiciones precarias.

Sin perjuicio de la relación jurídico-privada que se establece entre la empresa adjudicataria de la prestación de este servicio y sus trabajadores, ajenas al ámbito de supervisión de esta Institución, en tanto estas condiciones de índole laboral son fundamentales para la ejecución de este contrato y su cumplimiento es una obligación para el contratista sujeta al control de la Administración contratante, procede la consideración de ese aspecto por este Comisionado, a dichos efectos.

En este punto, no existe coincidencia entre los datos facilitados en el escrito de queja (25% de contratos eventuales en la plantilla) y los de EPES (9,54%, a 21 de julio de 2017).

En todo caso, la reivindicación que se contiene en la queja de conversión de contratos eventuales en indefinidos es una medida ya prevista en el art. 14 del Convenio de ámbito estatal del sector de Contact Center, que es el convenio de referencia para las contrataciones laborales que se realicen en el ámbito de prestación de estos servicios, estableciendo al respecto que:

> *"Las empresas convertirán el 100 % de los contratos de obra y servicios celebradas con anterioridad al 18 de junio de 2010 a indefinidos dentro de los siguientes plazos:*
>
> *Los contratos de obra y servicio celebrados con anterioridad al 31 de diciembre de 2008 deberán convertirse en indefinidos:*
>
> *El día 1 del mes siguiente a la publicación en el Boletín Oficial del Estado» si se publica el Convenio colectivo en la primera quincena del mes; o 2) el día 1 del segundo mes a contar desde la fecha de la publicación en el "Boletín Oficial del Estado» si se publica el Convenio colectivo en la segunda quincena del mes.*
>
> *Los contratos de obra y servicio celebrados hasta el 31 de diciembre de 2009 deberán convertirse en indefinidos antes del 31 de diciembre de 2017. Los contratos de obra y servicio celebrados hasta el 18 de junio de 2010 deberán convertirse en indefinidos antes del 31 de diciembre de 2018."*

Según se señala en el informe remitido por EPES *"esta mejora ya pactada en la negociación del nuevo convenio colectivo y que beneficia al colectivo de trabajadores con contrato de obra y servicio (el 47% de*

la plantilla actual), entra en vigor este año en el que la plantilla de Ilunion Contact Center destinada a prestar servicios de teleoperación en Salud Responde será en un 80% de carácter indefinido."

En las alegaciones a dicho informe remitidas por la CGT, aun cuando se reconoce que la entrada en vigor del nuevo Convenio producirá esos efectos en cuanto a la conversión de contratos "eventuales" en "fijos", consideran que las condiciones de precariedad en la contratación de estos trabajadores no sólo derivan de ese cambio en la naturaleza del contrato de trabajo, sino que se encuentran directamente vinculadas a la duración de la jornada laboral asignada a esos contratos.

En este sentido, en las alegaciones trasladadas se indica que, según los datos de trabajadores y trabajadoras que fueron subrogados en la última licitación, el 41,86% de la plantilla se encuentra contratada a tiempo parcial y que el 28,84% está contratada a menos de media jornada.

Ante estas circunstancias, y según los datos analizados, cabe considerar que la ejecución de esta contratación pública se adecua a las previsiones de los pliegos rectores de la misma y de las normas de índole laboral que le son de aplicación. No obstante, dada la importancia que las condiciones laborales generales de las personas trabajadoras tienen para la eficaz prestación de este servicio, y que serán desarrolladas en los apartados siguientes, sería oportuno que en las cláusulas rectoras de esta contratación se pudiera valorar un aspecto esencial para la eficiencia de la prestación del contrato como es el de la consideración de las retribuciones salariales de las personas destinadas a su ejecución.

Segunda.- Inclusión de Cláusulas Sociales.

Las personas promotoras de la queja señalan que no se aplica a esta contratación la *"Ley de Cláusulas Sociales aprobada en el Parlamento de Andalucia, ya que no se respetan esas mencionadas cláusulas de garantías mínimas para Ios/as trabajadores/as"*.

a) Las cláusulas sociales en la contratación pública

La previsión de mecanismos que permiten introducir en la contratación pública cláusulas de tipo social y ambiental, configurándolas como condiciones especiales de ejecución del contrato o como criterios para valorar las ofertas, fue incorporada a nuestro Ordenamiento Jurídico por la derogada Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que transpuso las directrices de la Directiva 2004/18/CE, incluyendo innovaciones sustanciales en lo que se refiere a la preparación y adjudicación de los negocios jurídicos sujetos a la misma, configurando una estructura que permite acoger pautas de adecuación de los contratos a requerimientos éticos y sociales. Dicha regulación se mantiene actualmente en Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y se refuerza con las nuevas Directivas sobre contratación, aprobadas por el Parlamento Europeo el 15 de enero de 2014 y publicadas en DOUE el día 28 de marzo, que sustituyen a las Directivas 2004/2017 y 2004/2018, y en especial con la Directiva 2014/24/UE .

La Directiva Europea 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, considera que la contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020, constituyendo un mecanismo idóneo para incidir, de manera positiva, en el desarrollo de las políticas sociales y medioambientales a través de la introducción en los procedimientos de contratación de cláusulas de contenido social y medioambiental que fomenten que las empresas adopten medidas de responsabilidad social.

Las consideraciones sociales deben integrarse en todo el ciclo contractual y tienen que estar presentes en el proceso de selección de las empresas contratistas que ofrezcan obras, servicios o suministros con el objetivo de encontrar una relación equilibrada entre la calidad y el precio, pero a la vez potenciando los valores y las prácticas de un modelo de empresa con responsabilidad social, que debe redundar en la eficiencia y calidad de la prestación y aportar una eficiencia social al contrato.

La contratación pública, además de los factores económicos, debe considerar todos los factores que

intervienen en la adquisición de bienes y servicios, como los ambientales, así como las condiciones sociales y laborales del proceso productivo y de ejecución del contrato.

La incorporación de estas medidas a la contratación pública constituye ya una necesidad ineludible para las entidades contratantes del sector público. A partir de la Directiva 2014/24/UE, la doctrina jurisprudencial y, especialmente, la sustentada por los Tribunales de Recursos Contractuales y las Juntas Consultivas de Contratación, ha venido mostrándose partidaria de la inclusión de estas cláusulas sociales en la contratación pública, que están dando paso a la incorporación obligatoria de condiciones de licitación, criterios de adjudicación y condiciones de ejecución relativas a los derechos laborales de las personas que van a llevar a cabo la ejecución del contrato.

A este respecto, resulta muy ilustrativa la consideración que se contiene en la Resolución nº 17/2017, de 18 de enero, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid: *"(…) en el momento actual se aprecia una tendencia legislativa y jurisprudencial favorable a la inclusión de criterios sociales en la contratación, con el objetivo de conseguir una contratación socialmente más responsable, que necesariamente requiere incorporar en los procedimientos contractuales objetivos específicos de política social, como fomentar la estabilidad y calidad en el empleo, promoción de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, responsabilidad social de las empresas, las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar, inserción de personas discapacitadas, etc. Esta tendencia se plasma de forma expresa en las nuevas Directivas de contratación que se refieren a la "contratación estratégica", que permite implementar con la contratación pública las políticas públicas en áreas que se consideran esenciales, pudiendo plantearse atender este objetivo mediante la inclusión de cláusulas sociales o bien mediante el establecimiento de criterios de adjudicación al efecto".*

Por otra parte, el Considerando 39 de la Directiva 2014/24/UE, prevé la posibilidad de incluir cláusulas sociales en los pliegos de la contratación, indicando que *"también debe ser posible incluir cláusulas que garanticen el cumplimiento de convenios colectivos, de conformidad con el Derecho de la Unión, en los contratos públicos. El incumplimiento de las respectivas obligaciones podría considerarse una falta grave del operador económico, pudiendo acarrearle su exclusión del procedimiento de adjudicación de un contrato público"*.

Estos principios también han sido incorporados por la Junta de Andalucía al ámbito de su contratación pública. Así, mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno, de 18 de octubre de 2016 (BOJA núm. 203, de 21 de octubre), se impulsa la incorporación de cláusulas sociales y ambientales a la contratación pública en su ámbito, a fin de comprometer a las empresas adjudicatarias de licitaciones de este sector público a dar cumplimiento, junto con el objeto propio del contrato, a determinados objetivos de política social y medioambiental que se estiman de interés general.

De este modo, en el apartado primero de dicho Acuerdo, al delimitar su ámbito de aplicación, se establece que tendrá por objeto: *"la incorporación de cláusulas sociales y ambientales en los contratos que celebre la Administración de la Junta de Andalucía y sus entes instrumentales, con el fin de contribuir a la promoción y consolidación de un tejido empresarial sostenible, la apuesta por un empleo de calidad, con un fuerte compromiso social y ambiental así como a la consecución de un sistema de contratación pública sostenible, que aúne política social, balance social y redistribución equilibrada de la riqueza, profundizando en las raíces de un Estado del bienestar que promueva la igualdad de oportunidades, pensando en el propio bienestar de generaciones venideras"*.

Para la aplicación de este Acuerdo la Junta de Andalucía tiene previsto aprobar una Guía para la inclusión de cláusulas sociales y medioambientales en el ámbito de su contratación administrativa y que, una vez entren en vigor, deberán ser incluidas en los pliegos que rigen la contratación del sector público andaluz para la adquisición de bienes o servicios.

En el proyecto de Guía que se ha dado a conocer por la Junta de Andalucía, entre las cláusulas de contenido socio-laboral que se plantea incluir en los pliegos rectores de la contratación cuando esta

implique la contratación de personal, se distingue entre aquellas que tienen por objeto garantizar el cumplimiento de la normativa laboral (pago salarial a los trabajadores conforme a lo fijado en los convenios; obligación de estar al corriente de pago de las nóminas del personal que participe en la ejecución del contrato; no haber sido sancionado por faltas muy graves en materia medioambiental o social; para la empresas con 50 o más trabajadores en plantilla contar, al menos, con un 2% de personas con discapacidad en la misma…) y aquellas otras que pretenden mejorar las condiciones de los trabajadores de los contratistas más allá de lo establecido en las normas laborales.

En cuanto al cumplimiento de las obligaciones de índole laboral que se imponen al contratista, constituye una exigencia de naturaleza legal, tanto para la empresa adjudicataria en orden a su cumplimiento, como para la entidad pública contratante en orden a velar por su control. Así, en el art. 18.2 de la Directiva 2014/24/UE ya se establece que se adoptarán *"las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X".*

En esta línea, la referida Directiva Europea establece, incluso, en sus artículos 56.1 y 57.4.a), que los poderes adjudicadores podrán decidir excluir de la licitación a un operador económico o no adjudicar un contrato al licitador que presente la oferta económicamente más ventajosa, cuando hayan comprobado que dicho operador o la oferta no cumplen las obligaciones aplicables contempladas en el citado art. 18.2 de la Directiva.

Con respecto a las cláusulas sociales a incluir para mejorar las condiciones de los trabajadores, ya en la propia exposición de motivos del Acuerdo del Consejo de Gobierno de 18 de octubre de 2016 se hace referencia a los principios que se persiguen con esta iniciativa en relación con el empleo: calidad y mantenimiento. Para dar cumplimiento a estos principios, en el proyecto de Guía se recomienda la inclusión en los pliegos de una serie de cláusulas tendentes a posibilitar el cumplimiento de esos objetivos de política social, entre las que podemos citar, entre otras:

- La concesión de puntos extra para los licitadores que presenten medidas concretas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar que mejoren los mínimos fijados por ley.

- La mayor valoración de las ofertas que se comprometan a la creación de nuevos puestos de trabajo por cuenta ajena, con duración igual o superior a un año, a jornada completa o parte proporcional siempre que dicha jornada sea igual o superior al 50%.

- También, en menor medida, por cada puesto de trabajo creado o a crear por cuenta ajena con duración inferior al año a jornada completa o parte proporcional siempre que dicha jornada sea igual o superior al 50%.

- Valoración del compromiso de realizar las nuevas contrataciones que fueran necesarias entre personas con "dificultades para la inserción laboral".

- Valoración adicional del compromiso, en aquellos sectores con menor índice de ocupación femenina, de contratar a un mayor número de mujeres.

b) Aplicación de las cláusulas sociales

Para la aplicación de las cláusulas sociales en la contratación administrativa, resulta oportuno traer a colación el Informe 1/2015, de 17 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, sobre integración de aspectos sociales, laborales y medioambientales en la contratación pública que realiza una serie de consideraciones generales sobre la inclusión de las mismas, estableciendo como líneas generales de su admisibilidad:

"a) En primer lugar, es imprescindible acotar de alguna manera el ámbito de aplicación, ya que cláusulas como la propuesta solo tienen sentido cuando se contraten prestaciones en las que el componente económico fundamental venga constituido por el coste de la mano de obra, o en las que se incorporen cláusulas de subrogación de trabajadores.

b) En segundo lugar, y no menos importante, además de adaptarse según el objeto y tipología de contrato, su inclusión requiere de una evaluación previa para determinar la idoneidad de incluirla e, incluso, su alcance temporal. Salvo que el Gobierno de Aragón se dote de algún instrumento normativo que establezca su obligatoriedad o, en su caso, la recomendación, de su inclusión en las licitaciones, su incorporación en cada caso dependerá de la decisión del órgano de contratación competente, valorando las circunstancias de la concreta licitación.

c) En tercer lugar, la cláusula debe incorporar los necesarios parámetros objetivos para determinar cuando la obligación se entiende cumplida; debe establecerse un importante y responsable control por la Administración en la fase de ejecución del contrato, que permita aplicar con rigor la cláusula; y sus consecuencias («supresión» de la prórroga o resolución del contrato) deben también acotarse en cada caso".

En todo caso, conviene advertir que no incumbe a la contratación administrativa garantizar el cumplimiento de la normativa laboral, correspondiendo esta función a los mecanismos implementados para la defensa específica de estos derechos (inspección, medidas sancionadoras, medidas de fomento, etc.).

En definitiva, con la inclusión de estas consideraciones de índole social en la contratación pública no se pretende imponer una política de contratación laboral determinada, ni legislar socialmente. Será el órgano de contratación, considerando el objeto del contrato que se licita, el sector de actividad económica en el que se integra y las circunstancias en que se desenvuelve la ejecución del contrato, el que deba decidir que tipo de cláusulas socio-laborales son más idóneas para asegurar la mayor eficiencia en la ejecución del contrato y alcanzar esos objetivos de política social que se estiman de interés general.

En este contexto, una vez examinados los pliegos que rigen la contratación del servicio de operación, supervisión y administración de Salud Responde, aprobados con fecha 11 de mayo de 2016, observamos que incorporan como condición para la ejecución del contrato la obligación general que tiene la empresa contratista de cumplir con la normativa laboral, contemplándose posibles medidas para el control de su cumplimiento y facultando a EPES "para la resolución del contrato" por incumplimiento de la adjudicataria de esta obligación.

Asimismo, aún cuando en los pliegos se incluyen algunas cláusulas ambientales y sociales, en la línea que marca para las entidades públicas de la Junta de Andalucía el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 18 de octubre de 2016, adolecen de cláusulas socio-laborales que permitan promover el cumplimiento de uno de los objetivos perseguidos en este ámbito como es el de alcanzar mayores cotas de empleo estable y de calidad, favoreciendo la contratación de larga duración y a jornada completa.

Por otra parte, teniendo en cuenta las frecuentes denuncias que en materia socio-laboral se han producido durante la prestación de este servicio por anteriores contratas, y sin perjuicio de la referencia que se contiene en el Anexo IV.1 del Pliego de Cláusula Administrativas Particulares (PCAP), consideramos que, para alcanzar estos objetivos sociales, hubiera sido deseable la inclusión de alguna cláusula social que promoviera de forma efectiva la adopción de medidas concretas que aseguraran la efectiva conciliación entre la vida personal, laboral y familiar.

En cualquier caso, insistimos en que las unidades promotoras del contrato deberán valorar qué consideraciones sociales son las más eficientes, razonables y proporcionadas, según las características del contrato que se pretende licitar

Tercera.- Determinación del precio del contrato en relación con los costes salariales de

ejecución y su consideración entre las condiciones de ejecución.

Las personas promotoras de esta queja cuestionan el precio del contrato, que consideran excesivo, y que proporciona a las empresas contratistas *"unos márgenes de beneficio de casi el 100%".*

a) Determinación del precio

En relación con la determinación del precio de los contratos administrativos, el art 87 del TRLCSP establece que *"los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados*". Para el caso concreto de los contratos de servicios, en el art. 302 del TRLCSP dispone que "*en el pliego de cláusulas administrativas se establecerá el sistema de determinación del precio de los contratos de servicios, que podrá estar referido a componentes de la prestación, unidades de ejecución o unidades de tiempo, o fijarse en un tanto alzado cuando no sea posible o conveniente su descomposición, o resultar de la aplicación de honorarios por tarifas o de una combinación de varias de estas modalidades*".

De acuerdo con estas normas, el órgano de contratación debe calcular el presupuesto de licitación según el precio general del mercado, con arreglo a alguno de los sistemas de determinación del precio previstos en la referida norma para los contratos de servicios. En este caso, la modalidad utilizada ha sido la de determinar el valor estimado del contrato para 24 meses y una posible prórroga hasta un máximo de otros 24 meses, asignando una cantidad global teniendo en cuenta que el dimensionamiento mínimo del servicio establecido en el PPT es de 312.240 horas anuales de operación, supervisión y otras actividades, lo que hace un total de 624.480 horas para los dos años de contrato, a partir de la aplicación de un coste unitario por hora de servicio.

Esta práctica entra dentro de las modalidades contempladas en el TRCLSP para la determinación del presupuesto de licitación de los contratos de servicios -que debe estar precedida del correspondiente estudio previo que justifique, por razones de eficacia y eficiencia, la prestación del servicio vía contratación externa- y que debe ajustarse al análisis económico previo que debe contemplar las pautas para la adecuación del presupuesto estimado a los precios de mercado. Documentos que no han podido ser valorados por desconocerse.

Procede ahora analizar si la entidad pública, al fijar el presupuesto de licitación, debió tener en cuenta los costes salariales que debe asumir la empresa contratista en función de las normas del convenio sectorial de aplicación antes referido. Sobre este asunto el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía ha tenido ya ocasión de pronunciarse, entre otras, en la Resolución 398/2015, de 4 de noviembre; en la que afirma que *"(…) Este problema se ha planteado en relación con la posible existencia de bajas temerarias en las ofertas de determinados licitadores que no respetarían presuntamente las condiciones mínimas establecidas en el convenio colectivo y también en relación con la indebida determinación de los precios del contrato que se iba a licitar extrayendo siempre una misma conclusión como es que la entidad contratante no debe quedar vinculada por esta circunstancia y que las posibles reclamaciones que se pudieran presentar en este punto serían siempre competencia de la jurisdicción laboral."*

Señala igualmente la citada Resolución: *"(…) Sobre la adecuación de los precios al mercado, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid en su recomendación 2/1997, de 6 de mayo, insiste en que hay que tener presente la obligación que establece la Ley de que, a la hora de determinar el precio de los contratos, se procure que éste sea adecuado al mercado, y en su informe 19/1997, de 16 de diciembre, señala que la 'primera y más importante premisa a tener en cuenta sobre el precio de todo contrato que celebre la Administración es que sea cierto y adecuado al mercado'. La exigencia de que el cálculo del valor de las prestaciones se ajuste a los precios de mercado tiene por objeto garantizar que en la contratación exista un equilibrio entre las partes y que ninguna de ellas*

obtenga un enriquecimiento injusto, así como garantizar la viabilidad de las prestaciones objeto del mismo, que se establecen en función del interés general que persigue la actuación administrativa. En concreto, y sobre la adecuación del precio de los contratos al mercado y su relación con los convenios colectivos, la Junta Consultiva de las Islas Baleares, en el informe 4/2001, de 22 de febrero, sobre el artículo 14.1, último párrafo de la Ley de Contratos de las Administraciones Publicas, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, (LCAP), relativo a la adecuación del precio de los contratos al mercado, considera que es ajeno a la contratación administrativa y, por tanto, no puede incidir sobre ella de forma directa, lo pactado en un convenio colectivo laboral. No obstante, añade '(…) se pueden considerar como momentos en los que el órgano de contratación puede tener en cuenta, de alguna manera, el contenido de los convenios colectivos, por una parte, cuando ha de fijar el presupuesto base de licitación, a la hora de cumplir con el mandato de que éste sea adecuado al precio de mercado (art.14 LCAP), fijando y justificando en la memoria correspondiente un precio que contemple, entre otros factores, el coste establecido en el Convenio Colectivo".

En consecuencia, conforme a esta doctrina, aún cuando se considere que los convenios colectivos del sector correspondiente no son vinculantes para la Administración a la hora de establecer el precio de licitación, por tratarse de una regulación bilateral en la que los poderes públicos no son parte, sí pueden tomarse en consideración como indicadores a tener en cuenta al elaborar el presupuesto de licitación, especialmente en aquellos servicios, como el que nos ocupa, en los que el elemento personal es fundamental en la prestación objeto de contrato.

Es más, cuando la retribución salarial sea muy significativa en el coste final del contrato, como es en este caso, la eficaz prestación del servicio precisará que en la determinación del precio de licitación se tenga en cuenta la estimación de los costes salariales del personal que ejecutará el contrato en relación con un convenio de referencia. Ello no supondría una intromisión en la negociación colectiva toda vez que las condiciones laborales generales de las personas trabajadoras afectas a la actividad objeto de contratación se determinan en todo caso mediante esa vía. Sin embargo, la inclusión de esa consideración en los pliegos permitiría, a su vez, la inclusión de cláusulas sociales en la licitación que permitieran valorar un aspecto esencial para la eficiencia de la prestación del servicio objeto de estos contratos como es el de la consideración de las retribuciones salariales de las personas destinadas a la ejecución del contrato.

Ello permitiría valorar, incluso, entre otros criterios selectivos de la mejor proposición, la oferta más alta de la empresa licitadora en la retribución salarial del personal que debe ejecutar el contrato, en relación con los conceptos salariales básicos fijados en el convenio que se considere de referencia. Con ello no se impone a la empresa la obligación de pagar unos salarios determinados, sino que se valorará que la empresa voluntariamente retribuya mejor al personal que debe ejecutar el contrato que se licita, lo que redunda necesariamente en su mejor ejecución, siendo un factor más a considerar para la determinación de la oferta más favorable en su conjunto.

b) Las condiciones salariales como condición de ejecución del contrato

Los principios programáticos de la Directiva 2014/24/UE ya se contemplaban en el art. 118 del TRLCSP, al establecer, respecto a las condiciones de ejecución del contrato, que:

"1. Los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato. Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo medioambiental o a consideraciones de tipo social, con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, combatir el paro, favorecer la formación en el lugar de trabajo, u otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo.

2. Los pliegos o el contrato podrán establecer penalidades, conforme a lo prevenido en el artículo 212.1, para el caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución, o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en el artículo 223.f). Cuando el incumplimiento de estas condiciones no se tipifique como causa de resolución del contrato, el mismo podrá ser considerado en los pliegos o en el contrato, en los términos que se establezcan reglamentariamente, como infracción grave a los efectos establecidos en el artículo 60.2.e)".

La inclusión de este artículo en el texto final del TRLCSP, obedece a los mismos principios que informaban las nuevas Directivas europeas que se estaban aprobando en la materia, como se pone de manifiesto en las razones justificativas de la enmienda que lo incorporaba al texto legal, entre las que se incluía que "(…) Debe preverse la posibilidad de poder exigir a las empresas un compromiso con los derechos laborales a lo largo de la cadena de producción".

La posibilidad de inclusión de las condiciones salariales como condiciones de ejecución del contrato, ha sido analizada en la Resolución nº 196/2017, de 5 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en cuya fundamentación jurídica se señala que *"(...) las obligaciones que pueden incluirse como condiciones de ejecución del contrato, no son númerus clausus de manera que nada impide considerar cualesquiera siempre que no contravengan los principios generales en materia de contratación pública, estén relacionadas con el objeto del contrato y no contravengan la legislación sectorial aplicable"*.

Añade que, *"entre las condiciones especiales de ejecución permitidas a modo de ejemplo en la Directiva 2014/24/UE, se incluyen algunas que afectan posiblemente a las condiciones salariales de los trabajadores, de manera que a juicio de este Tribunal no cabe hablar de injerencia en la política salarial de las empresas (…)".* De modo más concreto señala que *"la Directiva recoge como condiciones de ejecución posibles aquellas que tiendan a 'eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado', desigualdades que en la mayoría de los casos son de índole salarial. Sería por tanto una paradoja considerar admisible por aplicación de la Directiva este tipo de cláusula con incidencia en los salarios, que puede implicar incidir en la relación salarial para favorecer o primar la igualdad salarial entre hombre y mujer, y no admitirla en el resto de los casos"*.

Por tanto, la inclusión de consideraciones socio-laborales entre las condiciones especiales de ejecución del contrato, siempre que cumplan con los principios generales de la contratación pública, es otra vía para garantizar que las prestaciones objeto del contrato se ejecutarán en la forma requerida por el órgano de contratación para alcanzar los objetivos propuestos con la licitación del servicio, evitando la precarización de las condiciones laborales que afectaría a su prestación.

Cuarta.- Sobre el dimensionamiento de la plantilla.

Otro aspecto cuestionado por los promotores de esta queja es el del dimensionamiento de las plantillas que, en su opinión, produce *"sobrecargas de trabajo hacia quienes prestan servicios en turnos de saturación y estrés insostenibles"*.

En cuanto a la adecuación o inadecuación del dimensionamiento de la plantilla de personal, se observa que en los pliegos por los que se rige esta contratación no se ha exigido una plantilla mínima de personal. En la cláusula 13.2 PCAP sobre condiciones esenciales de ejecución en relación con el Anexo I del PCAP, se establece, como Condición esencial de ejecución, el "*Compromiso de dedicación de los medios personales y materiales suficientes para la ejecución del contrato*", mientras que en el PPT, en su Anexo I, se determina el alcance del servicio a prestar por la empresa adjudicataria sobre la base de la actividad de la cartera de servicios, y el número de servicios prestados durante una semana tipo, que se complementa con los datos correspondientes al dimensionamiento de los servicios con la indicación de un número mínimo de horas al año que figura en la cláusula 4 del PPT, sin que se haga referencia al número de personas que se precisan para la prestación del servicio.

En el Anexo IV del PCAP, relativo a los criterios de adjudicación valorados mediante un juicio de valor y otra documentación a aportar, en su apartado 1 se solicita a los licitadores un plan de gestión del servicio en el que se debe incluir, entre otra información:

"Descripción detallada de la estructura completa que el adjudicatario detinará a la gestión del servicio.

Descripción de los perfiles profesionales y tareas a desarrollar por cada categoría

Descripción de la estructura administrativa que se adscribirá al servicio".

Entendemos que en dicho plan, que asimismo desconocemos, para acreditar el cumplimiento de las condiciones a que se compromete el contratista adjudicatario de este servicio se deben concretar las funciones que realizará el personal de la empresa, su cualificación y formación que se les exige, la organización del trabajo, así como las funciones y responsabilidades de coordinación, y los procedimientos de selección del personal para sustituciones y atención de picos de actividad; pero no se exige un equipo mínimo de personas dejando libertad a los licitadores para que lo establezcan, sin perjuicio de la obligación de cumplir las exigencias que se derivan del Convenio estatal del sector de Contact Center, que será la norma por la que se rigen las relaciones laborales del personal contratado para la prestación del servicio.

Esta concreción resulta más necesaria en función de lo establecido en la cláusula 13.2 del PCAP y en el Anexo I del mismo en relación con las condiciones esenciales de ejecución, cuyo incumplimiento puede ser causa de resolución del mismo, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 223. f) del TRLCSP que establece que será causa de resolución del contrato *"el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato".*

Además, los nuevos parámetros que a partir de la Directiva Europea 2014/24/UE, se incorporan a la contratación pública y que fueron integrados en el TRLCSP y acogidos por la Administración de la Junta de Andalucía, hacen aconsejable dar un paso más en la inclusión de consideraciones sociales en los pliegos de condiciones que rigen la contratación de un servicio público que debe redundar en una mejor eficiencia y calidad de la prestación y aportar una mayor eficiencia social al contrato.

Unas condiciones laborales precarias dentro de una organización funcional que de lugar a sobrecargas habituales de trabajo, pueden tener efectos negativos en el rendimiento de las personas trabajadoras que ejecutan el contrato y propiciar la generación de conflictos, lo que termina afectando a la eficacia del servicio a prestar. Es por ello que, de acuerdo con estas consideraciones sociales que deben incorporarse a la contratación pública, sería conveniente que en los PPT se pudiera determinar la plantilla mínima que debe ejecutar el contrato y sus cualificaciones profesionales, así como indicar los recursos necesarios para atender los distintos niveles de demanda, además de por las razones de seguridad jurídica antes apuntadas, a fin de poder valorar, entre otros criterios selectivos de la mejor proposición, un dimensionamiento de la plantilla por encima del mínimo exigido que redundaría en una prestación más eficiente del servicio.

Estas consideraciones sociales están más justificadas aún en aquellas contrataciones públicas en las que el elemento personal es fundamental en el desarrollo de la prestación contratada, como es la del servicio objeto de la presente queja.

Quinta.- Incumplimiento de la normativa laboral por parte de la empresa contratista.

Tanto en el escrito inicial dirigido a esta Institución, como en el de posterior de alegaciones, los representantes de la organización sindical promotores de la queja aducen la existencia de incumplimientos de la normativa laboral por parte de la empresa adjudicataria del contrato. Asimismo, manifiestan que se les impide el libre ejercicio del derecho de huelga al amparo de Decretos de la propia Junta de Andalucía que vienen siendo declarados abusivos y vulneradores de este derecho por sentencias del TSJA.

A este respecto, la entidad pública contratante manifiesta que *"no tiene constancia de sanciones de la inspección de trabajo a la empresa adjudicataria del nuevo contrato de servicios"*. En cuanto a la posible vulneración del derecho a la huelga de estos trabajadores, afirma que "*en ningún caso se ha impedido*" el ejercicio de este derecho y que "*no existe tal sentencia del TSJA contra los servicios mínimos declarados por la Junta de Andalucía para este centro"*, adjuntando Sentencia 610 de 2011 que ratifica la fijación de servicios mínimos para este tipo de centros.

En el expediente de queja no resultan acreditadas la imposición de sanciones por infracción de la normas laborales a la empresa contratista, así como tampoco que se haya vulnerado el ejercicio del derecho a la huelga por los trabajadores de la contrata. Sin perjuicio de ello, resulta oportuno referirse a las consecuencias del incumplimiento de la normativa laboral en la ejecución de esta contratación pública, sobre todo dadas las consecuencias, ya comentadas, que contempla la estipulación 7ª del PPT para este supuesto como causa de resolución del contrato, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 23. h) del TRLCSP.

Ya vimos que en el Considerando 39 de la Directiva 2014/24/UE, se prevé la posibilidad de incluir cláusulas sociales en los pliegos de la contratación, indicando que *"también debe ser posible incluir cláusulas que garanticen el cumplimiento de convenios colectivos, de conformidad con el Derecho de la Unión, en los contratos públicos".*

En el caso de que se produjeran incumplimientos de la normativa laboral, corresponde al órgano de contratación valorar la gravedad de los incumplimientos detectados y su afección al funcionamiento del servicio y al interés público que la Administración debe tutelar, todo ello de conformidad con la facultad que le atribuye el art. 210 de la TRLCSP en relación a la cláusula 23 del PCAP al establecer que *"el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos y resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento. Igualmente podrá modificar los contratos celebrados y acordar su resolución, dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en el TRLCSP y demás normativa de aplicación".*

Ciertamente, la estipulación séptima del PPT fija expresa y genéricamente como causa posible de resolución del contrato *"el incumplimiento del adjudicatario de cualquiera de las normas laborales vigentes en cada momento…"*, de acuerdo con lo establecido en el art. 223.h) del TRLCSP que considera como "*causas de resolución del contrato: h) Las establecidas expresamente en el contrato*", referencia en la que se incluyen a los pliegos que rigieron la contratación (PCAP y PPT), y que revisten carácter contractual según lo dispuesto en la cláusula 1 del PCAP.

Sentado lo anterior, la doctrina y la jurisprudencia han analizado, en el marco de la contratación administrativa, si cualquier infracción de la normativa laboral o de Seguridad Social por parte del contratista, con independencia de su tipificación y graduación, conlleva la facultad/obligación de resolver el contrato, dados los términos amplios y genéricos con que suelen recogerse tal supuesto en los pliegos ("el incumplimiento de las normas laborales"), pues una previsión de este tipo, en unos términos tan genéricos, puede provocar una situación de indefensión a la parte adjudicataria, en tanto que la Administración podría instar la resolución ante el incumplimiento de cualquier obligación laboral, con independencia de su incidencia y gravedad.

La doctrina consultiva viene a poner énfasis en que una delimitación de extrema amplitud de las causas de resolución del contrato requiere lógicamente una interpretación acorde con los principios de la contratación pública, que exige "*que el incumplimiento sea grave y afecte al funcionamiento del servicio o, cuando menos, al interés público que la Administración debe tutelar*" (Dictamen 575/2012 del Consejo Consultivo de Galicia y Dictamen 324/2013 del Consejo Consultivo de Madrid).

En similares términos se postula el parecer del Consejo Consultivo de Andalucía, en los Dictámenes a que nos referiremos seguidamente, en el sentido de que ha de tratarse de incumplimientos graves o relevantes, y no de cualquier tipo de incumplimiento.

Así pues, corresponderá al órgano de contratación, previo los informes que procedan, determinar si los incumplimientos laborales detectados revisten tal gravedad y si además afectan al funcionamiento del servicio contratado o, cuando menos, al interés público, ya para acordar la continuidad o la resolución del contrato.

En este sentido, respecto a la gravedad de los incumplimientos, deberá tomarse en consideración la calificación realizada por la autoridad laboral, así como la recaída en decisiones judiciales. Y, en cuanto la afección sobre el funcionamiento del servicio y/o el interés público a tutelar, habrá que ponderar si dichos incumplimientos inciden directamente en la prestación del servicio objeto del contrato que, dado que se enmarca en un ámbito tan singular como es el de la atención del derecho a la salud, podría terminar afectando al interés público general de la población.

En aplicación de estos criterios, el citado Consello Consultivo de Galicia, en su Dictamen 575/2012, coligió que el impago de obligaciones salariales a cargo de la empresa adjudicataria constituía causa de resolución del contrato habida cuenta que tal incumplimiento debía calificarse como grave y que el mismo afectaba al interés público, a pesar de que no había tenido incidencia en el funcionamiento del servicio; y ello, debido a que el art. 42.2 del Estatuto de los Trabajadores dispone que "*El empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores...*".

Estos criterios habría que aplicar igualmente a los supuestos de posible resolución por incumplimiento de condiciones esenciales que analizábamos en el apartado anterior. En estos casos, como se ha indicado previamente, dicha posibilidad deriva de lo dispuesto en la letra f) del art. 223 TRLCSP, puesto en relación con la cláusula 13.2 PCAP sobre condiciones esenciales de ejecución y con el Anexo I del PCAP, cuando señala, como Condición esencial de ejecución, el "*Compromiso de dedicación de los medios personales y materiales suficientes para la ejecución del contrato*".

A este respecto, como ha señalado reiteradamente el Consejo Consultivo de Andalucía, entre otros en sus Dictámenes 223/2004, 342/2004, 390/2008 y 84/2014, acogiendo la doctrina del Consejo de Estado y a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo a la que alude en tales pronunciamientos, se reitera que ha de tratarse de incumplimientos graves o relevantes, y no de cualquier tipo de incumplimiento, por lo que el análisis a acometer en este caso ha de ser, asimismo, ajustado a tales criterios.

Sexta.- De la externalización/internalización de la prestación de los servicios públicos.

Sobre esta cuestión ya quedó reflejada en la queja de oficio 15/5470 nuestra aportación al estudio y análisis sobre los criterios de externalización/internalización de la acción pública, y la conveniencia de aprobar el marco regulador cuando fuese posible y oportuno por quien tiene la competencia.

En la Resolución de esta queja de oficio se significa la recomendación unánime de que el recurso a la externalización se acuerde exclusivamente en los casos y circunstancias que razonadamente se estime imprescindible, y que siempre venga precedida de un análisis pormenorizado de puesta en valor de la misma en razón a criterios de mejora en eficiencia y eficacia en la prestación del servicio, así como su sujeción a elementos de control y evaluación de la gestión externalizada.

Por último, ante la corriente internalizadora que se está dando en el sector público en los últimos años, coincidiendo con el final de la crisis económica, que persigue recuperar la calidad de los servicios y actividades que desarrollan las Administraciones públicas asumiendo su prestación directa, se pone de manifiesto la complejidad de este fenómeno, sobre todo por los problemas de índole laboral que se plantean en relación al personal afectado, planteándose a este respecto distintas opciones en función de la naturaleza de la entidad pública destinataria de la integración del personal. Finalmente se señala que, en todo caso, se requiere una norma con rango de Ley para disponer y valorar las consecuencias jurídicas y otras a tener en cuenta por el Consejo de Gobierno, que comportan la asunción o reversión de servicios

externalizados y de los recursos materiales, financieros y humanos afectados.

En base a las consideraciones precedentes, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 29.1 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, reguladora de esta Institución, formulamos a la Dirección Gerencia de la Empresa Publica de Emergencias Sanitarias (EPES) la siguiente

RESOLUCIÓN

RECOMENDACIÓN**:** Para que, a tenor de las consideraciones expuestas y de las directrices que marca la Directiva 2014/24/UE y el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, de 18 de octubre de 2016, por el que se impulsa la incorporación de cláusulas sociales y ambientales a la contratación pública, en la ejecución del servicio de operación, supervisión y administración de Salud Responde se haga un especial seguimiento del cumplimiento de las obligaciones en materia laboral por parte de la empresa adjudicataria, y se adopten, en su caso, las medidas procedentes de acuerdo con las normas reguladoras de la contratación administrativa en el sector público para asegurar el eficaz funcionamiento del servicio.

SUGERENCIA 1: Sin perjuicio de lo ya reiterado en la Resolución de la queja de oficio 15/5470, para el caso de que el servicio objeto de la presente queja se vuelva a licitar se incluyan en los pliegos rectores de la contratación cláusulas sociales de índole laboral que permitan promover el cumplimiento de uno de los objetivos perseguidos en este ámbito como es el de alcanzar mayores cotas de empleo estable y de calidad, favoreciendo la contratación de larga duración y a jornada completa, así como la adopción de medidas concretas que permitan asegurar la efectiva conciliación entre la vida personal, laboral y familiar.

SUGERENCIA 2: Para que la determinación del presupuesto de licitación de este servicio, en los que el elemento personal es fundamental en la prestación objeto de contrato, se tenga en cuenta la estimación de los costes salariales del personal que ejecutará el contrato en relación con un convenio de referencia y que permitiría, a su vez, la inclusión de cláusulas sociales o condiciones especiales de ejecución en la contratación que permitieran valorar un aspecto esencial para la eficiencia de la prestación del servicio objeto de este contrato como es el de la consideración de las retribuciones salariales de las personas destinadas a la ejecución del mismo.

SUGERENCIA 3: Teniendo en cuenta que unas condiciones laborales precarias pueden tener efectos negativos no sólo en el rendimiento de las personas trabajadoras que ejecutan el contrato, sino también en la eficacia del servicio a prestar, sería conveniente que en el PPT de este contrato se pudiera determinar la plantilla mínima que debe ejecutar el contrato y sus cualificaciones profesionales, así como indicar los recursos necesarios para atender los distintos niveles de demanda, como condiciones de ejecución del mismo. Con ello se podría valorar, asimismo, entre otros criterios selectivos de la mejor proposición, un dimensionamiento de la plantilla por encima del mínimo exigido que redundaría en una ejecución más eficiente del contrato.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

El IAAP adopta medidas para preservar la condición de discapacidad en secreto en las solicitudes de empleo

Queja número 17/3602

- 06 Noviembre 2017

La interesada denunció ante esta Oficina la vulneración de su derecho a mantener su condición de discapacidad en secreto por parte del Instituto Andaluz de Administración Pública. (IAAP). En este sentido, en la publicación de las listas de admitidos en la convocatoria de oposiciones de Auxiliares Administrativos de la Junta de Andalucía aparecía su nombre al lado de la etiqueta "Cupo de discapacidad". Las listas son públicas y al alcance de todos, por lo que cree que se vulnera un derecho que protege la Ley de Protección de Datos, la cual es especialmente rigurosa con los datos de salud, objeto de especial protección.

Tras requerir la información oportuna a la Dirección del IAAP, órgano gestor de las pruebas selectivas, observamos que, ante los hechos denunciados, se va a proceder de forma inmediata a la adopción de las medidas necesarias para sustituir la denominación actual en las listas de admitidos y excluidos de turno "cupo discapacidad" por un código o clave, con el fin de ajustarse a la Recomendación formulada por este Comisionado.

En este sentido, nos remitimos a las actuaciones llevadas a cabo con ocasión de la actuación de oficio, queja 15/1454, sobre la protección de datos de carácter personal de los participantes en los procesos selectivos para el acceso al empleo público promovidos por la Administración de la Junta de Andalucía, especialmente de aquellos datos relativos a la discapacidad de los mismos, y que podemos consultar en el siguiente enlace: http://www.defensordelpuebloandaluz.es/pedimos-medidas-para-la-menor-injerencia-posible-en-la-publicidad-del-dato-personal-de-discapacidad.

En todo caso, debemos resaltar la necesidad de reforzar la garantía del derecho fundamental a la protección de los datos de las personas (art. 14 CE), especialmente del dato referido a la discapacidad de los participantes en los procesos selectivos promovidos en el seno de la Junta de Andalucía, de tal manera que la obligada publicidad de estos procesos se lleve a cabo con la menor injerencia sobre el derecho de la intimidad del dato relativo a la salud (discapacidad) de aquellos.

Pedimos medidas para la menor injerencia posible en la publicidad del dato personal de discapacidad en los procesos de acceso al empleo

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 15/1454 dirigida a Consejería de Hacienda y Administración Pública, Secretaría General para la Administración Pública, Consejería de Hacienda y Administración Pública, Instituto Andaluz de Administración Pública, Consejería de Salud, Dirección General de Profesionales del Servicio Andaluz de Salud (SAS), Consejería de Educación, Dirección General de Profesorado y Gestión de Recursos Humanos de la Consejería de Educación

- 18 Julio 2016

Esta Institución inició queja de oficio sobre protección de datos de carácter personal de los participantes en los procesos selectivos para el acceso al empleo público promovidos por la Administración de la Junta de Andalucía, especialmente de aquellos datos relativos a la discapacidad de los mismos.

ANTECEDENTES

I. La Administración de la Junta de Andalucía constituye la parcela mayoritaria del sector público andaluz, representando el 50 por ciento de los recursos humanos vinculados a los distintos servicios públicos (docente, sanitario, servicios sociales, administración general, instrumental y de Justicia, etc.), con un total cercano a los 250.000 empleados públicos (a los que se suman otros tantos pertenecientes a la Administración estatal, local y a las Universidades públicas), volumen profesional que en su dinámica de gestión da lugar a una ingente publicación de datos personales relacionados, fundamentalmente, con los procesos administrativos de selección para el ingreso en el empleo público y de provisión de puestos de trabajo, publicidad que se materializa en distintos medios (boletines y diarios oficiales en internet, sitios web institucionales y en otros medios electrónicos y telemáticos).

Este hecho hace que desde estos medios de publicidad, especialmente en aquellos situados en el espacio de internet, se estén vertiendo un desmesurado volumen de datos personales con una indudable proyección en otros ámbitos que exceden de los puramente administrativos en que se documentan, pudiendo afectar al derecho fundamental a la protección de datos de las personas garantizado por el artículo 14 de la Constitución, derecho regulado por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD).

El avance vertiginoso de las tecnologías de la información y las comunicaciones permite que a través sistemas o programas sea posible encontrar información en Internet, a través de los denominados “buscadores” (generales y especializados), herramientas que permiten a los usuarios de estas tecnologías

localizar y acceder a la información disponible en internet de manera interactiva, al constar esta en bases de datos en archivos existentes en la red.

La potencialidad de estos buscadores (e incluso metabuscadores y multibuscadores), hoy convertidos en la puerta de acceso a la red y generadores de la mayor parte de su tráfico, nos la demuestra cualquier consulta a través del conocido buscador "Google", que a través de sus indexadores automáticos permite conocer al instante datos personales publicados en internet y otros medios electrónicos y telemáticos, de tal manera que al introducir los datos personales de una persona física o jurídica, en cualquiera de las modalidades de búsquedas, se obtiene como resultado todos aquellos documentos o enlaces en que dichos datos consten. La indexación permanente y automática de los buscadores de información administrativa puede suponer una injerencia continuada y desproporcionada en el derecho fundamental a la protección de datos personales.

Por otro lado, el acceso a información pública y transparencia administrativa, aunque no esta configurado constitucionalmente como un derecho, encuentra una amplia regulación en la legislación administrativa como un derecho no absoluto (art. 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos y Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública en Andalucía) que tiene su contrapartida en el derecho fundamental a la protección de datos personales, que obliga a los poderes públicos a poner límites al acceso a información pública que se sustancie sobre datos personales obrantes en documentos administrativos y registros públicos.

A estos fulgurantes avances y beneficios tecnológicos trata el Derecho de dar una respuesta, para desde la norma hacer compatibles la publicación de información que contenga datos personales con la confidencialidad de dicha información.

En este sentido, constatamos cómo en los mecanismos de publicidad y acceso a la información administrativa de los distintos órganos administrativos suele circunscribirse, aparte de acceso ordinario a un registro público, a la publicidad en tablones de anuncios, intranet, espacios privados de internet, tablón de anuncios electrónicos en internet y publicidad a través de los diarios y boletines oficiales, igualmente, en internet.

II. En lo que a publicidad relacionada con los procedimientos selectivos, los distintos órganos competentes en materia de personal al servicio de la Junta de Andalucía (Instituto Andaluz de Administración Pública -IAAP,- Servicio Andaluz de Salud -SAS-, Consejería de Educación, etc.), tantos en sus fases intermedias de selección como en los resultados finales del proceso, publicitan los distintos actos de tramitación en tablones de anuncios, páginas web institucionales y en la propia página web del Boletín Oficial de la Junta de Andalucía (BOJA), publicitaciones que hacen referencia al dato personal relativo a la discapacidad, con expresión, primero, del nombre y apellidos y el Documento Nacional de Identidad (DNI) y, a continuación, el dato relativo a la discapacidad de forma muy variada, según Cuerpos, especialidades y categorías.

Así en los procesos selectivos correspondientes a los Cuerpos y Especialidades de la Administración general se hace referencia a la discapacidad con la referencia "D" en el turno correspondiente, resultando individualmente identificados los aspirantes con discapacidad que hagan vales tal condición a efectos de acogerse al cupo de reserva.

En cuanto al personal docente, en el Cuerpo de Maestros el turno de acceso libre se referencia con la clave 01 y el turno de discapacidad con la clave 02, mientras que el los Cuerpos y especialidades de los Profesores de Educación Secundaria y otros Cuerpos (Música, Idiomas, etc.), vienen relacionados conjuntamente en un único listado bajo la expresión "Turno General y Reserva de Discapacidad".

De esta forma los participantes en los Cuerpos de Maestros quedan identificados de forma indirecta, no así los aspirantes al resto de los Cuerpos docentes, en los que los participantes por dicho cupo no resultan identificados.

En cuanto al personal estatutario vinculado a las Instituciones sanitarias, en los procesos selectivos convocados por el Servicio Andaluz de Salud los participantes se expresan en los distintos turnos a través de las claves “L”, “P”, ”LM” y “LF”. La identificación de los participantes por el turno de discapacidad aparecen identificados indirectamente por la clave.

La publicidad de los procesos selectivos relativos a los Cuerpos de funcionarios de la Administración de Justicia, van referidos con expresión de “Sistema Reserva de Discapacitados”. Los participantes por el turno de discapacidad aparecen identificados y relacionados en un listado diferenciado.

Por último, en los procesos selectivos del Personal laboral de la Administración general de la Junta de Andalucía, ya se trate de procesos conjuntos (turno libre y turno de discapacidad) o de procesos exclusivos para las personas discapacitadas, la publicidad del dato relativo a la discapacidad va referido con la clave “D”. Tanto los participantes de los procesos conjuntos como los exclusivos para personas con discapacidad resultan identificables indirectamente por dicha clave.

En este sentido, nos dirigiremos a los distintos Centros Directivos exponiéndoles el estado de situación respecto a la publicidad del dato personal relativo a la discapacidad de las personas participantes, y en su caso seleccionadas, en los múltiples procesos selectivos que anualmente se convocan y resuelven en el ámbito de la Junta de Andalucía.

(…).

En base a estos antecedentes cabe formular las siguientes

CONSIDERACIONES

Primera.- Marco regulador de la transparencia y protección de datos

En lo que a la transparencia se refiere, tanto la Constitución española como el Estatuto de Autonomía para Andalucía cuentan con diferentes preceptos que fundamentan la regulación de la transparencia. Así la Constitución española garantiza, de conformidad con el artículo 9.3 y 20.1. d), la publicidad de las normas y el derecho a recibir libremente información veraz de los poderes públicos y, conforme al artículo 105.b) de la Constitución española, el acceso de los ciudadanos a la información pública.

La legislación autonómica andaluza cuenta con antecedentes que regulan diversos aspectos de la transparencia. Especial mención merece la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, que en su artículo 3 configura la transparencia como un principio general de organización y funcionamiento, y en el capítulo I del título IV regula los derechos de la ciudadanía ante la actuación administrativa.

Esta ley, en su art. 79 (“Publicidad y transparencia de la actuación administrativa”) dispone que *“la actuación de la Administración de la Junta de Andalucía se desarrollará con el máximo respeto a los principios de publicidad y transparencia, sin perjuicio de las limitaciones derivadas del derecho a la intimidad o de otros derechos constitucionales que gozan de una protección específica. En atención a dichos derechos, la publicidad de los actos y procedimientos administrativos se realizará de acuerdo con el principio de proporcionalidad.”*

En el ámbito estatal, el apartado 5 del art. 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP) dispone que *“en sus relaciones con los ciudadanos las Administraciones públicas actúan de conformidad con los principios de transparencia y de participación”.*

No obstante, la norma nuclear corresponde a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, norma de carácter básico que regula el derecho de acceso a la información pública que, no obstante, ya ha sido desarrollado , con carácter general, en la citada

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que desarrolla en su artículo 37 el derecho de los ciudadanos a acceder a los registros y documentos que se encuentren en los archivos administrativos y en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, a la vez que reconoce el derecho de los ciudadanos a relacionarse con la Administración por medios electrónicos, promueve una cultura de transparencia que impone la modernización de la Administración, la reducción de cargas burocráticas y el empleo de los medios electrónicos para la facilitar la participación, la transparencia y el acceso a la información, aspecto que encontrará su nueva regulación tras la próxima entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Frente a la más reciente regulación de la transparencia nos encontramos la consolidada regulación de la protección de datos.

Llegados a este punto, cabe decir que la normativa de protección de datos incorpora trabas al principio de transparencia administrativa. A este respecto es significativo que la propia LOPD omite referencia alguna al acceso a la información pública, haciendo una relación tasada a las que deben ser consideradas fuentes accesibles al público.

Desde la perspectiva de protección de datos de carácter personal la puesta a disposición de datos supone una cesión sometida a un régimen singular para los datos especialmente protegidos, entre los que se encuentran la salud, que conforme al art. 5.1 g) del reglamento (Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre), datos que sólo pueden ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado, consentimiento que no es necesario cuando la cesión está autorizada en una ley (art. 11 LOPD).

La puesta en marcha de la Administración electrónica hace que la documentación administrativa sea sometida a tratamientos automatizados lo que implica que el acceso a información administrativa afecte al derecho fundamental a la protección de datos personales. Así, este respecto, cabe señalar que no basta la presencia de un dato personal para que entre en juego el derecho fundamental a la protección de datos personales, es preciso que estos se hallen registrados en un soporte físico que los haga susceptibles de tratamiento (art. 2.1 LOPD). En este sentido, la publicación de información que contenga datos personales a través de Boletines Oficiales o de sitios Web en Internet supone también un tratamiento de datos personales al ser una operación o procedimiento técnico que permite la cesión de datos de carácter personal (art. 3.g) LOPD).

Puede afirmarse que la normativa de transparencia administrativa encuentra un serio contrapeso en el derecho a la protección de datos de carácter personal. Así, la LOPD no ha contemplado como límite al derecho fundamental a la protección de datos personales un derecho de acceso a información administrativa sin interés legítimo ni previó una publicación generalizada de información administrativa con datos personales a instancia de la Administración.

A este respecto, el art. 55.2 del Estatuto Básico del Empleado Público establece que en el acceso al empleo público se garantizarán, entre otros, los principios de publicidad de las convocatorias y la transparencia, a la par que en el art. 61 se dispone el carácter abierto y de concurrencia competitiva de los procesos selectivos.

Por último, cabe señalar que el art. 59.6 b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, habilita la sustitución de la notificación por la publicación cuando se trata de actos integrantes de un proceso selectivo o de concurrencia competitiva de cualquier tipo.

La doctrina jurisprudencial a este respecto, ponderando los intereses en juego, se decanta por hacer prevaler la garantía de publicidad y transparencia del proceso selectivo sobre el derecho a la protección

de datos, como detalla la Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de abril de 2012:

"Obviamente, las garantías que exige el tratamiento de datos personales no puede servir para empañar o anular estas exigencias que obligan a que los procesos se conduzcan cumpliendo unas mínimas exigencias de transparencia y publicidad. La superioridad de estos otros valores aconseja que en este caso se entienda que no era exigible el consentimiento del interesado para el tratamiento del dato (…) y ello como garantía y exigencia de los demás participantes para asegurar la limpieza e imparcialidad del procedimiento en el que concurren (…)".

El interés público que subyace bajo los principios rectores del acceso y provisión de puestos de trabajo en la Administración otorga legitimidad a la limitación del derecho a la protección de datos de carácter personal frente al derecho a la publicidad de los procesos selectivos, aspecto que debe de ser objeto de concreción en las normas de desarrollo, ya en los Reglamentos de acceso y provisión, ya en las bases reguladoras de las convocatorias, ya a través de órdenes e instrucciones a las Comisiones de selección o provisión.

Segunda.- La transparencia y la protección de datos en los procesos selectivos. Especial referencia a la protección del dato relativo a la discapacidad de los participantes.

Un simple estudio de las diversas normas reguladoras del ingreso en el empleo público dependiente de la Junta de Andalucía (ya funcionarial de la Administración general o de Justicia, personal docente y personal estatutario sanitario) nos permite constatar cómo los distintos reglamentos de selección o ingreso para cada uno de estos colectivos de servidores públicos, no establecen ninguna cautela o limitación respecto a la publicidad de los datos personales derivados de estos procesos, como tampoco del dato específico a la discapacidad de algunos de los aspirantes participantes o seleccionados y nombrados al final de los procesos.

Igual apreciación cabe deducir de las bases de las convocatorias, que si bien regulan de manera detallada las distintas fases de los procesos de acceso (solicitudes, requisitos, listas provisionales y definitivas de aspirantes, tribunales y comisiones de selección, fases de las pruebas selectivas, baremos, listas provisionales y definitivas de aprobados, nombramientos, etc.), nada añaden respecto al alcance de los datos personales que han de ser objeto de publicidad en cada una de las fases del proceso selectivo, conforme al marco jurídico de referencia.

En el marco regulatorio expuesto, la práctica administrativa resultante de estos procesos, tanto la que dimana de los tribunales o comisiones de selección (listas nominativas de admitidos y excluidos, listas de aspirantes que superan el proceso selectivo – por turnos libre, de promoción interna o de reserva de discapacidad-), como de los propios órganos administrativos competentes para la regulación de las convocatorias y sobre los nombramientos, evidencia la inexistencia de un tratamiento homogéneo sobre este particular, siendo la casuística en extremo variada, desde aquellas plenamente respetuosas con una adecuada publicidad de los datos personales y con establecimiento de límites respecto a la publicidad del dato personal relativo a la discapacidad, con otras prácticas inadecuadas de publicidad del dato relativo a la discapacidad, con identificación directa de tal circunstancia en los participantes en los distintos procesos selectivos.

La circunstancia del dimensionamiento del Sector Público Andaluz y de elevado número de participantes en las distintas ofertas de empleo público, unido a la intervención de distintos centros directivos y múltiples órganos de selección, aconseja que desde las distintas instancias se promueva una norma o protocolo de actuación, que normalice y de un tratamiento homogéneo a la protección del dato relativo a la discapacidad en el seno de los procesos selectivos de empleados públicos.

(…).

Así pues, cabe concluir resaltando la necesidad de reforzar la garantía del derecho fundamental a la protección de los datos de las personas (art. 14 CE), especialmente del dato referido a la discapacidad de

los participantes en los procesos selectivos promovidos en el seno de la Junta de Andalucía en sus periódicas convocatorias de empleo público, de tal manera que la obligada publicidad de estos procesos se lleve a cabo con la menor injerencia sobre el derecho de la intimidad del dato relativo a la salud (discapacidad) de aquellos, promoviendo, en su caso, una Instrucción por parte de los distintos Departamentos o Centros Directivos.

En base a lo anteriormente expuesto, de conformidad con lo establecido en el artículo 29.1 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, formulamos a las personas titulares de los Centros Directivos competentes en materia de personal, en las Consejerías y Agencias instrumentales de las Consejerías competentes en las materias de Administración Pública, Educación y Salud, la siguiente

RESOLUCIÓN

RECOMENDACIÓN: Que se cursen las instrucciones necesarias en orden a que en los procesos selectivos que les afecten, ya de personal con carácter permanente (funcionario, estatutario o laboral) o temporal (bolsas de empleo), la publicidad del dato personal relativo a la discapacidad de las personas participantes en los mismos se realice con la menor injerencia posible.

Ver cierre de actuación de oficio

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Investigamos las causas de la demora en la toma de posesión del concurso de méritos de funcionarios de la Administración de la Junta de Andalucía, convocatoria 2016

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/3875 dirigida a Consejería de Hacienda y Administración Pública, Dirección General de Recursos Humanos y Función Pública

- 13 Octubre 2017

En esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz se ha recibido comunicación escrita de los representantes de las organizaciones sindicales Sindicato Andaluz de Funcionarios (SAF) y de CSIF-Sector de Administración General de la Junta de Andalucía, así como de otras personas en su condición de interesadas en el concurso de traslado de personal funcionario de la Junta de Andalucía convocado el 22 de julio de 2016, en las que manifiestan su disconformidad con la posible demora en la toma de posesión de los destinos adjudicados a partir de la resolución definitiva del mismo. Dichas quejas se han acumulado a esta queja de oficio, que ha sido registrada con el número arriba indicado, para su tramitación.

Las personas y organizaciones sindicales que se han dirigido a esta Institución, trasladan su disconformidad con la posible decisión de aplazar hasta el día 1 de octubre próximo la toma de posesión de la resolución del concurso de traslado de personal funcionario convocado hace ya un año y que tiene a muchas personas en todo el territorio andaluz pendiente de su resolución, ya de por sí muy retrasada.

Al parecer, en la reunión informativa mantenida sobre este asunto el pasado día 30 de junio con las organizaciones sindicales presentes en la Mesa Sectorial de Negociación de la Junta de Andalucía, por parte de la Dirección General de Recursos Humanos y Función Pública se les comunicó que la fecha prevista de resolución de los distintos concursos sería en la segunda quincena de este mes de julio, pero que las tomas de posesión se diferirían hasta el día uno de octubre de 2017, alegando para ello que éstas podrían afectar a vacaciones o al inicio de curso en los centros docentes.

De confirmarse este proceder, las personas y organizaciones que se han dirigido a esta Institución consideran que sería claramente discriminatorio y verían afectados derechos para el personal afectado por estos concursos.

En este sentido, las alegaciones que nos han hecho llegar las personas promotoras de estas quejas coinciden en considerar que el retraso en la resolución de los distintos concursos de méritos, además de implicar un grave perjuicio a la carrera administrativa de los funcionarios públicos que se encuentran desplazados de su provincia de origen, supone un atentado contra el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, reconocido a nivel de Ley Orgánica, para aquéllos que tengan hijos en edad escolar y cambien de provincia o término municipal, que deberían cambiar de centro docente una vez ya iniciado el

curso.

Asimismo, con esta demora que entienden injustificada, manifiestan que resultarían afectados sus derechos como funcionarios públicos a la percepción de unas mejores retribuciones y a la consolidación del grado, durante el tiempo de dilación indebida de la toma de posesión. En relación con este posible perjuicio económico, en algunas comunicaciones también se hace referencia a los gastos adicionales de arrendamiento de vivienda que esa medida supondría para algunos funcionarios.

El nuevo retraso que podría afectar a la terminación del concurso, unido a los reiterados retrasos que se han dado en esta convocatoria, en opinión de las organizaciones sindicales que han acudido a esta Institución, pudiera afectar igualmente el derecho a la buena administración, reconocido en el artículo 31 del Estatuto de Autonomía de Andalucía y el artículo 5 de la Ley 9/2007, especialmente el punto 1.d) del citado artículo, que reconoce el derecho de los ciudadanos a que *"sus asuntos sean resueltos en un plazo razonable".*

En base a cuanto antecede, las personas promotoras de quejas relacionadas con esta cuestión, solicitan a este Comisionado a que inste a la Administración que asuma su propia normativa y en su cumplimiento, se resuelvan los citados concursos de méritos a la mayor brevedad posible sin retrasar la toma de posesión en las plazas adjudicadas.

Estudiada dichas comunicaciones, esta Defensoría en virtud de las facultades, atribuciones y competencias que le corresponden por aplicación de lo establecido en el art. 1, en relación con el art. 10, de la ley 9/1983, de 1 de diciembre que nos regula, ha decidido la admisión a trámite de las quejas recibidas y tramitarlas a través de la presente queja de oficio, con objeto de determinar las causas que motivan diferir la toma de posesión al 1º de octubre próximo de la resolución de los concursos convocados.

En consecuencia, procedemos a poner en marcha las actuaciones ante la Consejería de Hacienda y Administración Pública para investigar los hechos que motivan esta intervención y, en base a los artículos 18.1 y 19.1 de la Ley del Defensor del Pueblo Andaluz, solicitamos formalmente la colaboración de la Dirección General de Recursos Humanos y Función Pública mediante la remisión del informe junto a la documentación oportuna que permitan el esclarecimiento de los motivos de la queja tramitada.

Ver Resolución del dPA

Más agilidad en la convocatoria de concurso de méritos en la Administración regional

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 14/0175 dirigida a Consejería de Hacienda y Administración Pública, Secretaría General para la Administración Pública

- 15 Diciembre 2014

En esta Institución se tramita expediente de queja con el número arriba indicado, promovida de Oficio por el Defensor del Pueblo Andaluz, en relación con la demora en la convocatoria de concurso de méritos en la Administración de la Junta de Andalucía.

En reiteradas ocasiones se han venido dirigiendo a esta Institución funcionarios de la Administración General de la Junta de Andalucía exponiéndonos la cuestión relativa a la demora en la convocatoria de concurso de méritos por parte de dicha Administración (datando la última convocatoria de 2011), planteamiento que también se nos ha dirigido desde el estamento sindical, motivo por el cual, a comienzos del presente ejercicio de 2014, este Comisionado inicia una actuación de oficio, queja núm. 014/0175, ante la Administración autonómica, por el incumplimiento del Decreto 2/2002, de 9 de Enero, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso, Promoción Interna, Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios de la Administración General de la Junta de Andalucía, al no efectuarse con la periodicidad reglamentada las convocatorias de los concursos de méritos para la provisión de puestos de trabajo adscritos a personal funcionario, hecho que pone en cuestión el derecho a la carrera profesional de este colectivo.

ANTECEDENTES

El antecedente inmediato en esta materia lo encontramos en las diferentes Órdenes y Resoluciones de 2 de marzo de 2011 (BOJA número 52, de 15 de marzo) por las que se convocó el último Concurso de Méritos para la provisión de puestos de trabajo vacantes en el ámbito de diferentes Consejerías de la Administración de la Junta de Andalucía (Servicios Centrales y Periféricos).

Dicho concurso fue resuelto por diversas Ordenes de 19 de marzo de 2013 (BOJA número 60, de 27 de marzo), después de una paralización del proceso por los Tribunales de Justicia, por cuanto afectó a derechos tanto de quienes habían concursado como de quienes no lo habían hecho, al modificarse puntualmente el baremo en el curso del proceso, al ser declarado dicho extremo contrario a Derecho por diversas resoluciones judiciales que obligaron a la Administración a retrotraerse al baremo inicial estipulado por el Decreto 2/2002, de 9 de enero.

Tras incoar el expediente de queja, solicitamos la emisión de un informe para conocer los motivos que demoraban las convocatorias de dichos concursos de méritos y, para ello nos dirigimos a todos los titulares de las Viceconsejerías y Delegados del Gobierno de la Junta de Andalucía en cada provincia. Asimismo, solicitamos la colaboración con la emisión de informe a la Dirección General de Recursos Humanos y Función Pública.

De las respuestas recibidas de los distintos departamentos consultados se concluye con una misma premisa con remisión a lo dispuesto por el artículo 44.1 del ya citado Decreto 2/2002, indicando que las convocatorias requerirán autorización de las Bases del concurso por la Secretaría General para la Administración Pública.

Respecto a la contestación a nuestra solicitud de la citada Dirección General, nos remite un informe del que merece nuestra

siguiente reseña:

“ *A la vista de las vicisitudes acontecidas en los últimos concursos de méritos antes relatadas, y con la finalidad de evitar la más que probable impugnación, suspensión y anulación judicial de las futuras convocatorias de concursos, se constituyó entre la Administración y las organizaciones sindicales un grupo de trabajo para la modificación del Decreto 2/2002 en lo referente al baremo de los concursos de méritos, cuyas sesiones terminaron el 24 de junio de 2013. El resultado de dicho grupo de trabajo fue que se asumieran por todas las partes las siguientes propuestas:*

-Establecimiento de un baremo único para puestos base y de estructura.

-Introducción de un mérito relativo a la conciliación de la vida familiar y personal.

-Disminución del mínimo de horas requerido para la valoración de los cursos.

-Valoración del trabajo desarrollado teniendo en cuenta solo el puesto definitivo desde el que se concursa.

-Respecto del mérito de la antigüedad, la Administración planteó que se valorasen los servicios prestados como personal interino siguiendo los criterios mantenidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en todas las demás Comunidades Autónomas y en la Administración General del Estado. De no ser así, Andalucía sería la única Comunidad Autónoma en no tener en cuenta dicho mérito. Sin embargo, las organizaciones sindicales se dividieron entre las partidarias de la valoración de los servicios previos (USTEA, UGT Y CCOO) y las contrarias (SAFJA Y CSIF). En consecuencia, no pudo lograrse un consenso entre las organizaciones sindicales sobre el mérito de la antigüedad.

En la sesión de la Mesa Sectorial de Negociación de la Administración General celebrada el 12 de febrero de 2014, ante la petición unánime de las organizaciones sindicales de la convocatoria de concursos de méritos, por parte de esta Dirección General se puso de manifiesto que, por un lado, están pendientes modificaciones importantes de la Relación de Puestos de Trabajo de la Administración de la Junta de Andalucía como consecuencia de la última reestructuración de Consejerías, con lo cual parece oportuno esperar a que estén finalizadas para proceder a las convocatorias.

Por otro lado, expuso la complicada situación jurídica existente, derivada de las posturas encontradas de las organizaciones sindicales y los pronunciamientos judiciales contradictorios respecto de la valoración del mérito de la antigüedad en cuanto a los servicios prestados con anterioridad a la adquisición de la condición de funcionario de carrera. En este sentido, reiteró que la Administración ha intentado llegar a un consenso en el baremo que debe regir el concurso de méritos, mediante la minoración del peso de este mérito, y la valoración del mérito de experiencia únicamente en los supuestos de ocupación definitiva del puesto y a pesar de ello ese consenso no se ha producido.”

Finalmente, la Dirección General, concluye en los siguientes términos:

“*1ª) No puede considerarse que se haya producido una demora de más de 27 meses en la convocatoria de concursos de méritos porque entre el 15 de marzo de 2011 y el 19 de marzo se encontraban en trámite concursos cuya resolución se pospuso por causas ajenas a la voluntad de la Administración, y no se podían convocar nuevos concursos sin haber resuelto antes los convocados.*

A día de hoy tras la resolución hace 11 meses de los últimos concursos convocados, se constata la necesidad de alcanzar un acuerdo en cuanto a la valoración del mérito de la antigüedad si se quiere evitar que en los futuros concursos de méritos se repita la problemática vivida en los últimos concursos, es decir, la impugnación, suspensión y anulación judicial de los mismos. En tanto no se llegue a dicho acuerdo cualquier convocatoria de concurso de méritos tendría grandes dificultades para prosperar vistas las circunstancias acaecidas a los últimos concursos convocados”.

Por su parte, las representaciones sindicales, a las que dimos traslado de nuestras actuaciones, alegan lo siguiente:

- Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSI-F), en escrito de fecha 24 de julio de 2014:

“*No se puede achacar a las centrales sindicales con presencia en la Mesa Sectorial la culpa de no poder convocar el Concurso de Méritos, ya que si tiene claro el contenido en concreto del apartado de antigüedad, que iría en el sentido de valorarse los servicios previos como funcionario interino, no tiene porqué demorar dicha convocatoria, salvo el tiempo que precise en modificar el Decreto 2/2002 que regula, entre otras cosas, la promoción del personal funcionario por medio de los concursos de méritos.*

En sentido contrario (...) procede convocar urgentemente el Concurso de Méritos con las bases actuales que son las mismas con las que se resolvió el anterior Concurso.

En ambos casos con servicios previos o sin servicios previos la Administración no podrá evitar la presentación de recursos previos en la vía administrativa como los que se presenten en la vía judicial, ya sea a título personal e individual como a título institucional.

La normativa especifica claramente que las convocatorias deberán hacerse en un plazo de seis meses (nunca logrado, ni en los tiempos mejores) y que desde el 27 de marzo de 2013 hasta el día de la fecha ha pasado un año y casi cuatro meses.

Por todo ello, entiende que la Administración debe priorizar la convocatoria del Concurso de Méritos del personal funcionario de la Administración General de la Junta de Andalucía, dando respuesta a la gran demanda existente por parte del ese colectivo".

- Sindicato Andaluz de Funcionarios (SAF), en escrito de 10 de julio de 2014:

"*El empecinamiento de la Dirección General de llegar a un consenso para la adopción de acuerdo en la Mesa Sectorial es una verdadera falacia ya que no es necesario consensos sino, en todo caso, la mayoría de cada una de las partes. Hasta la fecha, en el seno de la Administración Andaluza, nunca se ha solicitado consenso unánime para la negociación previa de ningún Decreto, es más, atenta al principio más elemental de buena fe de negociación (artículo 34,7 de la Ley 7/2007), pues haría imposible llegar nunca a algún acuerdo, lo cual parece buscar la Dirección General para retrasar permanente el derecho a la carrera administrativa del personal funcionario.*

No se puede hacer depender la aplicación de la normativa actual, que garantiza el derecho a la provisión del puesto de trabajo y a la carrera administrativa del personal funcionario, (que debe garantizarse con la convocatoria de concurso de méritos semestralmente), de que prospere una modificación de la normativa actual."

- Comisiones Obreras (CCOO), en escrito de 28 de julio de 2014:

"*Consideramos que la responsabilidad por la actual situación la comparten las organizaciones sindicales que apuestan por paralizar el futuro concurso y la propia Administración, dado el riesgo de paralización de un futuro concurso en vía judicial, tanto por parte de las organizaciones sindicales como por particulares, desde CCOO proponemos como salida el que el Consejo de Gobierno elabore una modificación de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, que sea discutida y aprobada por el Parlamento de Andalucía, zanjando definitivamente la cuestión. CCOO apoyará el que esta modificación legal permita la valoración de la antigüedad en la Administración de aquellas personas funcionarias de carrera que hayan tenido experiencia como personal laboral o funcionario interino de la Administración General de la Junta de Andalucía, tal y como así lo recogen todas las normativas de las diferentes Administraciones Públicas."*

- USTEA, en escrito 15 de julio de 2014:

"*El Sindicato USTEA, ante el panorama descrito, comunica que tiene planteada una queja a la Comisión Europea en la cual denuncia la inactividad de la Administración Autonómica para la trasposición de la mencionada Directiva, y que, ante la disparidad de criterio judicial en Andalucía, en la actualidad, hay admitido a trámite un Recurso de Amparo por el Tribunal Constitucional de una afiliada a este sindicato cuya demanda sobre valoración de los servicios previos en un concurso de traslado fue desestimada por el TSJA.*

Por último, indicar que no puede la Junta de Andalucía ampararse en la falta de consenso de las Organizaciones Sindicales en la Mesa Sectorial sobre el tema, para no cumplir su propia normativa, es decir, la obligatoriedad de convocar concurso de méritos cada seis meses, tal y como le obliga el artículo 44.2 del Decreto 2/2002".

A la vista de lo actuado y del ordenamiento regulador en la materia, hacemos las siguientes

CONSIDERACIONES

Primera.- Marco regulador del derecho a la carrera profesional de los empleados públicos.

El derecho a la carrera administrativa se configura por el Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril) como un derecho individual de los empleados públicos, al establecer en su artículo 14 el derecho de estos "a la progresión en la carrera profesional y promoción interna según principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad mediante la implantación de sistemas objetivos y transparentes de evaluación.»

Por otro lado, el artículo 16.1 del mismo Estatuto señala que:

"*1. Los funcionarios de carrera tendrán derecho a la promoción profesional"*, lo que incluye el derecho a la promoción

mediante el acceso a puestos de trabajo de igual o nivel superior a través de concurso de méritos.

Y, en su artículo 16.2, define la carrera profesional como el conjunto ordenado de oportunidades de ascenso y expectativas de progreso profesional de cada empleado.

Asimismo, la propia Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, al regular la carrera administrativa de los funcionarios, señala:

«Artículo 21. La carrera de los funcionarios se instrumenta a través del grado personal y de la posibilidad de acceder a otros puestos de trabajo mediante los sistemas previstos en esta Ley para su provisión...».

El sistema o modelo de carrera, que tiene su basamento en la ordenación de la función pública a través de su clasificación en cuerpos, escalas y categorías y en los puestos de trabajo (elemento estático de la carrera), tiene su otro componente en el reconocimiento de los ascensos profesionales a través, entre otros instrumentos (formación, evaluación del desempeño, etc.), de la provisión u ocupación sucesiva de puestos de trabajo (elemento dinámico de la carrera profesional), del que el concurso de méritos se erige como la modalidad ordinaria de provisión por excelencia.

En tanto resulta una asignatura pendiente de nuestro sistema estatutario del empleado público el desarrollo de la "carrera profesional horizontal" (que se define en el Estatuto Básico del Empleado Público como aquella *"que consiste en la progresión de grado, categoría, escalón u otros conceptos análogos, sin necesidad de cambiar de puestos de trabajo"* mediante procesos de evaluación), la carrera vertical a través de la provisión de puestos de trabajo periódicamente convocados, constituye, hoy por hoy, el principal instrumento del funcionario público para obtener mejoras en su status profesional y retributivo.

Así pues, el derecho a acceder a nuevos puestos por parte de los empleados públicos se integra en el más amplio derecho a la carrera profesional, quedando en el ámbito reglamentario la regulación de los procesos de provisión de puestos, y en concreto la determinación, en su caso, de la periodicidad en la convocatoria de los mismos.

Segunda.- La obligación de convocar concursos con periodicidad semestral.

Para la efectividad del derecho a la carrera profesional por vía de provisión de puestos de trabajo no basta las previsiones legales expuestas, sino que es preciso que dicho derecho sea susceptible de ser ejercitado ante la oferta de los mismos mediante convocatoria pública.

En lo que a Andalucía se refiere, la Ley 6/85, de 28 de Noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, señala que la provisión de los puestos de trabajo que vayan a ser desempeñados por funcionarios se efectuarán mediante los procedimientos de concurso o de libre designación con convocatoria pública, de acuerdo con las determinaciones que figuren en la Relación de Puestos de Trabajo, una de cuyas determinaciones esenciales es el procedimiento de provisión. Y ello, sin perjuicio de los mecanismos de traslado y desempeño provisional previstos en los arts. 27 y 30 de la misma Ley.

En desarrollo de esa previsión legal, el Decreto 2/2002, de 9 de Enero, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso, Promoción Interna, Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios de la Administración General de la Junta de Andalucía, en su art. 44.2, prevé una periodicidad semestral de las convocatorias y su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía en los términos señalados en el precepto siguiente.

Así, el art. 43 de dicho Reglamento atribuye la competencia para efectuar las convocatorias y resolución de los concursos de méritos para la provisión de puestos de trabajo adscritos a personal funcionario a los titulares de las Consejerías en relación con los puestos de trabajo adscritos a los Servicios Centrales de cada Consejería y a los titulares de las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Hacienda y Administración Pública (Hoy Delegaciones del Gobierno, en su caso) las convocatorias y resolución de los concursos de méritos para la provisión de puestos de trabajo adscritos a personal funcionario en el ámbito de la respectiva provincia (...).

Tercera.- El reiterado incumplimiento de la obligación administrativa de convocar periódicamente concursos de méritos.

Esta Institución, sin dejar de reconocer la complejidad que implica la gestión de las convocatorias de concursos, dada la amplia concurrencia que concita –como lo fue en el último concurso convocado- muestra en los últimos años el siguiente histórico:

1.- Convocatorias de concursos de 2006. Efectuadas mediante Órdenes y Resoluciones de las Delegaciones Provinciales de Justicia y Administración Pública, publicadas en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía núm. 25, de 7 de Febrero de 2006.

Dichos concursos fueron resueltos definitivamente por las respectivas Órdenes de las Consejerías y Resoluciones de las citadas Delegaciones Provinciales, que fueron publicadas en el BOJA de los días 13 y 15 de Marzo de 2007.

2.- Convocatorias de concursos de 2009. Mediante Órdenes y Resoluciones de las Consejerías y Delegaciones Provinciales de Justicia y Administración Pública, de 1 de junio de 2009, publicada en el BOJA número 111, de 11 de junio, convocando concurso de méritos y que fue resuelto por Resoluciones de 14 de Noviembre de 2009, publicadas en BOJA núm. 249, del día 23 de diciembre de 2009.

3.- Convocatorias de concursos de 2011. Mediante diferentes Órdenes y Resoluciones de 2 de marzo de 2011 (BOJA número 52, de 15 de marzo) se convocó el último Concurso de Méritos para la provisión de puestos de trabajo vacantes en el ámbito de diferentes Consejerías de la Administración de la Junta de Andalucía (Servicios Centrales y Periféricos).

Dicho Concurso fue resuelto mediante Ordenes de 19 de marzo de 2013 (BOJA número 60, de 27 de marzo), después de su paralización por los Tribunales de Justicia, por cuanto afectó a los derechos tanto de quienes habían concursado como de quienes no lo habían hecho, al modificarse la puntuación del baremo en mitad del proceso, declarado contrario a Derecho, por diversas resoluciones judiciales que obligaron a la Administración a retrotraerse al baremo inicial estipulado por el Decreto 2/2002, de 9 de enero.

Así pues, en el periodo de los últimos ocho años se han producido tres convocatorias de concursos de méritos (2006, 2009 y 2011), lo que arroja un significativo déficit convocante si nos atenemos a la periodicidad semestral reglamentada, destacando en este aspecto el reiterado incumplimiento de la Consejería de Hacienda y Administración Pública por garantizar la efectividad del derecho a la carrera profesional de los empleados públicos a su servicio.

Cuarta.- La controversia que ha girado en relación a la baremación del mérito “antigüedad” en los concursos de meritos convocados en 2006 y 2011.

Sin duda, las dificultades de gestión y correlativas demoras intervinientes en las convocatorias de concursos de méritos precedentes (2011) han estado íntimamente vinculadas a los vaivenes administrativos y judiciales que tras la aprobación del Decreto 2/2002 se han producido, fundamentalmente, en relación al ámbito subjetivo de aplicación del mérito baremable “antigüedad”.

Así tras la aprobación la publicación del Decreto 2/2002, de 9 de enero, este es objeto de modificación por el Decreto 528/2004, de 16 de noviembre (BOJA del 26) y por el Decreto 245/2005, de 8 de noviembre (BOJA del 11), que en relación al mérito “antigüedad” del apartado 2 del art. 54 (“Baremo general para los concursos de méritos”) señalaba lo siguiente:

“*La antigüedad como personal funcionario se computará por años completos de servicio o fracción superior a seis meses valorándose hasta un máximo de 6,5 puntos, a razón de 0,25 puntos por año.”*

Tras la reforma operada por el Decreto 528/2004, su redacción pasa a ser la siguiente.

“*La antigüedad se valorará por años completos de servicio o fracción a seis meses, computándose a estos efectos los servicios reconocidos que se hubieran prestado con anterioridad a la adquisición de la condición de funcionario. Se valorará hasta un máximo de 6,5 puntos, a razón de 0,25 por año.”*

Esta nueva dicción es objeto de anulación, inicialmente por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 10 de julio de 2006 (a las que siguieron otras como la de 4 de diciembre de 2006 y de 16 de julio de 2007) en las que se declara la nulidad de la nueva redacción de los apartados 1.2 y 2 del art. 54 (el punto 3 del art. 54 fue igualmente declarado nulo por la Sentencia del mismo órgano judicial de 2 de julio de 2007), cuya adecuación normativa se realizó mediante ejecución de Sentencia por la Orden de 7 de noviembre de 2006, que da nueva redacción al apartado 2 del art. 54, retornando a la redacción inicial dada por el Decreto 2/2002, disponiendo esta Orden lo siguiente:

“*La antigüedad como personal funcionario se computará por años completos de servicio o fracción superior a seis meses valorándose hasta un máximo (...)”.*

Esta singladura, que sin duda afectó al normal desarrollo del concurso de méritos convocado en el 2006 (y resuelto en el 2007), se ha reproducido de manera más convulsiva en la convocatoria de 2011 (y resuelta en 2013), toda vez que en esta última resultó afectada (en el curso de la misma) por la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 8 de septiembre de 2011, dando lugar a la modificación de la base de esta mediante Orden de 14 de noviembre de 2011 (BOJA del 25), sustituyendo la Base Octava A.2 por la siguiente redacción:

“*La antigüedad como personal funcionario de carrera o interino se computará por años completos de servicio o fracción superior a seis meses, valorándose hasta un máximo de 6,5 puntos, a razón de 0,25 por año.”*

Conforme a esta nueva redacción se acomete la rebaremación" de los participantes en el concurso, decisión administrativa que sufre un nuevo revés tras la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 29 de octubre de 2012, al afirmar que "*existen razones objetivas que justifican la aplicación de criterios de antigüedad diferentes*", motivo por el cual el concurso es finalmente resuelto mediante Orden de 19 de marzo de 2013 (BOJA del 27) con arreglo a las bases originales de la convocatoria de marzo de 2011, es decir, teniendo en cuenta en el mérito relativo a la antigüedad exclusivamente los servicios prestados como funcionario de carrera.

Así pues, puede afirmarse que las incidencias judiciales acaecidas como consecuencia de la impugnación de la norma de cobertura (Decreto 2/2002 en su redacción dada por el Decreto 528/2004) o contra las bases de las convocatorias han tenido su traslación en la gestión de los procesos concursales, ya demorando la gestión de cada proceso en concreto, bien en la edición de un nuevo concurso.

Quinta.- La traída a colación de la falta de consenso sindical y de la necesidad de modificar el Decreto 2/2002, con carácter previo a ulteriores convocatorias de concurso de méritos.

En relación a la baremación del mérito "antigüedad", objeto de controversia en las precedentes convocatorias, por la Administración se aduce que con posterioridad a la resolución definitiva del concurso de 2011 (marzo de 2013), ha venido planteando en sede de mesa de negociación la necesidad de que se valoren los servicios prestados como personal interino, siguiendo el criterio de la jurisprudencia del TSJE y de la Administración estatal y de algunas Autonomías, sin que este aspecto haya obtenido consenso sindical alguno, señalando las diametrales postulaciones de estos, a favor de esta consideración por parte de USTEA, UGT y CCOO, y en contra por parte de SAFJA y CSIF (con representación mayoritaria), anulando de esta manera el margen de maniobra que desde la norma y la jurisprudencia se habilita en orden al desglose y ponderación de este mérito, tal y como se apunta desde la información administrativa.

Ciertamente, la cuestión relativa a la baremación de los servicios prestados con anterioridad a la adquisición de la condición de funcionario ha centrado la conflictividad de los concursos precedentes, y resulta del todo lógico que por la Administración se trate de consensuar este aspecto, todo ello en orden a facilitar la pacífica y ágil gestión del proceso. No obstante, aún con estos precedentes hay que recordar que el Decreto 2/2002 viene desplegando su vigencia, tanto en el apartado relativo a la baremación de los méritos, como en el relativo a la periodicidad de las convocatorias, sin que resulte suficientemente justificado que en el periodo transcurrido desde la resolución definitiva del concurso precedente (marzo de 2013) a este momento (noviembre de 2014), es decir, más de año y medio, aún no se haya llevado a efecto una nueva convocatoria de concurso de méritos.

Por otro lado, la Administración trae a colación la necesidad, igualmente con carácter previo a las nuevas convocatorias de concursos de méritos, de ultimar el proceso de modificación de las relaciones de puestos de trabajo (RPT) como consecuencia de las últimas reestructuraciones departamentales, cuestión que a la fecha parece haber concluido.

Todas estas cuestiones, si bien pueden justificar las demoras pasadas difícilmente pueden justificar el incumplimiento de la obligación de convocar periódicamente concursos de méritos, en el marco regulador vigente, toda vez que la potestad reglamentaria corresponde en exclusiva e irrenunciable al Gobierno autonómico, sin perjuicio de la intervención de los órganos de participación y de asesoramiento en el proceso de elaboración de dichos reglamentos, sin que en este punto el consenso sindical resulte determinante en el ejercicio de dicha potestad.

Ello resulta así por cuanto, tras las antedichas vicisitudes administrativas y judiciales, la actual regulación del Decreto 2/2002, en tanto actual marco de referencia, impone la obligación, por parte de la Administración gestora del empleo público andaluz, de llevar a cabo las convocatorias de concursos de méritos con la periodicidad señalada, sin que esta obligación resulte restringida por acuerdo sindical o reforma reglamentaria alguna, sin perjuicio de que por la Administración se promueva los acuerdos y reformas que faciliten la normalidad del proceso.

Cuestión diferente son aquellas propuestas que apunta la información administrativa sobre propuestas relativas al establecimiento de un baremo único para puestos base y de estructura, introducción de un mérito relativo a la conciliación de la vida familiar y personal, disminución del número de horas requerido para la valoración de los cursos y valoración del trabajo desarrollado teniendo en cuenta sólo el puesto definitivo desde el que se concursa, aspectos que requerirían, en su caso, de una reforma parcial del Decreto 2/2002, más en modo alguno obligan a que dicha propuesta haya de realizarse necesaria y con carácter previo a la obligada convocatoria que desde el colectivo funcionarial y sindical se demanda.

Sexta.- El derecho de los empleados públicos a una buena administración en su vertiente de promoción de la carrera profesional de los mismos.

No se agota el incumplimiento administrativo con referencia a la legalidad en materia de empleo público, y en concreto las normas reguladoras de la provisión de puestos en la función pública andaluza, sino que este incide, a su vez, en otro marco administrativo general relativo al derecho de la ciudadanía, aquí de los empleados públicos con vinculación funcionarial, a

una buena administración en la gestión del empleo público.

El Estatuto de Autonomía de Andalucía establece el derecho de todos los andaluces a una buena administración, en su artículo 31: "*Se garantiza el derecho a una buena administración, en los términos que establezca la ley, que comprende el derecho de todos ante las Administraciones Públicas, cuya actuación será proporcionada a sus fines, a participar plenamente en las decisiones que les afecten, obteniendo de ellas una información veraz, y a que sus asuntos se traten de manera objetiva e imparcial y sean resueltos en un plazo razonable…*".

La Ley 9/2007, de 22 de Octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, en su exposición de motivos, señala que la Junta de Andalucía expresa su firme voluntad de apostar por una Administración más ágil y cercana al ciudadano, configurando un modelo organizativo que conjugue los principios de eficacia, eficiencia y modernización del aparato administrativo, entre otros, con la mejora continuada de la calidad de los servicios y la adopción de las nuevas tecnologías en orden a simplificar la gestión administrativa.

En definitiva, estimamos que el incumplimiento de la Administración de la Función Pública andaluza en relación a la obligación de acometer periódicamente (semestralmente) concursos de méritos contraviene, más allá de la previsión reglamentaria a este respecto, atenta al derecho del colectivo funcionarial al desarrollo de su carrera profesional y a los otros aspectos relacionados con el mismo (mejora retributiva, conciliación familiar, etc.).

A la vista de lo actuado, y de conformidad con el art. 29.1 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, reguladora de esta Institución, formulamos a la Secretaria General para la Administración Pública, la siguiente

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO DE DEBERES LEGALES de las disposiciones anteriormente reseñadas.

- Arts. 14 y 16.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

- Arts. 14 c) y 21 de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía.

- Art. 44.2 del Decreto 2/2002, de 9 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso, Promoción Interna, Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios de la Administración General de la Junta de Andalucía.

- Art. 5 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía.

RECOMENDACIÓN 1: Que se adopten las medidas administrativas y reglamentarias precisas en orden a preservar el derecho a la carrera profesional de los empleados públicos, y en particular en su vertiente de convocatoria de concurso de méritos de los funcionarios públicos de la Administración de la Junta de Andalucía.

RECOMENDACIÓN 2: Que en cumplimiento de lo establecido en el Art. 44 del Decreto 2/2002, de 9 de enero, se adopten las medidas oportunas que garanticen la efectiva obligación de convocar, con periodicidad semestral y, en todo caso para este ejercicio de 2014, concursos de méritos del personal funcionario de los Cuerpos y Especialidades de la Administración General de la Junta de Andalucía y de las agencias de naturaleza administrativa y de régimen especial.

SUGERENCIA: Que por la Secretaría General para la Administración Pública se persevere en el intento de consensuar, con las representaciones sindicales presentes en la Mesa Sectorial de Negociación de la Administración General, las distintas propuestas de mejora relativas a los concursos de méritos y, en su caso, los acuerdos que faciliten el pronto, pacífico y ágil desarrollo de las futuras convocatorias.

Ver cierre de actuación de oficio

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Investigamos la situación de los trabajadores valoradores de la Dependencia, ante la inclusión de las plazas vacantes en el próximo concurso de traslados

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 16/3930 dirigida a Consejería de Hacienda y Administración Pública, Dirección General de Recursos Humanos y Función Pública, Consejería de Igualdad y Políticas Sociales

- 03 Noviembre 2017

RESUMEN DEL RESULTADO (CIERRE DE QUEJA DE OFICIO)

En esta Institución se ha tramitado queja relativa al colectivo del personal interino valorador de la dependencia adscrito a la Agencia Andaluza de Servicios Sociales y Dependencia, que como consecuencia de la resolución de la actual convocatoria de concurso de traslado se verán desplazados de su puesto y extinguida la interinidad, con la perdida de su puesto de trabajo y del capital humano que conforma esta colectividad.

Con fecha 13 de julio pasado, recibimos contestación a la Resolución de Sugerencia formulada por este Comisionado.

Con la respuesta recibida, el asunto de fondo planteado por este Comisionado se encuentra en vías de solución, una vez que se adopten las medidas oportunas y se contemple en la normativa básica estatal la consolidación del empleo temporal, la reducción de la temporalidad incluyendo las plazas o puestos de trabajo con necesidades estructurales o permanentes de ocupación, eliminándose el tope máximo del 90% de las mismas, y eliminación del requisito de que la ocupación temporal en los tres años anteriores a 31/12/2016 lo sea de manera ininterrumpida.

16-08-2016 APERTURA DE LA QUEJA DE OFICIO

Han comparecido en esta Institución una representación de funcionarios interinos de la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales que, desde hace más de nueve años, vienen prestando sus servicios en las distintas Delegaciones Territoriales realizando las funciones de Valoración de Dependencia; estos profesionales (Trabajadores/as Sociales y personal administrativo de apoyo) son las encargadas de realizar el proceso de valoración de la situación de dependencia en Andalucía.

Desde la propia Consejería de Igualdad y Políticas Sociales se ha señalado en diversas ocasiones que el trabajo y dedicación que desarrollan estas personas "(..) *es imprescindible también en la aplicación y desarrollo del Sistema para la Autonomía Personal y atención a la Dependencia, para garantizar este*

importante derecho social, que ha cambiado la vida de las personas en situación de dependencia y de sus familiar".

En Andalucía hay un total de 225 profesionales valoradores que son profesionales del trabajo social, una figura que en nuestra comunidad se implantó tras la aprobación de la Ley de Dependencia de 2006 y que acreditan una alta formación y experiencia como lo demuestra que durante el pasado ejercicio de 2015 se realizaron más de 68.000 valoraciones iniciales y revisiones en Andalucia.

En su comparecencia, el colectivo afectado expuso su preocupación por la situación que les afecta ante la convocatoria de provisión mediante concurso de méritos de personal funcionario en la Administración de la Junta de Andalucía donde se ofertan las plazas que vienen ocupando. Sin perjuicio de los derechos que les asisten a los funcionarios de carrera de acceder a dichos puestos, es evidente que el servicio resultará ciertamente afectado dado que, salvo excepciones, la mayoría de los funcionarios que opten a los puestos carecen de la formación y experiencia sobre la aplicación de la Ley de la Dependencia en Andalucía. Además, se perdería la acreditada experiencia e inversión en formación dispensada al colectivo en estos años desde que se puso en marcha la Ley de la Dependencia.

Por ello he resuelto abrir queja de Oficio ante la Dirección General de Recursos Humanos y Función Pública, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública y ante la Viceconsejería de Igualdad y Políticas Sociales, con objeto de conocer las medidas que pudieran adoptarse para el personal que resulte afectado por la ocupación definitiva de sus plazas, en la resolución del próximo concurso, singularmente respecto a los funcionarios interinos que realizan el baremo de valoración de la situación de dependencia en Andalucía.

03-11-2017 CIERRE DE LA QUEJA DE OFICIO

En esta Institución se ha tramitado queja relativa al colectivo del personal interino valorador de la dependencia adscrito a la Agencia Andaluza de Servicios Sociales y Dependencia, que como consecuencia de la resolución de la actual convocatoria de concurso de traslado se verán desplazados de su puesto y extinguida la interinidad, con la perdida de su puesto de trabajo y del capital humano que conforma esta colectividad.

Con fecha 13 de julio pasado, recibimos contestación a la Resolución de Sugerencia formulada por este Comisionado con fecha 12 de junio de 2017, en la que se instaba a que, en el seno de la Mesa General de Negociación Común del Personal Funcionario, Estatutario y Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, se promoviera impulsar un Plan de estabilidad en el empleo público temporal al servicio de esta Administración.

Tras la recepción del informe por la Administración, podemos colegir, y así se reseña expresamente en el mismo, la voluntad del Gobierno andaluz de acometer, de acuerdo con lo dispuesto en la normativa básica estatal, los procesos que permitan reducir la temporalidad y afiancen la estabilidad en el empleo del sector público.

En consecuencia, procede dar por concluidas nuestras actuaciones considerando que, con la respuesta recibida, el asunto de fondo planteado por este Comisionado se encuentra en vías de solución, una vez que se adopten las medidas oportunas y se contemple en la normativa básica estatal la consolidación del empleo temporal, la reducción de la temporalidad incluyendo las plazas o puestos de trabajo con necesidades estructurales o permanentes de ocupación, eliminándose el tope máximo del 90% de las mismas, y eliminación del requisito de que la ocupación temporal en los tres años anteriores a 31/12/2016 lo sea de manera ininterrumpida.

Esperamos que se evite la exclusión de los funcionarios interinos cuando cesen en su puesto por resultar adjudicada la plaza a un funcionario de carrera

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 17/2618 dirigida a Consejería de Hacienda y Administración Pública, Secretaría General para la Administración Pública

- 23 Noviembre 2017

Desde la aprobación del Decreto Ley 5/2013, de 2 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas sobre el empleo del personal funcionario interino en la Administración General de la Junta de Andalucía, esta Institución ha venido mostrando su preocupación sobre la situación de este colectivo que ha dado lugar, ya en el año 2013, a la tramitación de la queja de oficio 13/4535, así como de otras quejas individuales presentadas por las personas afectadas por esta situación.

En la reunión mantenida el 27 de abril de 2017 en la sede de esta Oficina con varias personas incluidas en el ámbito de aplicación del Art. Único, apartado 2 del Decreto Ley 5/2013, se puso de manifiesto la delicada situación socio-laboral en la que se encontraban estas personas (en desempleo, desde hacía más de nueve meses), manifestando que no se estaban cumpliendo los objetivos que motivaron la aprobación de dicho Decreto-Ley, ni aplicándose las medidas previstas en el mismo, por cuanto no habían sido aún convocados para la cobertura de puestos de trabajo vacantes en la Administración General de la Junta de Andalucía.

ANTECEDENTES

1. Ante las circunstancias descritas, reiteradas en anteriores quejas presentadas ante el Defensor del Pueblo Andaluz, esta Institución decide tramitar de oficio el presente expediente de queja para conocer la situación del personal afectado por el Decreto-Ley 5/2013, de 2 de abril, y las medidas adoptadas para su cumplimiento, como continuación de la queja 13/4535, en la que ya trasladábamos por primera vez a esa Consejería nuestra preocupación por el personal afectado por dicha norma y la necesidad de su reincorporación al servicio activo, instándole a la adopción de las medidas oportunas para facilitar su nombramiento como funcionario interino.

Asimismo, dado el interés de la iniciativa dirigida a ese centro directivo, con fecha 1 de febrero de 2017, por las organizaciones sindicales (Csif-Andalucía, Iniciativa Sindical Andaluza y UGT- Andalucía) sobre la cobertura de puestos de nivel básico de los diferentes cuerpos y escalas de funcionarios que resultan desiertos tras su ofrecimiento para provisión al amparo del artículo 30 de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, nos interesamos también por la respuesta dada a dicha iniciativa.

2. Tras la petición del preceptivo informe, solicitado a la Dirección General de Recursos Humanos y Función Pública (DGRHFP), con fecha 2 de agosto de 2017 se nos remite la correspondiente contestación, de la que cabe reseñar lo siguiente:

"En el Decreto Ley 5/2013, de 2 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas sobre el empleo del personal funcionario interino de la Administración General de la Junta de Andalucía, para el mantenimiento de la calidad y eficiencia de los servicios públicos a la ciudadanía, se apuesta por establecer criterios preferentes en el marco del procedimiento establecido en el Decreto 2/2002, atendiendo a medidas de discriminación positiva, esencialmente la edad y el valor añadido de su experiencia profesional. Y es por ello que en su artículo único, tras invocar los principios que han de regir los procedimientos de selección: publicidad, igualdad, mérito y capacidad, y atendiendo, en su caso, a los colectivos prioritarios que se determinen, queda materializada esta medida en el punto 2, recogiéndose como prioritario para la cobertura de interinidad, el personal funcionario interino que hubiese cesado en un puesto por resultar adjudicado a un funcionario de carrera en cualquiera de los procesos reglamentarios de selección o provisión, siempre que se estuviere prestando servicios con anterioridad a 1 de enero de 2005 y que, a 31 de diciembre de 2013. cuente con cuarenta y cinco o más años de edad.

La Ley 6/1985, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, así como el Decreto 2/2002, de 9 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso, Promoción Interna, Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Provisional de los Funcionarios de la Administración General de la Junta de Andalucia, indican que el nombramiento de personal interino se producirá cuando así lo aconsejen razones de urgencia o necesidad, para cubrir transitoriamente los puestos de trabajo, en tanto se destina a los mismos a funcionarios.

El artículo 13 de la Ley 10/2016, de 27 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2017, indica que los nombramientos de personal funcionario interino sólo podrán efectuarse durante el presente ejercicio en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables, que se restringirán a los sectores, funciones y categorías profesionales que se consideren prioritarios o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales.

Por otra parte, la autorización para el nombramiento de personal funcionario interino, que corresponde a esta Dirección General, queda condicionada a que, con carácter previo, los órganos gestores de personal de las distintas Consejerías y Organismos remitan la correspondiente solicitud.

Se deduce de todo lo expuesto que el Decreto Ley 5/2013 establece medidas de acción positiva para determinado colectivo, pero el nombramiento de personas con carácter interino, queda condicionado por los limites que marcan las antedichas normas; esto es: que responda a razones de urgente necesidad, que comporte gasto mínimo y se refiera a sectores prioritarios. A su vez, la necesidad de cobertura de plazas, en este contexto, ha de ser apreciada por cada Centro Gestor y propuesta a esta Dirección General, para su estudio y autorización".

3. Asimismo, en relación con este asunto se tramitan las quejas 17/981 y 17/4298 presentadas por funcionarios interinos de la Junta de Andalucía pertenecientes al Cuerpo de Gestión Administrativa, A21 Especialidad Gestión Administrativa, A21100, que fueron cesados en sus puestos de trabajo con fecha 3 de mayo de 2016. Las personas promotoras de estas quejas presentan diversas alegaciones que se incorporan a este expediente al que se han acumulado las referidas quejas.

En base a este planteamiento, esta Institución realiza las siguientes

CONSIDERACIONES

Las singulares circunstancias que concurren en el colectivo a que se refiere el Artículo Único, apartado 2 del Decreto-Ley 5/2013, de 2 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas sobre el empleo del personal funcionario interino en la Administración General de la Junta de Andalucía, han determinado que esta Institución haya venido mostrando una especial preocupación por este colectivo, así como por las

medidas que se vienen adoptando para cumplir con la finalidad que motiva la aprobación de dicha norma legal.

Tras trasladarle esta inquietud, del informe-respuesta de la DGRHFP no podemos concluir otros datos más allá del relato de las disposiciones vigentes de aplicación y del procedimiento establecido para los nombramientos de funcionarios interinos. A este respecto, evidentemente, nada que objetar, aunque nada se concreta sobre la cuestión central objeto de nuestra actuación de oficio y, en su caso, sobre la iniciativa adoptada por las organizaciones sindicales (Csif-Andalucía, Iniciativa Sindical Andaluza y UGT-Andalucía), contenidas en la petición dirigida a la titular de ese centro directivo, al que hacíamos referencia en los antecedentes previos.

Al plantearnos la situación de los funcionarios interinos incluidos en el ámbito de aplicación del apartado 2 del Artículo Único del Decreto-Ley 5/2013, hemos de tener en cuenta las razones tanto personales como sociales que justificaron el trato prioritario de este colectivo y que se contemplan en la exposición de motivos de dicha norma:

"La Junta de Andalucía no puede ser ajena, en su política de personal, a la actual coyuntura de crisis que afecta al mercado de trabajo en general y que contribuye a que la edad sea un obstáculo para el acceso al empleo y la ocupación. Por otra parte, no puede obviar la prolongada y amplia experiencia profesional de su personal interino que ha dado lugar a que este colectivo haya adquirido en muchas ocasiones importantes conocimientos y habilidades en la gestión de materias que se consideran prioritarias para la Administración General de la Junta de Andalucía (...).

Por todo ello, en el ámbito del personal funcionario interino de la Administración General de la Junta de Andalucía, y como medida activa para el mantenimiento del empleo en el sector público, se apuesta con este Decreto-Ley por establecer las circunstancias citadas como criterio preferente para este personal en el marco del procedimiento establecido en el Decreto 2/2002. Las razones que avalan esta medida de discriminación positiva son esencialmente, la edad y el valor añadido de su experiencia profesional, criterios ambos considerados por la citada Directiva (Directiva Europea 2000/78/CE) como suficientes para establecer unas condiciones mínimas, generadoras de diferencia de trato en el acceso al empleo y en las condiciones del mismo".

En recientes iniciativas parlamentarias relacionadas con la situación de precariedad de este colectivo de funcionarios interinos (Proposición No de Ley 10-17/PNLC-000191, publicada en el B.O.P.A. Nº 480 de 8 de junio de 2017, presentada por el Grupo Parlamentario Podemos Andalucía con calificación favorable y admisión a trámite para su tramitación ante la Comisión de Hacienda y Administración Pública), se ha puesto de manifiesto que el Decreto-Ley 5/2013 supone una apuesta decidida por preservar los puestos de trabajo de un personal con amplia experiencia, conocimientos y formación que, sin duda, debería contribuir a la calidad en la prestación de servicios a la ciudadanía, dando con ello justo reconocimiento a *"la trayectoria del personal interino que desde los comienzos de la Administración General de la Junta de Andalucía contribuyó a la base de nuestra Administración autonómica, posibilitando que personas con alrededor de treinta años de servicios prestados a la ciudadanía no caigan en la exclusión social por el cese en sus puestos de trabajo"*.

Se señala, asimismo, en dicha iniciativa, que *"el no funcionamiento de los mecanismos previstos en el Decreto-Ley o la incapacidad de la Administración para dar a estos trabajadores la continuidad en el empleo público prevista en la citada disposición legal debería ser objeto de intervención por parte del Parlamento de Andalucía, pues estamos ante una disposición de carácter general declarativa de derechos respecto a los destinatarios-beneficiarios cuyo objetivo fundamental se está incumpliendo, puesto que aún permanecen en las bolsas que se crearon personas que continúan sin ser empleadas, perdiéndose por tanto parte de las razones tanto sociales como personales que dieron lugar a la publicación de la citada norma"*.

En la actualidad, un número significativo de personas afectadas por esta situación, continúan sin acceder

a puestos de trabajo como funcionarios interinos, con las consecuencias que ello tiene para las mismas, en la línea de las que se pretendían evitar con la aprobación de la referida norma, y que comprometían a esa Administración a adoptar las medidas necesarias para su implementación.

Según nos informan las personas interesadas, en dicha situación se encuentran actualmente un reducido grupo de funcionarios interinos de la Junta de Andalucía pertenecientes tanto al Cuerpo de Gestión Administrativa, especialidad Administración General, A2.1100, como al Cuerpo Auxiliares Técnicos Informática, C2.2002, que cesaron en sus puestos de trabajo hace más de un año, que alcanzan edades comprendidas entre los 50 y 63 años y una media cercana a los treinta años de servicios prestados en la Administración autonómica y que han agotado total o parcialmente las prestaciones a las que tuvieron derecho, encontrándose en estos momentos algunos de ellos en riesgo de exclusión social. A ello se unen las gravísimas dificultades sociales y económicas que esta situación impone a las familias de los afectados, algunas incluso bajo amenaza de desahucio. Situaciones éstas que expresamente se intentaban evitar con el mencionado Decreto-Ley, sin que se adopten medidas por los órganos competentes para evitar llegar a esa situación.

Los funcionarios interinos que se han dirigido a esta Institución nos trasladan que están siendo afectados por unas circunstancias manifiestamente adversas y discriminatorias, incluso en el ámbito de su propio colectivo, toda vez que, según datos que les facilitó esa Dirección General, *"mientras el 90% de las personas que lo integran no han sido cesados en sus puestos de trabajo en ninguna ocasión, los trabajadores afectados lo han sido ya en dos ocasiones, 2013 y 2016, y en esta última permanecen en situación de desempleo desde hace casi un año"*.

Esta situación, que califican de discriminatoria, consideran que *"vulnera claramente el respeto al principio de igualdad en los procedimientos de personal interino previsto en el citado Artículo Único del Decreto-Ley 5/2013, y que se evidencia en el informe de la Dirección General de Recursos Humanos y Función Pública de fecha 18 de julio de 2016, en el que se constata que continúan en desempleo un mínimo porcentaje (0,57%) del total de este colectivo"*. Por tanto, los trabajadores afectados se preguntan por las razones de este trato diferenciado y por las causas objetivas que concurren en su caso para que *"cumpliendo las mismas condiciones que todo el personal interino mayor de 45 años y con nombramiento anterior a 1 de enero de 2005 incluido como colectivo prioritario en el Decreto 5/2013, estén padeciendo estas circunstancias tan desfavorables y el desamparo por parte de la Administración"*.

Por otro lado, en relación con esta problemática, pudiera resultar significativo reparar en la solución adoptada en otros casos que afectaban a otros colectivos en una situación muy similar, en los que se encontró solución entre las partes (Administración-Organizaciones Sindicales). Tal es el caso del personal laboral indefinido no fijo que resultó "desplazado" del puesto que desempeñaba provisionalmente y fue "reubicado" en otro puesto de trabajo, previa modificación "urgente y exprés" del Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Junta de Andalucía, para evitar su despido.

Esta actitud conciliadora y pro-social adoptada por la Administración, y consensuada con las organizaciones sindicales, tuvo reflejo en el Acuerdo de la Comisión Negociadora del VII Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, de 2 de noviembre de 2016, por el que se añade un apartado 7.º al artículo 20 del VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía (BOJA núm. 232, de 2 de diciembre de 2016), en el que se prevé que en el caso de que un puesto de trabajo ocupado por personal laboral indefinido no fijo resulte adjudicado como consecuencia de la resolución de concursos de traslados, dicha persona será objeto de reubicación en un puesto de trabajo propio del personal laboral, de la misma categoría y grupo profesional al que había venido ocupando, de entre las plazas vacantes que existan en la Relación de Puestos de Trabajo tras la resolución de un concurso de traslados y para las que cumplan los requisitos establecidos en aquélla.

En cambio, como hemos visto, al personal interino afectado por el Decreto 5/2013, se condiciona su posible nombramiento a las exigencias de las disposiciones vigentes en materia de provisión de puestos,

sin “opción de reubicación”. Y, ello motiva que, a día de hoy, persistan en la situación de desempleo y en riesgo de exclusión social tras cesar en sus puestos, pudiéndose adoptar alguna medida orientada a solventar esta situación dentro del marco legal existente.

Ante esta situación, dentro de las medidas que pudieran adoptarse para resolver la situación que afecta gravemente a este colectivo, dentro del marco legal vigente, esta Institución comparte la iniciativa adoptada por las organizaciones sindicales (Csif-Andalucía, Iniciativa Sindical Andaluza y UGT-Andalucía) contenidas en la petición dirigida a esa Dirección General, y sobre la que no se pronuncia en el informe remitido, relativa a la cobertura por personal interino proveniente de las Bolsas de los puestos desiertos convocados a través del procedimiento previsto en el art. 30 de la Ley 6/1985; así como que se ponga en marcha sin dilación lo establecido en el art. 13 de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía para 2017 que autoriza la contratación de personal funcionario interino al objeto de mantener la calidad en la prestación de los servicios públicos, una vez que ha entrado en vigor la aplicación de la jornada laboral ordinaria de 35 horas semanales.

En relación con esta propuesta, y teniendo en cuenta el marco legal aplicable y expresamente reseñado en el informe remitido por esa Dirección General, podemos considerar que no existe objeción alguna para que los puestos que resulten vacantes de las ofertas de provisión, en virtud del art. 30 de la Ley 6/1985, sean cubiertos mediante nombramiento de funcionario interino por los integrantes de las Bolsas de Interinos, donde con carácter preferentes se encuentran incorporados los afectados por el Decreto-Ley 5/2013, de 2 de abril.

En conclusión, por este Comisionado trasladamos a la Consejería de Hacienda y Administración Pública nuestra preocupación respecto a la situación de este colectivo de funcionarios interinos reconocido en una norma de rango legal como prioritario y en riesgo de exclusión social y le instamos que se adopten las medidas oportunas que impidan que se produzcan las situaciones de riesgo que se pretenden evitar con la aprobación del Decreto-Ley 5/2013, de 2 de abril, y que permitan hacer efectiva la reincorporación al servicio activo de los funcionarios interinos que resultaran cesados por cobertura del puesto que ocupaban.

En definitiva, se trata de regular la situación de inestabilidad del personal funcionario interino de mayor edad acogido al Decreto-Ley 5/2013, ofreciéndole un empleo más estable y sostenible que evite el riesgo de exclusión social hasta su jubilación, dándole solución de continuidad y evitando interrupciones prolongadas por cese entre los sucesivos nombramientos. Es por ello preciso, en base a un elemental principio de seguridad jurídica, que se garantice la regularidad en el empleo de los mismos mediante la adopción de un acuerdo en materia de reubicación, dado el riesgo de exclusión social que el desempleo de larga duración supone para estos empleados públicos más vulnerables, y con vistas a favorecer su inserción laboral y protección social.

A la vista de todo ello y de conformidad con lo establecido en el artículo 29.1 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, se formula a la Consejería de Hacienda y Administración Pública, la siguiente

RESOLUCIÓN

SUGERENCIA 1**:** Para que, con carácter general, se adopten las medidas oportunas que permitan dar cumplimiento, dentro del marco legal regulador del empleo público en Andalucía, a las previsiones del Decreto Ley 5/2013, de 2 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas sobre el empleo del personal funcionario interino en la Administración General de la Junta de Andalucía, y evitar el riesgo de exclusión de los funcionarios interinos a que se refiere el Artículo Único. Apartado 2 del mismo cuando cesen en su puesto por resultar adjudicado a un funcionario de carrera a fin de que puedan ser reubicados.

SUGERENCIA 2**:** Para que se agilicen los procedimientos de coberturas de los puestos desiertos convocados por el art. 30 de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, con funcionarios interinos provenientes de las bolsas previstas en el Decreto-Ley

5/2013. A tal fin, se deberían adoptar las medidas correspondientes para que por los distintos centros directivos se prevean los mecanismos oportunos para que, caso de resultar vacantes puestos ofertados para su provisión en virtud del art. 30 de la Ley 6/1985, se solicite el candidato correspondiente de la Bolsa de Interinos, en los que se encuentran los candidatos incluidos al amparo del citado Decreto-Ley.

Ver apertura actuación de oficio

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Recomendamos que se adopten las medidas oportunas para el funcionamiento de la Bolsa de Trabajo de la Fundación Andaluza para la Integración Social del Enfermo Mental (FAISEM)

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 17/3225 dirigida a Dirección Gerencia de la Fundación Andaluza para la Integración Social del Enfermo Mental (FAISEM)

- 27 Diciembre 2017

El Comité de Empresa de la provincia de Sevilla de la Fundación Andaluza para la Integración Social de Personas con Enfermedad Mental Grave (FAISEM) y, en su nombre, su Presidente, se dirigió a esta Institución exponiendo una serie de hechos que podrían tener la consideración de lesivos para determinados derechos y libertades reconocidos en el Título I del Estatuto de Autonomía para Andalucía (EAA), en particular en su art. 26.1.b, que garantiza el ejercicio del derecho constitucional al trabajo, el acceso al empleo público en condiciones de igualdad y según los principios constitucionales de mérito y capacidad.

ANTECEDENTES

I.- El asunto que motivó la admisión a trámite de esta queja fue la denuncia sobre falta de transparencia en la gestión de la Bolsa de Empleo de FAISEM para contrataciones temporales en la provincia de Sevilla, lo que motiva que las personas inscritas en la misma desconozcan si las contrataciones temporales formalizadas se realizan respetando el orden de puntuación establecido por la Bolsa, sin informar a los inscritos y al Comité de Empresa, ya que no existe regulación ni publicación de la evolución de la contratación en dicha bolsa.

II.- Reunidos cuantos requisitos formales resultan exigidos por el art.16.1 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, esta Institución acordó admitir a trámite la queja y, consiguientemente, solicitar a la Administración afectada su colaboración con la remisión del preceptivo informe y documentación oportuna que nos permitiera el esclarecimiento de los hechos denunciados en la misma.

III.- En el marco de la colaboración solicitada, la Gerencia de FAISEM, emitió el preceptivo informe, del que merece la siguiente reseña:

"(…) En relación con la convocatoria de plazas SE/CA/01/15, el comité de empresa tiene información puntual ya que la Comisión de Selección la componen, entre otras personas, un representante de los trabajadores. Dicha información se publica así mismo en todos los tablones de anuncio de los centros de trabajo de Sevilla provincia.

En cuanto a lo manifestado por el Sr. ...., "esta queja se refiere a la situación de las personas inscritas en la Bolsa de Trabajo de la Fundación FAISEM en la provincia de Sevilla, muchas de las cuales se vienen quejando de manera reiterada.../...", a FAISEM únicamente le consta una queja, a la que se le da respuesta con fecha 14 de octubre de 2016.

Por otra parte, respecto a la falta de transparencia manifestada por el comité de empresa en la gestión de dicha bolsa de empleo temporal, decir que el comité de empresa cuenta con toda la información necesaria para su control, por una parte dispone del listado de personas seleccionadas con la puntuación obtenida por cada una de las personas candidatas, como miembro que es de la Comisión de Selección y por otra parte por disponer de una copia básica de todos los contratos que se realizan en la provincia de Sevilla".

IV.- Del citado informe dimos puntualmente traslado a la parte promotora de la queja, para que formulase las alegaciones que considerase oportunas, quien aportó, entre otras, las siguientes:

"- La representación de los trabajadores tiene voz pero no voto en las comisiones de selección.

- No tenemos acceso a los resultados parciales de cada una de las fases del proceso.

- Una vez publicado el resultado final de los procesos de selección por orden de puntuación, no hay posibilidad de conocer cómo va la evolución de la bolsa de contratación resultante;

- Se desconocen los movimientos de la contratación, que en muchos casos no se corresponden con el orden de puntuación;

- Se dan situaciones de candidatos con menos puntuación que están trabajando con un contrato de varios meses, mientras que otros candidatos con mayor puntuación, no están trabajando o se les ofrece contratos de pocos días, lo que demuestra la falta de transparencia en los procesos."

A la vista de lo anterior, conviene precisar que el asunto que motivó la admisión a trámite del escrito de queja del interesado fue la falta de transparencia en la gestión de la Bolsa de Trabajo de la Fundación FAISEM en la provincia de Sevilla. Por lo tanto, sin menoscabo de que tomamos nota de otras cuestiones aportadas por la parte promotora y por la Gerencia de FAISEM, la presente Resolución se limita a la cuestión denunciada por el Comité de Empresa de la Delegación de Sevilla de dicha Fundación, instando a las partes a que, sobre el resto de asunto planteados, promuevan las acciones oportunas para posibilitar su resolución. Caso contrario, o bien por que se demore la actuación que corresponda a FAISEM, podríamos intervenir de nuevo, si así se nos lo solicita por la representación legal de los trabajadores de dicha entidad.

En base a los referidos antecedentes y disposiciones vigentes que resultan de aplicación, consideramos preciso formular a la Fundación Pública Andaluza FAISEM, Resolución concretada en los términos siguientes

CONSIDERACIONES

Primera.- Sobre el derecho de acceso a la información.

La Constitución Española (CE), reconoce y garantiza el derecho de acceso a la información a la actividad pública, con el fin de facilitar, en cumplimiento de su art. 9.2, la participación de todos los ciudadanos en la vida política; garantizar, de conformidad con su art. 9.3, la publicidad de las normas, la seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos; y por último, garantizar, conforme a su art. 20.1.d), el derecho a recibir libremente información veraz de los poderes públicos y, conforme a su art. 105.b), el acceso de los ciudadanos a la información pública.

Igualmente, el fomento de la transparencia y acceso a la información pública encuentra fundamento en diversos preceptos del Estatuto de Autonomía para Andalucía (EAA) entre los que cabe destacar el

derecho a una buena administración, reconocido en su art. 31. Este derecho estatutario comprende el derecho de todos ante las Administraciones públicas, cuya actuación será proporcionada a sus fines, a participar plenamente en las decisiones que les afecten, obteniendo de ellas una información veraz, y a que sus asuntos se traten de manera objetiva e imparcial y sean resueltos en un plazo razonable, así como a acceder a los archivos y registros de las instituciones, corporaciones, órganos y organismos públicos de Andalucía, cualquiera que sea su soporte, con las excepciones que la ley establezca.

El derecho estatutario a una buena administración, también comprende, de conformidad con el art. 34 EAA, el derecho a acceder y usar las nuevas tecnologías y a participar activamente en la sociedad del conocimiento, la información y la comunicación, mediante los medios y recursos que la ley establezca; desarrollar los instrumentos adecuados para concretar, de acuerdo con el art. 133, y como principio de actuación de la Administración de la Junta de Andalucía, la obligación de servir con objetividad al interés general y actuar de acuerdo, entre otros, con los principios de racionalidad organizativa, simplificación de procedimientos, imparcialidad, transparencia, buena fe, protección de la confianza legítima, no discriminación y proximidad a los ciudadanos, con sujeción a la Constitución, al Estatuto y al resto del ordenamiento jurídico.

Y, por último, desarrollar, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 134 del EAA, y como manifestación de la participación ciudadana, el derecho de acceso de los ciudadanos a la Administración de la Junta de Andalucía, que comprenderá en todo caso sus archivos y registros, sin menoscabo de las garantías constitucionales y estatutarias, poniendo a disposición de los mismos los medios tecnológicos necesarios para ello.

En cumplimiento de estos principios, el Parlamento de Andalucía aprobó la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía (LTPA), en su doble vertiente de publicidad activa y de derecho de acceso a la información pública, como instrumento para facilitar el conocimiento por la ciudadanía de la actividad de los poderes públicos y de las entidades con financiación pública, promoviendo el ejercicio responsable de dicha actividad y el desarrollo de una conciencia ciudadana y democrática plena (art. 1), dedicando su Título III a regular el derecho de acceso a la información pública.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que los principios y obligaciones establecidos en la referida Ley 1/2014, en materia de transparencia y derecho de acceso a la información pública son plenamente aplicables a FAISEM, al incluir en su ámbito subjetivo de aplicación, en su art 3.1. j), como uno de los sujetos obligados al cumplimiento de la misma, a las fundaciones del sector público andaluz.

Asimismo, en relación con la regulación del derecho a la buena administración en Andalucía, hemos de mencionar la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, que, en su art. 3, configura la transparencia como un principio general de organización y funcionamiento de esta Administración y, en el Capítulo I de su Título IV, regula los derechos de la ciudadanía ante la actuación administrativa.

En cuanto a la falta de información denunciada por el Presidente del órgano de representación del personal de FAISEM en la provincia de Sevilla en su escrito de queja, en relación con la contratación temporal de trabajadores, sin perjuicio de las consideraciones sobre transparencia en la gestión de la bolsa de empleo temporal que haremos seguidamente, consideramos que esta cuestión se inscribe en el ámbito del derecho a la información de los órganos de representación del personal que establecen los artículos 8.4, 15.4 y 64 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, así como en el art. 58 del Convenio Colectivo de la empresa FAISEM.

En este sentido, de la información aportada por la Gerencia de FAISEM sobre la documentación entregada al Comité de Empresa, consideramos que, de conformidad con dicha normativa, la información preceptiva que en este ámbito debe ser facilitada al órgano de representación de los trabajadores parece que, en efecto, se le facilita, lo que, implícitamente, así se reconoce en los documentos remitidos por el

promotor de esta queja, al cuestionar, entre otras circunstancias, la utilización de contratos por necesidades de la producción para dar cobertura a plazas de estructura, contratos de sustitución de corta duración, bajas de pocos días, permisos retribuidos etc., lo que evidencia haber recibido copia de los contratos realizados. Y, ello, sin perjuicio de que el Comité de Empresa considere irregular el proceder de FAISEM en los tipos de contratos formalizados al no respetar, según el Comité, el orden de puntuación de la bolsa, saltando de un candidato a otro en función del tipo de contrato que toque para no superar ese máximo legal.

Con esa forma de actuar, señala el interesado, se perjudica a muchos trabajadores que llevan más de 10 años trabajando en exclusividad para FAISEM, pasando de un tipo contrato a otro, para no tener que hacerlos indefinidos. Cuestión ésta que, en su caso, debe ser resuelta en sede judicial, ante la posible irregularidad de este proceder, si se confirmaran los hechos reseñados, y cuya responsabilidad incumbiría a FAISEM.

Segunda.- Las contrataciones temporales en el sector público andaluz.

Las secuelas de la crisis económica que persisten en la sociedad española en general, y andaluza en particular, la existencia de riesgo de quiebra social debido a la situación económica y a la cruda realidad definida por la elevada tasa de desempleo con la que nos encontramos, son circunstancias que conducen a muchas personas a la búsqueda de un empleo en el sector público andaluz, en el que se incluye FAISEM, en su condición de fundación pública.

En este contexto, las contrataciones temporales en el sector público constituyen una de las vías que posibilitan que un buen número de ciudadanos y ciudadanas demandantes de empleo encuentren temporalmente un trabajo. Estos procesos es preciso recordar que se rigen por los principios constitucionales de acceso al empleo público previstos en los artículos 23.2 y 103.3 de la CE y el art. 26.1.b del EAA.

Aunque la legislación vigente no establece un procedimiento concreto de selección para la contratación de personal laboral temporal, estableciendo únicamente unos principios a los que debe ajustarse la convocatoria y el procedimiento y que deben ser respetados, el art. 55 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) establece que el acceso al empleo público debe regirse de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

Asimismo, se dispone en el apartado 2 del mismo precepto, que las Administraciones Públicas seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales antes expresados, así como los establecidos a continuación:

- Publicidad de las convocatorias y de sus bases.

- Transparencia.

- Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección.

- Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección.

- Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar.

- Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección.

En relación con las fundaciones públicas, el art. 78 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, establece que el personal al servicio de las fundaciones del sector público andaluz será seleccionado mediante convocatoria pública en medios oficiales, basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad. Por su parte, la disposición adicional decimonovena de la

Ley 7/2013, de 23 de diciembre, de Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para 2014, atribuye a la Consejería de Hacienda y Administración Pública la determinación del procedimiento por el cual se garantice la publicidad y libre concurrencia en la contratación del personal por las entidades instrumentales.

De modo más concreto en el art. 54.4 de la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía, establece que la selección del personal de las fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de Andalucía deberá realizarse, en todo caso, con sujeción a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en la correspondiente convocatoria

Por consiguiente, aún cuando no exista norma que regule concretamente el procedimiento de selección para la contratación de personal laboral temporal de estas entidades instrumentales, por aplicación de estas normas y de los principios básicos en materia de empleo público, en todo proceso de selección de personal laboral temporal que se realice en el sector público andaluz deberán garantizarse los principios de, igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

A estos efectos, debe tenerse igualmente en cuenta que, en la actualidad, la contratación de personal con carácter fijo o indefinido o temporal de las entidades a que se refiere el art. 5 del texto refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía requerirá autorización de la Consejería competente en materia de Administración Pública.

En ese sentido, en la Instrucción conjunta 2/2016, de 13 de septiembre, de la Dirección General de Planificación y Evaluación y de la Dirección General de Presupuestos por la que se establecen los criterios generales y los procedimientos de aplicación para la contratación de personal con carácter indefinido y temporal por las entidades del sector público andaluz, entre las que se encuentra FAISEM. En concreto, en relación con la contratación de personal con carácter temporal deberá seguirse el procedimiento de autorización previsto en la instrucción cuarta de dichas Instrucciones conjuntas.

Tercera.- La selección de personal laboral temporal. Bolsa de Empleo.

Al no estar establecido un procedimiento concreto para la contratación de personal laboral temporal, en el ámbito público, deben arbitrarse por las entidades integrantes de este sector los criterios que hayan de regir la selección de dicho personal, de forma que queden garantizados los principios antes mencionados.

En este sentido, la constitución de bolsa de trabajo puede considerarse como una institución jurídica normal y adecuada a dichos principios para la selección del personal temporal (interino o laboral temporal) a medida que surjan las necesidades de efectivos. Dicha modalidad se ajusta a Derecho y es aceptada por los tribunales como uno de los medios más adecuados, con dichos principios, para poder cubrir transitoriamente los puestos de trabajo, cuando razones de urgencia y necesidad así lo aconsejen.

Este sistema de creación de bolsas de trabajo o empleo es el que se ha generalizado en el sector público como procedimiento más idóneo para la selección de personal temporal conforme a las normas básicas reguladoras del acceso al empleo público, y es el que se sigue en el ámbito de la Administración general -tanto para personal funcionario como laboral-, educativa y sanitaria de la Junta de Andalucía.

Y, desde esta perspectiva, es práctica común en la regulación de estas bolsas de empleo, para atender los principios constitucionales ya citados, tanto para su constitución como para su actualización, su ordenación a través de convocatoria pública, valoración de méritos, realización de ejercicios, etc., en las que el mérito y la capacidad de los aspirantes sirva para obtener una posición u otra dentro de la lista de integrantes de la misma.

Igualmente, entre sus criterios de ordenación, se tienen en cuenta, además, criterios de discriminación positiva para favorecer la incorporación al ámbito laboral de los sectores de población con más dificultades para el acceso al empleo en la actualidad, tales como personas con discapacidad, víctimas de violencia de género con sentencia judicial, titulares de familias monoparentales y desempleados de larga

duración, entre otros.

En los escritos remitidos por la representación legal de los trabajadores de FAISEM existe coincidencia en que que, hasta el año 2015, no existía “bolsa de contratación temporal", “ni una lista ordenada de candidatos a la contratación por orden de puntuación”, y que la la bolsa de contratación actual adolece de una adecuada regulación no estando garantizado su correcto funcionamiento, siendo necesario su actualización, mejora, y modificación, sobre todo en los aspectos que, en su opinión, favorecen la opacidad y falta de transparencia en los procesos contratación temporal. Se reconoce, por último, que desde abril de 2016 está abierto un proceso para actualizar la regulación de las bolsas de contratación temporal que desde la propia FAISEM se remite, como procede en aplicación de la normativa vigente, a la negociación con la representación legal del personal en seno de mesa oportuna que, al parecer, se viene demorando por la propia Gerencia de esa Fundación.

Asimismo, con respecto al desarrollo de los procesos de contratación temporal en la Delegación Provincial de Sevilla de FAISEM, por la representación legal de los trabajadores se pone de manifiesto que las incidencias y cuestiones que surgen en los mismos se resuelven directamente por la Dirección de esa entidad pública.

En relación con las cuestiones planteadas, consideramos imprescindible abordar la necesaria actualización de la regulación de la Bolsa de contratación temporal de FAISEM a fin de adecuarla a los principios constitucionales mencionados y garantizar que, tanto en su constitución como funcionamiento, se ajusten a dichos principios, a través del proceso negociador con los representantes legales de los trabajadores de esa Fundación. En las actuales circunstancias, urge, por tanto, que se inicie sin más demora el correspondiente proceso para abordar esta importante cuestión.

En cuanto a la resolución de las incidencias que surgen en los procesos de contratación temporal, con independencia de la exactitud de las afirmaciones de los promotores de la presente queja, debemos precisar que, en todo caso, las cuestiones que se presenten en relación con el desarrollo de cualquier proceso de selección, sea éste para acceso a plaza de carácter fija o bien para la contratación temporal con ocasión de vacante, sustitución por baja (enfermedad, maternal, etc.), deben ser resueltas, en primera instancia, por la propia Comisión de Selección sin perjuicio de que contra la resolución definitiva que resuelva los candidatos admitidos/as seleccionados definitivamente, pueda formularse el oportuno recurso en sede administrativa.

Cuarta. La obligada transparencia de la Bolsa de Empleo de FAISEM.

Como señala el preámbulo de la Ley 1/2014, de Transparencia Pública de Andalucía, sin el conocimiento que proporciona el acceso de los ciudadanos a la información pública, difícilmente podría realizarse la formación de la opinión crítica y la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social, un objetivo irrenunciable que los poderes públicos están obligados a fomentar, de acuerdo con lo preceptuado en los artículos 9.2 de CE y 10.1 del EAA.

En este sentido, la transparencia de la actuación de los poderes públicos se articula a través de dos grandes conceptos, como son la publicidad activa y el acceso a la información pública; la publicidad activa implica la difusión por propia iniciativa de la información que obra en poder de los poderes públicos, posibilitando que la ciudadanía conozca la información que sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad, implicando una actitud proactiva de los mismos y, en el acceso a la información pública, es la ciudadanía la que toma la iniciativa, recabando de los poderes públicos información que obra en su poder. Este acceso, que se configura en la LTPA como un verdadero derecho para la ciudadanía, constituye una obligación para las entidades incluidas en su ámbito de aplicación que quedan sujetas a los principios, pautas de actuación y procedimientos previstos en la misma para el ejercicio de este derecho.

A estos efectos, en la instrucción quinta de la Instrucción conjunta 2/2016, de 13 de septiembre se establece que conforme al principio de transparencia que exige el art. 1.3 del EBEP y los de publicidad

activa que se contemplan en las letras j) y k) del art. 10.1 y en el art. 18 de la LTPA, “las fundaciones del sector público andaluz difundirán las ofertas públicas de empleo u otros instrumentos similares de gestión de la provisión de necesidades de personal y de los procesos de selección de personal mediante anuncios en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía y la puesta a disposición de la información completa en las sedes electrónicas, portales o páginas webs de las entidades y en el portal de la Junta de Andalucía.”

Por tanto, como se indica en estas normas, la publicidad de los procesos de selección del personal de las entidades instrumentales de la Junta de Andalucía, con independencia de su naturaleza, debe hacerse efectiva a través de canales públicos de divulgación, siendo el modo más habitual de publicitarlos, en el caso de contrataciones de carácter temporal, a través de los portales o páginas web oficiales de estas entidades, haciendo uso de las nuevas tecnologías que coadyuvan a posibilitar la transparencia y, como señala la LTPA, permiten aprovechar éstas como instrumento para la difusión de la información pública y permitir que se difunda y pueda ser utilizada por la ciudadanía, legítima propietaria de dicha información.

En este contexto, una vez consultada la página web oficial de FAISEM y el Portal de Transparencia de la Junta de Andalucía, observamos que no se contiene en los mismos información sobre los procesos de selección de personal a que obligan las disposiciones antes citadas, no haciéndose pública, asimismo, información alguna sobre los criterios de regulación de la Bolsa de Empleo de esta Fundación para contrataciones temporales, ni sobre la situación de las personas aspirantes en la misma.

De acuerdo con estas normas, los criterios reguladores del funcionamiento de la Bolsa de Empleo de FAISEM deberán hacerse público en su página web oficial y en el Portal de Transparencia de la Junta de Andalucía, siendo aconsejable que se utilizara esta vía para realizar una publicidad activa de la información sobre su Bolsa de Empleo, de forma que se ponga a disposición de sus integrantes información sobre la gestión, actualización, contrataciones realizadas, etc., garantizando que los/as aspirantes conozcan en todo momento su posición en la bolsa cara a una contratación futura por parte de esa fundación pública.

En este sentido, por parte de FAISEM debe tenerse en cuenta que esta práctica es habitual en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía (general, educativa y sanitaria) y que sujetar el funcionamiento de las Bolsas de Empleo a criterios de transparencia, además de facilitar a la ciudadanía el acceso a la información pública, contribuye a garantizar el cumplimiento del principio de publicidad a que están obligadas las entidades públicas en la gestión de sus procesos de selección de personal laboral temporal.

A la vista de todo ello y de conformidad con lo establecido en el apartado primero del artículo 29 de la Ley 9/1983, del Defensor del Pueblo Andaluz, se formula a la Dirección-Gerencia de FAISEM siguiente

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO del cumplimiento de los Deberes Legales que establecen los artículos 10.1 j) y k) y 18 de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía, del art. 78 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, del art. 54.4 de la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como de la instrucción quinta de la Instrucción conjunta 2/2016, de 13 de septiembre, de la Dirección General de Planificación y Evaluación y de la Dirección General de Presupuestos por la que se establecen los criterios generales y los procedimientos de aplicación para la contratación de personal con carácter indefinido y temporal por las entidades del sector público andaluz.

RECOMENDACIÓN 1: Para que se adopten las medidas oportunas para actualizar la Bolsa de Empleo de esta entidad pública de forma que queden garantizados los principios constitucionales que rigen el acceso al empleo público y, en su caso, incorporar/mejorar los criterios generales y de discriminación positiva para sectores de población con más dificultades para el acceso al empleo y su correspondiente valoración, con arreglo a dichos principios.

RECOMENDACIÓN 2: Para que se inicie sin más demoras el procedimiento de negociación con la representación legal de los trabajadores de esta Fundación píblica a fin de poder aprobar un Reglamento que regule el funcionamiento de la Bolsa de Empleo, siendo ésta el instrumento mediante el cual se garantice la cobertura de las necesidades temporales de personal de carácter no permanente de FAISEM, basándose en el acceso al empleo público respetando los principios constitucionales y estatutarios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

RECOMENDACIÓN 3: Para que se cumplan las obligaciones de publicidad activa que se establecen en el Título II de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía, publicando a la página web de FAISEM y en el Portal de Transparencia de la Junta de Andalucía -de forma periódica, veraz, objetiva y actualizada- la información pública que se determina en los artículos 10 y siguientes de dicha Ley.

SUGERENCIA 1: Para que se garantice el obligado cumplimiento del principio de publicidad de los procesos de selección de personal laboral temporal a través de una publicidad activa de la información sobre la Bolsa de Empleo de FAISEM, en la página web oficial de dicha Fundación y en el Portal de Transparencia de la Junta de Andalucía, del mismo modo que se hace en al ámbito de la Administración general y sanitaria de la Junta de Andalucía, con lo que se asegura el acceso veraz, objetivo y actualizado a la información pública de interés para las personas participantes en estos procesos y el cumplimiento de los principios constitucionales y estatutarios en esta materia que deben ser observados.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Recomendamos la elaboración de la Relación de Puestos de Trabajo a la empresa pública SODECAR, S.A.

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 17/2768 dirigida a Sociedad para El Desarrollo de Carmona, S.A. "Sodecar"

- 27 Diciembre 2017

En esta Institución se tramita expediente de queja arriba referenciado, promovido por el Personal Informador de la Oficina de Turismo de Carmona, dependiente del Ayuntamiento de Carmona, con motivo de la situación profesional en que desempeña sus funciones. De su inicial escrito de queja, resulta que dicho personal -y en su caso, la Oficina de Turismo- se encuentra adscrito a la Sociedad de Desarrollo de Carmona S.A. (SODECAR, S.A.) empresa pública municipal de dicha entidad local.

ANTECEDENTES

I.- En su comparecencia ante este Comisionado, el personal afectado nos indicó que, con fecha 17 de enero de 2017, se dirigieron al Consejo de Administración de SODECAR, S.A. para exponer sus circunstancias laborales y, ante el silencio mantenido por dicho Consejo, con fecha 11 de mayo de 2017, formulan la presente queja ante esta Defensoría para que, si procediera, se tomasen las medidas oportunas ante la demanda formulada y por la demora en la respuesta de la empresa municipal.

II.- Estimándose que, en principio, la queja presentada reúne los requisitos establecidos en nuestra Ley reguladora (Ley 9/1983, de 1 de diciembre), procedimos a su admisión e instamos la colaboración de SODECAR, S.A., así como al cumplimiento a la obligación que establece el art. 21 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y a lo establecido en el art. 17.2, inciso final, de nuestra Ley 9/1983.

III.- Tras haber transcurrido más de dos meses desde la admisión a trámite de la queja y de la petición de colaboración a SODECAR, S.A., con fecha 19 de julio de 2017, recibimos el preceptivo informe emitido por la Gerencia de la empresa pública, del que merece reseñar lo siguiente:

"(...) Ante las comunicaciones recibidas y sin ánimo de extendernos, le informo que el Ayuntamiento de Carmona y todas sus empresas municipales y organismos adscritos están dentro de un proceso de revisión de las distintas RPT de los mismos por lo que, de forma unánime, todos los miembros del Consejo de Administración de SODECAR, S.A. entendieron que esta petición de parte de las trabajadoras de la Oficina de Turismo no debe ser tratada de forma aislada.

Igualmente, y con la misma unanimidad, no nos parece idóneo el conducto para hacer llegar al Gerente de la empresa o al Consejo de Administración este tipo de peticiones, entendiendo que el Defensor del Pueblo debe estar para tratar otros asuntos de mayor relevancia.

Copia de esta comunicación se le trasladará a todas las firmantes del escrito".

A la vista de la información aportada, decidimos su traslado a los trabajadores afectados quienes mediante escrito de 21 de septiembre de 2017, aportaron entre otras, las alegaciones que siguen:

"*- Teniendo en cuenta que por el número de trabajadores de la empresa Sodecar, S.A. a la que pertenecemos no existe Comité de Empresa que represente a los trabajadores y que además no se han convocado elecciones para nombrar a un Delegado Sindical en los últimos años, entendemos que no se dan las condiciones necesarias para garantizar que se vaya a tratar nuestro caso en condiciones de igualdad con el resto de los trabajadores de la empresa, puesto que las especiales condiciones de trabajo que denunciamos sólo afectan a las cuatro informadoras Turísticas adscritas a la Oficina Municipal de Turismo.*

- Por ello solicitamos que se nos permita participar en las negociaciones para la revisión y realización de la RPT de los puestos de trabajo que ostentamos en calidad de trabajadoras indefinidas, para garantizar que sean tenidas en cuenta todas y cada una de las condiciones que reclamamos fuesen consideradas por el Consejo de Administración de la empresa, mediante escrito presentado el pasado 17 de enero de 2017".

Conviene incorporar como antecedentes necesarios sobre la problemática planteada por el personal informador de la Oficina de Turismo de Carmona, datos esenciales del contenido del escrito-reclamación presentado ante el Consejo de Administración de SODECAR, S.A., en fecha 17 de enero de 2017, que seguidamente transcribimos:

"*(...) Es públicamente conocido que el Ayuntamiento de Carmona ha venido realizando en los últimos años la equiparación de las condiciones laborales del personal de las diferentes empresas públicas municipales a las que están sujetos el personal laboral del Ayuntamiento.*

Dicha homologación se ha realizado sin inconveniente alguno, en el caso de los trabajadores cuya categoría profesional se ajustaba al puesto que desempeña, y cuyo horario laboral coincidía con el habitual de los trabajadores municipales, es decir, de lunes a viernes de 8:00 a 15:00 horas.

No obstante, lo anterior, existen diversos colectivos municipales en los que no se ha regularizado esta situación, habida cuenta de las características especiales del servicio que prestan y que por tanto no se ajustan a dicho horario y/o condiciones laborales. A modo de ejemplo, no es hasta el mes de agosto del año 2014, cuando se les reconocen al colectivo de limpiadoras de la Empresa Pública de Limpieza y Mantenimiento de Carmona Limancar las condiciones laborales que ya venían disfrutando, incluso sus propios compañeros en dicha empresa pública.

El personal laboral de la Oficina de Turismo, adscrito a la Empresa Pública Sodecar, S.A., viene padeciendo desde hace años esta desigualdad, a la vista de las circunstancias especiales del trabajo que desempeña en su horario siendo este de jornada partida, sábados, domingos y festivos. Por este motivo, se solicita se les reconozca esta particular coyuntura tanto en lo relativo a la categoría profesional como en la aplicación de los complementos derivados de su especial horario de trabajo.

Por un lado, en cuanto a la categoría profesional, hacemos constar que en el año 2000 se aprueba por el Consejo de Administración de Sodecar, equiparar a las informadoras de la oficina de turismo al nivel C1 del personal laboral, categoría profesional Administrativos, hecho desmerecido y que no se ajusta a la realidad, dado que todo el personal dispone de la titulación de Diplomado en Turismo, exigida en su momento para acceder a la plaza y realiza las funciones que corresponden a dicha titulación desde su inicio en 1996. Consideramos que se las debería equiparar al nivel A2 al igual que el resto de diplomados municipales: Arquitectos Técnicos, Graduados, Trabajadores y Asistentes Sociales, A.T.S., Maestros …

Por otro lado, en relación a los complementos específicos, nos encontramos en idénticas circunstancias, a la vista de que hasta la fecha, no se les está abonando a este personal ningún complemento de los que le debiera corresponder en virtud de las características especiales del puesto de trabajo que desempeñan.

En concepto de Complemento Específico están percibiendo las mismas cantidades que cualquier otro trabajador municipal con categoría C1 y con jornada laboral de lunes a viernes de 8:00 a 15:00 hrs. El horario de apertura de la Oficina de Turismo durante la mayor parte del año que están cubriendo las informadoras es de 10:00 a 18:00 hrs. de lunes a sábados y de 10:00 a 15:00 los domingos y festivos de apertura (solo se cierra el 1 de enero, el viernes de feria local y el 25 de diciembre). Por ello entendemos que no se les está reconociendo ninguno de los siguientes complementos: turnicidad, jornada partida, compensación por trabajo en sábados, domingos, festivos y tareas extras de compra-venta con el correspondiente control monetario".

En base a los referidos antecedentes y normativa que resulta de aplicación, consideramos preciso formular a SODECAR, S.A. resolución concretada en los términos siguientes:

CONSIDERACIONES

Primera.- Sobre la gestión de servicios públicos locales.

El artículo 85 de la Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local (LBRL), en su redacción dada por el artículo 1.21 de la Ley 27/2013, 27 diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, define los servicios públicos locales como aquéllos que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias. Los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente, pudiendo gestionarse, según establece el citado precepto, de forma directa o indirecta.

En el art. 85.2 de la LBRL se establece para la gestión directa de los servicios alguna de las formas siguientes modalidades: gestión por la propia entidad local, organismo autónomo local, entidad empresarial local y sociedad mercantil local, cuyo capital social deberá ser de titularidad de la entidad local. Y, en las dos últimas modalidades, siempre que quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto, que resultan más sostenibles y eficientes que las otras formas de gestión.

La Empresa Municipal Sociedad para el Desarrollo de Carmona, S.A. (SODECAR), constituida como sociedad anónima y cuyo capital es íntegramente municipal, se configura, por tanto, como sociedad mercantil local, debiendo integrarse sus previsiones de ingresos y gastos en los presupuestos generales del Ayuntamiento de Carmona, tal y como prevé el artículo 164 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, que dispone que en el presupuesto de gastos de las entidades locales se integrarán *"los estados de previsión de gastos e ingresos de ingresos y gastos de las sociedades mercantiles cuyo capital social pertenezca íntegramente a la Entidad Local*".

La competencia de los órganos de dirección (Consejo de Administración y Gerencia, aparte de la Junta General que asume la propia Corporación) deben determinarse en los Estatutos de la sociedad.

Segunda.- El personal de las empresas públicas locales.

En cuanto al personal de estas sociedades, como personal integrante del sector público, se sujeta a los principios constitucionales y estatutarios y a las disposiciones que sobre esta materia señalan la LBRL y el Texto Refundido de Disposiciones en materia de Régimen Local (aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril) para su selección y régimen jurídico de aplicación.

Dado los cometidos que se encomiendan a estas entidades instrumentales municipales, la naturaleza habitual del personal que se le asigna es la de carácter laboral. No obstante, dado que estas entidades cuentan también con una parcela de actividad de carácter administrativo, por cuanto sus previsiones de gastos e ingresos se integran en el presupuesto general del Ayuntamiento y se someten al régimen de contabilidad pública y de control financiero y de eficacia, así como al régimen de contratación del sector público, pueden contar, asimismo, con personal funcionario.

El personal de la empresa pública, por tanto, podría ser el siguiente:

- Funcionarios de la Corporación Local que hayan podido ser destinados en el proceso de fundación y constitución de la empresa. Se trata de casos limitados y excepcionales y se regirán por el EBEP y las normas reguladoras del régimen estatutario de los funcionarios de la Administración Local.

- Personal laboral, que formará el grupo mayoritario en la plantilla que tuviera la empresa pública. Su selección responderá a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad tal y como prevé el art. 103 de la LBRL. El régimen jurídico aplicable será la laboral.

Asimismo, la Corporación Local y de conformidad con lo previsto por el art.103 bis de la LBRL, introducido por el número veintisiete del artículo primero de la Ley 27/2013, 27 diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, aprobará anualmente la masa salarial del personal laboral del sector público local respetando los límites y las condiciones que se establezcan con carácter básico en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Dicha aprobación comprenderá la referente a la propia Entidad Local, organismos, entidades públicas empresariales y demás entes públicos y sociedades mercantiles locales de ella dependientes, así como las de los consorcios adscritos a la misma en virtud de lo previsto en la legislación básica de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y de las fundaciones en las que concurra alguna de las circunstancias previstas en el art. 103.bis.2 de la referida LBRL.

La masa salarial aprobada será publicada en la sede electrónica de la Corporación y en el Boletín Oficial de la Provincia o, en su caso, de la Comunidad Autónoma uniprovincial en el plazo de 20 días, según dispone el apartado 3 del mencionado precepto.

De este modo, la sociedad municipal, tal y como prevean sus Estatutos, podrá formar su propia plantilla -cuyo coste inicial ha de ser aprobado por la Corporación Local-, que dependerá de los órganos de dirección de la misma y cuya selección y régimen jurídico habitual, como hemos dicho, será el laboral.

Como conclusión, cabe señalar que:

- La sociedad mercantil municipal aprobará su propia plantilla mediante acuerdo de la Junta General. Las competencias directivas corresponderán a los órganos de dirección de la empresa, tal y como se haya previsto en los Estatutos.

- La previsión de gastos de la plantilla formará parte del Presupuesto general de la Entidad Local que posea el capital social íntegro de la sociedad municipal.

- El régimen normal del personal al servicio de la sociedad municipal será el laboral, si bien puede haber algún funcionario destinado específicamente por el Ayuntamiento.

Tercera.- La Relación de Puestos de Trabajo como instrumento técnico necesario de ordenación de los recursos humanos.

El EBEP, al regular la ordenación del empleo público, se refiere, en su art 69, a la planificación de los recursos humanos en las Administraciones Públicas como instrumento para contribuir a la consecución de la eficacia en la prestación de los servicios y de la eficiencia en la utilización de los recursos económicos disponibles mediante la dimensión adecuada de sus efectivos, su mejor distribución, formación, promoción profesional y movilidad. Disponiéndose en el apartado 3. de dicho art. que "*cada Administración Pública planificará sus recursos humanos de acuerdo con los sistemas que establezcan las normas que les sean de aplicación*".

Las entidades del sector público precisan para el eficaz cumplimiento de sus funciones proveerse de personas con una serie de conocimientos, habilidades, aptitudes y actitudes necesarios para desempeñar

los cometidos de los puestos que tienen asignadas el desempeño de esas funciones.

Para cumplir con esta finalidad surgen las conocidas Relaciones de Puestos de Trabajo, que aúnan el componente objetivo de las tareas (puesto) con el subjetivo (requisitos de desempeño del ocupante) para ordenar una eficaz y eficiente prestación de los servicios públicos.

La Relación de Puestos de Trabajo (RPT), como herramienta de organización de los recursos humanos de las Administraciones Públicas, aparece definida por primera vez en el art. 15.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la Función Pública (LMRFP), que establecía que "l*as relaciones de puestos de trabajo de la Administración del Estado son el instrumento técnico a través del cual se realiza la ordenación del personal, de acuerdo con las necesidades de los servicios y se precisan los requisitos para el desempeño de cada puesto...".*

De modo más concreto, el derogado art. 16 de la LMRFP vino referirse a las relaciones de puestos de trabajo que debían formar las Corporaciones Locales, estableciendo que "l*as Comunidades Autónomas y la Administración Local formarán también la relación de los puestos de trabajo existentes en su organización, que deberá incluir, en todo caso, la denominación, tipo y sistema de provisión de los puestos, las retribuciones complementarias que les correspondan y los requisitos exigidos para su desempeño. Estas relaciones de puestos serán públicas*".

Por tanto, y como se contempla en la STS de 20 de octubre de 2008, la LMRFP dibujó la RPT como el medio técnico necesario para la ordenación del personal al servicio de la Administración que, obligatoriamente, había de establecer la respectiva Corporación Local con el contenido mínimo dispuesto en el mencionado art. 16 de dicha Ley.

La actual normativa básica estatal en materia de empleo público dedica un solo artículo a la RPT, sin perjuicio de la derogación normativa, que como ya hemos indicado, realiza sobre los arts. 16 y 17 de la LMRFP. El art. 74 EBEP establece que "l*as Administraciones Públicas estructurarán su organización a través de relaciones de puestos de trabajo u otros instrumentos organizativos similares que comprenderán, al menos, la denominación de los puestos, los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalas, en su caso, a que estén adscritos, los sistemas de provisión y las retribuciones complementarias. Dichos instrumentos serán públicos".*

No obstante, hay que tener en cuenta que respecto de los instrumentos de ordenación del empleo público, continúan en vigor las normas anteriores a la publicación del EBEP, mientras no se dicte la legislación estatal o autonómica de desarrollo del Estatuto y sus correspondientes normas reglamentarias, a tenor de lo establecido en el número 3 de la Disposición Final Cuarta de dicha Ley, siempre que no se opongan a lo establecido en la misma, en consecuencia, hay que entender que se mantiene la vigencia del mencionado art. 15 LMRFP.

En el ámbito local, el art. 90.2 de la LRBRL se remite en esta materia a la normativa básica sobre función pública, al establecer que:

"*Las Corporaciones locales formarán la relación de todos los puestos de trabajo existentes en su organización, en los términos previstos en la legislación básica sobre función pública.*

Corresponde al Estado establecer las normas con arreglo a las cuales hayan de confeccionarse las relaciones de puestos de trabajo, la descripción de puestos de trabajo tipo y las condiciones requeridas para su creación, así como las normas básicas de la carrera administrativa, especialmente por lo que se refiere a la promoción de los funcionarios a niveles y grupos superiores".

En parecidos términos, el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (TRRL) establece, en su art. 126.4, que "l*as relaciones de los puestos de trabajo, que tendrán en todo caso el contenido previsto en la legislación básica sobre función pública, se confeccionarán con arreglo a las normas previstas en el art.*

90.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril".

La RPT es, por tanto, un instrumento técnico al servicio de la Administración Local para la organización efectiva de sus recursos humanos, en el ejercicio de su autonomía y autogobierno, debiendo adaptarla a las necesidades reales que le exige la prestación eficiente de sus servicios públicos.

Quiere ello decir que la RPT deberá ser un instrumento dinámico que debe responder a las necesidades reales de la Administración, y por tanto, susceptible de ser modificada por la Corporación Local cuando no responda a las exigencias que le impone ese deber de una prestación eficiente de los servicios públicos.

A este respecto, otro aspecto que debe tenerse en consideración es el de las limitaciones presupuestarias para gastos de personal que también afectan a los procesos de aprobación de las RPT en el sector público.

La prohibición de incrementos del créditos dedicado a personal (Capítulo I del Presupuesto de Gastos) ha sido una constante en las leyes presupuestarias a partir del año 2010 en el marco de las políticas de ajuste presupuestario. No obstante, ese obligado cumplimiento de la limitación presupuestaria a fin de proveer la contención del gasto público, debe armonizarse con la necesaria prestación eficiente de los servicios públicos mediante una ordenación adecuada de los recursos humanos; criterios éstos que deberán observarse en las modificaciones de las RPT que acometan las entidades locales a fin de asegurar la eficaz prestación de los servicios.

Para verificar estos aspectos, procedería consultar las RPT vigentes en el ámbito del Ayuntamiento de Carmona, entre las que debe de estar incluida la de SODECAR, S.A., al objeto de valorar su adecuación a estas normas. Ello no se ha podido realizar al no estar disponibles en las páginas webs oficiales de dicho Ayuntamiento o de entidades adscritas, ni en el Portal de Transparencia de esa Corporación Local.

A este respecto debe tenerse en cuenta que Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía, de aplicación a las entidades locales andaluzas y a las sociedades mercantiles participadas mayoritariamente por éstas (art. 3.1), establece, en su art. 9, que las entidades públicas incluidas en su ámbito de aplicación deberán publicar "*de forma periódica, veraz, objetiva y actualizada la información pública cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y el control de la actuación pública por parte de la ciudadanía y de la sociedad en general y favorecer la participación ciudadana en la misma*".

Para el cumplimiento de la obligación de publicidad activa que asumen las entidades sujetas a la Ley 1/2014, en el art. 10 de la misma, se determina la información a publicar, entre la que se incluye en su apartado 1. g) la relativa a "*las relaciones de puestos de trabajo, catálogos de puestos o documento equivalente referidos a todo tipo de personal, con indicación de sus retribuciones anuales*".

Como conclusión, cabe señalar que:

- Desde un punto de vista de la gestión de recursos humanos, las RPT constituyen un instrumento técnico idóneo de ordenación del personal, en el que se clasifican los puestos y se definen los requisitos esenciales para su desempeño.

- Es conveniente que las empresas públicas municipales ordenen sus recursos humanos a través de estos instrumentos que racionalizan su organización y posibilitan una prestación de los servicios públicos más eficaz y eficiente.

- Las relaciones de puestos de trabajo del Ayuntamiento y de sus entidades instrumentales deberán publicarse en el Portal de Transparencia de dicho Ayuntamiento.

Cuarta.- La negociación colectiva de las condiciones de trabajo.

El derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos ha pasado por distintas vicisitudes hasta

su actual regulación legal en el EBEP.

Tradicionalmente se ha venido considerando que este derecho no puede equipararse exactamente con el derecho constitucional a la negociación colectiva que el art. 37 de la Constitución (CE) reconoce a trabajadores y empresarios, al encontrarse, en el ámbito de la Administración, determinados límites que se contemplan en el mismo texto constitucional, dada la sujeción al principio de legalidad (arts. 9.3 y 106 CE) de la actuación administrativa, que debe realizarse con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (art. 103.1 CE).

Este derecho de los empleados públicos, tras su negación inicial, termina siendo reconocido legalmente en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical y en la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas (LPPAD), varias veces modificada, hasta su regulación definitiva en el vigente EBEP, en cuyo art. 15. b) se reconoce el derecho de todos los empleados públicos a "*la negociación colectiva y a la participación en la determinación de las condiciones de trabajo*".

El EBEP, en su art. 31.2, define la negociación colectiva como "*el derecho a negociar la determinación de condiciones de trabajo de los empleados de la Administración Pública*", reconociéndose en el art. 33 de dicho texto legal determinados límites a la misma, al disponer que "*la negociación colectiva de condiciones de trabajo de los funcionarios públicos estará sujeta a los principios de legalidad, cobertura presupuestaria, obligatoriedad, buena fe negocial, publicidad y transparencia*".

Para el personal laboral de las Administraciones Públicas, el art. 32 del EBEP precisa que "*la negociación colectiva, representación y participación de los empleados públicos con contrato laboral se regirá por la legislación laboral, sin perjuicio de los preceptos de este capítulo que expresamente les son de aplicación* ", con lo cual cabe distinguir dos sistemas de negociación dentro de los empleados públicos según se trate de personal funcionario o laboral. Los primeros se regirán por el EBEP y, los segundos, por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), si bien esta regla general tiene sus matizaciones toda vez que el propio EBEP prevé fórmulas para la negociación colectiva conjunta, estableciendo en su art. 36.3 que, para la negociación de todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de cada Administración Pública, se constituirá en las distintas Administraciones Públicas territoriales una Mesa General de Negociación.

La negociación colectiva de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, según establece el art. 33.1 EBEP, "*se efectuará mediante el ejercicio de la capacidad representativa reconocida a las organizaciones sindicales…*" y se articula a través de las Mesas de Negociación reguladas en los arts. 34 y 35 de dicho Estatuto. Sistema de negociación que igualmente será de aplicación a la Administración Local, en virtud de lo dispuesto en el art. 34.1 del EBEP.

En cuanto a la negociación colectiva del personal laboral, está menos reglada administrativamente y, en principio, se regiría por las disposiciones del Título III del ET, sin perjuicio de la aplicación de los preceptos del EBEP que expresamente les sean de aplicación en esta materia.

La articulación de la negociación colectiva en el ámbito del personal laboral del sector público es menos formalista que la regulada en el EBEP para el personal funcionario, estando legitimados para negociar las condiciones de trabajo y los correspondientes convenios colectivos, por parte de la Administración, las entidades públicas que actúen con personalidad jurídica propia y tengan reconocida capacidad de obligarse y, por parte de los trabajadores, la representación de éstos en los términos establecidos en el art. 87.1 del ET, que establece a este respecto:

"*En representación de los trabajadores estarán legitimados para negociar en los convenios de empresa y de ámbito inferior, el comité de empresa, los delegados de personal, en su caso, o las secciones sindicales si las hubiere que, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité.*

"La intervención en la negociación corresponderá a las secciones sindicales cuando estas así lo acuerden, siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal.

Cuando se trate de convenios para un grupo de empresas, así como en los convenios que afecten a una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación, la legitimación para negociar en representación de los trabajadores será la que se establece en el apartado 2 para la negociación de los convenios sectoriales.

En los convenios dirigidos a un grupo de trabajadores con perfil profesional específico, estarán legitimadas para negociar las secciones sindicales que hayan sido designadas mayoritariamente por sus representados a través de votación personal, libre, directa y secreta".

En cuanto a las materias objeto de negociación colectiva en el ámbito público, serán las determinadas en el art. 37.1 del EBEP, de las que se encuentran excluidas las determinadas en el apartado 2 de dicho artículo.

Entre las materias consideradas que pueden ser o no materia de negociación, ha sido especialmente controvertida, hasta hace pocos años, la que afecta a la negociación de las RPT. Tradicionalmente, en base a la interpretación que se hacía de la Ley 9/1987 (LPPAD), la aprobación de las RPT se excluía como materia objeto de negociación colectiva de las Mesas de Negociación, limitándose la participación de los órganos de representación del personal en esta materia a la mera consulta.

La razón de esta exclusión era que en el art. 34.2 de la LPPAD quedaba excluido del ámbito de la negociación colectiva aquellas materias en las que la Administración ejercitase su potestad de organización, entre las que se consideraba incluida la creación o modificación de las RPT. En estos casos, procedía la consulta a los representantes sindicales, lo que en la práctica se traducía en darles cuenta del borrador de RPT e informarles de su aprobación.

Con la aprobación del EBEP, empieza a cambiar esta interpretación como consecuencia de la redacción de su art. 37.2 que, al determinar, en su letra a), como materia excluida de la obligatoriedad de negociación, las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización, dispone que "*cuando las consecuencias de las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización tengan repercusión sobre condiciones de trabajo de los funcionarios públicos contempladas en el apartado anterior, procederá la negociación de dichas condiciones con las organizaciones sindicales a que se refiere este Estatuto*".

Por consiguiente, y dado que las RPT afectan a las condiciones de trabajo de los empleados públicos, la Administración asume la obligación de su negociación con la representación del personal en estos casos o, al menos, de demostrar una voluntad seria de negociar antes de su aprobación.

Esta nueva orientación surge tras la adopción de varias Sentencias por el Tribunal Supremo, en el año 2010, que dan una interpretación a la exclusión de las RPT como materia objeto de negociación colectiva, siendo muy ilustrativa, a este respecto, la STS, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 2 de diciembre de 2010 en la que, en base a lo dispuesto en el art. 37.2. a), así como en el art. 37.1. c), concluye afirmando que *"en consecuencia, la nueva regulación exige, contrariamente a lo prevenido en la Ley 9/87, que las decisiones de las Administraciones que afecten a sus potestades de organización, entre las que cabe citar las relativas a la aprobación de las Relaciones de Puestos de Trabajo como instrumento técnico legalmente previsto para llevar a cabo la ordenación del personal, en cuanto repercutan en las condiciones de trabajo de los funcionarios, sean objeto de negociación con las organizaciones sindicales".*

La Sentencia, incluso, va más allá y vincula la falta de negociación a la nulidad de pleno derecho de la RPT por afectar al derecho fundamental a la negociación colectiva.

En conclusión, podemos señalar que:

- En el proceso de actualización y reforma de la RPT que se está llevando a cabo en el Ayuntamiento de Carmona, tanto de la propia Entidad Local, como de sus entes instrumentales, si resultan afectadas las condiciones de trabajo de los empleados públicos vinculados a las mismas deberá someterse al procedimiento de negociación colectiva procedente.

- En cualquier caso, el estudio/propuesta de la RPT de SODECAR, S.A. tendría que ser sometido a consulta de los representantes sindicales de esta sociedad municipal o de los trabajadores de la misma.

Quinta.- La colaboración obligada de los poderes públicos andaluces con el Defensor del Pueblo Andaluz.

Por último, resulta preciso informar a esa Presidencia que, conforme a nuestro marco regulador (artículo 41 en relación con el artículo 128 del vigente Estatuto de Autonomía para Andalucía y la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, reguladora de esta Institución), nuestra competencia se extiende a la defensa de las libertades públicas y derechos fundamentales reconocidos en el Título I de la Constitución y Título I del Estatuto de Autonomía para Andalucía, siempre que los mismos pudieran resultar afectados por alguna actuación de las Administraciones Públicas Andaluzas y de los agentes de ésta. (art. 10.1).

A tal efecto supervisará la actuación de las entidades del sector público andaluz y procurará el esclarecimiento de sus actos y resoluciones, así como la actuación de sus funcionarios, en relación con lo dispuesto en el artículo 103.1 de la Constitución y los artículos 31 y 133 del Estatuto de Autonomía para Andalucía y, de conformidad con lo establecido en el art. 17.2, inciso final, de nuestra Ley reguladora, velará porque la Administración Autonómica resuelva expresamente, en tiempo y forma, las peticiones y recursos que le hayan sido formulados.

Con arreglo a este marco legal, también le informamos que esta Institución no utiliza graduación alguna para determinar la importancia de los asuntos planteados por los ciudadanos ante la misma, estando obligados a actuar, cualquiera que sea la entidad de la cuestión sometida a nuestra consideración, siempre que estimemos que la actuación administrativa pudiera afectar a los principios constitucionales y estatutarios a los que debe sujetarse el sector público en su funcionamiento.

A la vista de todo ello y de conformidad con lo establecido en el apartado primero del art. 29.1 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, reguladora del Defensor del Pueblo Andaluz, se formula a la Presidencia de la Sociedad para el Desarrollo de Carmona, S.A. (SODECAR S.A) y a la Alcaldía-Presidencia del Ayuntamiento de Carmona, la siguiente

RESOLUCIÓN

RECOMENDACIÓN 1**.** Para que se adopten las medidas oportunas para proceder a la elaboración y aprobación de la Relación de Puestos de Trabajo (RPT) de SODECAR, S.A., conforme al procedimiento legal y reglamentariamente establecido.

RECOMENDACIÓN 2**.** Para que el estudio/propuesta de la RPT de SODECAR, S.A, con los informes de los departamentos competentes, en caso de resultar afectadas las condiciones de trabajo de sus trabajadores, sea objeto de negociación colectiva en el marco de los procedimientos al efecto en el Ayuntamiento de Carmona y, en su caso, se someta a consulta de los representantes sindicales de esta sociedad municipal o de los trabajadores de la misma.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Recomendamos a la Administración que analice el tiempo que se tarda en cubrir las sustituciones del profesorado y adopte las medidas necesarias para su mejora

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 16/0933 dirigida a Consejería de Educación, Dirección General de Profesorado y Gestión de Recursos Humanos

- 05 Diciembre 2016

ANTECEDENTES

En el expediente de queja la representación de un sindicato de enseñanza denuncia las deficiencias del tema de gestión de sustituciones del profesorado de los centros docentes públicos dependientes de la Administración Educativa, postulándose a favor de una modificación del modelo establecido en la normativa de referencia (Orden de 8 de septiembre de 2010).

Por la antedicha representación sindical se asevera que el actual marco regulador muestra las siguientes disfuncionalidades:

> *- El establecimiento de cupos de sustituciones cerrados obliga a los equipos directivos a decidir si cubren o no determinadas sustituciones, en previsión de otras, más urgentes y posteriores.*
>
> *- En la práctica, los llamamientos para sustituir se efectúan en las Delegaciones territoriales a día fijo, lo que supone un retraso sistemático de dos a cuatro días en la gestión de la sustitución. El resultado es que ninguna sustitución se cubre antes de los 15 días.*
>
> *- Es práctica habitual que se restrinjan las sustituciones cuando se acercan los periodos vacacionales, a la par que se priorizan las sustituciones de bajas de previsión superior al mes.*
>
> *- Es práctica habitual recurrir al profesorado de apoyo para la primera sustitución en Centros de Educación Infantil y Primaria (los llamados cupos 13 y 14).*
>
> *- Se restringe la concesión de permisos no retribuidos al profesorado, toda vez que su sustitución "consume" cupo.*
>
> *-Incumplimiento de la normativa de sustituciones en aquellos centros en los que se imparten enseñanzas no acogidas a la misma (Centros de Educación Permanente, cuyas sustituciones se gestionan directamente por las delegaciones territoriales).*

Por otro lado se afirma que las severas limitaciones introducidas por el Real Decreto-ley 14/2012, unidas a las propias del modelo de gestión de sustituciones implantado por la citada Orden de 2010, ha derivado en las siguientes prácticas administrativas:

> *- A pesar de que la mejora que supone el art. 4 del Real Decreto-ley 4/2012 (en su actual redacción dada por la Disposición final décimo quinta de la Ley 48/2015, de 29 de octubre) y su entrada en vigor desde el 1º de enero de 2016, esta no se viene aplicando en Andalucía, toda vez que los diez días preceptivos para cubrir las bajas se contabilizan a partir del momento en que el centro cursa la solicitud, no a partir de la fecha de la baja presentada por el profesor o profesora a sustituir en su plaza.*
>
> *- En el curso 2014-15 desapareció, en Primaria, la asignación a los centros, de un profesor/a más por cada seis profesores/as mayores de 55 años. Ello ha supuesto, en la práctica, la desaparición de la reducción de dos horas semanales a la que tenía derecho este profesorado. En los centros de Secundaria, el profesorado mayor de 55 años ha pasado, en tres cursos, de una reducción de dos horas semanales de docencia, de las que podían disponer libremente, a destinar dichas horas al servicio de guardia, con un horario que, en ocasiones, excede las horas de reducción.*
>
> *- La Administración educativa ha venido adoptando, desde el curso 2010-11, una política de no transparencia sobre los datos resultante del sistema de sustituciones. Ello ha llevado a USTEA a plantear campañas sucesivas de recogida de datos, a través de su portal web.*

Por otro lado se afirma que cotidianamente, en los centros de Educación Infantil y Primaria, se asignen las sustituciones a los maestros de apoyo (en perjuicio de la función de apoyo y refuerzo educativo de los alumnos con necesidades educativas específicas y en perjuicio del personal integrante de las respectivas bolsas) y en los demás niveles educativos a través de la utilización del profesorado de guardia, que no siempre es posible, con la consiguiente pérdida de horas lectivas.

En la mayor parte de los posicionamientos sindicales se insta a la Administración educativa por un mayor rigor y homologación en el tratamiento de las sustituciones e incluso la modificación o supresión del actual modelo de cupo que representa la citada Orden de 2010, trayendo a colación el derecho del alumnado a una educación de calidad y el derecho del profesorado integrado en las bolsas al desempeño efectivo de la función docente que les es propia.

Por otro lado, esta problemática es cuestión recurrente en las periódicas reuniones de la Mesa Sectorial de Educación, toda vez que los sindicatos presentes en dicho órgano se reiteran trasladando las disfunciones que vienen constatando en la gestión de las sustituciones, que entienden afectan a los cuatro niveles educativos intervinientes, los dos primeros a través de la regulación y los dos últimos en la gestión: la Administración estatal a través de las limitaciones establecidas en el Real Decreto-ley 4/2012 (en su redacción originaria y su posterior modificación por la Ley 48/2015); la Administración educativa autonómica con el establecimiento de cupos mediante la Orden de 8 de septiembre de 2010; las Delegaciones Territoriales de Educación a través de la operatoria de las denominadas “Comisiones de sustituciones” al reunirse un día a la semana para proceder al llamamiento de las interinidades y, por último, las propias Direcciones de los Centros a la hora de gestionar los cupos asignados (momento de cursar la solicitud de sustitución en función de su previsible duración, a partir del primer día o a partir del décimo día del evento que da lugar a la sustitución, etc.). A este transcurrir hay que tener en cuenta los días transcurridos hasta la presentación de la baja por el profesor/a.

También desde el ámbito parlamentario se ha considerado tratar esta problemática, como lo demuestran las distintas intervenciones de los Grupos Parlamentarios y las comparecencias de la persona titular y responsable de la Administración Educativa.

Así en la “Moción relativa a la mejora de la calidad del sistema educativo” (Moción 10-16/M-000004) aprobada por el Parlamento de Andalucía en su sesión de 17 de marzo de 2016 (BOPA del 7 de abril),

entre otras cuestiones relativas a esta temática, se insta al Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía a:

"4. Acordar que la Dirección General de Recursos Humanos pueda autorizar la sustitución del profesorado ausente antes de los diez días lectivos desde que se produzca la causa que genera la necesidad de la sustitución, siempre que quede acreditado, mediante un informe del director del centro educativo, que la ausencia no se puede cubrir con los recursos ordinarios del centro sin perjudicar gravemente el derecho a la educación de los alumnos, en los siguientes casos:

> *a) En los centros públicos que imparten educación infantil y primaria, las ausencias de los maestros de las escuelas unitarias, de los tutores de las aulas específicas de educación especial, de los tutores de educación infantil y de educación primaria, y de los maestros de apoyo.*
>
> *b) En los centros públicos de educación especial, cualquier profesor ausente.*

5. Eliminar el cupo de horas de sustituciones que se asigne a los centros y derogar la Orden de 8 de septiembre de 2010, de la Consejería de Educación, que establece el procedimiento para la gestión de las sustituciones del profesorado en los centros docentes públicos de Andalucía".

Por último, también resulta una constante las denuncias de las Asociaciones de Padres de Alumnos (APA´s) en relación a la tardanza en la cobertura de las ausencias del profesorado.

Admitida a trámite y recabada el preceptivo informe, la Dirección General del Profesorado y Gestión de Recursos Humanos informa mediante un recordatorio de la normativa aplicable, en concreto el Real Decreto-ley 14/2012 respecto al transcurso de los 10 días lectivos para la sustitución y la Ley 48/2015 sobre los supuestos excepcionales para la inmediatez de las sustituciones, para concluir que *"la Administración Educativa no tiene previsto modificar el sistema actual de sustituciones en los centros docentes públicos no universitarios de Andalucía, establecido en la Orden de 8 de septiembre de 2010, mientras esté en vigor el referido Real Decreto-ley 14/2012"*.

CONSIDERACIONES

Única.- Régimen jurídico de las sustituciones del profesorado docente en Andalucía ("sistema de cupos")

El artículo 132.7 de la Ley 17/2007, de 10 de diciembre, establece que los directores y directoras de los centros docentes públicos tendrán competencia para tomar decisiones en lo que se refiere a las sustituciones que, por las ausencias del profesorado, se pudieran producir, de acuerdo con lo que a tales efectos se determine y respetando, en todo caso, los criterios establecidos para la provisión de puestos de trabajo docentes.

Este modelo de gestión de las sustituciones del profesorado persigue, por una parte, profundizar en la autonomía organizativa y de gestión de los centros docentes públicos y, por otra, reforzar las competencias de la dirección de estos centros en dos aspectos tan esenciales como la organización pedagógica y la gestión de los recursos humanos disponibles.

Los Decretos 327/2010 y 328/2010, de 13 de julio, por los que se aprueban los Reglamentos orgánicos de los institutos de educación secundaria, por un lado, y de las escuelas infantiles de segundo ciclo, de los colegios de educación primaria, de los colegios de educación infantil y primaria y de los centros públicos específicos de educación especial, por otro, regulan en los artículos 72.1.q) y 70.1.q), respectivamente, la potestad de las direcciones de los centros docentes públicos para decidir en lo que se refiere a las sustituciones del profesorado que se pudieran producir por enfermedad u otra causa de ausencia.

En desarrollo de este marco normativo, mediante Orden de 8 de septiembre de 2010, se establece el procedimiento para la gestión de las sustituciones del profesorado de los centros docentes públicos dependiente de la Administración educativa andaluza.

El art. 4 de la citada Orden, otorga a las personas titulares de la dirección de los centros docentes la competencia para decidir cuándo se sustituirán las ausencias del profesorado con personal externo y, por tanto, con cargo al número de jornadas completas de profesorado sustituto puesto a disposición del centro para esta función, y cuándo se atenderán con los recursos propios del centro.

Sobre esta materia incide la Ley 48/2015, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, que además del mantenimiento de de la tasa de reposición del 100%, introduce una modificación en el artículo 4 del Real Decreto-ley 14/2012, de medidas urgentes de racionalización del gasto público en el ámbito educativo, que afecta a la sustitución del profesorado, derogando parcialmente la espera de 10 días lectivos para el nombramiento de la persona sustituta en determinados supuestos, posibilitando el nombramiento inmediato en los supuestos siguientes:

- Cuando el profesor/a sustituto/a preste servicios en centros docentes que tengan implantadas menos de dos líneas educativas.

- Cuando el profesor/a sustituido/a imparta docencia en segundo curso de Bachillerato.

- Cuando la causa de la sustitución sea la situación de maternidad, paternidad, adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con la normativa aplicable.

El modelo de gestión de sustituciones establecido en la citada orden de 2010 gira alrededor de los siguientes parámetros:

Con la finalidad de dar cobertura a las sustituciones, cada centro dispondrá de un presupuesto equivalente a un número de jornadas completas de profesorado sustituto que se fijará con criterios objetivos, en función de los datos del personal docente que constituya la plantilla de funcionamiento del centro. En este número no se incluirán las jornadas correspondientes a los períodos no lectivos de Navidad, Semana Santa y verano que pudieran corresponder al profesorado sustituto, que asumirá la Consejería competente en materia de educación. Desde nuestra perspectiva, los criterios de asignación debería ser objeto de publicidad a través de “instrucciones” del correspondiente centro directivo, en desarrollo de la Orden reguladora de 2010.

En el supuesto de que en un centro docente agotara el presupuesto disponible para atender las sustituciones del profesorado antes de la finalización del curso escolar, la dirección del centro solicitará a la Delegación Provincial correspondiente la ampliación del mismo, previa justificación de las causas por las que se ha producido esta circunstancia.

Conforme a la información publicitada por la Administración educativa, producida la vacante de la plaza, la dirección de los centros docentes públicos proceden a la cumplimentación telemática (soportada en el sistema Séneca) del correspondiente formulario, indicando los datos personales y profesionales de la persona a sustituir así como la fecha de inicio de la sustitución y, en su caso, la de fin de la misma, correspondiendo a las Delegaciones Provinciales comprobar la existencia de la causa y, procediendo, en su caso, a su cobertura dentro de los cinco días lectivos siguientes a la fecha de la solicitud.

La circunstancia de que en algunas Delegaciones Territoriales se haya constituido un “Comisión de sustituciones”, con competencias en la evaluación de las peticiones de sustituciones y propuesta de las mismas, que se reúne un día determinado de la semana a dicho fin, suele añadir retrasos al proceso de sustitución.

Desde nuestra perspectiva, los datos que arrojan las distintas denuncias sobre la operatoria de las sustituciones ponen énfasis no tanto en el modelo como en las disfunciones o “malas prácticas” que sobre el mismo se producen en los distintos niveles administrativos, que en última instancia acumula una serie de demoras en la gestión, la dirección del centro, renuente a la cobertura de vacantes de previsible corta duración, a la hora de proceder a la cobertura con cargo a su cupo o de solicitar la ampliación de este por

agotamiento, por la propia Delegación de Educación a la hora de proceder a los llamamientos, sin olvidar que tanto la baja del profesorado titular como la aceptación del profesorado interino consume un determinado número de días, que se suman a las demoras anteriores.

Por lo anteriormente expuesto, de conformidad con lo establecido en el artículo 29.1 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, reguladora de esta Institución, venimos a formular a la Dirección General del Profesorado y Gestión de Recursos Humanos de la Consejería de Educación, la siguiente

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO DE DEBERES LEGALES

Art. 27.4 de la Constitución: derecho a la educación

RECOMENDACIÓN

ÚNICA.- Que por la Consejería de Educación se lleve a cabo un exhaustivo análisis de los distintos tiempos medios intermedios y total intervinientes entre la fecha de la generación de la plaza vacante del profesorado y su efectiva cobertura provisional mediante sustituciones y, a la vista de la cual, adopte las medidas pertinentes en garantía de la calidad y mejora del sistema educativo andaluz.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Actuamos de oficio ante la falta de personal docente para la cobertura de las bajas en los centros andaluces

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/5409 dirigida a Consejería de Educación, Dirección General de Profesorado y Gestión de Recursos Humanos

- 24 Octubre 2017

A través de noticias publicadas en diferentes medios de comunicación, así como por distintas quejas que han tenido entrada en esta Institución, hemos tenido conocimiento de la falta de profesores para impartir varias asignaturas en centros de Educación Secundaria de varias provincias de Andalucía.

Por las informaciones de las que hemos tenido conocimiento no hay docentes para cubrir las bajas o las jubilaciones en, al menos, cuatro institutos de la provincia: Alcaria de la Puebla del Río, Severo Ochoa de San Juan de Aznalfarache, Hermanos Machado de Montequinto (Dos Hermanas) y Cavaleri de Mairena del Aljarafe.

Así mismo, la falta de docentes en las bolsas de interinos en la Consejería de Educación para cubrir las vacantes, por enfermedad y jubilación, han ocasionado problemas en los centros escolares de la provincia de Málaga en el presente curso. Así, entre los centros en los que, al parecer, esta situación excepcional está ocasionando graves perjuicios a los alumnos destaca el caso del IES María Zambrano de Torre del Mar, donde el retraso en cubrir las vacantes de dos docentes, en el ciclo formativo de grado medio de Comercio, según informaciones de medios de comunicación está provocando que los alumnos del mismo lleven desde el pasado día 9 recibiendo únicamente 9 de las 30 horas lectivas

El problema, al parecer, es que faltan profesores en las bolsas de trabajo, *"debido a que ha habido una mala planificación para este curso escolar"*.

Representantes de la FAMPA han mostrado su preocupación por la situación, y su inquietud ante la posibilidad de que se cubran las plazas de profesores que faltan por otros docentes que no estén debidamente cualificados para dar clase de la asignatura que se les asigne.

La situación descrita pudiera afectar al derecho a la educación reconocida en el art. 27 de la Constitución Española y en el art. 21 del Estatuto de Autonomía para Andalucía correspondiendo a esa Administración educativa lo relativo a la ordenación y provisión de profesorado docente, de conformidad con lo establecido en la Ley 17/2007, de 10 de diciembre.

Al objeto de conocer la medidas adoptadas por la Consejería de Educación, para atender con carácter urgente las necesidades de personal docente para la cobertura de las bajas (enfermedad, licencias, jubilaciones, etc.) en los Centros de Educación Secundaria, hemos iniciado actuación de oficio ante la

Dirección General de Profesorado y Gestión de Recursos Humanos.

defensor del pueblo Andaluz

¿Como funciona la "ventanilla electrónica de la persona candidata", puesta en marcha por el SAS? Lo averiguamos

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/3654 dirigida a Consejería de Salud, Servicio Andaluz de Salud, Dirección General de Profesionales

- 11 Agosto 2017

Hemos tenido conocimiento a través de los medios de comunicación -y algunas quejas que se están recibiendo en esta Institución que así lo manifiestan- de la denuncia realizada por la Central Sindical Independiente y de Funcionarios CSIF de Almería, sobre el mal funcionamiento de la llamada "Ventanilla Electrónica de la persona Candidata" (VEC), puesta en marcha por el Servicio Andaluz de Salud para que las personas que participan en las Ofertas de Empleo Público puedan validar sus méritos, de cara a la OEP 2013-2015.

Mediante Resoluciones de la Dirección General de Profesionales del SAS, de fecha 18 de marzo de 2015, se convoca concurso oposición, por el sistema de promoción interna, para cubrir vacantes de Enfermero/a, Fisioterapeuta y Matrón/a, dependientes de este organismo en cumplimiento de la referida OPE 2013-2015.

En dichas Resoluciones, en su base 8ª, se establece que: "*El autobaremo de méritos podrá ser presentado vía on line por el Registro Telemático de la Junta de Andalucía, al que se accederá desde la web del Servicio Andaluz de Salud (www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdesalud), o en soporte papel ante algunas de las Oficinas de Registros indicadas en la base 4.1.b)*".

Las personas que utilizaron esta vía electrónica para su autobaremación accedieron con su usuario y contraseña a la web de atencion profesional del SAS, acreditando la fecha y hora de registro dentro del plazo establecido, pero, al parecer, no se ha registrado este autobaremo de forma física, no pudiendo justificar lo contrario, debido a lo cual se les ha inhabilitado dicho autobaremo, dado que el SAS no cuenta con sede electrónica como es preceptivo.

Como consecuencia de ello, cuando se publica la Resolución de dicha Dirección General por la que se hace pública la lista de personas opositoras a las que se les requiere la documentación acreditativa de requisitos y méritos alegados y autobaremados, muchas de las que utilizaron la vía electrónica para la autobaremación no figuraban con puntuación en este apartado.

Al no estar habilitada la sede electrónica del SAS se permitió el acceso a su página web con el usuario y contraseña del sistema, para rellenar ofimáticamente la solicitud que, luego, hay que presentar en papel físicamente. Al parecer, dado que el sistema informático del SAS no diferencia claramente entre la forma de acceso a la presentación telemática y ofimática, se ha generado una confusión por la inadecuación del

soporte informático, y la falta de instrucciones claras y precisas para la presentación de esta documentación.

Este proceso, tanto en la crónica periodística que se hace eco de la noticia, como por el referido Sindicado que se menciona en ella, así como por las personas que han presentado queja al respecto, coinciden en calificar la experiencia como de "fiasco absoluto", afirmando que es tal la situación que, solo en la provincia de Almería, se han recibido decenas de quejas de los trabajadores por las largas esperas on-line y el mal funcionamiento en general del Portal, con el perjuicio que ello está ocasionando a los usuarios a la hora de realizar la baremación de los méritos a alegar, para participar en las Ofertas de Empleo Público que se convocan.

Por cuanto antecede, se propone iniciar Actuación de Oficio, en aplicación de lo establecido en el artículo 1.1, en relación con el 10.1 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, para que por parte de la Administración sanitaria se nos proporcione una mayor información sobre dicha cuestión, que permita contar con los datos necesarios para poder emitir una Resolución.

Interinos nos piden el reconocimiento de su experiencia en el acceso al empleo público

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/0366 dirigida a Consejería de Hacienda y Administración Pública, Secretaría General para la Administración Pública

- 06 Junio 2017

RESUMEN DEL RESULTADO (CIERRE DE QUEJA DE OFICIO)

En esta Institución se están recibiendo numerosos escritos de queja en relación con la regulación actual de la Bolsa de Interinos del personal al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía.

Solicitado informe a la Secretaría General para la Administración Pública, hemos recibido contestación.

Tras un detenido estudio de dicha información, no existen motivos que fundamenten continuar nuestra actuación al amparo de nuestra Ley reguladora, por lo que procedemos al archivo del expediente, no observando irregularidad alguna en la actuación administrativa del citado Organismo.

02-03-2017 APERTURA DE LA QUEJA DE OFICIO

En esta Institución se están recibiendo numerosos escritos de queja en relación con la regulación actual de la Bolsa de Interino del personal al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía.

El artículo 23.2 de la Constitución Española señala el derecho a acceder, donde prima como mérito la antigüedad, en condiciones de igualdad a las funciones cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes. El Tribunal Constitucional ha señalado que este apartado es una concreción del principio de igualdad y que no se refiere únicamente a los cargos públicos representativos. En este sentido, el precepto ha de vincularse también al art. 103.3 CE: acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad.

Como ya conocemos, las Bolsas de Interinos en la Administración de la Junta de Andalucia se regulan por el Decreto-Ley 5/2013, de 2 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas sobre el empleo del personal funcionario interino en la Administración General de la Junta de Andalucía, para el mantenimiento de la calidad y eficiencia de los servicios públicos a la ciudadanía, por el Decreto 2/2002, de 9 de enero, en lo que no se oponga al precitado Decreto Ley y por la Resolución de 18 de julio de 2014, de la Dirección General de Recursos Humanos y Función Pública, que fija los criterios que han de servir de base para el procedimiento de selección y nombramiento del personal funcionario interino, así como para la constitución, gestión y funcionamiento de las correspondientes Bolsas de Trabajo, en el ámbito de la Administración General de la Junta de Andalucía.

En este sentido, la selección de personal funcionario interino se efectuará con respeto a los principios de

publicidad, igualdad, mérito y capacidad, de acuerdo con lo dispuesto en el Articulo Único del citado Decreto-Ley 5/2013, que señala:

"Artículo Único. Atención a colectivos prioritarios en los procedimientos de selección de personal funcionario interino.

1. Los procedimientos de selección de personal interino se efectuarán con respeto a los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad, y atendiendo, en su caso, a los colectivos prioritarios que se determinen.

2. Hasta que se produzca la culminación de los procedimientos de consolidación de empleo previstos en la Disposición transitoria cuarta del Estatuto Básico del Empleado Público, la selección de este personal se realizará en primer lugar entre el personal funcionario interino que, a partir de la entrada en vigor del presente Decreto-Ley, cese en el desempeño de su puesto por resultar adjudicado a un funcionario de carrera en cualquiera de los procesos reglamentarios de selección o provisión, siempre que estuviere prestando servicios con anterioridad a 1 de enero de 2005; y que, a 31 de diciembre de 2013, cuente con cuarenta y cinco o más años de edad.

3. A continuación, la selección se realizará entre los aspirantes que, habiendo concurrido a las pruebas selectivas de la última Oferta de Empleo Público y no habiendo obtenido plaza, hubieran superado el mayor número de ejercicios conforme a las actas de los correspondientes órganos de selección."

Por otro lado, y como prevé la Resolución de 18 de julio de 2014 ya citada (apartado 3.3.a.), en el supuesto de falta de efectivos disponibles entre los colectivos a los que se refieren los apartados 3.1. y 3.2 de la misma (que reproducen los apartados 2 y 3 del Artículo Único del Decreto-Ley), se constituirá una bolsa de trabajo por cada Cuerpo, Especialidad u Opción, consistiendo básicamente en la ordenación en función del tiempo trabajo desarrollado en el Cuerpo, Especialidad u Opción, al que tenga asimilado su último nombramiento, en los 5 años inmediatamente anteriores al de su fecha de cese.

Tal y como está configurado el actual procedimiento de acceso a las Bolsas de Interinos de la Administración de la Junta de Andalucía, la persona que aprueba ejercicios de la última convocatoria se pone por delante de aquellas otras que tienen acreditada experiencia (antigüedad) y ejercicios aprobados de otras convocatorias; sistema de selección éste que no tiene justificación en comparación con otros colectivos de funcionarios interinos del sector publico andaluz como los de Justicia , Educación o Sanidad, más acorde con méritos y capacidad.

Sin perjuicio de que el opositor no supere el proceso selectivo, este sistema obliga al aspirante a Bolsa a aprobar necesariamente los ejercicios en cada convocatoria para poder integrarse en la misma, al no tenerse en cuenta otros requisitos como la experiencia por el trabajo desarrollado en la propia Administración, en el mismo Cuerpo, Escala u Opción a la que optaría, y/o la formación adquirida y financiada por la misma Administración.

Como se recogía en el propio preámbulo del Decreto-Ley 5/2013, de 2 de abril, para el mantenimiento de la calidad y eficiencia de los servicios públicos a la ciudadanía, el Gobierno andaluz hace del empleo una apuesta decidida, como objetivo básico y prioritario de su política.

Y, en ese sentido, desde distintas instancias, y especialmente por parte de aquellos integrantes de las Bolsas que han prestado servicios en interinidad a la par que presentarse reiteradamente a cada una de las convocatorias, se insta a la Junta de Andalucía a reconocer la experiencia profesional de su personal funcionario interino de la Administración (como ya contempla en los sectores docentes, de Justicia y Sanidad) dado que este colectivo ha adquirido en muchas ocasiones importantes conocimientos, formación y habilidades en la gestión de las materias que se consideran prioritarias para la Administración andaluza.

06-06-2017 CIERRE DE LA QUEJA DE OFICIO

Solicitado informe a la Secretaría General para la Administración Pública, hemos recibido contestación en los siguientes términos:

> *"Traslado la siguiente información facilitada por la Dirección General de Recursos Humanos y Función Pública:*
>
> *La Directiva 2000/78/CE del Consejo Europeo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, cuya referencia se contiene en la exposición de motivos del Decreto Ley 5/2013, de 2 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas sobre el empleo del personal funcionario interlno en la Administración General de la Junta de Andalucía, para el mantenimiento de la calidad y eficiencia de los servicios públicos a la ciudadanía, ha venido a permitir que en determinadas circunstancias, los Estados miembros, puedan disponer diferencias de trato por motivos de edad, siempre que estén justificadas objetiva y razonablemente por una finalidad legitima.*
>
> *Por ello, en el ámbito del personal funcionario interino de la Administración General de la Junta de Andalucía, y como medida activa para el mantenimiento del empleo en el sector público, en el Decreto Ley, se apuesta por establecer criterios preferentes en el marco del procedimiento establecido en el Decreto 2/2002, atendiendo a medidas de discriminación positiva, esencialmente la edad y el valor añadido de su experiencia profesional. Y es por ello que en su artículo único, tras invocar los principios que han de regir los procedimientos de selección: publicidad, igualdad, mérito y capacidad, y atendiendo, en su caso, a los colectivos prioritarios que se determinen, queda materializada esta medida en el punto 2, recogiéndose como prioritario para la cobertura en interlnidad, el personal funcionario interino que hubiera cesado en un puesto por resultar adjudicado a un funcionario de carrera en cualquiera de los procesos reglamentarlos de selección o provisión, siempre que estuviere prestando servicios con anterioridad a 1 de enero de 2005 y que, a 31 de diciembre de 2013, cuente con cuarenta y cinco o más años de edad.*
>
> *A continuación, indica en el apartado 3 de dicho artículo único, que la selección se realizará entre los aspirantes que, habiendo concurrido a las pruebas selectivas de la última OEP y no habiendo obtenido plaza, hubieran superado el mayor número de ejercicios.*
>
> *En el mismo sentido se expresa la Resolución de 18 de julio de 2014, de la Dirección General de Recursos Humanos y Función Pública, por la que se regulan los procedimientos de selección y las bolsas de trabajo del personal funcionario interino de la Administración General de la Junta de Andalucia, conforme dispone el Resuelve 3.1 de la misma (accesible a través de la web del empleado público, en el apartado de procesos Selectlvos/ Bolsa de Trabajo/ lnterinos).*
>
> *Por otra parte, la Adminlstración ha de seleccionar al personal de nuevo ingreso principalmente a través de los procedimientos de acceso, siendo sólo por cuestiones de urgente necesidad que se cubran temporalmente determinados puestos, con personal interino, conforme a las previsiones contenidas tanto en el articulo 29 de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía y en el Capitulo lIl del Titulo del Decreto 2/2002, de 9 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General de ingreso, Promoción Interna, provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios de la Administración General de la Junta de Andalucía, como en el articulo 10 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, dispone que el acceso al empleo público (TREBEP).*
>
> *El citado Real Decreto Legislativo 5/2015, TREBER requiere la superación del correspondiente proceso selectivo, en el que se garantizará la libre concurrencia (articulo 51.1); y los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como los de publicidad, transparencia, imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección e independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección. (articulo 55 TREBEP).*

Conforme a lo expuesto, formar Bolsas de trabajo con las personas que han participado en los distintos procesos selectivos, garantiza el cumplimlento de los citados principios, a la vez que si bien no han superado la totalidad de las pruebas para poder acceder a la condición de personal funcionario, si han demostrado conocimientos adecuados para el desempeño de los puestos asignados en la relación de puestos de trabajo a los distintos Cuerpos de la Junta de Andalucia.

Se concluye en consecuencia, que la Bolsa de trabajo del personal funcionario interino de la Administración General de la Junta de Andalucia, no sólo la conforman personas procedentes de ejercicios aprobados en las convocatorias de la última Oferta de Empleo Público, sino también, como ya se ha expuesto, conforme dispone el citado Decreto Ley 5/2013, un colectivo atendiendo a su edad y antigüedad (experiencia profeslonal), por lo que no parece oportuno abordar en la actualidad ningún cambio al respecto."

Tras un detenido estudio de dicha información, no existen motivos que fundamenten continuar nuestra actuación al amparo de nuestra Ley reguladora, por lo que procedemos al archivo del expediente, no observando irregularidad alguna en la actuación administrativa del citado Organismo.

Actuamos de oficio ante las quejas que nos trasladan por el acuerdo para iniciar el proceso de estabilización de eventuales del SAS

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/0372 dirigida a Consejería de Salud, Servicio Andaluz de Salud, Dirección General de Profesionales,

Hemos tenido conocimiento a través de los medios de comunicación y sobre todo de un número destacado de quejas que se están recibiendo en esta Institución de la discrepancia que vienen manifestando determinados colectivos de profesionales eventuales del SAS, tras el Acuerdo alcanzado el pasado 16 de diciembre de 2016 entre la Administración sanitaria andaluza (SAS) y las Organizaciones Sindicales con representatividad en el sector componentes de la Mesa Sectorial de la Sanidad, para iniciar un proceso de negociación que suponga la estabilización de aquellos eventuales del Servicio Andaluz de Salud que vengan desempeñando plazas básicas estructurales. Dicha negociación se ha llevado acabo en sendas mesas técnicas, celebradas los días 22 y 28 de diciembre de 2016.

La problemática se incardina en la consideración de los afectados sobre la forma en que se va a llevar a cabo esa Propuesta de Consolidación del empleo para eventuales del SAS, al considerar que vulnera el derecho a optar (por la puntuación que les corresponde y gestión de disponibilidad en la Bolsa de Empleo Temporal SAS) el lugar dónde quieren desarrollar su trabajo, impidiéndoles la Conciliación Familiar. En este sentido señalan su discrepancia dado que personas que estén actualmente trabajando como eventuales del SAS, y tengan menos puntos, opten a una interinidad sin pasar por los criterios de ordenación de la Bolsa Única.

En este sentido enfatizan que el Acuerdo en cuestión lesiona los derechos de los profesionales que cuentan en su haber con más puntos y en este momento temporal quieren volver a su lugar de residencia con sus familias, pues tienen un riesgo muy alto de no poder acceder a un contrato temporal al solicitar la disponibilidad en su lugar de residencia, cuando entienden les corresponde por puntos en la Bolsa Única del SAS.

En definitiva, los afectados solicitan:

- Que el proceso de consolidación de empleo se realice según la normativa por la que se regula el sistema de selección de Bolsa Única SAS.
- Que se articule un procedimiento previo por el que los actuales interinos no afectados por el proceso de consolidación puedan optar a una interinidad en sus lugares de residencia u otros que prioricen con los criterios y orden de prelación establecidos en la Bolsa Única del SAS.

Investigamos el pase a segunda actividad de un policía local tras ser declarado discapacitado para su trabajo habitual

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/0675 dirigida a Ayuntamiento de Puerto Serrano (Cádiz), Consejería de Justicia e Interior, Federación Andaluza de Municipios y Provincias

- 02 Marzo 2017

Por la información publicada en la prensa andaluza hemos tenido conocimiento de la situación profesional devenida a un funcionario del Cuerpo de la Policía Local de Puerto Serrano (Cádiz) que, a consecuencia de una agresión que le causó la pérdida de un ojo y secuelas post-traumáticas, fue excluido del Cuerpo, por la discapacidad sobrevenida.

Desde distintos sectores profesionales de la sociedad, y entre otras, la Asociación para la integración laboral de los policías locales con discapacidades, se exige el cumplimiento al mandato de la Convención de la ONU de los Derechos de las Personas con Discapacidades (ampliación de la Convención de los Derechos Humanos), y que por las entidades locales se posibilite que los Policías locales que por accidente (laboral o fuera del trabajo) o enfermedad, comporten su discapacidad para el servicio activo, puedan continuar en servicio activo en otras funciones adaptadas y compatibles con la discapacidad sobrevenida.

Las reclamaciones van orientadas a que se aplique, en estos casos, la denominada segunda actividad y que se pueda seguir en servicio activo.

Aplicando la Convención de los Derechos de las personas con Discapacidad, ratificada por el Gobierno de España en el año 2008, cualquier acto de servicio que desembocase finalmente en el reconocimiento de una discapacidad quedaría cubierto y no tendría como reconocimiento una expulsión.

La Ley 13/2001, de 11 de diciembre, de Coordinación de las Policías Locales regula en su Título IV, Capítulo II, Sección 2ª, la situación administrativa de segunda actividad, según la cual ésta se desarrollará en otro puesto de trabajo adecuado a la categoría que se ostente y determinado por el Municipio, preferentemente en el área de seguridad, y si ello no fuese posible, en otros servicios municipales.

De conformidad con el art. 29 de la citada Ley 13/2001, las causas determinantes para el pase a la segunda actividad son, entre otras, la disminución de las aptitudes psicofísicas para el desempeño de la función policial.

En este sentido, el Decreto 201/2003, de 8 de julio, de ingreso, promoción interna, movilidad y formación de los funcionarios de los Cuerpos de la Policía Local de Andalucía, establece los procedimientos de iniciación, valoración, dictamen y resolución por el órgano municipal competente.

Por cuanto antecede, este Comisionado ha decidido iniciar actuación de oficio, en aplicación de nuestra Ley reguladora ante la Alcaldía- Presidencia del Ayuntamiento de Puerto Serrano (Cádiz).

El motivo de nuestra actuación es conocer las medidas adoptadas por la entidad local en orden a declarar el pase a la segunda actividad del funcionario afectado, en otro puesto de trabajo adecuado a su categoría, preferentemente en el área de seguridad, y si ello no fuese posible, en otros servicios municipales y con las retribuciones legalmente establecidas.

Tras recibir el informe de la Administración municipal de 20 de abril último, que agradecemos a la Alcaldía, al objeto de poder continuar con nuestra investigación y esclarecer así las circunstancias que parecen concurrir en el presente caso, en relación con el asunto que motivó inicialmente la apertura de esta queja de oficio, el pasado 27 de julio solicitamos nuevamente colaboración del Ayuntamiento de Puerto Serrano con la remisión de la siguiente información:

- Si el municipio ha adoptado alguna iniciativa para el cumplimiento de lo establecido en el art. 28.1 de la Ley 13/2001, de 11 de diciembre, de Coordinación de las Policías Locales.

- Si ha comunicado al interesado la resolución oportuna en relación con su solicitud de pase a segunda actividad que presentó en el Registro general de ese Ayuntamiento con fecha 27 de febrero de 2017.

- Si le consta que el interesado haya recurrido la resolución del Ayuntamiento sobre el cese en el servicio activo a partir de la comunicación de la Resolución de la Dirección Provincial del INSS, de Cádiz o la de reconocimiento de la situación de incapacidad permanente total adoptada por esa entidad gestora.

Asimismo, dado que en contestación comunicaba que había solicitado informe a la Diputación Provincial de Cádiz sobre el asunto en cuestión, siendo de interés su conocimiento, en caso de que le hubiera sido remitido, a efectos de la tramitación de la presente queja.

Por otro lado, en la tramitación de la queja se han puesto de manifiesto determinadas disfunciones y otros cuestiones de carácter general que derivan de la vigente regulación de la segunda actividad de los funcionarios de la Policía Local en Andalucía y su aplicación práctica en los municipios andaluces. Como consecuencia de ello, con fecha 14 de agosto actual, se ha ampliado la investigación iniciada a la indagación de estos aspectos más generales ante la Administración de la Junta de Andalucía y la Federación Andaluza de Municipios y Provincias (FAMP)

Al motivar la apertura de dicha actuación de oficio se hacía referencia a la necesidad de observar los principios constitucionales y estatutarios en esta materia (art. 49 CE en concordancia con los artículos 9 y 14 de la misma y art. 10.3.15º y 16º del EAA en concordancia con los artículos 14, 37.1 5º y 6º, y 26.1. b de dicho texto) y dar cumplimiento los mandatos establecidos en las normas internacionales garantizadoras de los derechos de las personas con discapacidad (Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, Convenio 159 de la OIT, Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000) que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, así como en Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad, y las normas autonómicas y de régimen local, que garantizan el derecho a la igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad.

En cumplimiento de dichas normas, las entidades locales han de posibilitar que los Policías Locales que por accidente (laboral o fuera del trabajo) o enfermedad, disminuyan sus aptitudes psicofísicas para ejercer la función policial puedan continuar en servicio activo en otras funciones adaptadas y compatibles con la discapacidad sobrevenida, no teniendo que cesar necesariamente en dicha situación, siempre que sus condiciones físicas o psicológicas le permitan el desarrollo de otras actividades no fundamentales de dicha función. En este sentido, los Ayuntamientos han de procurar que se aplique la denominada segunda actividad, en estos casos y en aquellos similares que afecten a otros cuerpos de empleados públicos que tienen reconocido este derecho, y que estos funcionarios puedan seguir en servicio activo, ya que de lo contrario se podría estar discriminando a los mismos, en su condición de personas con discapacidad, en su

derecho al mantenimiento del empleo.

Así, la propia regulación que se contiene en el art. 16.2 del Decreto 135/2003, al delimitar las causas de disminución de las aptitudes psicofísicas para acceder a la segunda actividad, la condiciona a que “la intensidad de la referida disminución no sea causa de jubilación por incapacidad permanente para el ejercicio de sus funciones”.

Dicha regulación, además de poder suponer una extralimitación del mandato legal contenido en los artículos 28 y 32 de la Ley 13/2001, al ponerse en relación con las normas reguladoras de las prestaciones económicas por incapacidad permanente del Sistema de Seguridad Social está generando una situación confusa y perjudicial para los funcionarios afectados en los casos en que se le haya podido reconocer una pensión por incapacidad permanente total -cuya percepción puede compatibilizarse con la realización de una actividad profesional distinta a la que dio lugar al reconocimiento de dicha situación- como consecuencia de la interpretación literal del inciso reglamentario transcrito.

Estas circunstancias han dado lugar a que se regule de forma dispar esta cuestión en los reglamentos municipales, así como a que se mantengan criterios contrapuestos a la hora de aplicar las disposiciones de ámbito autonómico a supuestos de hecho similares. Situación que también se produce en el ámbito jurisprudencial en el que no existe una doctrina pacífica al respecto.

Por otra parte, en el texto del Anteproyecto de Ley de Coordinación de las Policías Locales en Andalucía se observa que el art. 40.1, al regular el acceso a la segunda actividad por disminución de aptitudes psicofísicas, introduce una nueva redacción en relación con la vigente del art. 32 .1 de la Ley 13/2001, omitiendo la referencia a cualquier tipo de incapacidad. Lo que cabe interpretar como un posible cambio de criterio en la regulación de esta cuestión en consonancia con los principios y normas citadas como motivadoras de esta actuación.

Otro aspecto significativo que se ha detectado con ocasión de nuestras intervenciones relacionadas con la segunda actividad, es la falta de previsión en algunos Ayuntamientos de criterios y puestos concretos de estas características que, en la práctica, imposibilitan el ejercicio efectivo del derecho que tienen reconocido estos empleados públicos.

Por ello, esta Institución ha decidido extender la actuación de oficio ante la Consejería de Justicia e Interior y Federación Andaluza de Municipios y Provincias.

Respecto a la Viceconsejería, a fin de conocer su posicionamiento respecto a las cuestiones a que hacemos referencia en el presente escrito en relación con el pase a la segunda actividad de los funcionarios de los Cuerpos de Policía Local en Andalucía, sin perjuicio de otras consideraciones que estimen oportunas remitirnos. Asimismo, solicitamos se nos informe del estado de tramitación del Anteproyecto de Ley de Coordinación de las Policías Locales en Andalucía y de las posibles previsiones de desarrollo, en su caso, en relación con la regulación de la segunda actividad de estos funcionarios, así como si en está prevista alguna modificación al respecto en la regulación de esta situación en la Ley 2/2002, de 11 de noviembre, de Gestión de Emergencias de Andalucía.

Y, ante la FAMP, para conocer su posicionamiento respecto a las cuestiones a que hacemos referencia en relación con el pase a la segunda actividad de los funcionarios de los Cuerpos de Policía Local en Andalucía, sin perjuicio de otras consideraciones que estimen oportunas remitirnos. Asimismo, solicitamos que, en su caso, se nos pueda dar traslado del informe que hubiera elaborado la FAMP respecto al Anteproyecto de Ley de Coordinación de las Policías Locales en Andalucía, y de posibles propuestas de regulación de la segunda actividad de estos funcionarios, así como si tienen previsto plantear alguna propuesta en relación con la regulación de esta situación en la Ley 2/2002, de 11 de noviembre, de Gestión de Emergencias de Andalucía.

Investigamos la situación del personal funcionario interino de la Junta de Andalucía, afectado por el Decreto Ley 5/2013

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/2618 dirigida a Consejería de Hacienda y Administración Pública, Secretaria General para la Administración Pública

- 19 Junio 2017

A finales del mes de abril, mantenemos reunión en esta sede institucional con varias personas incluidas en el ámbito de aplicación del art. único apartado 2, del Decreto Ley 5/2013, de 2 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas sobre el empleo del personal funcionario interino en la Administración General de la Junta de Andalucía, para el mantenimiento de la calidad y eficiencia de los servicios públicos a la ciudadanía.

En su exposición nos trasladan la situación socio-laboral en la que se encuentran (en desempleo, desde hace más de nueve meses), y manifiestan que no se estarían cumpliendo los objetivos que motivaron la aprobación de dicho Decreto- Ley, por cuanto no han sido aún convocados para la cobertura de puestos de trabajo en la Administración General de la Junta de Andalucía y más cuando la justificación de las medidas adoptadas han sido marcadas por la Consejería de Hacienda y Administración Pública.

En ese sentido, nos remitimos al contenido del preámbulo del Decreto Ley 5/2013, que nos dice, entre otros, lo siguiente:

> *"Las medidas de racionalización del gasto y reducción del déficit público adoptadas con carácter general por las Administraciones Públicas están sometiendo a éstas a un proceso de redimensionamiento de sus recursos humanos que afecta, en ocasiones, a personal que por su edad plantea especiales problemas de reinserción en el mundo laboral…"*
>
> *……*
>
> *La Junta de Andalucía no puede ser ajena, en su política de personal, a la actual coyuntura de crisis que afecta al mercado de trabajo en general y que contribuye a que la edad sea un obstáculo para el acceso al empleo y la ocupación…."*

Por los antecedentes que deben constar en esa Secretaria General, con motivo de las actuaciones llevadas a cabo con ocasión del expediente de queja Q13/4535, trasladamos por primera vez nuestra preocupación por el personal afectado por el Decreto-Ley 5/2013, de 2 de abril, y la necesidad de su reincorporación al servicio activo, instándole a la adopción de las medidas oportunas para facilitar su nombramiento como funcionario interino.

Por otra parte, este Comisionado ha tenido conocimiento de la iniciativa adoptada por las organizaciones sindicales (Csif-Andalucía, Iniciativa Sindical Andaluza y UGT- Andalucía), y que comparte plenamente, contenidas en la petición dirigida a la Dirección General de Recursos Humanos y Función Pública, con fecha 30 de enero pasado, sobre la cobertura de puestos de nivel básico de los diferentes cuerpos y escalas de funcionarios que resultan desiertos tras su ofrecimiento para provisión al amparo del artículo 30 de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía y una vez entrado en vigor la aplicación de la jornada laboral ordinaria de 35 horas semanales, la puesta en marcha de lo previsto en el art. 13 de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía para 2017, sobre autorización de contratación de personal funcionario interino.

Por ello, hemos procedido abrir queja de Oficio, en aplicación de lo establecido en el art. 1.1, en relación con el art. 10.1 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre del Defensor del Pueblo Andaluz, ante la Secretaria General para la Administración Pública, con objeto de conocer la situación en la que se encuentra la iniciativa presentada por las organizaciones sindicales antes reseñada.

Lo anterior por cuanto posibilitaría incrementar el número de puestos de trabajo al personal afectado y con ello dar solución de continuidad, evitando interrupciones prolongadas por cese entre los sucesivos nombramientos como personal funcionario interino más vunerable acogidos al Decreto Ley 5/2013.

Ver Resolución

Investigamos sobre la recuperación del Premio de Jubilación para el Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/3499 dirigida a Consejería de Hacienda y Administración Pública, Secretaría General para la Administración Pública

- 11 Agosto 2017

En los últimos meses se vienen recibiendo en esta Institución numerosas quejas y consultas sobre la recuperación del Premio de Jubilación para el Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, dada la negativa a su reconocimiento al considerar que persiste la derogación establecida en el Decreto-Ley 1/2012 de 19 de Julio, de medidas fiscales, administrativas, laborales y en materia de Hacienda Publica (BOJA núm. 122, de 22 de junio de 2016).

Efectivamente, el art. 31 del referido Decreto-Ley suspende la convocatoria y concesión de cualquier ayuda que se derive del concepto de acción social, entre las que se incluyen los denominados premios de permanencia, fidelidad, jubilación voluntaria o cumplimiento de la edad reglamentaria para todo el personal de la Administración de la Junta de Andalucía, sus instituciones y entidades instrumentales.

Con posterioridad, la Ley 3/2012, de 21 de septiembre, de medidas fiscales, administrativas, laborales y en materia de Hacienda Pública para el reequilibrio económico-financiero de la Junta de Andalucía. (BOJA núm. 192, de 1 de octubre de 2012), da una nueva redacción al contenido del referido artículo, disponiéndose en el art. 28 de dicha Ley que la suspensión afectaría solo a las ayudas que se deriven del concepto de acción social, exceptuadas las relativas a la atención a personas con discapacidad.

No afecta la nueva regulación legal a la suspensión de la aplicación de los artículos 36.4 y 62 del VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, relativos a la jubilación anticipada, manteniéndose en el art. 27 de la Ley 3/2012 la redacción primigenia del art. 30 del Decreto-Ley 1/2012.

Tras la regulación definitiva que se da a estas medidas en los términos que se recogen en el texto de la Ley 3/2012, es pacífica la interpretación de que a partir de la entrada en vigor de la misma ha sido levantada la suspensión de la concesión del premio de jubilación, permitiéndose el abono de dicho premio a las personas que pasen a situación de jubilación a partir de esa fecha y cumplieran las condiciones exigidas para ello, reconociéndose así en el Informe del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía HPPI00530/12, de 20 de diciembre de 2012, emitido sobre esta cuestión a petición de la Intervención General.

A pesar de ello, y aún cuando la suspensión de la percepción de este premio se aplicó en un principio tanto al personal funcionario como laboral, a partir de la aprobación de la Ley 3/2012 y tras la emisión de

informe del Gabinete Jurídico, al personal funcionario se les repone de nuevo el premio de jubilación sin que se adoptara una medida similar para el personal laboral.

Ante la situación de desigualdad generada, causa extrañeza que en el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, de 21 de junio de 2016, por el que se aprueba el Acuerdo de la Mesa General de Negociación Común del Personal Funcionario, Estatutario y Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, de 2 de junio de 2016 (BOJA núm. 120, de 24 de junio de 2016), sobre calendario para la recuperación progresiva de los derechos suspendidos por la Ley, no consta ninguna medida para la restitución de dicho premio al personal laboral de la Junta de Andalucía.

Esta recuperación de derechos beneficiaría a unos 270.000 empleados públicos, que en lo que respecta al derecho que tenían reconocido a la percepción de esta prestación, en su condición de personal laboral de la Junta de Andalucía, sigue estando suspendido, a pesar de que para el personal funcionario fue restituido. Es por ello que nos sorprende que en estos años no se haya repuesto dicho premio de jubilación para el personal laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, a pesar de que se han llevado a cabo modificaciones recientes en el aún vigente VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de esta Administración, como las realizadas para la reubicación del personal laboral indefinido no fijo por resolución judicial , el Sistema de Clasificación Profesional, la recuperación de la jornada de 35 horas, jornadas especiales, recuperación de ayudas de acción social. (BOJA núm. 232, de 2 de diciembre de 2016).

Esta diferencia de trato para con el personal laboral respecto al personal funcionarios, viene siendo lo habitual -como denuncian las personas afectadas ante este Comisionado- y sin que vean actuaciones tendentes a eliminar las diferencias retributivas existentes entre estas categorías de personal, y no sólo ya respecto al premio de jubilación, sino también a retribuciones complementarias como los complementos específicos y de productividad, por ejemplo.

Por otra parte, recientemente se ha publicado la Orden de la Consejería de Hacienda y Administración pública 26 de mayo de 2017 (BOJA núm. 104, de de 2 de junio) por la que se aprueban las normas para la elaboración del Presupuesto de la Junta de Andalucía para el año 2018, y en cuyo marco deben articularse las medidas de índole presupuestaria que posibiliten el reconocimiento efectivo de este derecho al personal laboral de la Junta de Andalucía.

En consecuencia con lo anterior y , en aplicación de lo establecido en el art. 1.1, en relación con el art. 10.1 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre del Defensor del Pueblo Andaluz, he decidido iniciar actuación de Oficio ante la Secretaría General para la Administración Pública de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, con objeto de conocer la situación existente en relación con la cuestión planteada y la posibilidad de adoptar cuantas medidas sean necesarias, previo acuerdo en la Mesa General de Negociación Común del Personal Funcionario, Estatutario y Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, para la recuperación del premio de jubilación para el personal laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, para el próximo ejercicio de 2018.

Queremos saber si las universidades están tomando medidas para incorporar a docentes e investigadores con alguna discapacidad

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/3685 dirigida a Universidades públicas de Andalucía

- 31 Julio 2017

La Institución del Defensor del Pueblo Andaluz, desde su puesta en funcionamiento, ha sido especialmente sensible con las cuestiones que afectan al empleo público de las personas con discapacidad, lo que ha dado lugar a múltiples intervenciones durante estos años para promover la defensa y protección de los derechos de este sector de población especialmente vulnerable que se encuentra con serias dificultades para hacer efectivo los principios constitucionales de igualdad de oportunidades e integración social, en dicho ámbito.

En cumplimiento de estos mandatos constitucionales y legales, el artículo 59 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) establece la obligatoriedad de que en las ofertas de empleo público se reserve un cupo no inferior al siete por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad, de modo que progresivamente se alcance el dos por ciento de los efectivos totales que se requiere en cada Administración Pública.

Estas previsiones normativas han supuesto un considerable avance para garantizar la igualdad de oportunidades y no discriminación del personal docente e investigador con discapacidad de las universidades españolas con relación a su acceso al empleo público, aunque precisan de medidas de acción positiva adicionales para su efectividad.

En este sentido, el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) ha instado a las universidades públicas españolas a hacer efectivos los mandatos legales de inclusión laboral de personas con discapacidad en sus plantillas de personal docente e investigador, dada la obligación que tienen de que el dos por ciento de sus efectivos totales sean personas con discapacidad, para lo cual señalan que deberán reservar un siete por ciento de plazas en las convocatorias de acceso al empleo público que realicen.

Asimismo, en el encuentro anual de coordinación que celebró el Defensor del Pueblo Andaluz con los los Defensores Universitarios andaluces, el pasado 23 de marzo, se acordó que por parte de las Defensorías se promovieran medidas para acabar con el incumplimiento por parte de las Universidades andaluzas de la obligación de reserva de plazas para personas con discapacidad en las convocatorias de puestos de trabajo para personal docente e investigador.

Dadas las particularidades de los procesos selectivos en las universidades,estas previsiones de reserva

encuentran dificultades adicionales para su cumplimiento, sobre todo en esta modalidad de personal docente e investigador, resultando oportuno constatar la realidad de las medidas que a este respecto se vienen adoptando por las universidades andaluzas a fin de que se hagan realidad estos mandatos de inclusión laboral.

En este contexto, el Real Decreto-Ley 6/2017, de 31 de marzo, por el que se aprueba la oferta de empleo público en los ámbitos de personal docente no universitario y universitario, Fuerzas Armadas, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y Cuerpos de Policía dependientes de las Comunidades Autónomas para 2017 (BOE núm. 78, de 1/4/2017), en su artículo 1.1. fija una tasa de reposición de efectivos de hasta un máximo del cien por ciento para «los Cuerpos de Catedráticos de Universidad, de Profesores Titulares de Universidad y profesores contratados doctores de Universidad regulados en el artículo 52 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, siempre que por parte de las Administraciones Públicas de las que dependan se autoricen las correspondientes convocatorias, previa acreditación de que la oferta de empleo público de las citadas plazas no afecta al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria establecidos para la correspondiente Universidad, ni de los demás límites fijados en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera».

Tras la publicación del citado Decreto-Ley, las Universidades Públicas Andaluzas, han procedido (en su mayoría) a la modificación de la Oferta de Empleo Público del personal docente e investigador para el año 2017, y, en otros casos, a la aprobación de su correspondiente oferta pública de empleo para 2017, en la que deben de observar el cupo de reserva en favor de personas con discapacidad que establece el art. 59. del Estatuto Básico del Empleado Público.

Para poner en práctica la efectiva reserva de plazas de su personal docente e investigador a favor de las personas con discapacidad, precisamos conocer los criterios y procedimientos que se han articulado para hacer efectiva estas medidas en las correspondientes ofertas públicas de empleo, así como las medidas que permitan su materialización poniendo a disposición del personal docente e investigador con discapacidad de la Universidad, o que aspira a serlo, los "*medios, apoyos y recursos que aseguren la igualdad real y efectiva de oportunidades*", a que hace referencia el apartado 3 de la disposición adicional vigésima cuarta Ley Orgánica 6/2001, y que hagan más eficaz la reserva de empleo de estas personas.

Por cuanto antecede, he decidido iniciar actuación de oficio, en aplicación de lo establecido en el art. 1.1, en relación con el art. 10.1 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre del Defensor del Pueblo Andaluz, ante las Universidades Públicas de Andalucía, con objeto de conocer las medidas de acción positiva antes referidas encaminadas a facilitar el acceso de las personas con discapacidad al ámbito profesional del personal docente e investigador y, en todo caso, hacer efectiva la reserva de un cupo no inferior al siete por ciento de las vacantes (tanto en acceso libre, como en promoción interna) en la Oferta de Empleo Público de 2017 .

Asimismo, solicitamos a cada Universidad el detalle de la estructura y composición de su plantilla del personal docente e investigador, tanto de funcionarios de los Cuerpos Docentes Universitarios como del Personal Docente Investigador contratado en régimen laboral, incluyendo igualmente a Profesores Asociados y Visitantes, con determinación del número de personas con discapacidad oficialmente reconocida que la integran, con el fin de ajustar sus plantillas a los mínimos determinados por la legislación vigente.

Preguntamos por el cambio de criterio del reconocimiento de la antigüedad al Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía en situación de excedencia forzosa

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/3979 dirigida a Consejería de Hacienda y Administración Pública, Dirección General de Recursos Humanos y Función Pública

- 28 Septiembre 2017

Con ocasión de la tramitación de quejas presentadas ante esta Defensoría, así como con motivo de la solicitud de reconocimiento de trienios realizado ante la Administración de la Junta de Andalucía por personal al servicio del Defensor del Pueblo Andaluz, en situación de excedencia forzosa en la misma, esta Institución ha tenido conocimiento del cambio de criterio adoptado por esa Administración respecto al reconocimiento de trienios al personal en excedencia forzosa, que se pospone hasta su reincorporación al servicio activo.

Para motivar este cambio de criterio, en las comunicaciones remitidas a las personas interesadas se alega que "*el artículo 58 del VI Convenio Colectivo* ***del personal laboral de la Administración de la Junta de Andalucía regula un complemento por antigüedad que consistirá*** *en una cantidad fija en función del Grupo profesional en cuyo desempeño se perfeccione, por cada tres años de servicios efectivos (trienios). Por un lado, al tratarse de un complemento retributivo no cabe hacer reconocimiento alguno al respecto mientras el contrato se halle suspendido porque durante la suspensión no se devengan retribuciones. Por otro, tampoco puede tenerse en cuenta a estos efectos una antigüedad que todavía no se ha materializado de acuerdo con lo antes expuesto".*

Como quiera que en el art. 39 del vigente VI Convenio Colectivo **del personal laboral de la Administración de la Junta de Andalucía** se establece que:

1. "La excedencia forzosa, que dará derecho a la conservación del mismo puesto y al cómputo de la antigüedad durante su vigencia, se concederá por designación o elección para un cargo público, o para función sindical electiva, de acuerdo con los Estatutos del Sindicato, de ámbito provincial o superior que imposibilite la asistencia al trabajo. A estos efectos se entiende por cargo público; la elección para Diputado o Diputada o Senador o Senadora de las Cortes Generales, Diputado o Diputada de Asambleas Autonómicas, del Parlamento Europeo, Concejal o Concejala de Ayuntamiento o para Alcaldía con plena dedicación o el nombramiento para un cargo dentro de las Administraciones Públicas Comunitarias o Internacionales, con un nivel mínimo de Director General en la Administración Autonómica, y sus equivalentes en la Administración Central, Local, Comunitaria o internacional. Se considerarán, asimismo, cargos públicos, a los efectos de este artículo, a los Delegados Provinciales de las distintas Consejerías y equivalentes nombrados por Decreto de Consejo de Gobierno.

2. Asimismo quedará en situación de excedencia forzosa el personal laboral acogido a este Convenio que pase a prestar servicios como personal eventual en la institución del Defensor del Pueblo Andaluz, quienes sean nombrados para ocupar un puesto de carácter eventual en cualquier organismo de la Junta de Andalucía y quienes sean designados para ocupar puestos de personal funcionario de las distintas Consejerías u Organismos de la Comunidad Autónoma andaluza".

En consecuencia con lo anterior, esta Oficina del Defensor del Pueblo Andaluz, al amparo de su Ley reguladora, ha decidido iniciar actuaciones de oficio, ante la Dirección General de Recursos Humanos y Función Pública, Consejería de Hacienda y Administración Pública, con objeto de esclarecer esta situación y garantizar los derechos que tienen reconocidos el personal laboral de la Administración de la Junta de Andalucía.

Investigamos la prueba práctica del proceso selectivo de acceso a plaza de Bombero, celebrada el pasado 23 de septiembre en Córdoba

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/5177 dirigida a Diputación de Córdoba, Consorcio Provincial de Prevención y Extinción de Incendios

- 11 Octubre 2017

Por la información publicada en prensa escrita y digital, así como escritos de queja presentados en esta Institución, hemos tenido conocimiento del descontento -por la mala organización- generalizado entre los participantes del último ejercicio práctico del proceso selectivo convocado (para cubrir 54 plazas) por el **Consorcio Provincial de Prevención y Extinción de Incendios de la Diputación de Córdoba, que tuvo lugar el pasado 23 de septiembre de 2017.**

Según los datos que hemos recopilado, a la que se presentaron **540 aspirantes, el ejercicio** comenzó a las 8 de la mañana del sábado y terminó a las 9 de la mañana del domingo. Más de 24 horas de examen.

La maratoniana jornada de examen comenzaba con un llamamiento que **se prolongó durante más de tres horas** y del que se hacía cargo tan solo una mesa.

Sin perjuicio de que se había realizado un sorteo para conocer la letra del apellido que comenzaba el turno de examen, el hecho en sí de tener casi 24 horas encerrados en un gimnasio a 540 participantes, con un único servicio, sin poder salir, con la acumulación de nervios y estrés por la espera, las altas temperaturas del día, y hacer el examen (algunos, casi 24 horas después de acceder al recinto), habría podido influir, sin duda, en el estado tanto físico como psíquico de la mayoría de los participantes.

Al parecer, la prueba fue cronometrada a puerta cerrada sin que el opositor pudiera acceder a ver el cronómetro, ni a conocer el tiempo en que realizó su prueba.

Sin perjuicio de que el objetivo final de los responsables del organismo convocante fuese evitar que los aspirantes conocieran la prueba realizada (lo que, parece que al final no se consiguió) no es menos cierto que, con las medidas adoptadas (encierro durante 24 horas y en condiciones ambientales no óptimas para el desarrollo de cualquier prueba selectiva), posiblemente, haya resultado vulnerado el principio de igualdad (art. 23.2 Constitución Española) que reconoce a todos los ciudadanos el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.

Lo anterior por cuanto, las condiciones en las que, por ejemplo los primeros participantes realizaron sus

pruebas no fueron las mismas en las que debieron realizar las suyas aquellos opositores que las realizaron tras una espera larga y varias horas “encerrados”, y en horas de la madrugada, por ejemplo, ya que de media, cada aspirante tardó unos 10 minutos en completar el supuesto práctico.

Con objeto de conocer, y en su caso, confirmar por parte del Consorcio de si los hechos sucedidos fueron como hemos reseñado, se propone iniciar actuación de oficio, ante la Presidencia del **Consorcio Provincial de Prevención y Extinción de Incendios de la Diputación de Córdoba.**

En todo caso, esperamos que el informe nos concrete si se ha valorado el desarrollo de la prueba, los hechos denunciados por los aspirantes y medios de comunicación sobre las condiciones en las que la prueba práctica fue realizada y, en su caso, si se ha adoptado alguna medida al respecto, por ejemplo suspender y repetir la misma en condiciones óptimas, en garantías del principio de igualdad que establece el art. 23.2 CE.

Consideramos que el empadronamiento no puede ser un requisito y/o mérito para acceder al empleo público temporal

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 16/2114 dirigida a Entidades Locales Andaluzas

- 09 Mayo 2016

ANTECEDENTES

En los últimos años se viene recibiendo en esta Institución reiteradas quejas en relación con la inclusión del "empadronamiento" en el municipio, **como requisito y/ o mérito baremable, en los procesos de acceso al empleo público temporal ofertados** por entidades locales andaluzas.

Del análisis y estudio pormenorizado de las citadas Bases y de los propios informes aportados por las Administraciones implicadas, resulta que el hecho de encontrarse empadronado en el municipio convocante (del proceso) tiene un efecto "discriminatorio" para los participantes del proceso selectivo por cuanto se establece como requisito para participar en el mismo (en no pocas ocasiones) y como mérito baremable en la totalidad de las convocatorias que lo incluyen.

Entendemos desde este Comisionado que el empadronamiento, bien sea como requisito para participar en un proceso selectivo o/y como mérito objeto de baremación, resulta contrario a los principios constitucionales y a las disposiciones vigentes en materia de acceso al empleo público y, por tanto, la actuación administrativa debe adecuarse a los mismos.

CONSIDERACIONES

Primera.- Los principios constitucionales en el acceso al empleo público.

Debemos señalar que contamos con una consolidada Jurisprudencia Constitucional, entre la que destacamos STC de 18 de Abril de 1989, que establece que el principio de igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos consagrado en el artículo 23.2, ha de ponerse en necesaria conexión con los principios de méritos y capacidad en el acceso a las funciones públicas del art. 103.3 C.E., y referido a los requisitos que señalen las leyes.

Como es sobradamente conocido, el acceso a la Empleo Público está abierto a todos los españoles por igual y habrá de hacerse mediante un procedimiento que garantice los principios de igualdad, mérito, capacidad, publicidad y objetividad, y ello con independencia de la modalidad del nombramiento o contrato laboral a suscribir, y el lugar del empadronamiento del aspirante.

El hecho de que las Administraciones Públicas, y entre ellas las Administraciones Locales, puedan hacer

uso de las diferentes modalidades de contratación laboral, no quiere decir que en el procedimiento de selección del personal que vaya a ser contratado (fijo o temporal), pueda eludirse las normas y los principios antes dichos, normas y principios que tienden a garantizar tanto que las Administraciones sirvan con objetividad los intereses generales, como a hacer efectivo el derecho de los ciudadanos a concurrir en condiciones de igualdad en las ofertas de empleo de las Administraciones Públicas.

Si bien la selección de personal laboral temporal, por circunstancias de la urgencia que requiere tal provisión, requiere un procedimiento más rápido y con menores exigencias en el perfil de las candidaturas que el utilizado para la selección de personal funcionario o laboral fijo, ello no puede inducir a prescindir o a desvirtuar los principios constitucionales de acceso al empleo público, en especial los relativos a los requisitos y méritos.

Sin poner en duda la posibilidad de definir como no discriminatoria cualesquiera medidas especiales destinadas a satisfacer las necesidades particulares de personas a las que, por razones de sexo, edad, minusvalía, vecindad, etc., se les reconozca la necesidad de protección especial, no es menos cierto que, en lo referente a la selección de personal, ya sea funcionario o laboral, fijo, interino o temporal, al servicio de las Administraciones Públicas, la Constitución en sus artículos 23.2 y 103.3 y el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), en su artículo 55.1, han acotado con precisión el juego del principio de igualdad y no discriminación al exigir que la selección se realice en atención exclusiva al mérito y a la capacidad de los aspirantes.

Segunda.- Los requisitos y méritos en el proceso selectivo en la normativa vigente.

Vaya por delante que existen, y en lo que aquí interesa, dos categorías jurídicas distintas del acceso al empleo público a través de la Bolsa de Trabajo: por un lado, los requisitos de los aspirantes y, por otro, los méritos de los participantes.

Los requisitos son condiciones imprescindibles para participar y para ser admitido en un determinado procedimiento selectivo y no prejuzgan sobre la capacidad y la cualificación del aspirante. En cambio, los méritos alegados y debidamente justificados constituyen un valor positivo en el haber del concursante que demuestra una mayor adecuación y mérito para el acceso al empleo público temporal.

a) <u>Sobre los requisitos para participar en la Bolsa.</u>

Respecto a los requisitos para el acceso al empleo público se refieren los artículos 56 a 59 del EBEP, la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL) en sus artículos 91 y 103 y del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, en el artículo 177.(TRLBRL).

Así, el EBEP en su artículo 56 establece los requisitos generales para poder participar en los procesos selectivos; y para ello, deberá reunir, los siguientes requisitos:

"a) Tener la nacionalidad española, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente.

b) Poseer la capacidad funcional para el desempeño de las tareas.

c) Tener cumplidos dieciséis años y no exceder, en su caso, de la edad máxima de jubilación forzosa. Sólo por Ley podrá establecerse otra edad máxima, distinta de la edad de jubilación forzosa, para el acceso al empleo público.

d) No haber sido separado mediante expediente disciplinario (...).ni hallarse en inhabilitación absoluta o especial para empleos o cargos públicos por resolución judicial (...).

e) Poseer la titulación exigida".

En el mismo artículo 56 en su apartado 3, prevé la posibilidad de exigirse el cumplimiento de otros requisitos específicos que guarden relación objetiva y proporcionada con las funciones asumidas y las tareas a desempeñar. Y, en todo caso estableciéndose de manera abstracta y general.

También debe considerarse, por su carácter supletorio para el personal al servicio de todas las Administraciones Públicas, lo regulado por el Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de puestos de trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado (artículo 35).

Igualmente, podría considerarse aplicable –supletoriamente- las previsiones que, para el personal laboral, se contienen en Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, y sus normas de desarrollo.

b) Los méritos a considerar.

En cuanto a la valoración de méritos, nos remitimos al artículo 61.3 del EBEP en relación con los artículos 91.2, 103 y 99 de la Ley de Bases 7/1985 (LBRL), en concordancia con el artículo 177.1 del ya citado Real Decreto Legislativo 781/1986.

La confección de los méritos en las bases de la correspondiente convocatoria debe respetar los principios de igualdad, mérito y capacidad sancionados en las disposiciones anteriormente expresadas, así como vinculados con los cometidos que legal o reglamentariamente están previstos para la categoría o puesto de trabajo de que se trate.

Tercera.- La ausencia de normas y procedimientos legales para la selección del personal laboral temporal: la constitución de Bolsas de trabajo.

El EBEP subraya, en su artículo 1º, la necesidad de garantizar en la selección del personal de las Administraciones Públicas tanto funcionario (de carrera o interino) como laboral (fijo o temporal), los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, además de los principios de publicidad y objetividad. Tal precepto tiene el carácter de bases del régimen estatutario de los empleados públicos, y aplicable a la selección de personal de todas ellas, tal y como dispone el artículo 2 del mencionado EBEP. En dicha Ley no se hace salvedad alguna que permita excluir de la aplicación de estos principios la selección de personal laboral de carácter temporal, sino más bien todo lo contrario, al señalar, expresamente, su aplicación (del EBEP) en lo que proceda al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, entre otras a las Administraciones de las Entidades Locales y a sus Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de ellas.

En el mismo tenor se expresa la normativa reguladora de la Administración Local. Así, el artículo 91.1 de la LBRL recoge, en parecidos términos, lo establecido por el artículo 55 del EBEP y, el artículo 103 concreta que *"el personal laboral será seleccionado por la propia Corporación ateniéndose, en todo caso, a lo dispuesto en el artículo 91".*

Por su parte, el artículo 177 del TRLBRL insiste, en su apartado primero, que la selección del personal laboral se rige por lo establecido en el artículo 103 de la LBRL –con remisión al art. 91- y añade, en su apartado segundo, que *"la contratación laboral, puede ser por tiempo indefinido, de duración determinada, a tiempo parcial, y demás modalidades previstas en la legislación laboral".*

Si bien la selección de personal laboral temporal, usualmente vinculado a la urgencia de su provisión, requiere un procedimiento más rápido y unas menores exigencias de los candidatos, que el utilizado para la selección de personal funcionario o laboral de carácter permanente, ello no puede inducir a prescindir o a desvirtuar los principios constitucionales de acceso al empleo público, en especial el de los requisitos y méritos.

Ante la inexistencia de normas y para dar respuesta a situaciones que se plantean para una temporalidad de su duración y perentoriedad de los plazos, suele acudirse a instrumentos como las bolsas de trabajo, de modo que se de respuesta más ágil a las situaciones planteadas, si bien todo ello deberá de efectuarse de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad contenidos en el art. 55 del EBEP, y ello con independencia de la modalidad del contrato laboral que vaya a celebrarse.

De lo expuesto puede concluirse que, en primer lugar, para la selección de personal laboral temporal o no permanente no existen normas reguladoras con el mismo grado de rigurosidad que las establecidas para el acceso al empleo público permanente. Y, en segundo lugar, la selección de este personal ha de realizarse mediante un procedimiento que garantice los principios de igualdad, mérito, capacidad, publicidad y objetividad, y ello con independencia de la duración del nombramiento o modalidad del contrato laboral que vaya a celebrarse.

Sin poner en duda la posibilidad de definir como no discriminatoria cualesquiera medidas especiales destinadas a satisfacer las necesidades particulares de personas a las que, por razones de sexo, edad, minusvalía, vecindad, etc., se les reconozca la necesidad de protección especial, no es menos cierto que, en lo referente a la selección de personal, ya sea funcionario o laboral, fijo, interino o temporal, al servicio de las Administraciones Públicas, la Constitución en sus artículos 23.2 y 103.3 y el artículo 55 del EBEP, han acotado con precisión el juego del principio de igualdad y no discriminación al exigir que la selección se realice en atención exclusiva al mérito y a la capacidad de los aspirantes.

Cuarta.- El empadronamiento como requisito de acceso para los aspirantes y su valoración como mérito de los participantes.

La residencia en el municipio no prueba ni demuestra una mayor cualificación para desempeñar cualquier tarea en los servicios públicos que presta el Municipio, ya que la misma –salvo excepciones puntuales, quizás- no reclaman un especial o particular conocimiento del término municipal o de sus residentes si nos atenemos a la descripción de las funciones que puedan realizar las personas que resulten contratadas y que estarán relacionadas con la prestación de lo servicios públicos encomendados a los municipios en el ámbito de sus competencias.

Además, ese mérito (empadronamiento) carece por completo de relación inmediata con contenido funcional de los posibles puestos ofertados que, en su caso, estarán referenciados a categoría profesional, experiencia y requisito de titulación exigido, en general.

Por otro lado, y a mayor abundamiento, reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha declarado que el principio de igualdad, recogido en el artículo 14 de la Constitución, vincula a todos los poderes públicos, y aún cuando su correcta interpretación no prohíbe que el legislador contemple un tratamiento diverso para situaciones distintas, lo que sí prohíbe es la discriminación que se produce cuando la desigualdad no tenga una causa justificada y razonable.

Añade el Alto Tribunal que, dado el carácter social y democrático del Estado de Derecho que nuestra Constitución erige y la obligación que al Estado imponen los artículos 9.2 y 35 de la Carta Magna de promover las condiciones para que la igualdad de los individuos y los grupos sean reales y efectivas y la promoción a través del trabajo, en ningún caso puede darse un tratamiento diferenciado en el acceso al empleo público, sin justificación y razonabilidad.

Ninguna disposición legal o reglamentaria puede servir de apoyo para establecer un mérito como el empadronamiento cuyo carácter subjetivo no deja lugar a duda alguna. (Sentencia 14/03/2007, del TSJ Castilla La Mancha (fundamento de derecho tercero).

Por tanto, el empadronamiento como requisito y como mérito carece de una justificación objetiva y razonable, por lo que resulta discriminatorio y atenta contra el principio constitucional de igualdad. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1988, entre otras.

En todo caso, el propio EBEP –art. 56.3-, prevé la posibilidad de exigirse el cumplimiento de otros requisitos específicos que guarden relación objetiva y proporcionada con las funciones asumidas y las tareas a desempeñar, pero estableciéndose de manera abstracta y general.

Así, pues, el empadronamiento, como exigencia para poder acceder a la Bolsa de Trabajo y como mérito baremable, resulta ser contrario a las disposiciones vigentes en materia de acceso al empleo público local y, por tanto, la actuación administrativa debería adecuarse a los principios de eficacia y sometimiento pleno a la Ley y al Derecho contemplados en el art. 103 de la Constitución Española.

Quinta.**- El principio de libre revocabilidad de los actos y disposiciones.**

Sin perjuicio de la impugnabilidad de las bases de las convocatorias en vía judicial, procedería la revocación por el propio Ayuntamiento, por cuanto consideramos que la inclusión en las bases de la Bolsa de Trabajo de un criterio como el estar o no empadronado (tanto como requisito como mérito) atenta al principio de igualdad del articulo 14 de la Constitución Española y su desarrollo en el artículo 91.2 de la LBRL.

Como bien sabemos, el art. 105.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, habilita a la Administración para revocar los desfavorables no ajustados a la legalidad en cualquier momento, sin que se exijan especiales trámites.

En definitiva, no encontramos fundamento legal alguno respecto a la exigencia del empadronamiento como requisito para participar y entre los criterios baremables que deben de evidenciar la aptitud y capacidad de los aspirantes en el desempeño de los puestos de trabajo que nos ocupan, al constituir una condición personal de los mismos que no encuentra relación con el contenido de los puestos convocados que pueden ser desempeñados exactamente igual por quien no está empadronado en la localidad

Así pues, no apreciamos que dichas Bases sean respetuosas con el principio general de igualdad de trato en el acceso al empleo y el de la libre circulación de trabajadores por todo el territorio nacional.

A la vista de todo ello y de conformidad con lo establecido en el artículo 29.1 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, se formula la siguiente

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO de deberes legales de los preceptos contenidos en esta Resolución.

RECOMENDACIÓN: Que en las bases reguladoras para la constitución de la Bolsa de Trabajo se supriman las referencias al lugar de residencia de los aspirantes (empadronamiento), ante la necesidad de acomodar la actuación administrativa a los principios constitucionales que resultan de aplicación.

Consideramos que actuando en la forma propugnada se produciría la regularización y normalización del empleo público en la Administración Local Andaluza, en forma acorde a los principios constitucionales del art. 23.2 y 103.3 de nuestra Carta Magna y a lo establecido en el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público EBEP), así como en la Ley 7/1985 de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Reclamamos más medios humanos y materiales para solucionar las listas de espera en el complejo hospitalario universitario de Granada

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 16/2628 dirigida a Consejería de Salud, Servicio Andaluz de Salud, Complejo Hospitalario Universitario de Granada

- 31 Julio 2017

El Defensor del Pueblo Andaluz formula Resolución al Complejo Hospitalario Universitario de Granada, por la que recomienda que para la superación de las situaciones de larga espera se adopten por ese hospital las medidas organizativas y asistenciales precisas, referidas fundamentalmente a la ampliación de los medios humanos y materiales para la satisfacción de la demanda, de tal manera que los ciudadanos disfruten del efectivo reconocimiento del derecho a la protección de la salud que establece el art. 43 de la Constitución.

Asimismo, recomienda que se establezcan mecanismos que permitan compaginar las intervenciones para padecimientos graves y las cubiertas con garantía de plazo, con el resto de procedimientos quirúrgicos, de manera que aunque se prioricen las dos primeras, se afronte la práctica de las segundas en términos razonables.

Por último, recomienda que se proceda a la mayor brevedad a la intervención quirúrgica del interesado.

ANTECEDENTES

El interesado manifestaba que lleva desde el 29.2.2012 en lista de espera para cirugía plástica y reparadora del Hospital Virgen de las Nieves, afirmando a la fecha de su comparecencia (23.5.16) que la misma estaba parada en el año 2009, manteniendo el mismo estado que cuando le inscribieron, y sin experimentar ningún avance.

La operación se proponía para reparar una hipertrofia de mama izquierda, la cual según refiere sigue creciendo, y provocándole dolor, aparte de crearle bastante pudor al ir a la playa o a la piscina.

Nos dice que puso una reclamación el 13.10.2015, y que en la respuesta le comentaron que no podía hacer nada, únicamente esperar a que la lista avanzara, por lo que piensa que si la cosa sigue así no cree que le intervengan hasta dentro de 15 o 20 años, o más bien cree que nunca lo harán.

Le parece que por mucho que su dolencia no revista carácter urgente, no es lícita esta espera, que se prolonga de forma desproporcionada, poniendo de manifiesto una dejadez absoluta de la Administración sanitaria, por lo que pide que se de solución a su caso.

Pues bien, en el informe emitido por ese centro hospitalario se nos explica que el interesado fue remitido desde cirugía general a cirugía plástica y reparadora el 30.9.2011, por causa de una ginecomastia unilateral leve, y tras su citación en sesión clínica el 29.2.2012 se incluyó en el registro de demanda quirúrgica.

Sostiene ese hospital que se trata de un procedimiento sin garantía de plazo de respuesta quirúrgica, que debe seguir el orden establecido, a pesar de lo cual se anunciaba una nueva valoración del paciente, propuesta por la directora de la unidad de gestión clínica, aunque también se advertía de que no se establecería ninguna priorización en caso de que la situación clínica no hubiera variado.

Es por ello que le pedimos al interesado que nos indicara si había sido citado para esta nueva valoración, al objeto de que nos trasladara las conclusiones alcanzadas tras la misma, pero este negó que se hubieran puesto en contacto con él, o que le hubieran comunicado nada, afirmando que la situación seguía igual después de cinco años, y que cuando acude en demanda de información al servicio de cirugía plástica, lo único que consigue es que le digan que están saturados.

CONSIDERACIONES

Partimos por tanto de que el interesado viene afectado por un padecimiento para el cual le han prescrito una intervención quirúrgica, lo que ocurre es que la priorización de actuaciones que impone la habitual limitación de los recursos, conlleva que se intervengan con carácter previo las patologías más graves, encontrándonos con supuestos como el que consideramos en que la demora alcanza más de cinco años.

Así reconoce ese hospital que el interesado fue inscrito en el registro de demanda quirúrgica el 29.2.2012, y desde entonces aquel ha formulado reclamación y se ha personado en varias ocasiones en el centro, sin resultados satisfactorios, pues incluso la reevaluación de su caso que se llegó a anunciar en el informe que se nos remitió, no ha sido llevada a cabo, pues el interesado niega haber recibido citación alguna a este respecto.

Dos argumentos se esgrimen para justificar por ese hospital la evidente inactividad en este caso, pues por un lado se refiere que *"nos encontramos ante un procedimiento sin garantía de respuesta quirúrgica"*, mientras que por otro se menciona que se trata de una patología leve.

Comenzando por este segundo aspecto nos vemos obligados a destacar que ciertamente la patología que afecta al interesado no reviste carácter de gravedad, lo que no significa que no le ocasione malestar (refiere que le produce dolor) y otro tipo de perjuicios de distinta naturaleza (derivados de la distorsión de su imagen corporal).

La cirugía reparadora y estética es una prestación incorporada a la cartera de servicios del Sistema Sanitario Público con indudables matices, pues lógicamente no se extiende a las intervenciones que pudieran considerarse meramente estéticas, y en muchos casos es preciso deslindar y decidir sobre su dispensación.

Con claridad aparecía excluida de la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud en el anexo III del R.D. 63/95, de 20 de enero, salvo aquella que guardase relación con accidente, enfermedad o malformación congénita.

Con posterioridad el R.D. 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, insiste en la exclusión de aquella de las técnicas, tecnologías o procedimientos que no guarden relación con los aspectos anteriormente mencionados.

Dada la dificultad que en algunos casos genera la diferenciación entre la cirugía reparadora que resulta incluida en las prestaciones del Sistema, y la que queda fuera del mismo por considerarse esencialmente estética, desde las instancias superiores de la Administración sanitaria se han establecido una serie de

criterios delimitadores, que sirven como orientación para los facultativos.

Suponemos que con arreglo a los mismos, la unidad de cirugía plástica y reparadora de ese hospital, que ha revisado al interesado, planteó la necesidad de que aquel fuera intervenido quirúrgicamente como opción terapéutica ante el padecimiento que le afecta.

La prescripción quirúrgica existe como tal y se ha cursado conforme al procedimiento establecido, y por lo tanto debe ser satisfecha para dar cumplimiento al contenido concreto del derecho a la protección de la salud que en este caso asiste al interesado.

Por otro lado resulta comprensible que la programación quirúrgica de ese centro priorice las patologías más graves, de hecho somos conscientes de que muchas intervenciones se practican por causa de urgencia, y otras se anticipan lo más posible por la implicación directa que su retraso puede ocasionar en el desarrollo de las enfermedades que las justifican, hasta el punto de suponer un riesgo importante para la salud y la vida de las personas.

Junto a ello, y en cumplimento del mandato establecido en la Ley 2/98, de 15 de junio, de Salud de Andalucía (art. 6.1 m), por el que se reconoce el derecho de los ciudadanos respecto de los servicios sanitarios públicos de Andalucía, a que se les garantice en nuestro ámbito territorial el acceso a las prestaciones sanitarias en un tiempo máximo, en la forma que reglamentariamente se determine; se ha articulado una garantía que conlleva la obligación de practicar un número importante de intervenciones quirúrgicas, (que se corresponden con los procedimientos más habituales) en el marco de plazos máximos de 120 o 180 días.

Con posterioridad la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, ha elevado el rango de dicha determinación, al reconocer el derecho de los pacientes y usuarios del Sistema Sanitario Público Andaluz, a la garantía de un tiempo máximo para el acceso a los servicios y tratamientos.

Ahora bien, aunque no pueda resultar extraño que los recursos disponibles se apliquen mayormente a la intervención de patologías graves y urgentes, así como a la realización de procesos amparados por la garantía antes indicada, ello no quiere decir que los demás procesos quirúrgicos puedan demorarse *sine die*.

La intervención que necesita el interesado no es urgente, y tampoco viene cubierta por la garantía que representa el límite temporal prefijado, pero ello no obsta para deba producirse dentro de un tiempo que pueda entenderse razonable en el marco del proceso asistencial en cuestión.

Y es que de operar una priorización absoluta de los procedimientos quirúrgicos más graves junto a los que están cubiertos por la garantía de plazo, el resto de las intervenciones estarían permanentemente relegadas, hasta el punto de que nunca se llevarían a cabo, pues en buena lógica siempre va a existir demanda para la práctica de las que se incluyen en los dos primeros grupos.

Durante mucho tiempo en el que ante esta Institución se reproducían las quejas sobre lo dilatado de las listas de espera, fundamentalmente quirúrgicas, para múltiples intervenciones (cataratas, escoliosis, prótesis de cadera,...) y aún sin tener estándares de referencia sobre lo que podíamos considerar plazos apropiados para las mismas, vinimos a posicionarnos considerando comprensibles determinadas demoras para acceder a las prestaciones sanitarias no urgentes, en el marco de un sistema presidido por los principios de universalidad y gratuidad, aunque estimando también que las mismas no son concebibles si superan unos límites tolerables médica y personalmente, en cuyo caso se produce una verdadera desasistencia.

Ahora que contamos con los plazos de garantía de respuesta para intervenciones quirúrgicas como elementos de referencia de lo que puede entenderse como una demora razonable, pensamos que la espera por un tiempo como el que ha permanecido el interesado, (recordemos que va más allá de los cinco años),

más que una suspensión del derecho a la asistencia sanitaria reconocido en el art. 43 de nuestra Constitución, que toda lista de espera entraña, constituye una auténtica transgresión del derecho que hemos mencionado, pues la demora en estos casos lo que pone de relieve es la falta de soporte estructural apropiado para llevarla a cabo.

Las consideraciones expuestas nos permiten realizar a esa Dirección Gerencia de acuerdo con lo previsto en el art. 29.1 de la Ley 9/83, de 1 de diciembre, reguladora del Defensor del Pueblo Andaluz, la siguiente

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO DE DEBERES LEGALES por considerar incumplido los siguientes preceptos:

- De la Constitución Española: art. 43.1
- Del Estatuto de Autonomía de Andalucía: art. 31.
- De la Ley 9/2007, de 22 de Octubre, de Administración de la Junta de Andalucía: Art. 5 d)

RECOMENDACIÓN 1. Que para la superación de las situaciones de larga espera se adopten por ese hospital las medidas organizativas y asistenciales precisas, referidas fundamentalmente a la ampliación de los medios humanos y materiales para la satisfacción de la demanda, de tal manera que los ciudadanos disfruten del efectivo reconocimiento del derecho a la protección de la salud que establece el art. 43 de la Constitución.

RECOMENDACIÓN 2. Que se establezcan mecanismos que permitan compaginar las intervenciones para padecimientos graves y las cubiertas con garantía de plazo, con el resto de procedimientos quirúrgicos, de manera que aunque se prioricen las dos primeras, se afronte la práctica de las segundas en términos razonables.

RECOMENDACIÓN 3. Que se proceda a la mayor brevedad a la intervención quirúrgica del interesado.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Consigue la cita en la unidad de reproducción asistida para práctica de diagnóstico genético preimplantatorio

Queja número 16/2681

- 24 Marzo 2017

La citan en la unidad de reproducción asistida para práctica de diagnóstico genético preimplantatorio.

La interesada manifestaba que había sufrido tres abortos en el primer trimestre de embarazo, y después de hacerse las pruebas para detectar las causas, se averiguó en los resultados de genética una traslocación cromosómica balanceada en su marido, lo que no solo provoca un aborto sino una enfermedad grave en desequilibrio en la descendencia.

Desde la unidad de reproducción asistida del Hospital Universitario Puerta del Mar de Cádiz les informaron sobre la técnica conocida como DGP (Diagnóstico Genético Preimplantatorio), como única opción de ser padres, con técnica de reproducción asistida en gametos propios y evitando así más abortos o problemas graves de salud en la descendencia.

Dado que es el Hospital Universitario Virgen del Rocío de Sevilla el centro que realiza dicha técnica, se derivó su historia clínica en octubre de 2015, no obstante, hasta la fecha de presentación de la queja aún no les habían citado de la unidad de Reproducción Asistida, a pesar de la reclamación efectuada y de innumerables llamadas telefónicas.

Interesados ante el Hospital Virgen del Rocío, se recibe informe en el que se indica que desde el 21 de junio de 2016 la paciente está siendo atendida en las consultas de Diagnóstico Genético Preimplantacional de la URHA.

A tenor de lo expuesto pensamos que el asunto por el que la interesada acudió a esta Institución se ha solucionado, y por este motivo hemos decidido concluir nuestras actuaciones en su expediente.

Pedimos que revisen el caso de una mujer que solicita un tratamiento de reproducción asistida, tras conocer el nuevo informe de hematología

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 16/3934 dirigida a Consejería de Saluld, Servicio Andaluz de Salud, Hospital Regional de Málaga (Carlos Haya)

- 12 Junio 2017

El Defensor del Pueblo Andaluz formula resolución ante el Hospital Regional de Málaga por la que recomienda que se revise la solicitud de la interesada de sometimiento a técnicas de reproducción humana asistida, por la comisión asesora en la materia de ese centro hospitalario, a la vista del contenido del informe actualizado del servicio de hematología, y, en su caso, de las consideraciones contempladas en la presente resolución, comunicándose a la interesada la decisión que se adopte en dicha instancia, con explicación en su caso de los motivos que la sustentan, de persistir la negativa en clara contradicción con el criterio del primero.

ANTECEDENTES

La interesada refiere que asiste a consulta de fertilidad de ese hospital desde el 31.10.2014, al ser citada en la misma a petición del servicio de ginecología.

Manifiesta que ya entonces llevó un informe del servicio de hematología de ese centro (Dra. ...), en el que se pone de manifiesto que padece un probable déficit selectivo de respuesta a epinefrina, sin perjuicio de lo cual completó todo el proceso de estudio, hasta el punto de que llegó a proponerse una determinada técnica de reproducción asistida para su caso, y fue citada para inicio del tratamiento.

En concreto fue atendida en consulta el 11.2.2016, donde se le indicó que empezara a tomar Synarel a partir de una determinada fecha, previéndose igualmente el momento en que comenzarían los inyectables.

Apunta sin embargo que pocos días después, uno de los facultativos que la asistía (Dr. ...) le explicó que necesitaba un nuevo informe hematológico, porque el que constaba en la historia lo consideraba antiguo, y le comentó que una vez lo llevara, un comité médico decidiría en el plazo de un mes sobre la continunidad del tratamiento.

A continuación la interesada, tras verse obligada a firmar la baja en el registro de demanda, se dirigió al servicio de hematología, en el cual gestionó la elaboración de un nuevo informe, que fue enviado (por fax) desde aquel a la unidad de reproducción humana asistida el día 29.3.2016, además de entregado en mano por la reclamante a una enfermera de la unidad, que la emplazó a obtener respuesta en el plazo de un mes, haciendo depender una vez más la misma, de la valoración por parte del comité médico.

A partir de entonces la interesada se dedicó a esperar y a interesarse por la respuesta prometida (llamada al servicio y a la unidad de atención al usuario, y formulación de dos reclamaciones) sin que nadie le ofreciera información fidedigna, de la cual seguía careciendo al tiempo de comparecer ante esta Institución, aunque con posteriordad se dirigió nuevamente a nosotros para remitirnos copia del informe de la comisión de asesoramiento del programa de reproducción humana asistida, respecto a cuyo contenido manifiesta una absoluta disconformidad.

Dicho informe, fechado el 25.7.2016, reseña escuetamente que no procede el seguimiento de la interesada en el programa de reproducción humana asistida, teniendo en cuenta el criterio general para la asistencia en RH en el SAS de su enfermedad hematológica con riesgo de hemorragia en la realización de la intervención no urgente de punción ovárica, a lo que añade también el riesgo de la herencia de la enfermedad por parte del feto, a tenor de la mención que a estos efectos contiene la ley de reproducción humana asistida, que impide la realización de las técnicas si existe riesgo para la descendencia.

Pues bien, tras admitir la queja a trámite recibimos el informe explicativo de ese hospital, conforme a la prescripción contenida en el art. 18.1 de nuestra Ley reguladora. En virtud del mismo se nos dice que el 14.3.2016, último día de asistencia a consulta de la interesada, se le dio de baja en la aplicación de gestión de la demanda “por motivos médicos y de riesgo para la paciente muy concretos”, informándole de los aspectos de seguridad del procedimiento, al tiempo que se pedía un nuevo informe actualizado sobre su situación hematológica, y se le informaba de la derivación del caso a la Comisión hospitalaria de reproducción humana asistida.

De la misma manera se apunta que el 6.4.2016 se tomó la decisión de no realizar a la interesada la punción ovárica para fecundación in vitro, en sesión clínica de los profesionales de la unidad teniendo en cuenta dos factores, por un lado la enfermedad hematológica con riesgo de hemorragia en punción ovárica (en operación no urgente), y por otro lado, el riesgo para la descendencia, pues aún reconociendo que son los pacientes los que deben asumir el mismo, señala que son los profesionales los que indican las técnicas, argumentando que la ley desestima la opción de tratamiento en estos casos.

CONSIDERACIONES

La interesada reclama por la negativa de ese centro a proporcionarle tratamiento de reproducción asistida, señalando a estos efectos dos cuestiones. Por un lado que su patología era conocida por los profesionales que la trataron desde el principio, y que la misma no fue obstáculo para su admisión al programa, y la continuidad de las actuaciones en el mismo, hasta que fue citada año y medio después, para la realización de la técnica indicada. Por otro que se la excluyera de aquel, a pesar de que los especialistas del servicio de hematología aseguren que en ningún caso está contraindicado el tratamiento, dado que exclusivamente requiere la administración previa de un pool de plaquetas.

Ciertamente la Guía de reproducción humana asistida del SSPA, a la hora de fijar los criterios generales para la indicación y aplicación de las técnicas, parte de lo previsto en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (art.3), señalando que estas últimas se realizarán solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito, no supongan riesgo grave para la salud física o psíquica de la mujer o la posible descendencia, y previa aceptación libre y consciente por su parte, que deberá haber sido previamente informada de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos y de las condiciones de dicha aplicación.

A la hora de llevar a cabo el estudio básico de esterilidad, que es el primer paso una vez que se produce la derivación, se prevé la realización de una anamnesis en la que entre otra cosas se debe recoger lo relativo a la afectación por enfermedades previas. Así se indica que se registrarán los casos de enfermedad genética conocida, enfermedad crónica de la mujer que pueda agravarse en el embarazo, o enfermedad de transmisión vertical, determinando en cada uno el modo de proceder (consejo genético, interconsulta de especialista, y derivación a centro especializado, respectivamente).

Además se determina que las pacientes con una patología médica o quirúrgica asociada deben aportar informe del facultativo responsable que recoja la no existencia de contraindicación para el tratamiento de estimulación, realización de la técnica, o gestación; previéndose igualmente que el facultativo responsable del estudio básico de esterilidad pueda pedir una interconsulta al respecto o sobre cualquier circunstancia que deba estudiarse.

Asiste la razón a la interesada cuando afirma que, tras presentar informe de especialista hematóloga en el que se ponía de manifiesto el diagnóstico de "probable déficit selectivo de respuesta a epinefrina", no se le hizo objeción alguna a la continuidad de su proceso, ni advertencia al respecto, no estimándose necesario por los profesionales que la atendieron solicitar la interconsulta más arriba descrita.

Luego si existían dudas sobre la eventual contraindicación de la enfermedad de la interesada para el sometimiento a técnicas de reproducción humana asistida, debieron ponerse de manifiesto mucho antes, evitando que se le generaran expectativas infudadas, teniendo en cuenta además la naturaleza del bien que se pretende alcanzar con este proceso, así como la delicada situación emocional que afecta frecuentemente a las personas que se involucran en el mismo, tal y como desde esta Institución hemos podido comprobar.

No obstante, en el informe aportado, fechado en el año 2008, ya se decía que el 10-15% de la población normal puede presentar estas alteraciones sin clínica hemorrágica asociada, y que en los pacientes que la padecen, las hemorragias suelen ser leves y de mucosas, contemplando a este respecto una serie de recomendaciones, fundamentalmente farmacológicas.

Pues bien, según el relato de la interesada, y el contenido del informe remitido, ya había iniciado aquella el tratamiento hormonal para la estimulación ovárica (synarel), cuando se expuso por uno de los facultativos de la unidad, la necesidad de actualización del informe de hematología, determinándose la baja inmediata de aquella en la aplicación informática de gestión de demanda (el 14.3.2016), procediéndose poco después (el 6.4.2016), en el marco de una sesión clínica, a adoptar la decisión de no practicar a la interesada la punción ovárica para realizarle la fecundación in vitro, aunque la decisión de la comisión de asesoramiento del programa de reproducción humana asistida no se comunica a la interesada hasta mucho después (tiene fecha de 25.7.2016) .

Tanto en esta comunicación, como en el informe que nos ha enviado ese hospital, se esgrime el art. 3 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo como apoyo de la decisión aludida, por estimar que el mismo veda la realización de la FIV en este caso, por entender que existe riesgo de hemorragia para la madre, y riesgo de transmisión de la enfermedad para la descendencia.

La interesada, sin embargo, por su parte, nos ha aportado una copia del informe que se realizó por el servicio de hematología a petición de la unidad de reproducción asistida, a fin de actualizar el contenido del que ella misma presentó al comienzo del proceso, de cuya valoración por parte de la comisión se hacía depender la decisión final en este caso.

Concretamente en relación al informe anterior, se añaden una serie de recomendaciones especificas para "la reproducción asistida folicular", entre las que figura primeramente la de administrar un pool de plaquetas media hora antes de intevención cruenta y en caso de sangrado anormal, junto a la de evitar ácido tranexámico en caso de estimulación hormonal y en caso de embarazo efectivo, informar previo a parto a neonatología y hematología para medidas de prevención de hemorragias durante el parto y previsión del mismo.

A continuación, el informe apunta expresamente que *"la patología hematológica que presenta la paciente es leve y siguiendo las instrucciones dadas, los riesgos de la técnica son los mismos que los del resto de la población*", que "*el futuro recién nacido puede heredar la trombopatía de su madre pero esta enfermedad es leve y no se considera en el listado de patologías en las que se considera la interrupción del embarazo, por lo que no debería contraindicar esta técnica…*", y que "*antes de proceder a la técnica los progenitores*

deben asumir la posible herencia de la enfermedad por parte del feto".

A mayor abundamiento, la interesada también nos hace entrega del infome específico de la unidad de hematología para técnicas de reproducción asistida y embarazo, en modelo normalizado para dar cumplimiento a la normativa que figura al pie del mismo en materia de "riesgos para la mujer y descendencia", en el que aquel se pronuncia radicalmente a favor de que la interesada pueda ser sometida a estimulación ovárica controlada con gonadotrofinas, pueda realizársele inseminación intrauterina o fecundación in vitro/icsi, y pueda quedar gestante.

Desde esta Institución no pretendemos en ningún momento discutir la solvencia técnica de los profesionales de la unidad de reproducción de ese centro, ni mucho menos de la comisión asesora de reproducción asistida, pero lógicamente nos suscita dudas el posicionamiento de ambas a tenor del contenido del informe actualizado de hematología, pues resulta ciertamente contradictorio con la opinión que se expresa en el mismo.

Nos asalta entonces la duda en cuanto a si se tuvo conocimiento de aquel a la hora de decidir, y efectivamente se valoró con dicha finalidad, echando de menos en otro caso alguna mención al mismo en el informe de ese centro, y fundamentalmente alguna explicación justificativa del mantenimiento del riesgo para la interesada, como causa de denegación.

Cabe señalar que el riesgo al que la ley de reproducción humana asistida alude para contraindicar el tratamiento, tanto en relación con la salud de la mujer, como para la futura descendencia debe ser grave, y que esta calificación ha sido negada en relación con la patología de la interesada, en un sentido y en otro, por el informe del servicio de hematología.

En último término resulta difícil entender la negativa por la posible trasmisión de la enfermedad que presenta la interesada, en el marco de un sistema sanitario que se ha dotado de los medios para obviar este riesgo en casos de patologías mucho más graves, mediante la selección de embriones a través del diagnóstico genético preimplantatorio; o que incluye procedimientos para que puedan someterse a las técnicas de reproducción asistida personas con enfermedades infecciosas igualmente serias (VIH o VHC), y que además precisamente contempla la afectación de la mujer o la descendencia por enfermedades hereditarias, como criterio de indicación del tratamiento con donación de ovocitos, opción que tampoco nos consta que a aquella se le ofreciera.

Las consideraciones expuestas nos permiten realizar a esa Dirección Gerencia, de acuerdo con lo previsto en el art. 29.1 de la Ley 9/83, de 1 de diciembre, reguladora del Defensor del Pueblo Andaluz, la siguiente

RESOLUCIÓN

RECOMENDACIÓN: Que se revise la solicitud de la interesada de sometimiento a técnicas de reproducción humana asistida, por la comisión asesora en la materia de ese centro hospitalario, a la vista del contenido del informe actualizado del servicio de hematología, y, en su caso, de las consideraciones contempladas en la presente resolución, comunicándose a la interesada la decisión que se adopte en dicha instancia, con explicación en su caso de los motivos que la sustentan, de persistir la negativa en clara contradicción con el criterio del primero.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

---

defensor del pueblo Andaluz

Investigamos la lista de espera quirúrgica para las intervenciones de reconstrucción mamaria que precisan las mujeres que han sido sometidas a una mastectomía

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 16/0714 dirigida a Consejeria de Salud, Servicio Andaluz de Salud, Dirección General de Asistencia Sanitaria y Resultado en Salud

- 23 Julio 2017

RESUMEN DEL RESULTADO (CIERRE DE QUEJA DE OFICIO)

Se establece plazo de garantía de respuesta a las intervenciones de reconstrucción mamaria postmastectomía.

Investigamos la lista de espera quirúrgica para las intervenciones de reconstrucción mamaria que precisan las mujeres que han sido sometidas a una mastectomía.

Interesados ante la Administración sanitaria, se recibe informe dando respuesta a las Recomendaciones remitidas.

16-02-2016 APERTURA DE LA QUEJA DE OFICIO

Investigamos la lista de espera quirúrgica para las intervenciones de reconstrucción mamaria que precisan las mujeres que han sido sometidas a una mastectomía.

En los últimos tiempos viene reflejándose en diversos medios de comunicación la reivindicación planteada por colectivos de mujeres mastectomizadas, para que se acorten los plazos de espera que presiden las intervenciones quirúrgicas de reconstrucción mamaria.

En esta Institución, en el curso de la queja de oficio 14/3235, sobre tiempos de respuesta asistencial en intervenciones quirúrgicas no cubiertas por la garantía de plazo, tuvimos conocimiento de que dicho procedimiento quirúrgico figura entre los veinticinco más frecuentes dentro de la categoría antes reflejada, y que el tiempo medio para su realización es de 431 días, permaneciendo en junio de 2014 un número de 450 pacientes pendientes de intervención.

En la resolución que con ocasión de dicho expediente emitimos a la Dirección General de Asistencia Sanitaria y Resultados en Salud del SAS, una vez considerados los argumentos expuestos por dicho ente directivo, reclamamos la práctica de este tipo de intervenciones en períodos de tiempo prudenciales, y específicamente señalamos que la complejidad, o la necesidad de varios tiempos quirúrgicos que se

argumentaban respecto de las intervenciones de reconstrucción mamaria, no debían posponer la práctica de las mismas, a la vista de su condición de complemento imprescindible del tratamiento del cáncer por el beneficio psicológico que conlleva la restauración de la imagen corporal.

Con posterioridad compareció en esta Institución la Asociación de mujeres mastectomizadas de Jerez, para darnos a conocer la situación padecida por las pacientes que penden de la práctica de esta operación en el hospital de dicha localidad, manifestando que con carácter general esperan en torno a los dos años, repercutiendo dicha demora en las posibilidades de normalización de sus vidas después de la enfermedad.

En este sentido nos explicaron que la implantación del expansor precisa sobre unos catorce meses, y que normalmente este permanece mucho más allá del tiempo científicamente recomendado, para ser sustituido por la prótesis unos ocho meses después.

El informe recibido de dicho centro hospitalario nos ha permitido conocer que existen diversas formas de practicar la reconstrucción: por medio de prótesis, que implica la previa colocación de expansor; o bien mediante colgajo abdominal o dorsal.

Así, dicho centro nos daba cuenta de la adopción de una serie de medidas destinadas a favorecer la eficiencia de la programación quirúrgica de cirugía plástica, lo que había permitido reducir la espera desde los tres a los dos años, en el plazo de pocos meses.

Pues bien, en la medida en que dicho tiempo nos sigue pareciendo dilatado, y a la vista de los testimonios de otras comparecientes que atribuyen un tiempo de espera similar en otros hospitales del SSPA, hemos decidido la iniciación de un expediente de queja de oficio, de conformidad con lo establecido en el art. 10.1 de la Ley 9/83, de 1 de diciembre, reguladora del Defensor del Pueblo Andaluz, y requerir a la Dirección General de Asistencia Sanitaria y Resultados en Salud del SAS el informe previsto en el art. 18.1 de aquella.

23-07-2017 CIERRE DE LA QUEJA DE OFICIO

Se establece plazo de garantía de respuesta a las intervenciones de reconstrucción mamaria postmastectomía.

La presente actuación de oficio se inició a fin de investigar la lista de espera quirúrgica para las intervenciones de reconstrucción mamaria que precisan las mujeres que han sido sometidas a una mastectomía.

Interesados ante la Administración sanitaria, se recibe informe dando respuesta a las Recomendaciones remitidas.

En general, por lo que hace a la agilización de los plazos para las operaciones, tanto en primera instancia, como las sucesivas que se hagan necesarias, consideramos aceptados los términos de nuestra resolución con el anuncio de elaboración, y más aún por la publicación, de la Orden que establece la garantía de plazo de respuesta para estos procedimientos.

Ahora bien, en lo que respecta a la cartera de servicios de los centros, y aunque la Administración se limitaba a constatar que existe claridad al respecto de la misma, considerando irrelevante la disponibilidad de especialistas en cirugía plástica, teniendo en cuenta que las pacientes que lo precisen pueden ser derivadas a los centros adecuados en función de la técnica que se vaya a utilizar; por nuestra parte manteníamos dudas, en la medida en que la información proporcionada por la Administración clasificaba entre las pacientes pendientes de intervención en hospitales que no cuentan con cirugía plástica en su cartera de servicios, algunas pendientes de procedimientos quirúrgicos complejos, que por tanto estaban llamados a ser realizados por dichos especialistas.

En esta tesitura además cobraba relevancia la denuncia efectuada por el colectivo de especialistas en

cirugía plástica sobre la realización de intervenciones de reconstrucción por profesionales que carecen de la competencia necesaria para ello.

De ahí que solicitáramos un informe aclaratorio de los procedimientos quirúrgicos que deben ser llevados a cabo por cirujanos plásticos y los que pueden practicarse por otros especialistas, reflejando conforme a dicho criterio los que se practican en cada centro del SSPA. En este punto también preguntamos por los conciertos suscritos a este fin y el ámbito de cobertura de los mismos, así como el número de derivaciones intercentros que por esta causa se ha llevado a cabo en los dos últimos años.

Pues bien, el nuevo informe recibido niega tajantemente que el tipo de intervención venga determinado por la cartera de servicios del hospital de referencia de la paciente, señalando que en caso de que este último no disponga de los especialistas que su intervención precisa, puede ser remitida al hospital más cercano que sí los posea.

Además, apunta que la determinación de la concreta intervención se lleva a cabo mediante un proceso de decisión consensuado con la paciente, que tiene en cuenta el tipo de tumor, sus características personales y sus deseos, a la vista de las posibilidades que presenta su caso.

En este sentido, se ofrecen datos correspondientes a los ejercicios 2015 y 2016 sobre número y porcentaje de pacientes intervenidas en los hospitales de referencia que cuentan con cirugía plástica y reparadora, que sin embargo pertenecen a otras áreas hospitalarias. Así de 866 intervenciones practicadas por dichos especialistas en 2015, 454 (52%) lo fueron de pacientes derivadas desde sus centros de referencia, ascendiendo dicho número a 549 (el 54%) de las 1016 intervenciones llevadas a cabo en el año 2016.

Por lo que hace a la clarificación de los procedimientos que se llevan a cabo por unos u otros profesionales, y por tanto en unos u otros centros hospitalarios, el informe apunta a la cartera de servicios de procedimientos que aparece publicada en la página web del SAS, a cuya consulta nos remiten.

De todas maneras, adjuntan cuadros recopilatorios de los que integran la cartera de servicios de cirugía plástica y reparadora, con expreso señalamiento de los procedimientos que solamente se practican por estos especialistas, e igualmente de los que pueden llevarse a cabo indistintamente por varios profesionales.

Por nuestra parte subsisten algunas dudas en cuanto a los aspectos que determinaron la solicitud del informe aclaratorio, pues aún cuando constatamos la existencia de derivaciones a hospitales de referencia para intervenciones que se practican exclusivamente por cirujanos plásticos, se sigue sin explicar que existan pacientes pendientes de este tipo de intervenciones en hospitales que en principio no cuentan con dichos especialistas.

Por otro lado, también advertimos procedimientos que figuran en la cartera de servicios de cirugía plástica como exclusivos de la especialidad (por ejemplo mastectomía subcutánea unilateral con implantación simultánea, código 85.33), que también figuran en las carteras de ginecología y cirugía general con posibilidad de ser realizados indistintamente por varias especialidades.

En todo caso, por lo que hace al objetivo fundamental que perseguíamos con la tramitación de esta queja tenemos que considerar que nuestras recomendaciones se han aceptado, sin perjuicio de que tanto los tiempos de respuesta, como el resto de las cuestiones que analizamos, puedan continuar siendo valorados en cada caso concreto.

Recomendamos medidas y mejoras de plazos de la lista de espera quirúrgica de reconstrucción mamaria

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 16/0714 dirigida a Consejería de Salud. Servicio Andaluz de Salud. Dirección General de Asistencia Sanitaria y Resultados en Salud

- 04 Julio 2016

Queja iniciada de oficio para valorar los tiempos de respuesta para las intervenciones quirúrgicas de reconstrucción de mamas tras mastectomias.

ANTECEDENTES

En los últimos tiempos ha venido reflejándose en diversos medios de comunicación la reivindicación planteada por colectivos de mujeres mastectomizadas, para que se acorten los plazos de espera que presiden las intervenciones quirúrgicas de reconstrucción mamaria.

En esta Institución, en el curso de la queja de oficio 14/3235, sobre tiempos de respuesta asistencial en intervenciones quirúrgicas no cubiertas por la garantía de plazo, tuvimos conocimiento de que dicho procedimiento quirúrgico figuraba entre los veinticinco más frecuentes dentro de la categoría antes reflejada, y que el tiempo medio para su realización era de 431 días, permaneciendo en junio de 2014 un número de 450 pacientes pendientes de intervención.

En la resolución que con ocasión de dicho expediente emitimos a esa Dirección General, una vez considerados los argumentos expuestos por ese ente directivo, reclamamos la práctica de este tipo de intervenciones en períodos de tiempo prudenciales, y específicamente señalamos que la complejidad, o la necesidad de varios tiempos quirúrgicos que se argumentaban respecto de las intervenciones de reconstrucción mamaria, no debían posponer la práctica de las mismas, a la vista de su condición de complemento imprescindible del tratamiento del cáncer por el beneficio psicológico que conlleva la restauración de la imagen corporal.

Con posterioridad compareció en esta Institución la Asociación de mujeres mastectomizadas de Jerez, para darnos a conocer la situación padecida por las pacientes que penden de la práctica de esta operación en el hospital de dicha localidad, manifestando que con carácter general esperan en torno a los dos años, repercutiendo dicha demora en las posibilidades de normalización de sus vidas después de la enfermedad.

Así, dicho centro nos daba cuenta de la adopción de una serie de medidas destinadas a favorecer la eficiencia de la programación quirúrgica de cirugía plástica, lo que había permitido reducir la espera desde los tres a los dos años, en el plazo de pocos meses.

Pues bien, en la medida en que dicho tiempo nos seguía pareciendo dilatado, y a la vista de los testimonios de otras comparecientes que atribuían un tiempo de espera similar en otros hospitales del SSPA, decidimos la iniciación de un expediente de queja de oficio, de conformidad con lo establecido en el art. 10.1 de la Ley 9/83, de 1 de diciembre, reguladora del Defensor del Pueblo Andaluz, y requerir a esa Dirección General el informe previsto en el art. 18.1 de aquella.

En este sentido preguntamos qué hospitales del SSPA realizan este tipo de intervenciones, qué pasos conlleva el proceso de reconstrucción en cada caso, qué momento temporal se toma como punto de referencia para el cómputo de los plazos, y cómo se organizan las esperas sucesivas.

También solicitamos datos sobre tiempos medios de espera para cada una de las fases del proceso quirúrgico en cada uno de los hospitales que llevan a cabo estas intervenciones, correspondientes al ejercicio de 2015, con indicación de los pacientes que estuvieran pendientes de cada tiempo quirúrgico en cada uno de ellos.

En último término nos interesamos por la reconstrucción simultánea a la mastectomía, y la intención de esa Administración en relación con el contenido de la proposición no de ley que sobre este tema se ha aprobado en el Parlamento.

Pues bien el documento remitido para dar cumplimiento a nuestra solicitud contiene las siguientes aportaciones:

1.- Además del código CIE 85.70: Reconstrucción total de mama NEOM, que se incluía en el listado que requerimos en el expediente de queja 14/3235 (los veinticinco procesos más frecuentes que no están cubiertos por la garantía de plazo de respuesta quirúrgica), existen otros veinticinco procedimientos quirúrgicos que se pueden englobar dentro del proceso de reconstrucción de la mama, en cada uno de los distintos tiempos quirúrgicos (primeros, segundos o terceros), y que se insertan en un cuadro que se adjunta.

2.- Existen dos grupos de hospitales que llevan a cabo cirugía reconstructiva de la mama, los que incluyen en su cartera de servicios la Cirugía Plástica y Reparadora, que pueden llevar a cabo todas las técnicas (prótesis, colgajos, injertos,…); y los que carecen de dicha especialidad, que solamente realizar las técnicas menos complejas (reconstrucción con prótesis), que se llevan a cabo por cirujanos generales o ginecólogos expertos en cirugía de la mama.

3.- El proceso de reconstrucción de la mama puede implicar diversos pasos o tiempos quirúrgicos que varían en función de la técnica empleada.

Así hay reconstrucciones heterólogas, que tienen como mínimo tres tiempos quirúrgicos: colocación del expansor, extracción y sustitución por la prótesis, y reconstrucción del pezón; autólogas, que se componen al menos de dos tiempos quirúrgicos: reconstrucción mediante colgajo o injerto y reconstrucción del pezón; y mixtas, que implican también al menos dos tiempos: reconstrucción mediante colgajo o injerto con colocación de prótesis y reconstrucción del pezón.

4.- Como ya se ha señalado los pasos enumerados se consideran mínimos, pues pueden ser necesarios otros según cada caso, dependiendo de la aparición de complicaciones, que pueden ser secundarias a cualquier tipo de cirugía (infección, hematoma, seroma, cicatriz queloide…) o específicas de este tipo de intervenciones: hernias abdominales, debilidad muscular, asimetría en el tamaño y forma de los senos, en el caso de la reconstrucción con colgajos o injertos; así como fallos del implante (de la válvula del expansor, rotura, contractura capsular), cuando la reconstrucción se realiza con prótesis.

5.- En el proceso de reconstrucción de la mama se lleva a cabo una inscripción en el registro de demanda quirúrgica de cada intervención que se indica, con su procedimiento correspondiente (código CIE 9-MC), y con independencia del tiempo quirúrgico al que pertenezca, computándose la espera desde la fecha en la que aquella se lleva a cabo.

6.- El plazo de espera entre los distintos tiempos quirúrgicos depende de muchos factores: el tipo de procedimiento realizado, la necesidad de recibir tratamiento adyuvante de quimioterapia o radioterapia, la situación clínica de la paciente, el estado de los tejidos, ... de manera que se lleva a cabo por los especialistas una planificación personalizada, que con arreglo a las circunstancias de cada caso concreto, marque el momento más indicado para la práctica de cada una de las intervenciones que conforman el proceso reconstructivo.

En todo caso se acompaña cuadro explicativo de los tiempos medios de respuesta de cada procedimiento quirúrgico, con referencia al 26.2.2016, con indicación del número de pacientes que por entonces estaba pendiente de cada uno de ellos, así como su detalle en relación con cada centro hospitalario.

7.- La reconstrucción inmediata se considera una buena opción para estadios tempranos de la enfermedad, pero resulta contraindicada cuando la paciente es subsidiaria de tratamiento de radioterapia, por lo que se constituye en una opción más a valorar conjuntamente entre el facultativo y la paciente, que en los últimos años ha significado aproximadamente un 24% del total (355 pacientes de las 1.546 mastectomizadas en el periodo julio 2013-junio 2014, y 352 de las 1.469 que lo fueron en el interanual julio 2014.junio 2015), teniendo en cuenta en la mayoría de los casos aquella consistió en la inserción del expansor.

8.- Se prevé que los procedimientos de reconstrucción secundarios a cáncer de mama estén sujetos a garantía de plazo de respuesta quirúrgica a lo largo de este año. Para ello se ha constituido un grupo de trabajo (cirujanos plásticos, cirujanos generales, ginecólogos y oncólogos) que definirán los procedimientos a los que se aplicará la garantía, entre otros cometidos.

CONSIDERACIONES

Ya hemos mencionado el motivo que ha llevado a esta Institución a iniciar este expediente de oficio, persiguiendo por nuestra parte con su tramitación la valoración de los tiempos que preside este proceso quirúrgico, y la comprobación del alcance de las denuncias de las afectadas, así como la promoción y el apoyo de cualquier medida que pueda contribuir a la reducción de aquellos.

Ciertamente nos encontramos con un elemento añadido de complejidad, que no se presenta en otros expedientes relacionados con listas de espera quirúrgica, y es que no estamos ante un solo procedimiento, que se corresponda con un único plazo de demora, lo cual nos permitiría comparaciones en términos absolutos (con el plazo razonable determinado por la garantía de respuesta, entre distintos centros...).

La reconstrucción de mama tras la extirpación total o parcial de la misma se configura como un proceso sumamente complejo que se desarrollla en diversas fases, en cada una de las cuales pueden llevarse a cabo uno o varios procedimientos quirúrgicos, de manera que los tiempos que se contabilizan para acceder a los mismos a veces se solapan.

A fin de comprender con mayor claridad este aspecto hemos accedido a la codificación CIE-9-MC en relación con “Enfermedades de piel, tejido subcutáneo y de la mama” en edición de ese mismo Organismo.

En la misma se relacionan las distintas técnicas quirúrgicas para la reconstrucción de las mamas, en correspondencia con la explicación ofrecida en el informe administrativo, a saber mediante colgajo miocutáneo, con prótesis o implante mamario, y con prótesis más expansor.

Así se refiere que la reconstrucción de mama con tejido natural, emplea músculo, piel y grasa de otra parte del cuerpo, existiendo distintas técnicas quirúrgicas en función del tipo de colgajo usado, las cuales se clasifican en los números 85.71 a 85.76, quedando el código 85.70 Reconstrucción total de la mama NEOM, para cuando no se especifica el método empleado, y el 85.79 Otra reconstrucción total de la mama, para los casos residuales que no se incluyan en los anteriores.

El colgajo puede incluir músculo y conservar o no los vasos sanguíneos (TRAM pediculado o libre, y dorsal

ancho), o puede transportar únicamente piel y grasa, preservando el músculo y su inervación (DIEP libre, SIEA libre y GAP libre).

La reconstrucción con implantes puede llevarse a cabo en el mismo acto quirúrgico que la mastectomía (códigos 85.33 y 85.35) o en un acto quirúrgico posterior (códigos 85.53 y 85.54).

Como se ha reseñado el implante puede realizarse en dos fases, siendo precedido por la colocación de un expansor (código 85.95) que se va rellenando, y que después se retira en una segunda intervención (código 85.96) para la colocación del implante definitivo.

La reconstrucción del pezón y la areola se configura como parte integral del plan quirúrgico de toda reconstrucción mamaria, según el manual de codificación que estamos comentando, y se suele llevar a cabo en otro tiempo quirúrgico, cuando se puede determinar de forma más adecuada su posición, pudiendo clasificarse como Otra reparación o reconstrucción del pezón (código 85.87).

Además hay que traer a colación las intervenciones con colgajos de piel (injertos de grosor parcial o total en la piel de la mama, códigos 85.82 y 85.83) o de músculo (código 85.85), para tratar deformidades o secuelas en la cirugía conservadora de la mama (extirpación de más del 20% de volumen, resección en los cuadrantes inferiores, radioterapia adicional,…), y las que pueden resultar precisas en la mama contralateral, a fin de obtener la mayor simetría posible, mediante aumento (con implante o inyección), reducción, o elevación.

Pues bien la mayoría de estos procedimientos se contemplan en el cuadro de demoras medias que se incluye como tabla 3 del informe emitido por esa Dirección General, aunque como ya hemos referido, por la posible reunión de varios de ellos en un mismo acto quirúrgico, o por el contrario, su utilización en otro contexto operatorio (por ejemplo la extracción del expansor puede realizarse simultáneamente a la colocación del implante, o bien obedecer a defectos en el mismo), resulta difícil extraer conclusiones.

Por eso, prescindiendo de las intervenciones relacionadas con las complicaciones que pudieran aparecer, los casos de cirugía conservadora, o el tratamiento de la mama contralateral, nos vamos a fijar a la hora de nuestro análisis en los dos procedimientos tipo que con mayor frecuencia se vienen sucediendo, y que se corresponden con el esquema de intervención que esa misma Administración nos ha trasladado.

Es decir nos centramos en aquellas pacientes que han sufrido una mastectomía y a las que se reconstruye el seno con colgajo de tejido propio, o con prótesis precedida de extensor, precisándose en ambos casos la reconstrucción del pezón.

Lo anterior no nos permite obviar, tras la mera consulta del cuadro de tiempos medios, que aunque la indicación de reconstrucción total de la mama sin especificación de la técnica empleada (código 85.70), no es desde luego la única que se relaciona con el proceso de reconstrucción mamaria, sí es la más utilizada, permaneciendo al tiempo de consulta de los datos por esa Administración, un total de 297 pacientes a la espera de su realización, por un período medio de 390 días.

Por lo demás la reconstrucción con colgajo implica una espera que oscila entre los 260 y los 630 días en su primera fase quirúrgica, cifrándose los más frecuentes (Diep y dorsal ancho) en 296 y 301 días respectivamente.

A este período habría que sumar el correspondiente a la reparación del pezón, la cual implica una demora media de 289 días, por lo que en total el conjunto del proceso se sitúa al borde de los 600 días.

Por su parte la reconstrucción con prótesis precisaría un tiempo medio de 303 días para la inserción del expansor, 285 para la implantación de la prótesis (si es unilateral), y de nuevo 289 días para la reparación del pezón, representando la suma de plazos una espera aproximada de 877 días.

Se señalan por esa Administración diversos factores con incidencia en el proceso y marcada repercusión

en los tiempos, pero algunos se refieren a complicaciones que determinan otras intervenciones, las cuales vienen marcadas por sus propios tiempos de espera (revisión o extracción de implante, o extracción de expansor), mientras que otros, derivados de los tiempos necesarios con carácter general para la recuperación de las intervenciones previas, no justificarían en medida alguna los plazos que se barajan para los tiempos quirúrgicos sucesivos.

En definitiva, una vez transcurrido el plazo que marca la lista de espera para acceder al primer tiempo quirúrgico, y con independencia de las técnicas que implique el mismo, así como de la necesidad de inscribir las intervenciones posteriores en el registro de demanda quirúrgica; lo cierto es que los pasos quirúrgicos sucesivos deberían realizarse en cuanto las circunstancias concretas de las pacientes lo permitieran, pero por mucho que esa Administración aluda a planificaciones personalizadas, de cuya existencia no dudamos, el análisis de los datos sobre tiempos medios de espera no nos permite pensar que aquellas resulten determinantes de los tiempos sucesivos.

Y es que las fuentes que hemos podido consultar predican con carácter general que el pecho está preparado con vistas a un implante, entre seis semanas y seis meses después de la mastectomía, y cifran en un período de tres a cuatro meses, el tiempo necesario para que el seno haya sanado después de la cirugía, con el fin puesto en la reconstrucción del pezón. Por otro lado el propio manual de codificación consultado alude al llenado del expansor con suero fisiológico durante dos o tres meses, y el informe remitido desde esa Dirección General menciona la recomendación de retirada del expansor contenida en la ficha técnica del producto, cuando el médico lo estime oportuno, en un espacio de tiempo comprendido entre 1 y 8 meses aproximadamente, pudiendo aparecer molestias o incluso llegarse a la encapsulación del expansor, si los plazos referidos se superan.

Estos tiempos de recuperación entre etapas, siempre generales y al margen de otras posibles complicaciones, distan mucho de los que marcan los procedimientos quirúrgicos a realizar en las segundas y terceras fases, de manera que lejos de soportar un único tiempo de espera para la cirugía que precisan, ya de por sí elevado y suficientemente apartado de lo que por obra de la normativa de garantía de respuesta de plazo hemos venido a considerar como plazo razonable (180 días); estas pacientes se ven obligadas a aguardar dos o tres plazos más, derivados de los tiempos que se hacen necesarios para acceder a los procedimientos quirúrgicos que van a completar todo el proceso.

Hasta ahora solo en los procedimientos quirúrgicos que afectan a miembros u órganos pares (insuficiencia venosa de miembros inferiores, tunel de carpo, cataratas,…), nos habíamos encontrado con la necesidad de soportar sendas listas de espera, en la medida en que la inclusión en la misma afecta a un solo miembro, de manera que cuando el mismo se interviene debe retomarse el circuito según protocolo para la valoración de la técnica quirúrgica en el otro.

En el ámbito quirúrgico que estamos considerando sin embargo podrían intervenirse simultáneamente las dos mamas, pero aún cuando la valoración de las distintas fases del proceso que implica la reconstrucción pueda anticiparse en su mayor parte, las pacientes se ven sometidas a una doble o triple lista de espera, las cuales excediendo de los tiempos que se hacen necesarios para la recuperación de las operaciones precedentes, vienen fundamentalmente determinadas por los que se hacen precisos para llevarlas a cabo en el marco de la organización asistencial, atendiendo a los medios personales y materiales que inciden en su práctica.

En este punto cabría reproducir las argumentaciones que en relación con los plazos que presiden las intervenciones no sujetas a garantía de tiempo de respuesta, incluimos en la resolución emitida con ocasión de la queja 14/3235.

Muy resumidamente, comprendemos que sea necesaria la racionalización del uso de los quirófanos y la priorización de las intervenciones urgentes junto a las recogidas en la normativa sobre garantía de plazo de respuesta quirúrgica, pero pensamos que aún cuando las intervenciones no cubiertas por la garantía pudieran demorarse más allá del plazo establecido para aquellas, deben tener un límite razonable, pues si

bien como ya hemos dicho consideramos comprensibles determinadas demoras para acceder a las prestaciones sanitarias no urgentes, en el marco de un sistema presidido por los principios de universalidad y gratuidad, estimamos también que las mismas no son concebibles si superan unos límites tolerables médica y personalmente, en cuyo caso se produce una verdadera desasistencia.

Las razones por la que los tiempos que actualmente presiden la reconstrucción de la mama no pueden entenderse razonables, ya las avanzamos en el expediente de queja aludido, y se vinculaban a la integralidad que se predica del tratamiento del cáncer de mama.

Mucho se ha escrito sobre la repercusión psicológica derivada de la distorsión de la imagen corporal que sufren las pacientes: "si las mamas son tan valoradas y estimadas no sólo por quien las posee, la mujer, sino por toda la sociedad, su privación forzosamente acarreará un impacto emocional difícil de superar, aunque no imposible, en la paciente y en las personas de su entorno. La convulsión psicológica causada por la cirugía radical de la mama es diferente a la de cualquier otro tratamiento contra el cáncer y afecta a algo que es distintivo de feminidad, a la autoestima, a la percepción de la propia imagen y a la sexualidad, además del impacto causado por la propia enfermedad" (Reconstrucción mamaria y beneficio psicológico- Anales del Sistema Sanitario de Navarra).

No es de extrañar por tanto que en esta tesitura se venga a reclamar un paso más por parte de las afectadas, el cual conllevaría la inclusión de este tipo de intervenciones entre las que deben ser realizadas dentro de un período de tiempo preestablecido, reconociendo de esta manera su relevancia, y posicionándolas en el lugar que entendemos corresponde.

En este orden de cosas no podemos sino felicitarnos por la aprobación unánime de la propuesta que se ha realizado en el Parlamento en este sentido, y de la intención de esa Administración de dar cumplimiento a la misma en un plazo breve.

Ahora bien, a nuestro modo de ver, y aunque el reconocimiento de un plazo máximo de garantía para llevar a cabo los procedimientos que conforman los primeros tiempos quirúrgicos significaría sin duda un avance; la situación expuesta demanda que la garantía se proyecte igualmente sobre el resto de las fases, considerando por nuestra parte que las posibles complicaciones del proceso asistencial, o los tiempos necesarios de recuperación tras una intervención quirúrgica y antes de la siguiente, tienen encaje apropiado en las posibilidades que con toda seguridad ofrece la aplicación para la gestión de la demanda (situación de no programable, necesidad que reevaluación clínica,…) y que conllevan la suspensión del plazo.

No quisiéramos concluir sin mencionar, en otro orden de cosas, la aparente contradicción que observamos en la información proporcionada sobre los centros que realizan estas intervenciones, y las técnicas que se emplean en cada uno, lo que se hace depender de la presencia en la cartera de servicios de la especialidad de Cirugía plástica y reparadora.

Así mientras el hospital de Jerez de la Frontera aparece en el segundo grupo de centros, que no cuenta con dichos profesionales, el informe remitido por su Dirección Gerencia en la tramitación de la queja 15/2182 argumenta precisamente el incremento de la jornada del segundo cirujano plástico del hospital (del 75 al 100%) como medida para tratar de dar solución a la problemática planteada por la demora en estos casos, contabilizándose la misma, junto al aumento del tiempo de quirófanos, y la concertación, entre las causas que han motivado la reducción del plazo global (de tres a dos años).

Pero es que el desglose de tiempos por procedimientos quirúrgicos correspondientes a cada hospital, permite comprobar cómo centros que en principio no disponen de Cirugía plástica y reparadora (Algeciras, Jaén) llevan a cabo intervenciones que se han calificado por esa Administración como complejas (colgajo miocutáneo dorsal ancho), e igualmente practican (también el hospital de Almería) la tipología codificada como 85.70 (reconstrucción total mama NEOM), que aunque por concepto implica la falta de especificación del método (tipo de colgajo), se incluye en el manual de codificación entre las que implican

el empleo de tejido natural.

Esta circunstancia nos lleva a pensar que o bien estos centros a pesar de todo también cuentan con algún cirujano plástico, o que operaciones en principio más complejas (distintas de los implantes) se realizan por otro profesionales (cirujanos generales, ginecólogos) que en la dicción de esa misma Administración, en principio no están llamados a realizarlas.

No podemos dejar de poner en relación este aspecto con las manifestaciones de responsables de la Sociedad Española de Cirugía Plástica y Reparadora (SECPRE), que recientemente han saltado a los medios de comunicación, y que precisamente se centran en la realización de las intervenciones relacionadas con el proceso de reconstrucción de las mamas por facultativos que no tiene la suficiente preparación, achacando a esta circunstancia el riesgo de complicaciones y resultados deficientes, así como la generación de desigualdades interprovinciales en la atención que reciben las pacientes.

Sin criterios para discutir la competencia técnica en cada caso, pero a la vista de los cuadros que reflejan las pacientes pendientes de cada tipo de intervención y el tiempo medio de demora de las mismas en cada centro hospitalario, nos preguntamos hasta qué punto la elección de la técnica quirúrgica depende de las circunstancias de la paciente, o por el contrario está condicionada por la cartera de servicios de su hospital de referencia (por ejemplo los colgajos microquirúrgicos casi se circunscriben a los hospitales sevillanos).

Las consideraciones expuestas nos permiten realizar a esa Dirección General de Asistencia Sanitaria y Resultados en Salud, de acuerdo con lo previsto en el art. 29.1 de la Ley 9/83, de 1 de diciembre, reguladora del Defensor del Pueblo Andaluz, las siguientes

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO DE DEBERES LEGALES, por considerar incumplidos los siguientes preceptos:

- De la Constitución Española: art. 43.1
- Del Estatuto de Autonomía de Andalucía: art. 31.
- De la Ley 9/2007, de 22 de Octubre, de Administración de la Junta de Andalucía: Art. 5 d)

RECOMENDACIÓN 1: Que para la superación de las situaciones de larga espera que acompañan las intervenciones quirúrgicas que implican el proceso de reconstrucción de las mamas tras la mastectomía, se adopten las medidas organizativas y asistenciales precisas para la satisfacción de la demanda, de tal manera que las afectadas disfruten del efectivo reconocimiento del derecho a la protección de la salud que establece el art. 43 de la Constitución

RECOMENDACIÓN 2: Que una vez transcurrido el tiempo de espera previsto para los procedimientos que determinan la primera fase quirúrgica, los que integran el resto de las fases se lleven a cabo en los plazos que estrictamente imponga la recuperación de los primeros, y no se traduzcan en listas de espera sucesivas, vinculadas a las circunstancias de la organización asistencial.

RECOMENDACIÓN 3: Que se clarifique el tipo de intervención que se puede llevar a cabo en función de la cartera de servicios de los centros (disponibilidad de especialistas en cirugía plástica y reparadora), y que la elección de las técnicas quirúrgicas en relación con un caso concreto no venga condicionada por aquella en el hospital de referencia de la paciente.

RECOMENDACIÓN 4: Que se contemplen plazos de garantía de respuesta para los procedimientos quirúrgicos que conforman las diferentes fases del proceso de reconstrucción, con independencia de que las posibles complicaciones del mismo y los tiempos de recuperación entre aquellas puedan determinar situaciones de suspensión de los mismos.

Ver asunto solucionado o en vías de solución.

Ver cierre de actuación de oficio.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Reclamamos que la calle Eustaquio Barrón vuelva a su denominación original: Eustaquia Barrón

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 16/1655 dirigida a Ayuntamiento de Sevilla

- 07 Abril 2017

El Defensor del Pueblo Andaluz solicita al Ayuntamiento de Sevilla que presente una proposición al Pleno municipal para el cambio de denominación de la Calle "Eustaquio Barrón" devolviendo a la misma su denominación original de Calle "Eustaquia Barrón".

ANTECEDENTES

I.- El interesado exponía que en fecha 3 de julio de 2014, presentó escrito ante el Ayuntamiento de Sevilla (Servicio de Estadística), instando la rectificación de error material producido en el nomenclátor del Callejero de la ciudad, proponiendo el cambio de denominación de la calle Eustaquio Barrón, por la de calle Eustaquia Barrón.

Según relataba el interesado como resultado de una investigación relacionada con la Casa Palacio de El Pumarejo había accedido a documentación que acreditaba que la denominación de la calle fue originalmente la de Eustaquia Barrón (en femenino) desconociendo la razón por la que con el transcurso del tiempo pasó a denominarse Eustaquio Barrón (en masculino).

II. Solicitado el oportuno informe al Ayuntamiento de Sevilla por el mismo se nos indica que, tras una búsqueda por los archivos municipales, habían podido acreditar que, efectivamente, la denominación original de la calle fue la de Eustaquia Barrón (en femenino), apareciendo con tal denominación en diversos documentos el último de los cuales databa de 1892. Posteriormente, en un documento oficial del Ayuntamiento datado en 1923 y relacionado con un proyecto de obras de alcantarillado aparece ya la calle con la denominación Eustaquio Barrón (en masculino), posiblemente como consecuencia de un simple error, denominación que se repite a partir de esa fecha en todos los documentos consultados. Error que nunca había sido contestado pese a haberse manifestado público y notorio durante casi un siglo.

Añadía el Ayuntamiento que, de acuerdo con lo establecido en el texto de la Ordenanza Reguladora de la Nominación y Rotulación de Calles, debería mantenerse el nombre consolidado por el uso durante tan dilatado tiempo, en aras del interés público.

CONSIDERACIONES

Primera.- El principio universal y el derecho a la igualdad de sexo.

La igualdad entre mujeres y hombres es un principio jurídico universal reconocido en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 1979 y ratificada por España en 1983.

La igualdad es, asimismo, un principio fundamental en la Unión Europea. Desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, el 1 de mayo de 1999, la igualdad entre mujeres y hombres y la eliminación de las desigualdades entre unas y otros son un objetivo que debe integrarse en todas las políticas y acciones de la Unión y de sus miembros.

En la Constitución el articulo 14 proclama el derecho a la igualdad, sin discriminación por razón de sexo.

Finalmente el Estatuto de Autonomía para Andalucía, aprobado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo estableció en su articulo 15 al respecto del derecho a la igualdad: «Se garantiza la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos».

Una de las manifestaciones más claras de la situación de desigualdad que históricamente ha padecido la mujer es la diferencia de trato de la misma respecto de los hombres en cuanto al reconocimiento público por sus actos o sus méritos. Basta con repasar los libros de Historia para comprobar el escaso número de mujeres que han merecido un hueco en sus páginas, pese a que fueron muchas las que acreditaron méritos para ello. Un olvido que contrasta con la abrumadora presencia de hombres, citados siempre como artífices y protagonistas del devenir histórico de pueblos y naciones.

Es cierto que en los últimos tiempos se vienen acometiendo diversas medidas que pretenden reparar en alguna forma esta injusticia histórica, no obstante, pese a ello, el reconocimiento público a aquellas mujeres que marcaron nuestra historia sigue siendo anecdótica en nuestras ciudades, como lo demuestra su escasa presencia en estatuas, monumentos o en el nomenclátor de calles y plazas.

Viene esta digresión al caso por la cuestión planteada en la presente queja cuyo promotor denunciaba la falta de respuesta del Ayuntamiento de Sevilla al escrito remitido al mismo instando la rectificación del error material ya expuesto, con cierta incidencia o relevancia en la materia jurídica que referimos.

Segunda.- La normativa municipal: Ordenanza Reguladora de la Nominación y Rotulación de las Calles.

Respecto de la solicitud de cambio de denominación de la calle para que recupere el nombre original, el Ayuntamiento no se muestra partidario de tal opción por aplicación de lo dispuesto en el art. 8.3 de la Ordenanza reguladora del nomenclátor, que estatuye que «se mantendrán los nombres actuales que se hayan consolidado por el uso popular».

A este respecto, aducen que el cambio de nombre -probablemente debido a un error- no había sido objeto de contestación, pese a ser público y notorio, por lo que, por razones de interés público, estiman oportuno aplicar lo dispuesto en la citada Ordenanza.

Ciertamente no podemos calificar la respuesta del Ayuntamiento como arbitraria o infundada ya que la misma cuenta con un evidente soporte normativo y una adecuada motivación, no obstante, no podemos dejar de preguntarnos si hubiese resultado tan pacífico y exento de contestación el cambio en el nomenclátor si hubiese sido al revés, pasando de una denominación masculina a una femenina.

Del mismo modo, nos cuestionamos en qué medida la impronta machista de la sociedad de la época influyó en la falta de respuesta ante este cambio y en la propia comisión del error administrativo del que derivó dicho cambio.

En este sentido, nos preguntamos qué grado de contestación tendría ahora una decisión municipal que implicase reparar esta injusticia histórica devolviendo a la calle su nombre original, en femenino. La única manera de saberlo es haciendo la prueba.

Por todo lo anterior y, en virtud de lo establecido en el art. 29 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, consideramos conveniente formular a la Alcaldía Presidencia del Ayuntamiento de Sevilla la siguiente

RESOLUCIÓN

SUGERENCIA en el sentido se adopte iniciativa sobre la base de la solicitud ya existente para la proposición al Pleno municipal de un Acuerdo para el cambio de denominación de la Calle “Eustaquio Barrón” devolviendo a la misma su denominación original de Calle “Eustaquia Barrón”.

Ver asunto solucionado o en vías de solución.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

---

defensor del pueblo Andaluz

El pleno municipal votará que la calle Eustaquio Barrón vuelva a su denominación original: Eustaquia Barrón

Queja número 16/1655

- 29 Agosto 2017

La Alcaldía acepta proponer al Pleno la adopción de acuerdo conteniendo el cambio de denominación de calle propuesto.

El Defensor del Pueblo Andaluz formulaba resolución ante el Ayuntamiento de Sevilla, sugiriendo se presente una proposición al Pleno municipal para el cambio de denominación de la Calle "Eustaquio Barrón" devolviendo a la misma su denominación original de Calle "Eustaquia Barrón".

Al efecto se recibe informe administrativo por el que se nos indica la aceptación de la Resolución.

En consecuencia, damos por concluidas nuestras actuaciones en el presente expediente de queja.

Le conceden la ayuda económica para el pago del alquiler a mujer víctima de violencia de género

Queja número 17/0245

- 31 Enero 2018

La interesada exponía que en el año 2013 entró por primera vez en un centro de acogida junto a sus hijos debido a los malos tratos que recibía, divorciándose del padre de sus hijos.

Tras salir del centro de acogida hasta finales del pasado año 2016 se vio en la necesidad, ante su falta de recursos económicos, de volver al domicilio que compartía con su agresor ya que la vivienda era de su madre, y debido a que la situación de malos tratos se mantenía se iba con sus hijos a otra vivienda de alquiler o de ocupa hasta que de nuevo no le quedaba otra opción que volver. Hasta que la situación se volvió ya insostenible y abandonó la casa, marchándose junto a una amiga con la que compartía piso, hasta que hubo otro episodio de violencia, motivo por el que tuvo que marcharse.

Acudió a los Servicios Sociales Comunitarios, que la derivaron al Alcalde y éste a los Servicios Sociales. También acudió al Centro de Información de la Mujer para informarse si existía alguna ayuda que le pudiera corresponder como victima de violencia de género, le informaron sobre la RAI y aunque decía que se la estaban gestionando, mencionaba que aún no había firmado ninguna solicitud al respecto.

Solicitamos informe al Ayuntamiento, respondiendo que tras el último episodio se le explicó de nuevo que no disponían de viviendas en aquellos momentos por lo que se le propuso la posibilidad de que ella buscase una vivienda de alquiler pudiéndole ayudar con la fianza y el alquiler durante unos meses, pero rechazó esa opción.

En enero de 2017 se le concedió una Ayuda Económica de 70 € en concepto de alimentos. En febrero , dado que aún no había recibido el pago del Salario Social, se contactó con la Delegación Provincial de Málaga resultando que habían recibido la devolución de los pagos correspondientes a los meses de agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre faltando el mes de enero, debiendo la interesada enviar nueva cuenta bancaria y autorización del cambio de la misma; así lo hizo y recibió pago de 3380,88 € el día 10 de febrero.

En abril se acordó con la interesada que debía encontrar un alquiler asequible recibiendo apoyo económico municipal durante unos meses y mientras conseguía un alquiler se gestionó con un hostal el alojamiento de ella y sus hijos. Decían que la interesada manifestó que el día 10 de abril empezaría a percibir la RAI.

En vista de lo anterior, considerando solucionada la situación planteada, dimos por concluidas nuestras actuaciones.

Mediamos ante el banco para un alquiler social para una madre con 3 hijos que iba a ser desahuciada

Queja número 16/3256

- 26 Junio 2017

Se llega a un acuerdo de alquiler social satisfactorio para las partes.

La interesada manifestaba que era madre divorciada con tres hijos menores de edad, que convivían con ella, a su exclusivo cargo, dado que su ex-marido no abonaba de forma regular la pensión alimenticia a la que le obligaba la sentencia de divorcio. Ella no trabajaba ni percibía ingresos de otra naturaleza, por lo que la hipoteca de la vivienda acumulaba saldo negativo, con al menos cinco cuotas impagadas.

La razón por la cual ella venía haciendo frente a la hipoteca de este inmueble era porque siempre había sido el domicilio familiar, si bien por razones de oportunidad en un momento dado el mismo se cambió de titular, a su ex-marido, quien aparecía como propietario, pero quien no había abonado en ningún momento ni recibos del préstamo ni impuestos de ninguna naturaleza que recayeran sobre la propiedad, los cuales habían sido afrontados en todo momento por la interesada.

El impago de las últimas cuotas habían originado molestias al titular formal del inmueble y habiéndosele requerido con aviso de posible embargo, las relaciones entre las familias se habían deteriorado y, al parecer, había llegado información del lanzamiento de la interesada de la citada vivienda, puesto que no podía probar título jurídico alguno que la vinculase a la vivienda en la fecha actual.

Solicitaba la intervención de esta Institución a los efectos de lograr un posible acuerdo que aceptase una moratoria en los pagos y que le permitiera permanecer en ese domicilio hasta finales de 2017, cuando ella y sus hijos podrían mudarse a una vivienda familiar que quedara desocupada o al menos tendrían la oportunidad de recomponer su situación económica tan delicada en esos momentos.

Al tratarse la entidad Banco Mare Nostrum de una empresa privada, en principio, el asunto planteado quedaba excluido de nuestro ámbito de supervisión. Sin embargo, teniendo en cuenta las circunstancias personales y económicas de la interesada, consideramos oportuno dirigirnos a esa Entidad a fin de ponerle de manifiesto las citadas circunstancias solicitándole que se tomasen en consideración, antes de adoptar alguna decisión en relación con la deuda que mantenía con esa entidad, o, en su caso, propusieran cualquier otra solución alternativa que evitase el desalojo del inmueble que constituía el domicilio familiar.

En su respuesta, Banco Mare Nostrum recogía la propuesta de que la interesada continuase residiendo en la vivienda con su familia hasta el 31 de diciembre de 2017, formalizando a estos efectos un contrato de arrendamiento por un importe de 375€ mensuales, debiendo estar avalado el importe total de la renta.

Comoquiera que en conversación telefónica la interesada nos manifestó la imposibilidad de hacer frente a un alquiler por dicho importe, circunstancia corroborada por la declaración de IRPF de 2015 que nos había remitido, acordamos solicitar a la entidad financiera que, en la medida de lo posible, reconsiderase los términos de la propuesta de acuerdo, bajo la premisa de asegurar la viabilidad del mismo.

La entidad financiera nos informó que tras varias reuniones mantenidas con la interesada, aún no se había llegado a un consenso entre las partes; siendo la última propuesta establecer una renta mensual de 200 € mes que no había sido aceptada por la entidad. No obstante, entendían que no debían agotar las posibilidades de llegar a un entendimiento con la solicitante a fin de atender sus peticiones que fuese compatible con los intereses de la entidad bancaria.

Trasladado dicho informe a la interesada, ésta nos hizo llegar la siguiente propuesta:

- Alquiler de 225,00 € mensuales.

- Período de permanencia hasta el 30 de noviembre de 2017.

- Pago de la cantidad total del alquiler por adelantado, sin nadie que tenga que avalarlo.

En el común deseo de encontrar una solución para esta familia, consideramos oportuno solicitar a Banco Mare Nostrum que, en la medida de lo posible, considerasen los términos de la propuesta de acuerdo que ofrecía la afectada.

Nos contestaron con la aceptación de la adquisición de la vivienda mediante dación en pago de deudas a otorgar con su actual propietario; conceder a la interesada contrato de arrendamiento hasta el 31 de diciembre de 2017 por un importe total de 2.000 € que serían pagaderos a la firma del contrato de arrendamiento y sin necesidad de aval por terceras personas. Dicho contrato se formalizaría una vez firmada la correspondiente escritura de dación en pago.

Entendían que la solución propuesta era beneficiosa para los intereses de la solicitante a quien se le concedía la posibilidad de seguir ocupando la vivienda con su familia regularizando así una situación que hasta la fecha podría considerarse atípica.

En consecuencia, con la resolución favorable del asunto planteado, dimos por concluidas nuestras actuaciones.

Una madre víctima de violencia de género consigue un alquiler social de vivienda con una entidad bancaria

Queja número 16/3778

- 25 Abril 2017

Consigue un alquiler social de vivienda con entidad bancaria.

La interesada señalaba en su escrito que le había sido notificada resolución por la que se le apercibía del lanzamiento de su vivienda habitual. El procedimiento de ejecución hipotecaria y el lanzamiento decretado había sido instado por el Banco de Sabadell S.A. y lo conocía el Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Sevilla.

Era madre de dos hijos menores de edad, desempleada que no cobraba prestación ni pensión pública de clase alguna y víctima de violencia de género. En definitiva, la unidad familiar que componía con sus hijos se encontraba en riesgo de exclusión social, lo cual había acreditado además mediante Informe emitido por los Servicios Sociales Comunitarios correspondientes.

En el presente caso podía ser de aplicación lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que establece la suspensión de los lanzamientos hasta transcurridos cuatro años desde la entrada en vigor de dicha Ley cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor, o a persona que actúe por su cuenta, la vivienda habitual de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas previstas en dicho artículo.

En cuanto a los supuestos de especial vulnerabilidad, destacamos la posible concurrencia de tres de los previstos en la Ley: unidad familiar monoparental con dos hijos a cargo, unidad familiar en la que existe una víctima de violencia de género, constituyendo la vivienda objeto de lanzamiento su domicilio habitual y unidad familiar en la que el deudor hipotecario se encuentra en situación de desempleo y ha agotado las prestaciones por desempleo.

Finalmente destacaba que con fecha 1 de marzo de 2016 el Consejo General del Poder Judicial, la Junta de Andalucía y la Federación Andaluza de Municipios y Provincias suscribieron Convenio de Colaboración, al que se había adherido el Ayuntamiento de Sevilla, sobre la detección de supuestos de vulnerabilidad con ocasión del lanzamiento de vivienda familiar y medidas de carácter social y sobre cesión de datos en los procedimientos de desahucios y ejecución hipotecaria.

Dicho convenio, entre otras cuestiones, promueve la articulación de medidas para que haya una comunicación efectiva entre el órgano jurisdiccional que conoce el caso, la Consejería competente en

materia de Vivienda, para la inclusión de los afectados en el Programa Andaluz en Defensa de la Vivienda y los servicios sociales de la entidad local adherida, para que éstos analicen la situación y, en su caso, se adopten las medidas encaminadas a asegurar la actuación de los servicios sociales.

En consecuencia, admitimos la queja trámite y solicitamos informe a la Delegación Territorial de Fomento y Vivienda en Sevilla, al Área de Bienestar Social y Empleo del Ayuntamiento de Sevilla. También nos dirigimos al Juzgado de 1ª Instancia nº 20 de Sevilla dándole traslado de lo anterior por si no le había sido aportado por la parte ejecutada y estimaba tomarla en consideración en el procedimiento de ejecución hipotecaria. Al mismo tiempo, dirigimos escrito a la Dirección Territorial del Banco Sabadell en Sevilla a fin de ponerle de manifiesto las circunstancias descritas, solicitándole que se tomasen en consideración, a efectos de la valoración de un posible acuerdo con la interesada que frenase el lanzamiento y le permitiera la continuidad en su vivienda mediante un contrato de alquiler social con esa entidad bancaria como propietaria del inmueble.

Desde la gestora que tiene contratada el Banco de Sabadell para la gestión de su patrimonio inmobiliario contactaron con la Institución y nos comunicaron que Banco de Sabadell había decidido en este caso paralizar el lanzamiento y realizar un estudio para propuesta de alquiler social en la vivienda en la que residía la promotora de la queja con su familia.

Finalmente fue posible que la interesada y la entidad bancaria alcanzaran un acuerdo de alquiler social, por lo que concluimos nuestras actuaciones al haberse solucionado la queja.

Desahucio de familia monomarental. La ayudamos a conseguir una vivienda

Queja número 17/1586

- 30 Agosto 2017

La interesada, divorciada y con una hija a su cargo de 19 años, manifestaba que su situación era bastante precaria y que el 30 de marzo de 2017 sería desalojada de su vivienda al haber finalizado el contrato de alquiler el 30 de abril de 2016. Pese a sus esfuerzos de conseguir una vivienda digna, con su salario que no superaba los 300 €, no conseguía nada, pues en todas las inmobiliarias le pedían avales, y el precio de un alquiler era excesivo para su pequeño sueldo. Aunque buscaba un trabajo mejor que le posibilitase acceder a una vivienda con sus propios recursos, no lo conseguía.

Desde Procasa y Servicios Sociales del Ayuntamiento de Cádiz, le habían pagado parte de la renta, pero ya se tenía que marchar, y estaban intentado buscarle una nueva vivienda, sin éxito.

Por ello, **solicitamos informe al Ayuntamiento de Cádiz, quien nos indicó que tras varias intervenciones, se le había conseguido encontrar una vivienda, por lo que su situación había mejorado.**

Al haberse solucionado el asunto planteado, dimos por concluidas nuestras actuaciones.

Una mujer, sin trabajo y con una hija, obtiene la ayuda social que había solicitado

Queja número 17/2778

- 20 Diciembre 2017

Obtuvo la ayuda social que por su situación precisaba.

La interesada manifestaba que se encontraba en una situación bastante critica, divorciada, con una hija de 11 años y sin trabajo.

Debido a su situación le era imposible asumir los gastos de luz, agua, y alquiler, apenas si tenía para comer, pues cobraba una ayuda familiar de 100 euros al mes y la manutención que le pasaba el padre de su hija.

Fue al Ayuntamiento a solicitar el salario social (febrero 2017) o la emergencia social. Habían salido unas ayudas a la contratación y estaba harta de ir y ni caso.

Solicitamos informe a la Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en Granada y al Ayuntamiento de Atarfe.

La Delegación Territorial nos indicó que la solicitud tenía los siguientes trámites: presentación de la solicitud: 20 de abril de 2017; estudio inicial del expediente por el funcionario de la Delegación: 5 de junio de 2017; estudio final del expediente: 29 de junio de 2017; propuesta favorable a la Comisión Provincial de Valoración: 14 de julio de 2017. Por ello, dicho expediente estaba completo cumpliendo todos los requisitos, estando pendiente de fiscalizar la propuesta la Intervención Provincial, en aplicación de la Instrucción 5/2017 de la Intervención General de la Junta de Andalucía.

Por su parte, el Ayuntamiento de Atarfe nos participó que la interesada era usuaria de los servicios sociales comunitario desde el año 2014. En sus citas con el Servicio de Información, Valoración, Orientación y Asesoramiento había sido informada de los recursos que había podido solicitar en función de la situación social detectada. Se encontraban en trámite una serie de recursos y/o prestaciones.

Por tanto, desde los servicios sociales se consideraba que había sido correctamente atendida e informada en todo momento; accediendo a los recursos que correspondían en función de los requisitos de acceso y criterios técnicos establecidos.

A la vista de ambas informaciones, considerando que el asunto planteado se encontraba solucionado dimos por concluidas nuestras actuaciones.

Ayudamos a una mujer victima de violencia de género a la que el Ayuntamiento le adeuda tres meses ayuda de emergencia social

Queja número 17/1582

- 21 Agosto 2017

La interesada exponía que era victima de violencia de género y tenía una orden de alejamiento en vigor de 500 metros. Estaba viviendo en el domicilio de su madre con sus dos hijos.

Recibía del Ayuntamiento una ayuda de 266 euros para alimentos de emergencias, de la cual le debían todavía enero, febrero y marzo. Le habían asignado una casa de Procasa, pero no había podido firmar el contrato porque le pedían que realizase un ingreso de 65 euros en una cuenta de Unicaja que no podía efectuar. En Procasa le dijeron que esperase a que le pagaran la ayuda de emergencia para realizar el ingreso.

Afirmaba que recogía cosas en los contenedores de basura para venderlas los domingos en el mercadillo para poder comer, pero la Policía siempre la echaba porque llevaba más de 2 años esperando la licencia y no se la daban.

Solicitamos informe al Ayuntamiento de Cádiz, quien nos comunicó que la interesada acababa de empezar a trabajar a través del Programa de Apoyo a la Contratación, con una duración del contrato de 3 meses y un sueldo aproximado de 700 € al mes. Convivía en una vivienda social, que le acababan de adjudicar a través de Procasa a su madre, que era beneficiara de la Ley de Dependencia aunque estaba a la espera de la aplicación del recurso propuesto en el PIA elaborado. Hasta ese momento, habían estado recibiendo una ayuda periódica de alquiler, la cual oscilaba entre el 75%-90% de la renta mensual, en función de los ingresos y de la situación socioeconómica de la familia.

Considerando que el asunto planteado se encontraba en vía de solución, dimos por concluidas nuestras actuaciones.

Urge derogar la normativa del salario social y sustituirla por una que atienda al nuevo perfil de personas demandantes

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 14/1285 dirigida a Consejería de Igualdad y Políticas Sociales

- 27 Enero 2017

Como ya conoce, en esta Institución desde el año 2014 se viene tramitando la queja de oficio 14/1285, relativa al seguimiento del Programa de Solidaridad de los Andaluces para la Erradicación de la Marginación y la Desigualdad en Andalucía, que rogamos cite al contestar.

Tras más de dos años y medio de tramitación de la queja que nos ocupa, se hace oportuno llevar a cabo una valoración final de toda la información obrante en el expediente, que bien pudiera considerarse el colofón de todas las actuaciones que respecto a este Programa ha venido efectuando esta Defensoría desde hace años.

No es la primera vez que se lleva acabo la tramitación de expediente oficio en orden al seguimiento y valoración del citado Programa, sino que por el contrario, desde la aprobación del Decreto 400/1989, de 27 de noviembre, que fue sustituido por el Decreto 2/1999, de 12 de enero, se han llevado a cabo importantes actuaciones por parte de este Comisionado Parlamentario autonómico con dicha finalidad, a las que tendremos ocasión de referirnos en este documento.

A la vista de cuanto antecede, habiendo realizado un exhaustivo análisis de la documentación y del resultado de las actuaciones llevadas a cabo con ocasión de este expediente, consideramos preciso formularle Resolución, en la que en aras a una mayor comprensión de las recomendaciones y sugerencias que se formulan, y aunque resulte prolijo, nos remitiremos a los siguientes

ANTECEDENTES

Inicialmente, los hechos que dieron lugar a la incoación de oficio de esta queja, se debieron a la paralización del programa que se había vuelto a producir en los meses de Enero y Febrero de 2014, con un efecto multiplicador debido al incremento experimentado en el número de personas beneficiarias en los años previos a esas fechas.

El número de personas que se habían dirigido a esta Defensoría manifestando su malestar por la suspensión de la ayuda que ya venían percibiendo en esos meses, había sido significativamente mayor que en años anteriores, y ello nos llevaba a considerar que estos hechos tenían que ver no solo con las dificultades de gestión del Programa, como se nos decía, sino con la gestión del Presupuesto Anual en el primer mes del año por la Administración Autonómica.

Efectuada petición de informe a esa Consejería, se nos informó de que los problemas surgidos en torno a los pagos correspondientes a las mensualidades de enero de 2014, habían existido de modo concreto y no generalizado tan solo en dos provincias, Huelva y Sevilla y que estas disfuncionalidades ya habían sido corregidas y no tenían por qué reaparecer en años sucesivos.

Con esta respuesta, y la información que se nos suministraba sobre la puesta en marcha de las diversas medidas normativas contempladas en los Decretos-Leyes 7/2013 y 8/2014, los hechos que dieron lugar a la incoación de la queja de oficio, habían quedado resueltos.

Sin embargo, en esta Institución se siguieron recibiendo un importantísimo número de quejas de la ciudadanía en el ejercicio 2014 y primer cuatrimestre de 2015 relativas al retraso en el reconocimiento y pago de la medida del Ingreso Mínimo de Solidaridad (Salario Social), previsto en el citado Programa. Las situaciones que nos describían eran verdaderamente dramáticas, ya que en todos los casos, se nos decía que eran unidades familiares para las que el Salario Social suponía el único ingreso para su sostenimiento.

Admitidas las quejas a trámite, en la respuesta que se nos vino dando por parte de las Delegaciones Territoriales de la Consejería de Igualdad Salud y Políticas Sociales, se nos comunicaban las fechas de registro de entrada de las solicitudes presentadas, para a continuación informar que procederían a reconocer esta prestación por riguroso orden de entrada de los expedientes, sin que supiéramos la fecha aproximada en la que se informarían por parte de las Comisiones Provinciales de Valoración que son las que tienen que elevar la propuesta al órgano competente para resolver, y menos aún, la posible fecha de ingreso del pago en el supuesto de su aprobación.

Una vez recibida la preceptiva respuesta a las quejas individuales tramitadas, constatamos que hacía meses que no se venía reconociendo la concesión de esta prestación a ninguna de las solicitudes presentadas con posterioridad al mes de febrero del año 2014 y llegamos a una serie de Conclusiones que dieron lugar a que formuláramos a esa Consejería, Resolución de fecha 2 de febrero de 2015, del siguiente tenor literal:

> *"Recordatorio de los deberes legales recogidos en los preceptos citados en el cuerpo de la presente Resolución y a los que se debe dar inmediato y debido cumplimiento.*
>
> *Recomendación 1: para que sin más dilación que la estrictamente necesaria para la comprobación de los datos y requisitos previstos en la norma, se dicte resolución que ponga término al procedimiento de las personas afectadas, aprobando definitivamente el reconocimiento y concesión del Programa de Solidaridad a las solicitudes que hay en espera desde hace meses.*
>
> *Recomendación 2: para que se adopten las medidas necesarias en lo que se refiere a la dotación de los medios materiales y personales a las Delegaciones Territoriales de esa Consejería, con la finalidad de que se resuelvan las solicitudes en espera que reúnan los requisitos exigidos, a la mayor brevedad y urgencia posibles y, las que se vayan presentando, en el plazo legalmente establecido de dos meses.*
>
> *Recomendación 3: para que a lo largo del presente ejercicio económico y antes de que se agote la partida presupuestaria prevista para el Programa de Solidaridad de 2015, de ser necesario, se arbitre la dotación de los fondos suficientes para hacer frente a las solicitudes de acceso al Programa que se presenten en 2015, para lo que sería aconsejable tener en cuenta la evolución de la demanda de los años en los que se ha instalado la crisis económica, teniendo en cuenta que la aplicación presupuestaria con cargo a la que se reconoce y abona el Ingreso Mínimo de Solidaridad tiene la consideración de crédito ampliable, también con la finalidad de corregir el importante desfase que se viene arrastrando entre las solicitudes presentadas en cada ejercicio y el presupuesto anual con cargo al cual se abonan las mismas."*.

Resolución que también hicimos extensiva a la Excma. Sra. Consejera de Hacienda en las materias objeto de su competencia.

Pues bien, por la Dirección General de Servicios Sociales y Atención a las Drogodependencias, en respuesta a la Resolución aludida, entre otras cuestiones, se nos dijo que se había destinado un importe de 50.142.493,74 euros con la finalidad de dar respuesta a las solicitudes pendientes de 2014. En un escrito posterior, la Dirección General nos comunicaba que durante la primera semana de marzo de 2015, se celebraron nuevas comisiones de valoración, que resolvieron 10.879 expedientes que dieron lugar a la concesión del IMS a 8.685 solicitudes por importe de 20.329.608,63 euros.

Por su parte la Consejería de Hacienda y Administración Pública contestó a nuestra Resolución diciéndonos, entre otras cosas, que el Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía, se presenta como anteproyecto por la Consejería de Hacienda y Administración Pública al Consejo de Gobierno, que lo aprueba como Proyecto de Ley. No obstante, resulta obligado recordar que la Ley que fija el presupuesto para cada año emana del Parlamento de Andalucía. Es por tanto el legislativo quien determina las partidas de gasto, correspondiendo al ejecutivo la ejecución del mismo, y en su caso la posibilidad de realizar algunas modificaciones presupuestarias tasadas dentro de los límites establecidos en la ley.

> *"El Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía se encuentra condicionado por la Ley Orgánica 2/2012 de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, que otorga al Gobierno de la Nación en última instancia la aprobación de limites de deuda y déficit de las Comunidades Autónomas y las Administraciones Locales, así como habilita para la aplicación de férreos mecanismos de control para el cumplimiento de dichos objetivos. Entre las medidas establecidas en la propia Ley Orgánica se incluyen medidas de prevención y corrección, como la aprobación de Planes de Ajuste Económico Financieros, pero también medidas coercitivas de intervención de las administraciones incumplidoras".*
>
> *"Todos estos factores suponen unos condicionamientos presupuestarios por todos conocidos. A pesar de estas limitaciones impuestas por el Gobierno Central, la Comunidad Autónoma de Andalucía ha realizado desde 2012 un ajuste presupuestario que había consistido básicamente en una reducción de gasto operativo no vinculado a la prestación de servicios públicos, la introducción de medidas de eficiencia y ahorro, como las compras centralizadas, una reprogramación de inversiones, y también una disminución temporal de salario y jornada de los empleados públicos, que se había revertido en 2015.*
>
> *En el ciclo presupuestario que hemos atravesado la prioridad presupuestaria del Gobierno de Andalucía ha sido el blindaje de las políticas sociales. En 2015 el 83 % del gasto no financiero de las Consejerías se destina a políticas sociales, Salud, Educación, Dependencia y Bienestar Social, Desde 2008, año de inicio de la crisis, el gasto social ha incrementado su peso en el presupuesto en 5,5 puntos porcentuales".*

Pues bien, a pesar de que de la información recibida pudiera desprenderse que la problemática fundamental abordada en la queja podría estar en vías de solución, nada más lejos de la realidad, al menos en lo que atañe a las provincias de Sevilla y Cádiz, de las que seguimos recibiendo un gran número de quejas de personas solicitantes manifestando su desesperación por no saber nada de sus solicitudes de IMS, presentadas las más antiguas de ellas, entre los meses de febrero y marzo de 2014. A ello se unía los muchísimos comentarios que al respecto se nos hacían llegar por las redes sociales, describiendo situaciones verdaderamente dramáticas y en los que se expresaba la desesperación de muchas de estas personas debido a la larga espera, en muchos casos de más de 14 meses, para recibir una prestación que les ayudase a subsistir. Además, cuando conocían que era un problema que no afectaba a otras provincias.

Era una cuestión injusta entre ciudadanos y ciudadanas de unos territorios con respecto a otros en los que, en aquellos momentos, no afectaba la falta de liquidez. Podíamos decir, que el programa se encontraba bloqueado en dos provincias, Sevilla y Cádiz, lo que nos había llevado a realizar diversas gestiones y llamadas al órgano gestor para conocer las dificultades que entrañaba el Programa en estas provincias y que suponía la situación que hemos descrito de desigualdad territorial entre las personas solicitantes, con el fin de tener informada a la población perjudicada. Pudimos comprobar que el número de expedientes

era superior en ambas provincias que en el resto de las otras, aunque el número de Comisiones de Valoración había sido el mismo en todas ellas.

De la respuesta que estábamos recibiendo en las quejas individuales que se nos habían presentado por personas solicitantes de ambas provincial, parece ser que los problemas detectados llevaban a situaciones que escapaban al órgano gestor por cuanto que a modo de ejemplo, en la Delegación Territorial de Sevilla había muchos expedientes pendientes desde el mes de febrero de 2014 que habían pasado ya por Comisión de Valoración y con propuestas favorables de resolución que, al parecer, se encontraban paralizados en la Intervención Delegada.

Sin embargo, con posterioridad, se daba la circunstancia de que aún cuando muchas de las solicitudes presentadas correspondientes a los meses de febrero a junio de 2014, ya habían sido resueltas de forma definitiva, se había producido la paralización de su abono. En unas ocasiones esa interrupción del pago se había producido en el mes de mayo y en otras, en el mes de junio, desconociéndose por esta Defensoría, las causas de ello, más allá de los problemas conocidos atribuibles al cambio de la aplicación informática de gestión, del Programa Júpiter al Giro.

Entendíamos que los procedimientos de fiscalización de los expedientes estaban perfectamente determinados, siendo los mismos para todo el territorio, por lo que deseábamos conocer, mediante petición de informe a la Intervención General, cuáles eran los problemas que producían y que generaban tales diferencias territoriales y si se estaba abordando estas situaciones para poder responder con la agilidad necesaria que la situación de las personas que se dirigían a esta Defensoría en demanda desesperada de ayuda precisaba y que viniera a igualar en derechos a todos los ciudadanos y ciudadanas andaluces solicitantes de este Programa, sea cual fuere la Provincia en la que residan.

Pues bien, el Interventor General en su escrito de respuesta, en resumen nos decía lo siguiente:

> *"La Orden de 8 de octubre de 1999, es la que regula el pago del Ingreso Mínimo de Solidaridad establecido en el Decreto 2/1999, de 12 de enero, en adelante IMS, y la Instrucción 2/2002, de 3 de abril, de la Intervención General de la Junta de Andalucía, por la que se recopilan las Circulares, Instrucciones, Resoluciones y Comunicaciones vigentes. Esta Circular, ver página 7, declara en vigor la Circular n°2/1991.*
>
> *En el comienzo del ejercicio presupuestario 2015, con ocasión de la implantación del sistema GIRO se planteó diversa problemática en la tramitación de los expedientes de gasto de Ingreso Mínimo de Solidaridad. Esta problemática se abordó en una Instrucción enviada a todas la Intervenciones provinciales competentes. Es destacable que, en aras de una mayor agilidad contable, se decidió:*
>
> "*b) Mientras no se aborde por el órgano gestor competente la revisión de determinados aspectos de la regulación y configuración jurídica de la medida IMS, que esta Intervención General va a interesar de los correspondientes órganos de la Consejería afectada, no se exigirá la cumplimentación del Anexo de Terceros procediéndose a la Fiscalización ordinaria según lo descrito en la regla 6a la Circular nº2/1991.*"
>
> *Este Anexo de Terceros es cierto que se venia exigiendo solo en la Intervención Provincial de Sevilla y su no exigencia ha repercutido en una mejora en los tiempos de atención, incluyendo los tiempos de materialización de los pagos, que son competencia del ámbito de Tesorería. Esta mejora fue reconocida por los órganos gestores.*
>
> *En cualquier caso se debe insistir en la oportunidad de una reforma normativa en esta materia que ya se apuntaba en esa comunicación y que será elevada próximamente a la Consejería competente una vez se materialicen las recientes reestructuraciones administrativas. Básicamente nos referimos a una serie de cuestiones clave, a plantear solo a título inicial y desde la perspectiva competencial de este Centro Directivo. Un examen exhaustivo aportará más elementos y asuntos a revisar. La manera de proceder a dicha revisión podrá determinarse a medio plazo.*

Examinados por la Intervención General los tiempos medios de fiscalización de los documentos contables relativos a la medida IMS en los ejercicios 2014 y 2015 (hasta el mes de julio), se comprueba que estos están dentro del plazo antes referido. Tan solo se observa una demora puntual en la provincia de Sevilla en los documentos AD de 2015, consecuencia de la implantación del sistema GIRO, este problema se encuentra actualmente en estudio para su inmediata solución.

En cualquier caso se realizará un seguimiento exhaustivo para lograr aminorar los tiempos medios de fiscalización, máxime sabiendo la importancia social del Programa de Solidaridad y de la medida IMS, especialmente en las provincias con mayor número de ayudas, como es el caso de Cádiz y Sevilla, dentro del conjunto de Andalucía. Debe tenerse presente que estas Intervenciones provinciales también son competentes en otros muchos programas/ayudas sociales de máxima prioridad."

En vista de todo ello, a fin de profundizar más en las posibles causas de las funcionalidades del Programa en las Provincias de Sevilla y Cádiz, efectuamos visita Institucional a las Delegaciones Territoriales de la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales, en concreto a las Jefaturas de los Servicios de Acción e Inserción Social como órganos gestores y a las Intervenciones Delegadas de Sevilla, en el mes de Julio, y Cádiz, en el mes de Diciembre de 2015.

CONSIDERACIONES

No obstante, antes de proceder a efectuar la valoración final que nos ocupa sobre la problemática y disfuncionalidades del Programa de Solidaridad que recoja el fruto de nuestra investigación, nos propusimos visitar también el resto de las cinco Delegaciones Territoriales que quedaban por abordar, con la finalidad de tener una visión de conjunto sobre la gestión, tramitación y pago de esta prestación en todo el territorio andaluz, a las que se les planteó una serie de cuestiones predeterminadas plasmadas en un cuestionario, cuyo resultado y para su mejor exposición hemos aglutinado en un documento que se remite como Anexo a la presente comunicación, anticipándole también que el fruto de esta investigación, junto al análisis de los 25 años de existencia del Programa de Solidaridad en nuestra Comunidad Autónoma, a través de las actuaciones de esta Defensoría han dado lugar a la elaboración de un Informe Especial al Parlamento de Andalucía, cuya copia le remitimos para su debido conocimiento.

A la vista de cuanto antecede y de conformidad con lo establecido en el artículo 29, apartado 1, de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre del Defensor del Pueblo Andaluz, se formula la siguiente

RESOLUCIÓN

RECOMENDACIÓN 1: La exposición de motivos del Decreto 2/1999, tenía previsto realizar la regulación definitiva de todas las medidas sociales del Gobierno Andaluz, y las incluidas en el Programa de Solidaridad en una futura Ley contra la Exclusión Social que, a pesar de los años transcurridos y de que llegó a existir un anteproyecto de Ley de la misma, nunca llegó a aprobarse. Por otra parte, el artículo 23, apartado 2 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, por la que se aprobó el vigente Estatuto de Autonomía para Andalucía, reconoce que todos tienen derecho a una renta básica que garantice unas condiciones de vida dignas y a recibirla, en caso de necesidad, de los poderes públicos con arreglo a lo dispuesto en la ley, sin que sepamos cuando va a ser desarrollado este importante derecho social previsto en nuestro Estatuto de Autonomía, habiéndose posicionado ya esta Defensoría en diversas ocasiones en sus Informes Anuales al Parlamento de Andalucía, e incluso mediante una Recomendación formal, sobre la necesidad de que esta tarea se aborde lo más pronto posible por parte del Gobierno Andaluz.

Teniendo en cuenta las importantes disfuncionalidades que se han venido dando en el vigente Programa de Solidaridad de los Andaluces para la erradicación de la marginación y la desigualdad, puestas de manifiesto en los 25 años de actuaciones de esta Defensoría en esta materia, recomendamos se proceda a la urgente derogación y su sustitución por una nueva regulación de este Programa que tenga en cuenta el cambio de perfil que se ha producido en las personas solicitantes, actualizándolo a las circunstancias y

situaciones sociales y económicas actuales, hasta tanto se apruebe la Ley de Renta Básica de Andalucía, en cuanto importante instrumento de lucha contra la exclusión social y de que, en la actualidad, el IMS se ha convertido, en muchas ocasiones, en el único ingreso de carácter económico con el que cuentan muchas unidades familiares andaluzas para subvenir a sus necesidades básicas.

Sería deseable que la nueva norma que se apruebe, garantice esta prestación como derecho subjetivo ante la Administración competente para las personas que cumplan las condiciones establecidas en cada caso y con arreglo a la normativa reglamentaria de desarrollo que asimismo pueda aprobarse y ello, en la línea de la prestación garantizada que se contempla en la recién aprobada Ley de Servicios Sociales de Andalucía, en lo relativo a las "prestaciones económicas específicas y directas orientadas a la erradicación de la marginación y la desigualdad y a la lucha contra la exclusión social», hasta tanto se elabore el Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales, que será el que describirá de forma clara las prestaciones garantizadas del Sistema.

RECOMENDACIÓN 2: Con carácter previo a la aprobación de la nueva norma que recomendamos, se habrán de estudiar necesariamente las siguientes cuestiones:

El análisis, redefinición y mejor regulación de las personas beneficiarias y la aclaración del concepto de unidad familiar adaptado a las actuales circunstancias sociales, debiendo tenerse en cuenta los aspectos que están ocasionando más problemas en cuanto a la adecuada cobertura de las situaciones de marginación, exclusión, riesgo de exclusión, vulnerabilidad y pobreza en la que se encuentran amplios sectores de la población andaluza a consecuencia de los efectos de la tan traída y llevada crisis económica que estamos padeciendo desde finales de 2008, tales como las unidades familiares unipersonales, la convivencia en el mismo domicilio de más de una unidad familiar ligadas por relación de parentesco, debiendo regularse de modo menos restrictivo que en la actualidad no incluyendo en la misma parientes perceptores de pensiones mínimas cuando la convivencia con ellos obedezca a razones de necesidad, las relaciones análogas al matrimonio (parejas de hecho) y las unidades familiares monoparentales.

RECOMENDACIÓN 3: En relación con lo anterior, recomendamos que se definan mejor los recursos computables de la unidad familiar, su forma de determinación y valoración, con especial atención la problemática que al respecto se plantea en los casos de las familias monoparentales, debiendo tomarse en consideración y cuestionarse si en los mismos han de incluirse y computarse la pensión de alimentos a las personas menores de edad por parte de sus progenitores; los de las familias con alguna persona dependiente que perciba prestaciones procedentes de la Ley 39/2006; los de las personas trabajadoras dadas de alta en la Seguridad Social en el Régimen de Trabajadores Autónomos, así como la fórmula de atribución de ingresos de los bienes inmuebles que sean distintos a la vivienda habitual.

RECOMENDACIÓN 4: En cuanto a los recursos computables procedentes de los ingresos por prestaciones de la Seguridad Social, así como de las procedentes de los distintos programas de ayuda a las personas trabajadoras desempleadas, recomendamos que en el caso de que en virtud de las distintas normativas reguladoras de las prestaciones citadas las mismas sean incompatibles con el IMS, se articulen procedimientos de consulta e intercambio ágil de información con los organismos responsables de aquellas, debiendo instaurarse protocolos de coordinación con los mismos, vía convenio entre las Administraciones Públicas implicadas, con la finalidad de que ninguna de las personas o unidades familiares potencialmente beneficiarias del IMS, se queden sin prestación o ingreso alguno, a pesar de que pudieran tener derecho a ello, por motivo de la falta de coordinación en la tramitación de los respectivos procedimientos de resolución.

RECOMENDACIÓN 5: Como quiera que la norma vigente reguladora del Programa de Solidaridad, Decreto 2/1999, sólo permite respecto de las personas extranjeras que sean consideradas unidades familiares unipersonales o destinatarias de las acciones previstas en el Programa las personas ciudadanas de la Unión Europea, recomendamos que la nueva norma que se apruebe se armonice a este respecto con lo previsto en el artículo 14 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en el que se reconoce a las personas extranjeras

residentes, sin distinción de nacionalidad alguna, el derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a las generales y básicas, como a las específicas, en las mismas condiciones que los españoles, por cuanto que a ello obligan los principios de legalidad y jerarquía normativa, consagrados en el artículo 9.1 y 3 de la Constitución española.

RECOMENDACIÓN 6: Dada la variada y enorme casuística que se puede presentar en la aplicación de una normativa de esta naturaleza, recomendamos que se prevea en caso de que se planteen por los órganos provinciales de gestión, dudas sobre la aplicación de algún aspecto de la nueva regulación, la necesidad de consulta obligatoria sobre la mejor y adecuada forma de interpretación del supuesto en cuestión y, en su caso, de su forma de acreditación, con la finalidad de que por los Servicios Centrales de la Consejería se dicten instrucciones generales de observancia obligatoria por parte de aquellos, debiendo instaurarse para ello un procedimiento ágil de consulta y respuesta, a fin de garantizar lo más posible el respeto a los principios de igualdad y seguridad jurídica a todas las personas y unidades familiares solicitantes sea cual sea el territorio andaluz en el que residan.

RECOMENDACIÓN 7: Dado el contenido del artículo 12 del Decreto 2/1999, que en todo caso exige certificación, como forma de acreditar documentalmente el cumplimiento de los diversos requisitos exigidos a las unidades familiares solicitantes, se considere la posibilidad de incluir otros medios de prueba admitidos en derecho a efectos de la acreditación del cumplimiento de los requisitos exigidos o, en su caso, se articule la fórmula más adecuada a efectos de facilitar lo más posible la aportación de la acreditación reseñada, mediante la utilización de medios electrónicos de consulta a las bases de datos públicas que corresponda, así como el acceso a los servicios electrónicos que permiten otorgar equivalencia legal a los trámites relacionados por medios electrónicos con los relacionados por medio presencial, pudiendo salvarse la normativa específica en materia de protección de datos de carácter personal, mediante la concesión de autorización expresa para ello por parte de las personas solicitantes a aportar junto con la solicitud de concesión del Programa.

A este respecto, como quiera que a mediados del mes de septiembre se tenía previsto que dejara de funcionar el Certificado SILCON, sugerimos que por parte de la Consejería competente de la Junta de Andalucía, se lleve a cabo convenio con la Secretaría de Estado de Función Pública (Dirección General para el impulso de la Administración Electrónica) a fin de que a los resultados de las consultas de comprobación de las bases de datos de organismos de la Administración del estado, que efectúen el personal de los órganos de gestión administrativa y/o económica, se les otorgue la necesaria validez oficial, legal y jurídica y sirvan de verificación y aportación de datos completos y definitivos a los expedientes de solicitud del nuevo Programa que se articule, ganado así en eficiencia y eficacia en la gestión del procedimiento de resolución.

Todo ello, en aplicación y desarrollo del espíritu que impregna la nueva ley 39/2015, de 1 de Octubre, del Procedimiento Administrativo Común y la Ley 40/1015, de 1 de Octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en cuanto a la utilización de los medios electrónicos por las Administraciones Públicas y el deber de colaboración y cooperación entre las mismas.

RECOMENDACIÓN 8: Teniendo en cuenta las dificultades que para los órganos gestores supone el que la aplicación informática de tramitación y gestión de servicios sociales, no esté debidamente adaptada a algunos trámites y gestiones, como por ejemplo el procedimiento de reintegro del IMS, recomendamos se adapte la aplicación informática SISS a las necesidades que al respecto pueden tener los órganos gestores, a fin coadyuvar a una mayor eficacia y eficiencia en la tramitación y resolución de este Programa.

RECOMENDACIÓN 9: Como quiera que en la actualidad solo se está concediendo la medida del Ingresos Mínimo de Solidaridad, sin que se estén aplicando ni reconociendo el resto de medidas que contempla el Decreto vigente en materia de empleo, educativas y de acceso a vivienda, recomendamos que se reconsidere si en la nueva norma que proponemos sigue siendo conveniente la previsión de medidas adicionales al IMS, en cuyo caso, las que se contemplen deben ser lo más realistas posibles en cuanto a su prestación por parte de la propia Administración que sea competente para ello, debiendo valorarse

también su necesariedad para contribuir a la superación de las circunstancias desfavorables en la que se encuentren las personas y unidades familiares que puedan ser beneficiarias de las mismas.

RECOMENDACIÓN 10: De igual modo, debe también cuestionarse y analizarse la conveniencia de la pervivencia del denominado Compromiso de Inserción, por cuanto que el espíritu que impregnaba su previsión en el Decreto 2/1999, como medio de implicar a los miembros de la unidad familiar como sujetos activos para su integración y asunción de responsabilidades y, en definitiva, para su empoderamiento, no tiene virtualidad práctica alguna si no se engarza con las medidas adicionales que con la misma finalidad se puedan otorgar por las Administraciones competentes en función de la materia, existiendo en tal caso, el riesgo de que nuevamente se convierta en un mero trámite de carácter formal.

Compromiso que en caso de que nuevamente se establezca y regule, la Administración competente, ha de controlar periódicamente y evaluar su correcto cumplimiento por parte de las unidades familiares a las que se les exija.

RECOMENDACIÓN 11: Dada la diversa casuística que se da en la práctica, en las diversas provincias andaluzas en cuanto al lugar de presentación de las solicitudes, la prestación del servicio de información, orientación y asesoramiento del Programa etc, se estudie y regule la participación de los Servicios Sociales Comunitarios como órganos colaboradores en esta fase inicial del Procedimiento, bien por la vía de la suscripción de Convenios con las Corporaciones Locales, bien mediante la regulación pormenorizada en la nueva norma que se apruebe, debiendo preverse, en su caso, los adecuados mecanismos de contribución a la financiación de esta labor de colaboración de los SSCC en el supuesto de que se decida que los mismos sean la puerta de entrada para la información y orientación, la recogida de la solicitud y la comprobación de que la documentación a presentar esté completa.

Todo ello, consideramos que reviste su importancia, por cuanto que según sea la vía de información, presentación y recogida de solicitudes y comprobación de la documentación, incide sobre manera en la mayor o menor carga de trabajo del órgano gestor y, por tanto, en las necesidades de medios personales y materiales, todo lo cual redunda a su vez en la eficacia y eficiencia de la tramitación del procedimiento de concesión que teniendo en cuenta la finalidad del mismo, debería ser lo más corto y ágil posible.

RECOMENDACIÓN 12: Dada la diversidad observada en las distintas Delegaciones Territoriales en cuando a la prestación del servicio de información a las personas solicitantes, tanto en lo que se refiere a la inicial y previa a la presentación de la solicitud, como a la que se demanda durante la tramitación del procedimiento, ocasionándose desigualdades territoriales entre las personas residentes en una u otra provincia en cuanto a la satisfacción de este derecho a la información, y teniendo en cuenta la presentación de no pocas quejas ante esta Defensoría por parte de las personas solicitantes de este Programa, alegando la nula o escasa información que reciben al solicitar información sobre el trámite en el que se encuentra su solicitud, recomendamos que se destinen en todas las Delegaciones Territoriales, unidades o personal específico destinado a ofrecer la información que demande la ciudadanía de todo lo concerniente a su petición, ya sea en fase inicial o durante la tramitación del procedimiento, especialmente en aquellos supuestos en que no sea posible tramitar completos los expedientes dentro del plazo que se establezca, evitando de este modo situaciones de indefensión y desconcierto.

RECOMENDACIÓN 13: Dada la confusión que se genera en la actualidad con la naturaleza del informe que prevé el artículo 16 del Decreto 2/1999, y teniendo en cuenta que la medida que analizamos se incardina dentro de las que se consideran medidas sociales, recomendamos que la nueva norma que se propone, en caso de que opte por prever la emisión del mismo, debe aclarar aspectos tales como su naturaleza, organismo que ha de evacuarlo, casos en los que sea obligatoria su elaboración, si son vinculantes o no, así como las fórmulas de colaboración y coordinación al respecto con los Servicios Sociales Comunitarios al estar estos radicados en la Administración más cercana a la ciudadanía, la Administración Local, y ello, en caso de que se opte por la línea ya aludida de mayor implicación y participación de los mismos en la gestión y seguimiento del nuevo Programa.

RECOMENDACIÓN 14: Dada la problemática que genera en la actualidad lo previsto en el artículo 12 de la actual normativa, que obliga al órgano gestor a comprobar de oficio la modificación sobrevenida del número de miembros de la unidad familiar, o de los recursos económicos declarados, con carácter previo a la resolución de concesión del IMS y, en su caso, para el posterior aumento o disminución del mismo, provocando ello una mayor complejidad en la gestión de las solicitudes, teniendo en cuenta el alto volumen de las mismas, al tiempo que tampoco se cuenta con una herramienta informática que facilite esta tarea, recomendamos se estudie la conveniencia de la supresión del artículo 12 en este aspecto, y la toma en consideración para la concesión del IMS, de las circunstancias alegadas y acreditadas en la fecha de presentación de la solicitud por la persona demandante del Programa dentro del período legal de resolución.

Ello no ocasionaría perjuicio alguno si el procedimiento se tramitara en el plazo de dos meses previsto en la Disposición Adicional Segunda del Decreto-Ley 7/2013, declarada en vigor por el Decreto-Ley 8/2014, por cuanto que en dicho plazo es difícil que puedan cambiar las circunstancias alegadas por las personas solicitantes en el momento de presentación de la solicitud.

No obstante, somos conscientes de que la modificación sobrevenida de las circunstancias debe conllevar la adaptación de la cuantía del IMS en función de aquellas, e incluso su extinción y, llegado el caso, el reintegro de lo indebidamente percibido, lo que no implica que la comprobación de dicho cambio no pueda efectuarse con posterioridad a la resolución de concesión de IMS.

RECOMENDACIÓN 15: Como quiera que a raíz de nuestra investigación ha quedado cuestionada la existencia y participación de las Comisiones de Valoración como órgano colegiado que lleva acabo la propuesta de resolución, debido a que su existencia tenía razón de ser cuando sí se establecieran medidas adicionales en materia de empleo, educación o vivienda, cosa que en la actualidad no se viene haciendo, recomendamos que con carácter previo a la elaboración de la nueva norma, se valore la necesidad de la existencia de este órgano colegiado, decidiéndose lo que en consecuencia proceda.

RECOMENDACIÓN 16: Dadas las desigualdades territoriales que igualmente se están provocando entre las personas solicitantes del Programa de Solidaridad, según residan en una u otra provincia en lo que atañe a la consideración de la situación de emergencia en las que las mismas se puedan encontrar, recomendamos se establezcan indicadores o criterios objetivos para valorar dichas situaciones que sean de obligado cumplimiento y aplicación homogénea por los órganos gestores.

RECOMENDACIÓN 17: Teniendo en cuenta la actual confusión sobre la naturaleza económica del IMS, recomendamos se aclare definitivamente si el IMS es una subvención u otro tipo de prestación económica debiendo adaptarse y regularse su tramitación económica y contable, en función de lo que se decida al respecto.

RECOMENDACIÓN 18: De igual forma, una vez se apruebe la nueva normativa reguladora del Programa de Solidaridad, por la Intervención General de la Junta de Andalucía se ha de dictar la Instrucción oportuna mediante la que se establezca la forma de fiscalización de los expedientes de concesión adaptada a la nueva normativa que lo regule, de obligado cumplimiento por todas las Intervenciones Delegadas en las provincias andaluzas.

RECOMENDACIÓN 19: Estudiar la posibilidad de que la Tesorería de la Junta de Andalucía se pagara el IMS como si de una nómina se tratase y no fuera todo el crédito del que se vaya disponiendo a la Cuenta de Funcionamiento de la Delegación Territorial, aunque previamente habría de darse un paso intermedio y es que se preparara el Programa Syrus para su conexión informática con las bases de datos de la Seguridad Social, los Servicios de Empleo y los Ayuntamientos (Empadronamiento) a efectos de comprobar las condiciones exigidas por la norma.

RECOMENDACIÓN 20: Ampliar anualmente el crédito presupuestario destinado al IMS, hasta la cuantía necesaria para absorber la demanda que en cada momento pueda existir para que se pueda cumplir lo

recogido en el Decreto-Ley 7/2013, en cuanto al plazo de resolución de este procedimiento, cifrado en dos meses, de ser necesario mediante medidas presupuestarias extraordinarias y llegado el caso, con la concesión de un anticipo de tesorería para agilizar el pago de las ayudas de esta prestación, todo ello, previos los trámites legales que sean procedentes, a fin de evitar los largos meses de espera de muchas familias para poder percibir un ingreso concebido para satisfacer necesidades básicas.

RECOMENDACIÓN 21: Dotar de efectivos de personal adecuados al volumen de trabajo actual tanto de las Delegaciones Territoriales de la Consejería de Igualdad Y Políticas Sociales como de la Intervenciones Delegadas, a las que también se las debe proveer de una Relación de Puestos de Trabajo acorde a su estructura y funciones.

Hasta tanto se solucione el problema de necesidad de personal estable, en caso de ser necesario, recomendamos que se lleve a cabo la descarga de trabajo de los órganos gestores e Intervenciones provinciales, mediante la articulación de planes de choque.

Ver asunto solucionado o en vías de solución

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Analizamos los protocolos y procedimientos de intervención con las víctimas de violencia de género

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/4155 dirigida a Consejería de Justicia e Interior, Consejería de Igualdad y Políticas Sociales, Consejería de Salud

- 12 Septiembre 2017

La lucha contra la violencia de género, dirigida a su erradicación, no sólo ha de abordarse desde la necesaria perspectiva de su represión penal, sino que, centrando especialmente la atención en las víctimas causadas por esta lacra social, es esencial que todas las Administraciones implicadas arbitren las medidas que posibiliten la prevención, atención y recuperación de aquéllas, mediante una actuación global e integral.

Conscientes de las devastadoras consecuencias, personales, familiares y sociales, de los delitos de violencia de género y, en todo caso, impulsadas por los afectados por esta realidad tristemente incesante, las distintas Administraciones públicas han ido adoptando planes de colaboración específicos que, con fundamento en las leyes de aplicación, han cristalizado en protocolos de actuación cuya principal finalidad, sobre el papel, es garantizar los derechos de las víctimas de violencia de género, estableciendo procedimientos de coordinación entre los distintos ámbitos de actuación.

Es destacable reseñar que, a pesar de las dificultades que entraña el hecho de que sean diferentes Administraciones Públicas las competentes en los diversos aspectos que engloba la atención integral a las víctimas de violencia de género, entendemos que una respuesta eficaz ha de implicar que el abordaje de la misma haya de enfocarse, a efectos externos, como un sistema: el Sistema frente a la Violencia de Género. Y, desde esta perspectiva, las diversas Administraciones autonómicas deben asumir en su ámbito territorial, un papel fundamental por lo que a la unificación, coordinación, cooperación y organización de dicho Sistema se refiere.

El Estatuto de Autonomía para Andalucía (LO 2/2007, de 19 de marzo), reconoce entre los derechos sociales de su Título I, el de las mujeres a una protección integral contra la violencia de género, que incluirá medidas preventivas, medidas asistenciales y ayudas públicas (artículo 16 derechos sociales); así como entre las competencias de nuestra Comunidad Autónoma, de su Título II, se refiere a las atinentes a las políticas de género, declarando que corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia compartida en materia de lucha contra la violencia de género, la planificación de actuaciones y la capacidad de evaluación y propuesta ante la Administración central. Sin que ello obste a la facultad de la Comunidad Autónoma de establecer autónomamente medidas e instrumentos para la sensibilización sobre la violencia de género y para su detección y prevención, así como de regular servicios y destinar recursos propios para conseguir una protección integral de las mujeres que han sufrido o sufren este tipo de violencia (artículo 73.2).

En relación con lo anterior, fue dictada la Ley autonómica 13/2007, 26 noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género.

Al margen de otros impulsos y actuaciones precedentes, en la actualidad este compromiso se encuentra asumido en Andalucía mediante el Acuerdo por el que se aprueba el Procedimiento de Coordinación y Cooperación Institucional para la Mejora en la Actuación ante la Violencia de Género en Andalucía, de 3 de junio de 2013, cuya aplicación práctica desembocó en el correspondiente Protocolo Marco de Coordinación Institucional de 14 de julio de 2016, que responde al objetivo de delimitar el campo concreto de actuación competencial de cada recurso o servicio especializado en violencia de género y sus protocolos internos de actuación, en conjunción con su coordinación con los restantes, de tal manera que se posibiliten circuitos de atención y asistencia y derivación entre los mismos, que eviten la victimización adicional de las mujeres.

El artículo 140.1.e) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, dentro de la regulación de los principios de las relaciones interadministrativas, define el de coordinación, como aquél, en cuya virtud, una Administración Pública tiene la obligación de garantizar la coherencia de las actuaciones de las diferentes Administraciones Públicas afectadas por una misma materia para la consecución de un resultado común, cuando así lo prevé la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico.

La coordinación institucional, en definitiva, precisa de una armonización superior, de una visión de conjunto prefijada, que permita la intervención automática y sistemática de los distintos recursos y servicios del engranaje, para una atención integral protocolizada, en los ámbitos judicial, policial, de atención sanitaria y social, de educación y de inserción laboral, cada uno de ellos con sus respectivos itinerarios personalizados, circuitos, procedimientos de actuación y protocolos; pero al mismo tiempo convenientemente acompasados.

Por su parte, el Acuerdo de 3 de junio de 2013 ha sido asimismo objeto de ejecución mediante sendos Reglamentos de creación y funcionamiento de las Comisiones Locales contra la Violencia de Género y de las Comisiones Provinciales de seguimiento contra la Violencia de Género, de 14 de julio de 2016.

Toda iniciativa que, ciñéndose a las exigencias legales o incluso mejorando sus mínimos, emane de los poderes públicos y pretenda implantar políticas públicas a favor de las víctimas de violencia de género, preventivas, asistenciales o de otro orden, merece un juicio favorable por parte de esta Institución. Dignas de apoyo son también las reformas y adaptaciones de los instrumentos adoptados cuando, con un fundamento empírico, buscan perfeccionar y pulir las disfunciones detectadas.

De los antecedentes expuestos no se desprende que, a simple vista, sea un defecto de regulación o de previsión de las políticas públicas el que podamos citar como causa de la insatisfacción y confusión que en diversas quejas dirigidas a esta Defensoría, han exteriorizado directamente mujeres víctimas de violencia de género que se han visto en la tesitura de transitar por los recursos y procedimientos de diversos ámbitos del “Sistema”, así como asociaciones de afectadas, y, con mayor objetividad, los profesionales, Letradas y Letrados, que asisten y asesoran en Derecho a las primeras. Más bien pudiera residenciarse el defecto en razones relacionadas con la aplicación práctica de los protocolos y de inadecuada gestión de la coordinación; si bien, esta concreción es uno de los objetivos perseguidos con esta investigación.

Consideramos igualmente destacable, que, con independencia de la buena voluntad de los poderes públicos, las medidas adoptadas por las diferentes Administraciones públicas y, por lo que a nosotros interesa la Administración autonómica andaluza, en la materia que nos ocupa, constituyen prestaciones exigibles por sus destinatarios y destinatarias, en el sentido de que, estando protocolizados sus instrumentos y formas de actuación, han de aplicarse de forma homogénea y uniforme. Lo que exige, además de la coordinación, la adecuada publicidad e información.

Sobre las premisas antedichas, esta Defensoría, en el ejercicio de su competencia en materia de defensa

de los derechos fundamentales consagrados en los artículos 10 y 15 de la Constitución Española, especialmente cuando la presunta violación de los mismos afecte a las mujeres, ha acordado, conforme a lo previsto en el artículo 10 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, iniciar de oficio la tramitación de actuaciones dirigidas a conocer, analizar y valorar el grado de cumplimiento y eficacia de las previsiones establecidas en el Acuerdo de 3 de junio de 2013, por el que se aprueba el Procedimiento de Coordinación y Cooperación Institucional para la Mejora en la Actuación ante la Violencia de Género en Andalucía, así como en el Protocolo Marco de Coordinación Institucional de 14 de julio de 2016 y restantes elementos de aplicación; todo ello, poniendo en relación sus previsiones con las disfunciones denunciadas por usuarias víctimas de violencia de género, asociaciones y profesionales del ámbito referido.

El análisis habrá de alcanzar, necesariamente, a los diversos ámbitos comprendidos en el Acuerdo y en el Protocolo Marco, tanto desde el punto de vista de la aplicación interna de sus respectivos protocolos o procedimientos de intervención, como desde la óptica imprescindible de su coordinación institucional.

En este cometido, nos hemos dirigido, en consecuencia, a determinadas Administraciones, sin perjuicio de su ampliación a otras diferentes, a la vista del resultado de la información obtenida y conforme vaya precisando la adecuada cumplimentación del objeto de nuestra investigación.

---

defensor del pueblo Andaluz

Actuamos de oficio ante la muerte de una mujer en Huércal de Almería, víctima de violencia de género

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/0380 dirigida a Consejería de Igualdad y Políticas Sociales, Centro Provincial de la Mujer en Almería (Instituto Andaluz de la Mujer), Ayuntamiento de Huércal de Almería

Esta Institución, a través de los medios de comunicación de prensa escrita, ha tenido conocimiento de que el pasado día 15 de enero, una mujer de 33 años fue encontrada muerta en Huércal de Almería tras ser presuntamente degollada por su expareja, un hombre de 31 años que ha sido detenido por la Guardia Civil.

Según las crónicas periodísticas, fuentes de la Subdelegación del Gobierno han informado de que los hechos tuvieron lugar a primera hora de la mañana y han apuntado a que el presunto autor de la muerte era la expareja de la fallecida.

Perece ser que el presunto autor del homicidio, no tenía orden de alejamiento ni había sido denunciado por la víctima.

A la vista de los hechos expuestos, y siguiendo la línea ya emprendida por esta Defensoría, en materia de defensa de los derechos fundamentales consagrados en los artículos 10 y 15 de la Constitución Española, especialmente en el caso que nos ocupa, cuando la presunta violación de los mismos afecten a las mujeres y teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 16 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, según el cual las mujeres tienen derecho a una protección integral contra la violencia de género, que incluirá medidas preventivas, medidas asistenciales y ayudas públicas, se incoa la presente de queja de oficio.

Actuamos de oficio tras la muerte de una mujer en Alcolea del Río, víctima de violencia de género

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/2569 dirigida a Ayuntamiento de Alcolea del Río (Sevilla), Consejería de Igualdad y Políticas Sociales, Instituto Andaluz de la Mujer

- 19 Junio 2017

Esta institución, a través de los medios de comunicación, ha tenido conocimiento de que una mujer de 39 años, cuyo cadáver fue hallado en Alcolea del Río (Sevilla) en una maleta.

El detenido como presunto autor de la muerte de su pareja sentimental pasará a disposición del Juzgado 1 de Lora del Río, competente en materia de violencia machista, tras recibir el alta del centro hospitalario en el que se encontraba ingresado tras hacerse un pequeño corte en el cuello.

Según las crónicas periodísticas la mujer había consultado con los servicios jurídicos municipales su intención de separarse y de irse a Granada a rehacer su vida junto a su hija. Ese anuncio pudo ser el detonante del ataque mortal, que se habría producido el pasado 16 de abril.

Al parecer, la mujer convivía en una vivienda de esta localidad sevillana, desde hacía diez años con su pareja y con la hija de ambos, y no constan denuncias previas de violencia machista por parte de la fallecida, según la Guardia Civil.

A la vista de los hechos expuestos, y siguiendo la línea ya emprendida por esta Defensoría, en materia de defensa de los derechos fundamentales consagrados en los artículos 10 y 15 de la Constitución Española, especialmente en el caso que nos ocupa, cuando la presunta violación de los mismos afecten a las mujeres y teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 16 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, según el cual las mujeres tienen derecho a una protección integral contra la violencia de género, que incluirá medidas preventivas, medidas asistenciales y ayudas públicas, se incoa la presente queja de oficio.

Preguntamos por las medidas de apoyo a los órganos judiciales competentes en materia de clausulas suelo

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/0962 dirigida a Consejería de Justicia e Interior

- 03 Abril 2017

El Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo (BOE 18, de 21 de Enero de 2017) establece medidas dirigidas a la protección a los consumidores estableciendo un cauce que les facilite la posibilidad de llegar a acuerdos con las entidades de crédito con las que tienen suscrito un contrato de préstamo o crédito con garantía hipotecaria que solucionen las controversias que se pudieran suscitar como consecuencia de los últimos pronunciamientos judiciales en materia de cláusulas suelo y, en particular, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, en los asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15.

A partir de las disposiciones aprobadas, se pretende disponer de un mecanismo ágil extrajudicial que facilite la devolución de la cantidades resultantes de una aplicación considerada abusiva de cálculo de intereses y su cobro, a cargo de las entidades financieras que aplicaron esta clausulas suelo declaradas improcedentes.

El objetivo, además de reparar una situación socialmente injusta, se explica al proclamar que «es previsible que el reciente pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea suponga el incremento de las demandas de consumidores afectados solicitando la restitución de las cantidades pagadas en aplicación de las cláusulas suelo, resulta de extraordinaria y urgente necesidad arbitrar un cauce sencillo y ordenado, de carácter voluntario para el consumidor, que facilite que pueda llegar a un acuerdo con la entidad de crédito que les permita solucionar sus diferencias mediante la restitución de dichas cantidades. En este sentido, es importante resaltar que la medida trata, además, de evitar que se produzca un aumento de los litigios que tendrían que ser afrontados por la jurisdicción civil, con un elevado coste a la Administración de Justicia por cada pleito y un impacto perjudicial para su funcionamiento en forma de incremento sustancial del tiempo de duración de los procedimientos».

No obstante, también ha de evaluarse el supuesto de que no llegue a buen término este mecanismo extrajudicial y, finalmente, la cuestión deba dirimirse ante la jurisdicción. Del mismo modo, se prevé que los procesos actualmente en curso podrían reconducirse a través de la vía creada en el artículo 3 del Real Decreto-Ley 1/2017. Es decir, circunstancias todas ellas que se circunscriben al ámbito judicial, propiamente dicho.

En cualquier caso, nos situamos ante una situación muy generalizada a la que se pretende ofrecer una vías de reparación que generarán peticiones masivas que se estiman por miles y que ponen en ciernes un

potencial volumen de asuntos, incrementando los asuntos judiciales en estos órganos que, por razón de competencia, podrían verse afectados por las vicisitudes de las medidas previstas en el Real Decreto-Ley y su supervisión jurisdiccional.

No resulta necesario recordar la sobrecarga de trabajo que pesa en estos órganos judiciales y el impacto que esta potencial litigiosidad pudiera provocar en su funcionamiento ya de por sí absolutamente saturado de asuntos.

Ante todo ello, resulta muy oportuno conocer las medidas organizativas en el ámbito de las competencias de ordenación y gestión de medios materiales y personales de la Administración de Justicia que tiene atribuida la Junta de Andalucía atendiendo a lo dispuesto en el artículo 29 del Estatuto de Autonomía de Andalucía sobre la garantía de calidad de los servicios de la Administración de Justicia.

Es por ello que se viene a proponer, conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 10 de nuestra Ley reguladora, iniciar actuación de oficio y, en el marco de las competencias atribuidas al correspondiente Departamento de esa Consejería de Justicia e Interior, procede solicitar informe sobre la realidad del problema expuesto y sus posibles soluciones, al objeto de poder también dar cuenta a la ciudadanía y a los operadores jurídicos.

Ver Resolución del dPA

Preguntamos por los juzgados especializados en Andalucía para los litigios sobre cláusulas abusivas en escrituras hipotecarias

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/3071 dirigida a Consejería de Justicia e Interior

- 02 Junio 2017

El Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) acordó en su sesión plenaria de 25 de Mayo la especialización de un total de 54 juzgados de Primera Instancia –uno por provincia en la península y uno en cada una de las principales islas de los archipiélagos canario y balear-, que a partir del próximo 1 de junio conocerán, de manera exclusiva y no excluyente, de los litigios relacionados con las condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias cuyo prestatario sea una persona física, sin perjuicio de poder atribuir en el futuro esta competencia a otros órganos del mismo u otro partido judicial diferente de la provincia, siempre que hubiere razones que lo justificasen, en atención a la carga de trabajo y mejor servicio a la justicia.

En Andalucía los órganos a los que se atribuyen estas competencias especiales son:

- Juzgado de Primera Instancia 7 de Almería
- Juzgado de Primera Instancia 2 de Cádiz
- Juzgado de Primera Instancia 9 de Córdoba
- Juzgado de Primera Instancia 9 de Granada
- Juzgado de Primera Instancia 6 de Huelva
- Juzgado de Primera Instancia 2 de Jaén
- Juzgado de Primera Instancia 18 de Málaga
- Juzgado de Primera Instancia 10 de Sevilla

Pues bien, en el día de ayer, primero en que se aplicaban las supuestas medidas, se produjeron diversas incidencias en relación con la efectiva puesta en marcha de tales acuerdos. Las reacciones de los operadores jurídicos han sido unánimes en relación con "*el desconcierto provocado por no estar listos y las críticas generalizada por la falta de medios*"

En Sevilla, las asociaciones de jueces mayoritarias, abogados, procuradores y la representación sindical de los empleados de la Administración de Justicia, junto al Juez decano, ratifican estas críticas y evidenciaban una aparente falta de previsión y de organización. Estas reacciones se refieren al caso de Sevilla y también Málaga, pero pueden extenderse a las restantes sedes afectadas por estas medidas organizativas.

Somos conscientes de que el origen de tales criterios nace en el propio CGPJ, autor de un "*plan de urgencia en el que empezó a trabajar el pasado mes de febrero para hacer frente al previsible aumento de*

litigios sobre cláusulas abusivas en escrituras hipotecarias como consecuencia de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 21 de diciembre de 2016 en relación con las cláusulas suelo".

Del mismo modo, hemos tenido conocimiento de reuniones de trabajo con el Ministerio de Justicia y las Comunidades Autónomas con competencias en la materia. En concreto el pasado 31 de Mayo tuvo lugar una reunión de la comisión de coordinación CGPJ-Justicia-CCAA en la sede del órgano de los jueces para tratar el plan de urgencia aprobado el pasado jueves por la Comisión Permanente y que se pondrá en marcha en materia de litigios relacionados con las condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarios cuyo prestatario sea una persona física.

En la reunión participaron el presidente del Tribunal Supremo y del CGPJ, Carlos Lesmes; los vocales de la Comisión Permanente Álvaro Cuesta, Nuria Díaz, Gerardo Martínez Tristán, Rafael Mozo y Pilar Sepúlveda; el ministro de Justicia, Rafael Catalá; la secretaria de Estado de Justicia, Carmen Sánchez-Cortés; y representantes de las Consejerías de Justicia de Andalucía, Aragón, Asturias, Canarias, Cantabria, Cataluña, Comunidad Valenciana, Galicia, Madrid, Navarra, el País Vasco y La Rioja (según la nota de prensa publicada por el propio CGPJ).

Siendo conscientes de la complejidad de la toma de decisiones en el ámbito de la Administración de Justicia —donde interfieren una multitud de aspectos competenciales referidos a la atribución de asuntos, medios personales de funcionarios, los titulares judiciales o LAJ, sedes, recursos técnicos, etc, que dependen de diferentes instancias— interesa conocer la aportación de la Administración andaluza a través de la Consejería de Justicia e Interior en la puesta en marcha de estas medidas organizativas.

Es por ello que, se viene a proponer conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 10 de nuestra Ley reguladora sobre la posibilidad de iniciar actuación de oficio, y atendiendo a lo dispuesto en el artículo 29 del Estatuto de Autonomía de Andalucía sobre la garantía de calidad de los servicios de la Administración de Justicia, en el marco de las competencias atribuidas al correspondiente Departamento de esa Consejería de Justicia e Interior, procede solicitar informe sobre la realidad del problema expuesto y sus posibles soluciones, al objeto de poder también dar cuenta a la ciudadanía y a los operadores jurídicos.

Ver Resolución

Pedimos que se restablezca la tramitación de la Orden al Mérito de la Policía Local de Andalucía

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 16/0580 dirigida a Consejería de Justicia e Interior

- 17 Abril 2017

Ante la falta de tramitación de las solicitudes de estos reconocimientos policiales, el Defensor debe realizar la siguiente Resolución ante la Consejería de Justicia e Interior.

ANTECEDENTES

I. Con fecha 22 de Diciembre de 2015 fue registrado de entrada en esta Institución escrito remitido por un funcionario policía local a través del cual señalaba, resumidamente, lo siguiente:

- Que le había sido reconocido por el Pleno del Ayuntamiento de Tocina (Sevilla), localidad donde presta sus servicios, el mérito en una actuación en la que junto con otro compañero salvaron la vida de una persona que era arrastrada por un canal de riego de grandes dimensiones, a costa de poner en riesgo su propia integridad física ya que ambos Agentes estuvieron a punto de caer al mencionado canal para ayudar a este ciudadano, por lo que se les consideró mérito suficiente, por dicho órgano plenario, para ser propuestos para el ingreso en la Orden al Mérito de la Policía Local de Andalucía, que concede la Junta de Andalucía.

- Que con fecha 16 de Diciembre de 2015 se comunica al Ayuntamiento de Tocina por la Dirección General de Interior, Emergencias y Protección Civil la recepción de su escrito al que se adjunta certificación del acuerdo plenario sobre la propuesta de ingreso en la referida Orden al Mérito para los agentes, haciendo indicación expresa de "*… que para el próximo ejercicio no existe consignación presupuestaria para la iniciación del correspondiente procedimiento administrativo*". Desde esa fecha no ha tenido conocimiento de cualquier trámite dispensado a la solicitud cursada desde el Ayuntamiento.

II. Reunidos cuantos requisitos formales se prevén en el artículo 16 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, esta Institución acordó admitir a trámite la referida queja y, consiguientemente, solicitar la evacuación de informe a esa Viceconsejería, que con fecha 10 de Marzo de 2016 remite oficio informando lo siguiente:

- Que la Ley 13/2001, de 11 de diciembre, de Coordinación de Policías Locales establece la posibilidad de conceder premios, distinciones y condecoraciones (art. 26), aprobándose en desarrollo de dicha previsión el Decreto 98/2006, de 16 de mayo, por el que se crea la Orden al Mérito de la Policía Local de Andalucía, siendo desarrollado el mismo por Orden de la Consejería de Gobernación de 11 de mayo de 2007.

- Que tras la recepción del escrito del Ayuntamiento de Tocina, se le comunica al mismo con fecha 16 de diciembre de 2015 por la Dirección General de Interior, Emergencias y Protección Civil que "*…la*

certificación del acuerdo del Pleno debe ir acompañada de la documentación prevista en el artículo 2 de la Orden", siendo remitida dicha documentación por la Corporación con fecha 11 de febrero de 2016 y queda unida al expediente de propuesta de iniciación.

- Que las propuestas de iniciación serán informadas por una Comisión de carácter asesor (art. 3 de la Orden), que será nombrada, convocada y presidida por la persona titular de la Dirección General de Interior, Emergencias y Protección Civil y que, a la vista de las propuestas iniciales recibidas y del informe de la Comisión, la persona titular de la Dirección General decidirá la instrucción del correspondiente expediente administrativo (art. 4 de la Orden), elevando propuesta de resolución al Consejero de Justicia e Interior, que será quien resuelva de manera definitiva la concesión o no del ingreso en la Orden del Mérito y la categoría de la distinción (art. 5 de la Orden).

III. A tenor del contenido del informe recibido en el que se indica que "*… la propuesta formulada por el Ayuntamiento será informada junto con otras recibidas desde otras ayuntamientos por la Comisión establecida al efecto*", nos hace suponer que se practica un ejercicio acumulativo que no permite disponer de una programación o de un calendario aproximado para la resolución de la petición analizada.

Por tal motivo, se procede a solicitar nuevo informe interesando la indicación de un calendario aproximado de la tramitación y conclusión del expediente del funcionario Policía Local de Tocina (Sevilla), comunicándonos a tal efecto que "*…En ningún precepto de la normativa viene determinada la periodicidad o fecha para iniciar el procedimiento … se trata de un acto discrecional de la Administración, el cual se iniciará siempre de oficio por la Dirección General (art. 1 de la Orden). No obstante, el artículo 10 del Decreto 98/2006 si determina que una vez iniciado el correspondiente expediente, el plazo máximo de duración del procedimiento de concesión será de seis meses. De conformidad con la normativa, algunas de las propuestas iniciales recibidas pudieran resolverse con la concesión de las medallas de oro y de plata…, dichas condecoraciones llevan aparejadas necesariamente un premio económico que está condicionado a la disponibilidad presupuestaria*".

IV. Visto lo informado, en concreto que el inicio del procedimiento es un acto discrecional de la Administración que se inicia siempre de oficio, así como que ante la posibilidad de que la condecoración lleve aparejado un premio económico condiciona su inicio y tramitación a la existencia de disponibilidad presupuestaria, se consideró necesario solicitar en relación a los últimos cinco años el número total de solicitudes realizas, así como en relación a cada expediente la siguiente información:

- Fecha de la solicitud de la correspondiente Corporación o del acuerdo del inicio de oficio del procedimiento.

– Fecha del informe de la Comisión Asesora a la propuesta de iniciación.

– Fecha en la que se acuerda la instrucción del expediente o se deniega dicha instrucción por la Dirección General.

– Fecha en la que eleva la propuesta de resolución al titular de la Consejería.

– Fecha de la resolución de concesión o no del ingreso en la Orden al Mérito.

Tales cuestiones fueron contestadas indicando que en los últimos 5 años se han recibido un total de 61 solicitudes, y que "*no existe un calendario para la fecha de inicio del procedimiento por lo que hasta que no se acuerde el inicio del procedimiento no se puede establecer fecha alguna a efectos de cómputo de plazos y, por tanto, no se han podido someter las propuestas a informe de la Comisión Asesora, ni a la posterior tramitación procedimental*".

V. A tenor de la información recopilada se consideró conveniente dirigirnos a la Asociación de Jefes y Directivos de las Policías Locales de Andalucía (AJDEPLA) con la intención de que se nos informara de casos similares a los planteados de los que tuviera conocimiento por sus asociados. A tal efecto, se nos remite información sobre 8 solicitudes realizadas a favor de sus asociados que van desde Abril de 2009 a

Enero de 2016. Ninguna fue tramitada.

Teniendo en cuenta los antecedentes descritos, se estima oportuno realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

Primera.- El derecho de los policías locales al reconocimiento del mérito en el servicio y la normativa aplicable para su concesión.

La Ley 13/2001, de 11 de diciembre, de Coordinación de las Policías Locales, viene a establecer en su Exposición de Motivos que se «pretende ofrecer un conjunto vertebrado, armónico e interrelacionado que se plasme en una norma sólida y compacta, capaz de abarcar todas las exigencias reguladoras de una coordinación administrativa ágil, moderna y eficaz..., profundizando en su acercamiento al del policía estatal».

De esta forma, en relación a los hechos que nos ocupan, se regula en su artículo 26 la posibilidad de que la Consejería de Gobernación conceda premios, distinciones y condecoraciones a los miembros de los Cuerpos de la Policía Local que se distingan notoriamente en el cumplimiento de sus funciones, con informe previo del municipio al que pertenezcan. En concreto, el Decreto 98/2006, de 16 de mayo, crea la Orden al Mérito de la Policía Local de Andalucía, y regula los aspectos que definen estos sistemas de reconocimiento.

Podemos circunscribir el motivo de la queja que presenta el funcionario interesado en el ámbito propio de los derechos reconocidos a estos empleados públicos y agentes de la autoridad bajo su condición de Policías Locales.

Efectivamente, el establecimiento de sistemas singulares de reconocimiento, mérito o premio no son más que ejemplos de acreditaciones formales derivadas del desempeño profesional de estos empleados públicos quienes, más allá del cumplimiento estricto de su marco de deberes, despliegan unas actividades superiores a estos umbrales ordinarios de atención a sus obligaciones, alcanzando unos niveles destacados de compromiso y resultados.

Son prácticas perfectamente ligadas al servicio público en sus diferentes facetas y ámbitos de actuación, aunque podríamos decir que, en el escenario del servicio relacionado con la protección y la seguridad ciudadana, están especialmente consolidados debido, entre otros motivos, a las situaciones frecuentes de riesgo y peligro con las que se encuentran estos profesionales en sus desempeños.

De hecho, realizando un somero repaso de las normativas autonómicas en materia de policías locales, estos sistemas de reconocimiento se insertan entre los derechos que ostenta tales empleados públicos cuando sus actuaciones destaquen de manera notoria en el servicio prestado. Así se define en varias disposiciones al establecer que «Los miembros de los cuerpos de policía local y los policías en los ayuntamientos que no hayan constituido cuerpo de policía local que se distingan notoriamente en el ejercicio de sus funciones pueden ser condecorados con la Medalla al Mérito de la Policía Local» (artículo 52.1 de la Ley 4/2013, de 17 de julio, de coordinación de las policías locales de las Illes Balears).

También la Ley 6/1999, de 19 de abril, de Policías Locales y de Coordinación de las Policías Locales de la Comunidad Valenciana establece entre los derechos de los policías locales «… f) A las recompensas y premios que se establezcan reglamentariamente». O la Ley 16/1991, de 10 de julio, de las Policías Locales de Cataluña alude a las distinciones y recompensas en su artículo 45.2. «Las distinciones y recompensas constarán en el expediente personal del funcionario y podrán ser valoradas como mérito en los concursos de provisión de puestos de trabajo».

Estos sistemas de distinciones, por tanto, son derechos identificados de tales profesionales que se alcanzan bajo unas determinadas condiciones que han de ser formalmente propuestas, valoradas y concedidas.

Así, mediante el citado Decreto 98/2006, de 16 de mayo, se crea la Orden al Mérito de la Policía Local de Andalucía, estableciendo cuatro categorías (art. 2: a) Medalla de Oro, b) Medalla de Plata, c) Cruz con distintivo verde, y d) Cruz con distintivo blanco.

De estas cuatro categorías, tan sólo las dos primeras llevan aparejadas un premio económico que recibirán los propios titulares de la distinción o sus familiares en caso de fallecimiento (art. 14). Sin embargo, sí es común a las cuatro categorías el invocar tal reconocimiento como mérito a los efectos de concursos profesionales, así como para ser nombrados funcionarios honoríficos del respectivo Ayuntamiento, o bien ocupar lugar o sitio preferente en los actos oficiales a los que fueran convocados por la Administración Autonómica o Local.

Posteriormente, en desarrollo del referido Decreto 98/2006, se hace preciso regular determinados aspectos relacionados con el procedimiento de ingreso en la Orden al Mérito, las características técnicas de las distintas condecoraciones, así como algunos de los efectos derivados del ingreso y permanencia en la misma, regulación que establece la Orden de 11 de Mayo de 2007.

Así, el procedimiento de ingreso en la Orden al Mérito se iniciará siempre de oficio por la Dirección General (art. 1), debiendo ser siempre la propuesta de iniciación motivada y acompañarse de la documentación requerida (art. 2). Esta propuesta inicial deberá ser informada por una Comisión de carácter asesor (art. 3), que será presidida por el titular de la Dirección General.

A la vista de la propuesta inicial y del informe de la Comisión Asesora, el titular de la Dirección General decidirá sobre la instrucción del expediente y nombramiento en su caso del instructor del mismo (art. 4), quien elevará la correspondiente propuesta en un plazo no superior a dos meses al titular de la Dirección General que, de la misma forma, elevará propuesta de resolución al titular de la Consejería de Gobernación.

Tras la descripción del régimen normativo que regula el procedimiento de estos sistemas de premio o reconocimiento, podemos analizar los motivos por los que la petición formal avalada por el Ayuntamiento a favor de su funcionario policial no es tramitada desde la Dirección General. Y es este órgano directivo el que manifiesta que "*...En ningún precepto de la normativa viene determinada la periodicidad o fecha para iniciar el procedimiento ... se trata de un acto discrecional de la Administración, el cual se iniciará siempre de oficio por la Dirección General (art. 1 de la Orden). No obstante, el artículo 10 del Decreto 98/2006 si determina que una vez iniciado el correspondiente expediente, el plazo máximo de duración del procedimiento de concesión será de seis meses. De conformidad con la normativa, algunas de las propuestas iniciales recibidas pudieran resolverse con la concesión de las medallas de oro y de plata..., dichas condecoraciones llevan aparejadas necesariamente un premio económico que está condicionado a la disponibilidad presupuestaria*".

Y, efectivamente, la Dirección General confirma que no procede a la tramitación de las peticiones que recibe, arrogándose su atribución de discrecionalidad y alegando la falta de disponibilidad presupuestaria para el supuesto en el que el mérito reconocido llevara aparejado un premio económico.

Recordemos que la Orden reguladora establece:

«Artículo 4. Tramitación del expediente administrativo.

> 1. A la vista de las propuestas iniciales y del informe de la Comisión Asesora, la persona titular de la Dirección General competente decidirá la instrucción del correspondiente expediente administrativo, nombrando una persona encargada de la instrucción que, tras la comprobación y evaluación de los méritos alegados en la propuesta de iniciación y demás trámites que considere oportunos, elevará la correspondiente propuesta en un plazo no superior a dos meses desde su nombramiento como instructor o instructora.
>
> 2. En su propuesta, la persona nombrada para la instrucción, incluirá la categoría con que se

propone el ingreso en la Orden.

3. Recibida la propuesta derivada de la instrucción, la persona titular de la Dirección General elevará propuesta de resolución al que lo sea de la Consejería de Gobernación».

De tal forma, el caso que ha sido planteado por el funcionario afectado no ha hecho sino ratificar con su ejemplo una situación que puede calificarse como generalizada y permanente. Es decir, hemos comprobado la ausencia de cualquier procedimiento encaminado al reconocimiento de los policías locales sea cual fuere su circunstancia, motivo o historial. Tales procedimientos no se incoan, ni existen en el ámbito andaluz, ante la falta de antecedentes acreditados que han sido requeridos desde esta Institución, tanto a la Consejería como a entidades directamente afectadas como son las propias asociaciones profesionales o sindicales de policías locales.

Pero es que se trata de una situación permanente en la medida en que tampoco se ha podido acreditar ningún antecedente de estos procesos desde 2009 a 2016 a tenor de la información ofrecida por la Dirección General (61 solicitudes presentadas) y confirmada por la Asociación de Jefes y Directivos de la Policía Local (AJDEPLA) .

Sea cual fuere el motivo nuclear que explica esta peculiar situación, podemos concluir que los profesionales policiales no pueden ser reconocidos en sus desempeños de especial mérito porque las propuestas emanadas desde sus respectivos promotores no se tramitan. El derecho, en términos de expectativas, a ver reconocida su meritoria labor deviene de facto inaplicable. Es decir; el derecho de estos empleados públicos ha sido suspendido en la práctica mediante la aplicación de un criterio directivo que cercena toda tramitación por razones de índole presupuestaria.

Segunda.- La buena administración en relación con la discrecionalidad en la iniciación de oficio del procedimiento.

Viene a establecer la Constitución Española en su artículo 103 que «La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho».

En desarrollo de dichas previsiones constitucionales, la Exposición de Motivos de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, viene a reseñar que «el articulo 103 establece los principios que deben regir la actuación de las Administraciones Públicas, entre los que destacan el de eficacia y el de legalidad, al imponer el sometimiento pleno de la actividad administrativa a la Ley y al Derecho. La materialización de estos principios se produce en el procedimiento, constituido por una serie de cauces formales que han de garantizar el adecuado equilibrio entre la eficacia de la actuación administrativa y la imprescindible salvaguarda de los derechos de los ciudadanos y las empresas, que deben ejercerse en condiciones básicas de igualdad en cualquier parte del territorio, con independencia de la Administración con la que se relacionen sus titulares».

Como norma fundamental del ordenamiento jurídico propio, debe tenerse presente que el Estatuto de Autonomía para Andalucía (Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo) garantiza en su artículo 31 el derecho a una buena administración, que comprende el derecho de todos ante las Administraciones Públicas, a participar plenamente en las decisiones que les afecten, obteniendo de ellas una información veraz, y a que sus asuntos se traten de manera objetiva e imparcial y sean resueltos en un plazo razonable.

Los mismos principios se recogen en el artículo 3 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, junto a otros de interés como los de responsabilidad por la gestión pública, buena administración y calidad de los servicios. El principio de buena administración también se recoge y concreta en el artículo 5 de la misma Ley.

De una manera más concreta al caso, según el tenor literal del artículo 1.1 de la Orden de 11 de mayo de 2007, «El procedimiento de ingreso en la Orden al Mérito de la Policía Local de Andalucía, en cualquiera

de sus categorías, se iniciará siempre de oficio por la Dirección General competente en materia de coordinación de Policías Locales», estableciéndose en el artículo 2 que en las propuestas de iniciación del expediente formuladas por los Ayuntamientos, será necesario acuerdo del Pleno del Ayuntamiento, propuesta que tendrá la consideración de informe previo (art. 10.1, párrafo 2º del Decreto 98/2006, de 16 de mayo).

Así por esa Viceconsejería, en sus informes de fecha 2 de Junio y 19 de Septiembre de 2016, se indica que al ser el inicio del procedimiento siempre de oficio supone que nos encontramos ante un acto discrecional de la Administración, y que "*hasta que no se acuerde el inicio del procedimiento no se puede establecer fecha alguna a efectos de cómputo de plazos y, por tanto, no se han podido someter las propuestas a informe de la Comisión Asesora, ni a la posterior tramitación procedimental*".

Ciertamente, la apreciación estimatoria para la incoación del expediente reviste el carácter de acto discrecional. Y la naturaleza de tal decisión se adapta al régimen de esta tipología de actos. Ante estas peticiones, procede desplegar un ejercicio reflexivo de estudio y toma en consideración de los actos y circunstancias que se expresan en la solicitud acogida en la Dirección General y que exige una valoración amplia y cargada de motivaciones que debe ser ponderadas con rigor, en función a las descripciones meritorias que la normativa establece.

La discrecionalidad con la que se define el acto, por la normativa aplicable, habilita para esa actuación decisoria y dedicada a la justa valoración de las peticiones recibidas para el ingreso en la Orden al Mérito. Decimos bien; el alcance de la discrecionalidad se refleja en acordar, o no, dicha iniciación como resultado de ese ejercicio decisorio en uno u otro sentido. Pero tal decisión debe acordarse, incoando el trámite o rechazándolo y con todas las garantías que la legislación procedimental establece.

Como se indica en el informe de la Dirección General recibido, en esa propuesta ya se acredita la circunstancia de un posible fallecimiento, gran invalidez o de una invalidez permanente, por lo que se puede cribar de manera alternativa aquellos casos en los que la petición e instrucción del expediente no llevaría aparejado ese premio económico y, por tanto, la dificultad de disponer de dotación presupuestara quedaría resuelta, dejando expedita la continuidad del expediente hasta la concesión de una categoría de Cruz sin exigencia dineraria alguna. Quiere ello decir que, desde el estudio de la solicitud inicial y con la ordenación e informe que aporta la Comisión Asesora, en el ámbito de la Dirección General se está en situación de aproximar la categoría de premio que se propone y, por tanto, de discernir si la medida a considerar pudiera tener una consecuencia económica. Sin embargo, esa posibilidad de discernir, entre todos los expedientes, aquellos que podrían llevar aparejada dotación económica, no se toma en cuenta.

Tanto en la ya derogada Ley 30/92, de 26 de noviembre (art. 69.1 y 2), como en la vigente Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (art. 58 y 55.1), se establece que «los procedimientos se iniciarán de oficio por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos o por denuncia. Con anterioridad al acuerdo de iniciación, podrá el órgano competente abrir un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento».

A este respecto, la vigente Ley 39/2015, determina en su artículo 61 lo siguiente:

> «1. Se entiende por petición razonada, la propuesta de iniciación del procedimiento formulada por cualquier órgano administrativo que no tiene competencia para iniciar el mismo y que ha tenido conocimiento de las circunstancias, conductas o hechos objeto del procedimiento, bien ocasionalmente o bien por tener atribuidas funciones de inspección, averiguación o investigación.
>
> 2. La petición no vincula al órgano competente para iniciar el procedimiento, si bien deberá comunicar al órgano que la hubiera formulado los motivos por los que, en su caso, no procede la iniciación».

Por lo tanto, el hecho de que el inicio del procedimiento sea de oficio no imposibilita que se incoe el mismo tras petición razonada del Ayuntamiento, si bien dicha petición no es vinculante y, de ser rechazada, se ha de comunicar al órgano proponente los motivos por los que no procede, en consecuencia con esa categoría que reviste de ser un acto discrecional de la administración.

A estos efectos, la RAE define el término "discrecional" como: "*Se dice de la potestad gubernativa en las funciones de su competencia que no están regladas*", es decir, el ordenamiento jurídico otorga la facultad a un órgano administrativo para decidir sobre un tema del cual no está contemplada una solución estricta en el reglamento o norma, si bien esta facultad no es ilimitada ni absoluta, al no estar por encima de la ley en cuanto es derivada de ella misma. Pero, cuando no estemos ante un acto reglado por una norma, este legítimo poder de la administración en el uso de la discrecionalidad, no puede derivar en un abuso, exceso o uso incorrecto del ejercicio de esta voluntad, ya que incurriríamos en arbitrariedad, definida por la RAE como el "*acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho*".

La prohibición de la arbitrariedad tiene hoy su fundamento directo en el artículo 9.3 de la Constitución, que garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos: «la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos».

A este respecto el Tribunal Constitucional ha precisado el sentido de arbitrariedad en los siguientes términos: «la arbitrariedad implica la carencia de fundamento alguno de razón o de experiencia, convirtiendo en caprichoso el comportamiento humano, cuyas pautas han de ser la racionalidad, la coherencia y la objetividad». (Sentencia 325/1994, de 12 de diciembre).

Y por otro lado, el Tribunal Supremo, en Sentencia 26 de octubre de 1995 dice que la «necesidad de motivar los actos administrativos discrecionales … tiene su fundamento en el artículo 9.3 de la Constitución que garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los Poderes públicos, mientras que la necesidad de que los actos administrativos reglados se sujeten a sus normas habilitantes viene impuesto por el propio artículo 9 de la Constitución que garantiza el principio de legalidad».

Con ello venimos a introducir un nuevo elemento en la discusión ya adelantado anteriormente (art. 61.2 Ley 39/2015), cual es la necesidad de motivar los actos administrativos discrecionales, ya que ante una falta de motivación que sostenga el acto, el único apoyo de la decisión será la sola voluntad de quien lo adopta, y por lo tanto nos trasladaría del acto discrecional al acto arbitrario.

Volviendo a realizar una comparativa entre la Ley 30/1992 y la vigente Ley 39/2015, nos encontramos que tanto el art. 54.1.f de la primera como el art. 34.1.i de la segunda vienen a coincidir :

> «Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho:
>
> I) Los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa».

Los actos discrecionales, pues, necesitan de un plus de justificación respecto de los actos reglados, porque mientras que en éstos la propia norma habilitante delimita todos los elementos del acto, en las decisiones discrecionales, el margen de decisión del órgano es el que exige que se justifiquen el acierto o, al menos, la razonabilidad de la elección.

Por último, no podemos dejar de traer a colación la obligación que existe por parte de la administración a resolver: «La Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación» (art. 42.1 Ley 30/1992 y art. 21.1 Ley

39/2015).

Así como que «El personal al servicio de las Administraciones Públicas que tenga a su cargo el despacho de los asuntos, así como los titulares de los órganos administrativos competentes para instruir y resolver son directamente responsables, en el ámbito de sus competencias del cumplimiento de la obligación legal de dictar resolución expresa en plazo. El incumplimiento de dicha obligación dará lugar a la exigencia de responsabilidad disciplinaria, sin perjuicio de la que hubiere lugar de acuerdo con la normativa aplicable» (art. 42.7 Ley 30/1992 y art. 21.6 Ley 39/2015).

Y por último, en relación con esta concreta cuestión, debemos apuntar también el principio de impulso en los trámites de los procedimientos recogido en el artículo 71. de la Ley 39/2015:

> «1. El procedimiento, sometido al principio de celeridad, se impulsará de oficio en todos sus trámites y a través de medios electrónicos, respetando los principios de transparencia y publicidad.
>
> 2. 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. El incumplimiento de lo dispuesto en el párrafo anterior dará lugar a la exigencia de responsabilidad disciplinaria del infractor y, en su caso, será causa de remoción del puesto de trabajo.
>
> 3. Las personas designadas como órgano instructor o, en su caso, los titulares de las unidades administrativas que tengan atribuida tal función serán responsables directos de la tramitación del procedimiento y, en especial, del cumplimiento de los plazos establecidos».

Por todo ello, debemos concluir, a este respecto, que ante la petición razonada de un Ayuntamiento, la Dirección General está obligada a resolver de forma motivada bien el inicio del procedimiento, o bien la desestimación de la petición realizada, pero en ningún caso dejar sin el trámite preceptivo las peticiones que reciba elaboradas y aprobadas por los respectivos Plenos de las Corporaciones Locales, requisito éste que merece una singular atención por cuanto viene a recoger el sentir institucionalmente expresado de un supuesto de ejercicio profesional digno de ser entendido como mérito policial reconocido.

Tercera.- La falta de disposición presupuestaria como requisito denegatorio en el procedimiento.

Enlazando con la anterior consideración, se alega como motivo que impide la tramitación de los expedientes administrativos la falta de disposición presupuestaria. Así, en la comunicación inicial al Ayuntamiento tras su solicitud, se hace indicación expresa de que "*… para el próximo ejercicio no existe consignación presupuestaria para la iniciación del correspondiente procedimiento administrativo*".

Y, de la misma forma, se nos argumenta en unos de los informes recibidos que "*…De conformidad con la normativa, algunas de las propuestas iniciales recibidas pudieran resolverse con la concesión de las medallas de oro y de plata…, dichas condecoraciones llevan aparejadas necesariamente un premio económico que está condicionado a la disponibilidad presupuestaria*".

Por tanto, parece ser éste el motivo por el que los llamados expedientes de propuesta de iniciación nunca llegan a ser tramitados, ya que en los últimos 5 años se han recibido un total de 61 solicitudes sin que exista "*un calendario para la fecha de inicio del procedimiento por lo que hasta que no se acuerde el inicio del procedimiento no se puede establecer fecha alguna a efectos de cómputo de plazos y, por tanto, no se han podido someter las propuestas a informe de la Comisión Asesora, ni a la posterior tramitación procedimental*".

A este respecto, deberíamos recordar el tenor literal del artículo 2.2 de la Orden de 11 de Mayo de 2007:

> «2. En la propuesta no se deberá indicar la categoría para la que se solicita el ingreso en la Orden. Esta valoración quedará reservada para el instructor del expediente a que se refiere el artículo 4 siguiente, que en su informe incluirá la propuesta sobre la categoría de ingreso en al Orden».

Otra cuestión que debemos recordar es que son cuatro las categorías (Medalla de Oro, Medalla de Plata, Cruz con distintivo verde y Cruz con distintivo blanco), siendo tan sólo las dos primeras las que llevan aparejado un premio económico, y por tanto, sujeto a disponibilidad presupuestaria, según señala el artículo 13 del Decreto 98/2006, de 16 de mayo, por el que se crea la Orden al Mérito de la Policía Local de Andalucía.

Por lo tanto, si la norma impide realizar una valoración respecto a la categoría, al menos hasta la propuesta que debe realizar el instructor, por el mismo motivo tampoco serviría de justificación para la falta de tramitación de los expedientes, siendo en todo caso, tras la propuesta del instructor, cuando habría que realizar la valoración de la existencia o no de consignación presupuestaria si el premio propuesto derivara en tal efecto económico.

Llegados a este momento del trámite del procedimiento establecido, y sólo para dicho supuesto de necesidad de consignación presupuestaria, cabría la posibilidad de valorar que a pesar de encontrarnos en una situación jurídica en la que al amparo de la aludida normativa procede la emisión de una resolución estimatoria de ingreso en la Orden al Mérito con determinada categoría, dicha resolución, plenamente exigible desde el punto de vista de la legislación material, queda aún pendiente del cumplimiento de determinados requisitos impuestos por la legislación económico presupuestaria y contable.

Y es que toda obligación que pudiera asumir la Administración que implicara algún contenido económico conlleva inexcusablemente el trámite paralelo de un expediente económico, presupuestario y contable, con las correspondientes fases de ordenación del gasto y posterior ordenación del pago.

En este caso nos referimos a la fase de ordenación del gasto, que impone a la Administración que antes de asumir algún compromiso de gasto, esto es, antes de que sea firme la referida resolución estimatoria, por las correspondientes unidades administrativas se hayan de cumplimentar los trámites presupuestario-contables que permitirían imputar el gasto que se pretender realizar al correspondiente crédito presupuestario, todo ello bajo la premisa establecida en el artículo 39, apartado 2, del Decreto Legislativo 1/2010, de 2 marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, según el cual no podrán adquirirse compromisos de gasto por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos del Presupuesto de la Junta de Andalucía (con carácter limitativo y vinculante, de acuerdo con su clasificación orgánica, por programas y económica a nivel de artículo), siendo nulos de pleno derecho los actos administrativos y las disposiciones generales con rango inferior a Ley que infrinjan esta norma».

En el concreto caso que analizamos se da la paradoja de que por no existir crédito presupuestario idóneo para la asunción del compromiso de gasto inherente al reconocimiento de ingreso en la Orden al Mérito, se paralizan la tramitación de todas las solicitudes y se mantienen los procedimientos abiertos sin una fecha cierta de finalización.

Es evidente que se trata de una anomalía jurídica, pues de un lado, desde el punto de vista de la legalidad material, nos encontramos con el derecho subjetivo de las personas propuestas para optar motivadamente a su ingreso en la Orden al Mérito -o en todo caso, del órgano administrativo que realiza la propuesta- a obtener una respuesta expresa, la cual sería estimatoria de reunir los requisitos en ella establecidos. Y por el contrario, desde el punto de vista de la legalidad económica, presupuestaria y contable, no se podría proseguir la tramitación del procedimiento de gasto hasta que no hubiera quedado solventada la

deficiencia de crédito presupuestario idóneo para dicha finalidad.

Pero esta contradicción no puede llevarse al extremo que denota la práctica ejecutada en la Dirección General, paralizando la tramitación de los expedientes sine die, en espera de que en futuros ejercicios pudieran existir créditos presupuestarios hábiles para dicha finalidad.

A pesar de existir esta limitación, la propia normativa económico-presupuestaria ofrece distintas posibilidades para adquirir el compromiso de gasto aunque éste no estuviera previsto o excediera los créditos iniciales establecidos en la Ley de Presupuestos. Para dicha finalidad están previstas diversas modificaciones presupuestarias (Capítulo II, "Los créditos y sus Modificaciones", artículos 39 a 51, de la Ley General de la Hacienda Pública, antes citada) las cuales, tras su correspondiente tramitación permitirían, si ello fuera posible, habilitar crédito procedente de otras partidas.

El aparente dilema que se presenta en el caso analizado no resulta novedoso. Forma parte de una dualidad de aspectos que van intrínsecamente unidos, cuales son la acción pública amparada por la norma y la dimensión presupuestaria que exige la dotación consecuente para atender el gasto económico que dicha acción pública genera. Pero aunque tengamos perfectamente presente la exigencia de la legalidad presupuestaria, no podemos obviar que esta dimensión adquiere un alcance instrumental para hacer efectiva la obligación previa adquirida por la Administración.

Esa obligación viene establecida por el sistema normativo regulador del derecho de los funcionarios policiales al reconocimiento formal de sus méritos. Un derecho, que como hemos advertido, ha de ser evaluado y adquirido a partir del cumplimiento de los requisitos que la propia norma establece, pero que se encuentra incardinado en el ordenamiento jurídico vigente y es absolutamente acreedor de contar con las dotaciones de gasto que lo hacen posible; de ahí ese carácter instrumental y consecuente que corresponde a la previsión presupuestaria.

Podríamos añadir que el derecho al reconocimiento al mérito es previo y autónomo de sus consecuencias de gasto. El derecho debe resolverse en sus propios términos de regulación y, en su caso (ya vimos que no todos los reconocimientos llevan aparejado una dotación dineraria), derivarán en un gasto que exige su disponibilidad presupuestaria. Pero, como decimos, en un nivel posterior y obedeciendo el alcance del derecho previamente reconocido.

A partir de estas dificultades presupuestarias, lo cierto es que no sólo no se han resuelto las solicitudes ya presentadas, sino que se sigue produciendo un proceso de admisión de solicitudes sin que se dé curso ni tramitación a las mismas por los motivos anteriormente argumentados, y entendemos que quedando a expensas de la existencia futura de crédito presupuestario.

Por tanto, esa dimensión accesoria y consecuente ha adquirido la categoría de impedimento perfecto que llega a enervar el propio derecho, produciendo un efecto que no debemos dejar de reseñar. Y es que en Andalucía el cumplimiento meritorio de las funciones policiales hasta 2011 suponían un premio a partir de unos comportamientos destacados y sobresalientes de unos policías que han merecido una Medalla o una Cruz.

Desde hace siete años los mismos méritos no se premian y tal resultado discriminatorio no deriva de un comportamiento diferente o de una alteración de los requisitos que avalan este premio; su negación se debe a la falta de disponibilidad presupuestaria.

La inaplicación es tan absoluta y permanente que debemos reiterar la valoración de que nos encontramos ante una derogación de facto del sistema normativo de reconocimiento al mérito de la policía local.

Cuarta.- Alternativas presupuestarias ante la paralización de los expedientes.

Hemos apuntado que la razón —o excusa— para no tramitar las solicitudes y proceder a la incoación inicial del expediente es la falta de dotación presupuestaria. Pero debemos volver al dato de que son

cuatro las categorías previstas en la Orden al Mérito de la Policía Local y sólo las dos primeras (Medalla de Oro y Medalla de Plata) llevarían aparejadas una dotación o premio económico. Las otras restantes, la Cruz con distintivo verde y con distintivo blanco, no cuentan con ese complemento dinerario.

Añadimos, en este análisis de la situación, que tales restricciones no parecen resultar operativas en otros ámbitos territoriales. Apuntamos tan sólo la Resolución de 16 de diciembre de 2015, por la que se conceden medallas a la permanencia en el servicio de la Policía local de Extremadura en la anualidad 2015 (DOE 9, de 15 de enero de 2016) o la Orden de 13 de mayo de 2016, por la que se conceden las condecoraciones del Sistema Canario de Seguridad en sus modalidades de Medalla al mérito policial y Placa Colectiva al mérito policial para el año 2016 (BOC Nº 97. Viernes 20 de Mayo de 2016).

Pues bien, si el impedimento reiterado desde la Consejería es la incapacidad de disponer de esa dotación presupuestaria, la medida correctiva primaria que se antoja proponer para superar esta situación es la reconsideración por parte de la Consejería de los criterios que permitieran recuperar estas partidas a fin de atender las previsiones legales de estas acciones públicas del sistema de reconocimiento formal de los méritos policiales. Si la causa aparente de esta omisión es la ausencia de dotación presupuestaria, procede interesar su recuperación para futuros ejercicios en un entorno de progresiva corrección de las medidas de restricción del gasto en las que parece haberse embebido esta absoluta desaparición de la dotación presupuestaria adecuada.

No obstante, y de manera subsidiaria, podría abordarse una reconsideración de la propia cuantía económica de estas partidas, planteando una estrategia de facilitar una disponibilidad de gasto, aunque fuera menor. Ciertamente, podemos estar tratando de algunas cantidades significativas para atender estos premios (hasta 48 mensualidades de la retribución media del agente para la Medalla de Oro, o hasta 24 ó 12 mensualidades para la Medalla de Plata).

Pues bien, la norma habilitante sería susceptible de ser modificada con la intención de adaptar estas previsiones de cálculo a unos tiempos de severas restricciones del gasto que persisten a lo largo de los ejercicios y que no presentan expectativas de verse aliviadas para poder aventurar una disponibilidad de recursos dedicados a un sistema de premios para la Policía Local en Andalucía que permanece, de facto, inoperativo por estas razones presupuestarias. Del mismo modo que en otros órdenes de destino del gasto público ha sido necesario ponderar sus cuantías, o redefinir sus requisitos, en este particular aspecto podría evaluarse la definición de un premio económico más ajustado y acorde con estas dificultades de gasto para cada tipo de Medalla.

Obviamente esta opción, de ser considerada, debería someterse a las oportunas consultas con las instancias asociativas y sindicales, así como con las entidades locales en las que se integra este colectivo policial. Sin perjuicio de que cada uno de estos actores puede aportar sus particulares intereses, se nos antoja como argumento válido el hecho de lograr la recuperación de un sistema de méritos decaído de facto, aun cuando su dimensión económica, para las categorías de Medalla, resulte menos cuantiosa.

Mejor un ajuste en la valoración de las Medallas, que permanecer con la desaparición de la Orden al Mérito, sea cual sea su rango.

Quinta.- La finalidad el sistema andaluz de méritos y su reconocimiento para la Policía Local.

Apuntamos otra consecuencia que emerge del análisis que estamos ofreciendo sobre la inaplicación de los procesos de reconocimiento y mérito de la Policía Local y que tiene que ver con la funcionalidad que persiguen estos mecanismos de premio.

Son sistemas que no se circunscriben en un mero efecto retributivo. Son fórmulas de reconocimiento propias del ámbito de la respuesta ética que los gestores de estos servicios públicos tienen a su alcance para contraprestar acciones, gestos y compromisos de estos empleados públicos dignos de especial

valoración.

El acto expreso, público y cargado de notoriedad persigue dispensar la fama —en la mejor de sus acepciones— y el premio a quienes acreditadamente lo merecen. La publicidad de su concesión y la solemnidad de los actos que se desarrollan para su entrega son igualmente manifestaciones de las instancias de responsabilidad pública y política que buscan proclamar unas acciones de servicio policial ofrecidas a partir de una especial entrega, valor o excelencia. Tal acción pública de esta naturaleza, y reservada a las altas instancias, implica un mensaje de identificación con el esfuerzo de estos profesionales y un gesto de voluntad de recompensar estos sobreesfuerzos mediante honores y gestos que se transmiten a los colectivos profesionales, servidores públicos y a toda la sociedad con un mensaje explícito de ejemplaridad.

Y toda esa finalidad se trunca por el abandono de tales reconocimientos formales.

En Andalucía la situación creada puede generar la razonable duda sobre si no hay medallas ni cruces porque no se otorgan o, sencillamente, porque los policías locales de esta Comunidad no las merecen. ¿Nuestros profesionales policiales prescinden de actuar en situaciones que provocan la admiración de la sociedad y de los vecinos a los que sirven? ¿Acaso no existen razones para otorgar estos méritos?

Nos resistimos a creer que los cometidos diarios y habituales de los policías andaluces no ofrezcan permanentes ejemplos de entrega y que se presenten ante la sociedad como perfectamente merecedores de estos reconocimientos. Porque si no ¿qué alcance tienen hoy el Decreto 98/2006, de 16 de mayo y la Orden de 11 de Mayo de 2007?

Por todo lo anterior, y de conformidad con lo establecido en el artículo 29, apartado 1, de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, se formula a la Consejería de Justicia e Interior las siguientes

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO de los deberes legales contenidos en los preceptos anteriormente citados.

RECOMENDACIÓN para que se proceda de forma inmediata a la tramitación de las distintas propuestas formuladas para el ingreso en la Orden al Mérito de la Policía Local de Andalucía y se dirima motivadamente la incoación, o no, de los correspondientes expedientes dando cuenta a las instancias proponentes.

SUGERENCIA 1, a fin de que se considere la modificación del procedimiento recogido en el Decreto 98/2006, que permita la incoación formal de los expedientes de solicitud de ingreso en la Orden del Mérito y su resolución en las categorías que no lleven aparejadas dotaciones económicas.

SUGERENCIA 2 para que se promueva desde la Consejería de Justicia e Interior la disponibilidad presupuestaria necesaria para poder atender este sistema normativo en vigor, establecido en la Orden al Mérito de la Policía Local de Andalucía.

SUGERENCIA 3 a fin de que, subsidiariamente a lo anterior, se estudie, con la necesaria participación de la Comisión de Coordinación de las Policías Locales, la modificación de la normativa aplicable para adecuar a las disponibilidades presupuestarias los criterios de cálculo de los premios económicos para las Medallas de Oro y de Plata.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Queremos conocer los sistemas de videovigilancia para detenidos en calabozos municipales

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/5085 dirigida a Consejería de Justicia e Interior, Ayuntamientos de las 8 capitales andaluzas

- 28 Septiembre 2017

El artículo 104 de la Constitución asigna a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, la misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana. Dentro del bloque constitucional y en ejecución de tal mandato, la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, ha definido el marco competencial de los distintos Cuerpos policiales, para garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales, estableciendo el ámbito material y territorial de actuación, tanto en materia del mantenimiento de la seguridad ciudadana como en el ámbito de actuación de la policía judicial.

Por su parte, la Comunidad Autónoma de Andalucía, mediante la Ley 13/2001, de 11 de diciembre, de Coordinación de Policía Locales de Andalucía, ha establecido el marco legislativo para el desarrollo de sus competencias, entre las que destacan las referidas a las funciones de homogeneización de los Cuerpos de la Policía Local, la unificación de los criterios de selección, formación, promoción y movilidad de sus miembros, la Coordinación de la formación profesional de estos colectivos y el establecimiento de normas marco los municipios que cuentan con Cuerpos de la Policía Local aprobando o, en su caso, adaptando sus reglamentos de organización y servicios a las previsiones de la misma.

También la Ley Orgánica 2/1986 de 13 de marzo, proclama que la Policía Local para el cumplimiento de las funciones de Policía Judicial tendrán carácter colaborador de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, asignándoles funciones propias, acordes con la actividad que tradicionalmente venían realizando, y atribuyéndoles también las funciones de colaboración con las otras Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en materia de Policía Judicial y seguridad ciudadana, reconociéndose la potestad normativa de las Comunidades Autónomas en la materia, sin perjuicio de la ordenación complementaria de cada cuerpo de Policía Local por su respectiva Corporación, como expresión de la autonomía municipal reconocida en nuestra Constitución.

Nos situamos, por tanto, en un sistema plural de cuerpos policiales que, en la concurrencia del ejercicio de sus funciones propias, deben poner de manifiesto mecanismos que garanticen una capacidad y eficiencia compartidas y unas actuaciones debidamente coordinadas.

Como se ha señalado, la Policía Local también puede intervenir bajo la condición de Policía Judicial, actuando bajo las condiciones de tales funciones de auxilio, por lo que sus despliegues y tareas vienen a coincidir con el trabajo que el Cuerpo Nacional de Policía, Guardia Civil o Policías Autonómicas realizan

bajo dicha función de auxilio judicial (de hecho, existe un modelo de acuerdo específico del Ministerio del Interior para la incorporación de los distintos municipios a sus estipulaciones). De ahí que los despliegues de sus actividades aconsejen igualmente estar debidamente reglados mediante normas y directrices que redunden en las máximas garantías hacia los contenidos de los derechos y libertades constitucionales de las personas sometidas a la intervención de estos agentes policiales.

Esta preocupación por garantizar y proteger tales derechos y libertades, que se entronca en la misión del Defensor del Pueblo Andaluz, viene siendo una constante entre las actuaciones que se desarrollan por esta institución. Entre esas materias, sin duda, ha ocupado una especial atención los aspectos que inciden en estas instalaciones y que afectan de manera primaria a las condiciones elementales de dignidad y respeto a las personas que deben comparecer ante los órganos judiciales y sus actores. Obviamente, entre este tipo de dependencias, dedicadas a la custodia o detención, deben ocupar un papel preponderante.

Así, el Comisionado del Parlamento de Andalucía ya realizó en 1996 el Informe Especial sobre "Los Depósitos Municipales de Detenidos en Andalucía" y las actuaciones sobre estos escenarios de custodia de detenidos resultan muy frecuentes, ya sea en instalaciones municipales o en calabozos de carácter judicial. Igualmente, venimos colaborando con el Defensor del Pueblo Estatal en el ámbito del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura (MNPT) realizando visitas en centros de detención o de restricción de libertad de deambulación.

Son muchos los aspectos que inciden en las condiciones de detención de estas personas en las dependencias policiales, tales como las características de los habitáculos de custodia; controles de entrada y salida; registros corporales, medidas de contención mecánica; alimentación; acceso a visitas; disponibilidad de asistencia jurídica; controles médicos; etc. Todos ellos afectan al objetivo último de lograr conciliar las medidas que compaginen la estancia y custodia segura durante la detención con las garantías y derechos reconocidos.

Entre esta pluralidad de aspectos hemos valorado centrar en esta ocasión nuestra atención en un mecanismo concreto que implica la disponibilidad de herramientas que registran la estancia en estos lugares de detención facilitando su acreditación mediante imágenes y sonidos. Nos referimos a los sistemas de videovigilancia y audiograbación.

Siguiendo las directrices de las distintas entidades que han abordado la instalación y uso de estos sistemas, su funcionamiento en estos lugares aporta un medio muy útil de control de los instantes de permanencia de estas personas detenidas que acostumbran a tener una corta duración y no suelen exigir complicados traslados o cambios de ubicación a la espera de su puesta a disposición judicial en breve tiempo. Son medidas que, con las debidas condiciones, bien recogidas por la normativa, la jurisprudencia y la definición de buenas prácticas, redundan en dotar a estas estancias de seguridad y controles tanto para la persona detenida, como para los propios profesionales responsables de su custodia ante posibles incidentes.

La instalación de estos sistemas de videovigilancia y audiograbación ha sido objeto de expresas recomendaciones a cargo del Defensor del Pueblo (Informes del MNPT) y del propio Defensor del Pueblo Andaluz en varias de sus actuaciones e Informes Especiales al Parlamento.

Fruto de este proceso en favor de las mayores garantías y seguridad en estas dependencias, la Instrucción 12/2015, de la Secretaría de Estado de Seguridad, remitiéndose expresamente a las peticiones del Defensor, aprobó el protocolo de las áreas de custodia de detenidos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. El punto 2 f) establece:

> «Video-vigilancia. Los centros de detención de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado dispondrán de sistemas de video-vigilancia con grabación que contribuyan a garantizar la integridad física y la seguridad de las personas privadas de libertad y la de los funcionarios policiales que ejercen su custodia. Dicha grabación deberá estar permanentemente activa, con

independencia de que los agentes encargados de la custodia deban mantener un control permanente de los calabozos a través de los medios de video-vigilancia. Los sistemas de video-vigilancia se regirán por lo que establece la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos. En ningún caso, podrán permitir la visualización de las zonas de aseo, con el fin de preservar la intimidad de las personas detenidas».

El ámbito de aplicación de dicha Instrucción es el de las Fuerzas de Seguridad del Estado (CNP y Guardia Civil). No obstante, la propia instrucción cita la Ley Orgánica 4/1997, al igual que tales medidas implican la aplicación práctica de las condiciones idóneas que la normativa, jurisprudencia y otras instituciones han venido desarrollando en relación con estos sistemas de vigilancia.

No ocultamos nuestro criterio favorable en favor de una aplicación de tales garantías de la Instrucción 12/2015 a todo tipo de dependencias policiales, sea cual sea su adscripción. De hecho, el Defensor en sus informe del MNPT ya señalaba que:

> *"472. La dispersión y heterogeneidad de la estructura y del tamaño de los cuerpos de policía local, unida a la dificultad que entraña asegurar un procedimiento imparcial de examen de las actuaciones controvertidas por parte de miembros de cuerpos policiales reducidos o de sus responsables políticos directos, aconsejan establecer sistemas unificados de inspección del conjunto del personal de estos cuerpos que los homologuen en este aspecto con los grandes cuerpos de seguridad de carácter nacional o autonómico. A este fin, cabría asumir como modelo teórico, en los aspectos operativos, la Inspección de Personal y Servicios de Seguridad adscrita a la SES. Este sistema podría establecerse a través de la creación de una Inspección General de Policías Locales para el conjunto del Estado, o bien para cada una de las Comunidades Autónomas, en uso de las competencias de coordinación de las policías locales que tienen estatutariamente reconocidas"* (MNPT. Informe Anual 2010 pág 191).

Pues bien, con la finalidad de conocer con detalle la realidad de los sistemas de video-vigilancia en las dependencias municipales de detenidos, se propone incoar actuación de oficio conforme señala el artículo 10.1 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre del Defensor del Pueblo Andaluz, ante los **Ayuntamientos de las capitales de provincia** solicitando información acerca de:

- identificación de las instalaciones de detenidos (o Depósitos Municipales).
- acuerdo específico con el Ministerio del Interior para la participación del Cuerpo de Policía Local en el ejercicio de funciones de policía judicial.
- aplicación de la Instrucción de la Secretaría de Estado de Seguridad 12/2015.
- normas o instrucciones propias que regulan las actuaciones en las áreas de custodia.
- existencia de sistemas de video-vigilancia y/o video-grabación; descripción, en su caso, del sistema instalado.
- cualquier otra circunstancia o aclaración en relación al asunto en cuestión.

Del mismo modo, la actuación de oficio debe dirigirse a la **Consejería de Justicia e Interior**, como departamento que asume la gestión de las previsiones recogidas en la Ley 13/2001, de Coordinación de Policías Locales de Andalucía, en atención a sus competencias de coordinación y promoción de los instrumentos normativos de organización y funcionamiento de estos Cuerpos y la vocación de homogeneizar sus actuaciones. En concreto interesa conocer:

1. Posición de la Consejería sobre la instalación de sistemas de videovigilancia y grabación para las dependencias de detenidos de las Policías Locales de Andalucía.

2. Elaboración a cargo de la Consejería de normas o instrucciones de carácter general sobre características técnicas básicas de estas instalaciones para detenidos.

3. Elaboración de un modelo-marco de normas o instrucciones específicas que incidan en la disposición de sistemas de videovigilancia y grabación.

4. Posible aplicación de los contenidos de la Instrucción 11/2015, de la Secretaría de Estado de Seguridad sobre instalaciones de detenidos.

5. Acciones singulares de coordinación entre los municipios que cuenten con acuerdo específico con el Ministerio del Interior para la participación del Cuerpo de Policía Local en el ejercicio de funciones de policía judicial.

¿Puede entrar en un casino una persona que lo tiene vetado por ludopatía? Pedimos que se auditen los sistemas de control

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 17/2989 dirigida a Consejería de Hacienda y Administración Pública, Dirección General de Financiación y Tributos

- 21 Noviembre 2017

Esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz tramita la queja identificada con el número señalado en el encabezamiento. Las diferentes actuaciones en el curso de este expediente nos han permitido analizar la situación planteada en la queja y, tras diversos trámites, que a continuación se detallan, hemos considerado procedente emitir un pronunciamiento formal como Resolución, según establece el artículo 29.1 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, reguladora del Defensor del Pueblo Andaluz, en base a los siguientes

ANTECEDENTES

I.- Con fecha 6 de Junio de 2017, entrada 201700009645, fue presentada queja por la interesada en la que, sucintamente, se exponía que su marido había podido acceder a establecimientos de juego en sucesivas ocasiones a pesar de tenerlo prohibido por estar incluido en el Registro de Control e Interdicción de Accesos a estos lugares de apuestas y juego. Explicaba los graves quebrantos para la economía familiar que había producido estos accesos incontrolados por parte de una persona con ludopatía diagnosticada. Añadía que, a pesar de reiterarlo en sucesivas ocasiones, llevaba año y medio aguardando una respuesta por parte de la administración responsable.

II.- Tras admitir a trámite la queja, dirigimos sendos escritos a la Consejería de Hacienda y Administración Pública con fechas 6 de Junio y 12 de Julio recabando la información y colaboración necesarias para analizar el caso.

III.- Con fecha 25 de Septiembre de 2017, salida 36072, se recibe informe de la Dirección General de Patrimonio en el que se expone, este otros extremos, que

"(...) Primero.- Con fecha 17 de noviembre de 2015, tuvo entrada en el Servicio de Autorizaciones de la Dirección General Patrimonio una reclamación de Dª. ..., presentada inicialmente con fecha de 11 de noviembre en la Delegación del Gobierno de la Junta de Andalucía en Málaga, solicitando la apertura de un expediente para averiguar lo ocurrido y la devolución de la cantidad económica que su marido, D. , había perdido en el Casino, argumentado que le había sido permitida la entrada, en dicho establecimiento, pese a estar inscrito en el Registro de Control de Interdicciones de Acceso a los Establecimientos de Juegos y Apuestas de Andalucía desde el 29 de enero de 2013 en el ámbito de Bingos y Casinos y a partir del 3 de octubre en el ámbito de Salones de Juego.

Segundo.- Con fecha 20 de noviembre de 2015, se remitió dicha reclamación al Servicio del Juego y de Espectáculos Públicos de Málaga.

Se produce esta remisión, al ser la referida Delegación, con carácter general, el órgano competente para iniciar el correspondiente procedimiento sancionador, si así corresponde, para la depuración de las responsabilidades, con independencia de la gravedad de la infracción y la sanción que pudiera llegar a imponerse".

"(...)Tercero.- Con fecha 7 de julio de 2016, tuvo entrada en el Servicio de Autorizaciones de la Dirección General Patrimonio, el escrito de reclamación, presentado el 1 de julio nuevamente por la Sra. Dª. ... ante la Delegación del Gobierno de Málaga, reiterando su solicitud de devolución de la cantidad económica que su marido, D. ..., había perdido en el Casino.

En consecuencia, por el Servicio de Autorizaciones se remite de nuevo el día 12 de julio del pasado año, la reclamación a la Delegación del Gobierno de la Junta de Andalucía en Málaga, indicando que aún no se había dado respuesta a la reclamación presentada por la referida Sra.

"(...)Con fecha 7 de junio de 2017, se da traslado a la Delegación del Gobierno de la Junta de Andalucía en Málaga, por ser asunto de su competencia, el escrito reiterando la denuncia presentada por Dª. ante la Delegación del Gobierno de Málaga el 25 de mayo del año en curso, con registro de entrada en la Consejería de Hacienda y Administración Pública con fecha 31 de mayo de 2017, poniendo de manifiesto nuevamente que, a pesar del escrito de reclamación de fecha 11 de noviembre de 2015, aún no había obtenido respuesta alguna, solicitando la apertura de expediente para averiguar lo ocurrido y la devolución de las cantidades descritas.

Que mediante escrito de 21 de julio pasado, la Sra. Jefa del Servicio del Juego y de Espectáculos Públicos de la Delegación del Gobierno de la Junta de Andalucía en Málaga, informa que en cuanto a la devolución de cantidades interesada por la Sra. ..., ese órgano carece de competencia alguna para acordarla o denegarla, siendo la jurisdicción ordinaria la competente para ello.

Que asímismo, informa la indicada Sra. Jefa del Servicio de la Delegación del Gobierno en Málaga que no era competente para responder a la Sra. .... y que por tanto no existe en sus dependencias correspondencia o información escrita mantenida con la referida Sra".

"(...)Mediante oficio de fecha 2 de agosto pasado, por estos Servicios Centrales se le recuerda a la Sra. Jefa del Servicio del Juego y de Espectáculos Públicos de la Delegación del Gobierno en Málaga le corresponde la competencia para iniciar las actuaciones de índole sancionadoras en la provincia, tanto desde el punto de vista funcional como del territorial, conforme a lo establecido en el apartado 2 de la disposición adicional primera del decreto 91/2011, de 19 de abril, por el que se modifican diversos Decretos en materia de juego de la Comunidad Autónoma de Andalucía para su adaptación a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio".

Teniendo en cuenta los antecedentes descritos, se estima oportuno realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

Primera.- La cuestión que se analiza en el presente expediente de queja se ciñe a la aplicación de las medidas para la restricción o limitaciones de acceso a los sistemas legales de juego que dispone nuestro ordenamiento jurídico en relación con determinados sujetos.

En este caso, el marido de la interesada, debido a su ludopatía diagnosticada, fue inscrito en el Registro de Control e Interdicciones de acceso a los establecimientos de juego y apuestas de Andalucía. Dicha inscripción se produce con motivo de la resolución de 29 de Enero de 2003 y con una vigencia ininterrumpida, tal y como se acredita con el certificado expedido a tal efecto con fecha 10 de Junio de 2015.

Para la aplicación práctica de tal medida, los establecimientos aludidos, como bingos, casinos o salas de juego, han de contar con sistemas que permiten disponer de la información necesaria sobre las medidas acordadas por la autoridad sobre posibles restricciones sobre cualquier sujeto que pretendiera acceder y participar en las actividades de juego de dichos establecimientos.

Veamos la exposición de motivos del Decreto 410/2000, de 24 de octubre, por el que se crea el Registro de Control e Interdicciones de Acceso a los Establecimientos dedicados a la práctica de los juegos y apuestas y se aprueba su Reglamento. Dicha norma se argumenta en las siguientes líneas clarificadoras de su sentido y alcance:

«La implantación de los juegos como actividad de ocio para los ciudadanos ha traído consigo en determinadas personas usuarios de los mismos la aparición de adicción incontrolada que afecta tanto a las propias personas que la padecen y que en la mayoría de los casos no tienen la fuerza para tomar la decisión de protegerse a sí mismos, como a los terceros que soportan las consecuencias negativas que se producen desde el punto de vista económico, familiar, laboral y social. Por ello, en respuesta a esa demanda social existente se crea el Registro de Control e Interdicciones de Acceso a los Establecimientos dedicados a la práctica de juegos y apuestas con la finalidad esencial de ser un instrumento a utilizar tanto para la prevención de la adicción al juego como para contribuir a la rehabilitación de las personas afectadas de alteraciones psíquicas por la referida adicción.

El presente Reglamento pretende regular con carácter global el control de entrada para todos los establecimientos de juegos de azar y apuestas en nuestra Comunidad Autónoma mediante la creación del citado Registro, garantizando no sólo el ejercicio del derecho de los jugadores, sino también la salvaguardia de otros derechos e intereses que queden acreditados, así como la protección del correcto desarrollo de los juegos en los establecimientos autorizados».

La comprobación de la identidad del sujeto, previa a su acceso, constituye una obligación para estos establecimientos que persigue de un lado acreditar la ausencia de restricciones evitando la práctica de actividades de juego o apuestas por parte de los sujetos afectados por tales prohibiciones y, de otro lado, garantizar el eficaz cumplimiento de las medidas acordadas por la autoridad.

La disposición clave referida al caso es el artículo 29 del Reglamento de Casinos de Juego, aprobado por Decreto 229/1988, de 31 de mayo, que quedó redactado como sigue:

«1. La entrada a las salas de juego de los casinos está prohibida a ...

d) Las personas respecto de las cuales se haya resuelto su inscripción en el Registro de Control e Interdicciones de Acceso para tener prohibida la entrada en las salas de juego de los casinos».

A pesar de ello, el afectado, ludópata diagnosticado, contando con una inscripción vigente en el Registro citado, accede al casino: una y 43 veces más en el plazo de un año. Por tanto, el relato de los hechos que ha motivado la queja no deja de ser el corolario de una sucesiva desatención a las restricciones ordenadas.

Efectivamente, el sujeto interdicto, debido a la patología ludópata que padece, evita las restricciones al casino afectado, al menos, desde el 18 de Julio de 2014 al 25 de Mayo de 2015 sin ser impedido ni a la entrada del recinto proscrito, ni al desarrollo de las actividades de apuestas y juego. El resultado de los pagos vía bancaria en el establecimiento asciende a 47.062,54 euros, sin poder acreditarse otros pagos, harto previsibles, realizados en efectivo.

Las entradas al casino se prolongan durante casi un año, sin haber podido obtener de la información analizada una explicación suficiente ante unos hechos tan radicalmente contradictorios con las previsiones normativas aplicables al caso y que vetan de manera inapelable la entrada de dicho sujeto a un casino y su acceso a las actividades de apuesta y juego.

Segunda.- Ante estos hechos, las vías de reclamación de la interesada y su familia se dilucidarán en

atención a sus intereses y analizando el caso en relación con un funcionamiento anómalo de los sistemas de acceso y prohibición de juego de una persona inscrita en el Registro de Control e Interdicciones.

Sin perjuicio de discernir el motivo que explique por qué no fue impedida la entrada del sujeto interdicto ni su libre acceso para el juego y las apuestas del casino, el núcleo de la cuestión debería centrarse en comprobar el funcionamiento del protocolo de control en los accesos. Un control que implica dos acciones simultáneas: la identificación de la persona que pretende acceder al recinto y, a continuación, su cotejo con los sujetos inscritos en el Registro cuyos datos son verificados por parte de los responsables de los establecimientos de juego.

La obligación de esos controles corresponde a los establecimientos y serán responsables de su inadecuada aplicación. Así se determina por el Decreto 410/2000, de 24 de octubre, por el que se crea el Registro de Control e Interdicciones de Acceso a los Establecimientos dedicados a la práctica de los juegos y apuestas y se aprueba su Reglamento. Su Disposición adicional segunda. Modificación del Reglamento de Casinos de Juego establece:

«1. Se modifica el artículo 29 del Reglamento de Casinos de Juego, aprobado por Decreto 229/1988, de 31 de mayo, que queda redactado como sigue: *2. El control de las prohibiciones a que se refiere el presente* articulo será ejercido por los servicios de admisión del casino.

Si el director de juegos del establecimiento advirtiera la presencia en la sala de alguna persona comprendida en las prohibiciones referidas, debería invitarle a que la abandone de inmediato.»

No obstante, las manifestaciones de la entidad gestora del casino han insistido en señalar la existencia de supuestas *"incidencias técnicas"* que habrían impedido detectar la prohibición de acceso del sujeto registrado.

Aunque analizaremos más adelante este aspecto, resulta patente la necesidad de clarificar las causas que expliquen esta reiterada conculcación de las prohibiciones de acceso de una persona vetada. Es decir, o los controles de acceso no se realizaron con la diligencia debida atendiendo las obligaciones que asume el casino; o dichos controles no resultaron eficaces por un funcionamiento anormal de los sistemas de información que deben ser facilitados por las autoridades de juego.

En todo caso, esa indebida actuación de los elementos actuantes —ya sea el casino implicado, la Administración o, incluso, con el concurso de ambas partes— ha dado como resultado un reiterado y grave fracaso de los sistemas de control establecidos. De un lado, se abre la responsabilidad que, supuestamente, habría contraído el establecimiento cuya determinación correspondería dilucidarla al ámbito judicial, junto a la responsabilidad administrativa especial derivada del ordenamiento regulador de juego y su régimen sancionador.

A lo que se suma, de otro lado, la posible calificación del caso como supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración, por un anormal funcionamiento de los servicios en materia de juego. Y es que, al hilo del caso, podemos apuntar alguna reseña jurisprudencial comentada (Manual sobre Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública, Ed. IAAP, 2015) en la que se aborda un supuesto relacionado con los proceso de informatización del sistema de comunicación de prohibiciones.

Cita dicho Manual, elaborado por un elenco de Letrados de la Junta de Andalucía, lo siguiente:

> *Haremos referencia finalmente a un supuesto en que un mal funcionamiento de la Administración habría causado perjuicios que, a juicio del Tribunal, efectivamente habrían de indemnizarse por aquella.*
>
> *El reclamante presentó una denuncia de autoprohibición para entrada en casinos de toda España ante la Brigada de Juego de la Jefatura Superior de Policía de Zaragoza, sin embargo debido a deficiencias de funcionamiento y de comunicación entre las Administraciones actuantes (Ministerio*

del Interior y Comunidad Autónoma) dicha denuncia no surtió efectos durante determinado periodo de tiempo. Circunstancias ante las cuales el tribunal competente aprecio la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

STSJ de Aragón de 4/06/2012, JUR 240824:

"Así las cosas, la parte demandante expone que ha habido una actuación gravemente perjudicial para él por parte de la Administración. Del expediente administrativo resulta que en efecto hubo relevantes problemas en las comunicaciones de los listados de prohibiciones entre el Ministerio del Interior y la Comunidad Autónoma de Aragón, según resulta del informe redactado en fecha 20 de abril de 2009 por el Jefe de Negociado de Autorizaciones del Juego. De su contenido resulta que en el proceso de informatización del sistema de comunicación de prohibiciones realizado en julio de 2007 se produjeron problemas en las descargas que dieron lugar a ficheros con datos inconsistentes, que contenían errores y falta de datos. En esta situación puede apreciarse que quizá pudo haber también un funcionamiento anormal del Ministerio del Interior, pero lo relevante en este procedimiento es que la Administración demandada fue también consciente de los problemas que se estaban ocasionando con los deficientes intentos de descarga que resultaron inconsistentes y faltos de datos, y por ello cabe apreciar frente al perjudicado, y conforme al artículo 140 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el régimen de responsabilidad solidaria en protección del mismo por no ser posible la determinación del grado de responsabilidad exigible a cada una de las Administraciones"

Tercera.- Sin perjuicio de las pretensiones económicas, o de otro orden, que la familia del afectado ha expresado en sus escritos ante las autoridades de juego, preocupa a esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz analizar las actuaciones de los departamentos responsables de la ejecución de la normativa aplicable al caso. Para realizar esta tarea podemos atender a las informaciones que desde la Consejería se han ofrecido a esta Institución con motivo de la tramitación del expediente de queja.

Según se nos ha indicado por la Dirección General de Patrimonio, la familia del afectado dirige un primer escrito exponiendo los hechos con fecha 11 de Noviembre de 2015 ante la Dirección General de Financiación, Tributos y Juego. La falta de contestación motiva que se reiterara el 1 de Julio de 2016 y el 1 de Diciembre de 2016; finalmente se insiste en recabar una respuesta mediante un nuevo escrito con fecha 25 de Mayo de 2017. La ausencia de respuesta motiva que la esposa del afectado se dirigiera en queja al Defensor del Pueblo Andaluz, en mayo de este año.

Podemos repasar el destino de los respectivos escritos dirigidos a esa autoridad. El primero fechado el 11 de Noviembre de 2015 fue remitido a los servicios de la Delegación del Gobierno de Málaga, por entender la Dirección General de Patrimonio que el asunto incumbía a la competencia de instancia malagueña.

El segundo escrito reiterando la intervención de esa autoridad se produce el 7 de Julio de 2017 dirigido de nuevo a esa Dirección General; su reacción es la misma, remitiendo el asunto a la delegación malagueña. Con fecha 17 de Agosto el Servicio de Juego y Espectáculos Públicos informa de las actuaciones realizadas con la reclamación *"y sin haber iniciado trámites para la apertura de un expediente sancionador contra la sociedad titular del casino".*

El tercer escrito de la familia insistiendo en Diciembre de 2016 sobre la falta de respuesta ante sus peticiones provoca un informe de fecha 22 de Mayo de 2017 dirigido desde Patrimonio al servicio malagueño de Juego y Espectáculos indicando que *"los titulares de los establecimientos de juego serán los responsables de la correcta utilización de los datos obtenidos por las personas autorizadas para la descarga"* atribuyendo al casino la responsabilidad material de los controles de acceso.

De nuevo el 25 de Mayo de 2017 los familiares interesados deben reclamar una respuesta ante la Dirección General de Patrimonio que remite, una vez más, al servicio de Juegos y Espectáculos Públicos de Málaga la reiterada petición de los afectados para incoar actuaciones sancionadoras contra el casino

implicado. Es cuando el 3 de Julio las dependencias malagueñas informan de su criterio contrario a la iniciación de tal actividad sancionadora por entender que los criterios jurisprudenciales exigen que se debe probar "de manera directa y fehaciente su admisión y permisión al juego en el establecimiento". En suma, el Servicio considera *"inviable la apertura de un expediente sancionador".*

Entre esta prolija como inoperante comunicación, los servicios centrales solicitan el 10 de Julio a las dependencias malagueñas información sobre la respuesta ofrecida a la familia afectada, así como sobre las actuaciones e inspecciones que se hubieran desplegado en relación con las reiteradas denuncias que se habían formulado.

La respuesta dada por la jefa del Servicio de Juegos y Espectáculos de la Delegación del Gobierno de Málaga respondía el 21 de Julio que no resultaba competente para reconocer reclamación de cantidad alguna y que no existía correspondencia o información dirigida desde esas dependencias a la familia ya que tales reclamaciones se dirigían en todo momento a las propia Dirección General.

En suma, las reclamaciones formuladas por la esposa del afectado apenas han despertado una reiterada, inefectiva y recíproca inhibición entre la Dirección General de Patrimonio y los servicios de juegos y espectáculos de la Delegación del Gobierno de Málaga. El tiempo transcurrido desde la primera reclamación en Noviembre de 2015 hasta el 25 de Septiembre de 2017 se ciñe a *"recordar a la jefa de Servicio la competencia para iniciar las actuaciones de índole sancionadora en la provincia tanto desde el punto de vista funcional como el territorial".*

Al momento de redactar las presentes líneas, nada conocemos del resultado de semejante impulso.

Cuarta.- Por cuanto respecta a la potestad pública de policía y control del régimen de juego, entendida en un ámbito generalizado, resulta muy mejorable la capacidad de reacción ante una situación omisiva a los controles que se puede calificar, como poco, de grave y preocupante. Grave por las evidentes consecuencias que se han generado en el entorno familiar y su economía ante la ausencia de medidas efectivas para evitar el libre acceso y juego de una persona diagnosticada de ludopatía y que se ha visto —ella y toda su familia— manifiestamente desasistida de los objetivos que se han apuntado antes a la hora de velar por un ejercicio controlado y sano del juego y de las apuestas, preservando los comportamiento adictivos o abusivos y ayudando a la recuperación de las personas afectadas por este tipo de adicciones.

Y decimos que el caso denota una situación preocupante del servicio público ya que no han quedado en absoluto acreditados —ni siquiera respondidos— argumentos, sistemas y reacciones que expliquen y motiven la organización de estas delicadas medidas que se adoptan en garantía de la población singularmente afectada y también para la satisfacción del interés general.

Recordemos que entre la documentación que ha aportado la familia afectada se encuentran las gestiones que sus asesores legales emprenden ante el propio establecimiento implicado, al que reclaman determinadas cuantías con fecha 20 de Julio de 2015. Es de especial interés reflejar la respuesta que le dirige la dirección del casino a los abogados de la familia. En ella se argumenta como justificación del reiterado acceso al establecimiento que *"se ha detectado una incidencia técnica en relación con el Señor … en la propia aplicación informática de la Junta de Andalucía".*

Pero es que, incidiendo en esta línea exculpatoria, la dirección del casino afirma que *"Hemos informado de estos hechos recogidos en la carta a la Dirección General de Financiación, Tributos y Juego para que procedan de inmediato a la subsanación de la incidencia técnica que se ha producido en relación con la aplicación informática del Sistema de Información sobre Juegos y Espectáculos públicos de la Junta de Andalucía y así evitar que esta incidencia pudiera producirse en otros casinos de la Comunidad Autónoma de Andalucía".*

Esa respuesta no sólo declina la responsabilidad, sino que la atribuye al ámbito de la propia Administración. Para el caso en cuestión —pero sobre todo para la generalidad del sistema de control de accesos— la anterior afirmación del casino no admite silencio alguno por parte de las autoridades

implicadas.

De ser ciertas tales afirmaciones nos encontraríamos, cuando menos, ante una situación de amenaza a los sistemas de interdicción de acceso que hubiera merecido una mención en la información que hemos venido recabando de ese centro directivo. Más allá de la cadena inhibitoria que ha centrado la información dada hasta la fecha, el abordaje del caso debería añadir una argumentación de las causas que habrían propiciado una flagrante y reiterada omisión en los controles de acceso al casino del sujeto interdicto y que se imputa a la responsabilidad de la administración.

Se nos antoja como radicalmente prioritario confirmar esa *"incidencia técnica en la aplicación informática de la Junta de Andalucía"* que el casino argumenta para declinar su responsabilidad. Recordamos que el citado reglamento regulador del Registro indica en su artículo 2:

«4. Las Delegaciones del Gobierno de la Junta de Andalucía en cada provincia remitirán por escrito o mediante el correspondiente soporte informático, con una periodicidad máxima de un mes, a los establecimientos de juegos y apuestas afectados la relación de personas inscritas en el Registro y la de aquéllas cuya inscripción ha sido cancelada.

5. El control de la prohibición de acceso de las personas inscritas en el Registro será ejercido por los servicios de admisión de los establecimientos de juego y apuestas».

A la vista de tales preceptos, esa periodicidad mensual en la actualización de los datos volcados en el registro y facilitados por sus aplicaciones informáticas no se compadece con la persistencia en el tiempo de unos controles violentados de manera tan reiterada y sistemática.

Sin duda interesa determinar la instancia competente para incoar actuaciones dentro del ámbito disciplinario del régimen administrativo de juegos y espectáculos, tal y como nos ha ocupado la dilatada tramitación de la queja. Pero comprenderá esa Dirección General que, de atender tales relatos, se precipitan de inmediato las dudas sobre el alcance de esas *"incidencias técnicas"*, su ámbito de afección, el tiempo que pudo deshabilitar el sistema de control, sus efectos en cuanto a accesos indebidos, etc., etc., hasta una larga cadena de efectos perjudiciales que nadie mejor que esa Dirección General puede definir.

Insistimos en que la afirmación vertida por la dirección del casino exige una clarificación desde el ejercicio de la más elemental autoridad pública. En caso de que tales incidencias existieran y explicasen la cancelación de los sistemas de control de acceso e interdicción nos encontraríamos ante una derogación de facto de los sistemas de prohibición de la población sujeta por este régimen impeditivo.

Pero, retomando las afirmaciones exculpatorias de la dirección del casino, hemos de situarnos, alternativamente, ante la opción de que tales manifestaciones no se compadecen con la realidad, lo cual nos lleva a un escenario en el que se exige la investigación necesaria a través de la acción instructora, como se señala en el apartado final del informe de la Dirección General de Patrimonio al indicar que *"(…)Mediante oficio de fecha 2 de agosto pasado, por estos Servicios Centrales se le recuerda a la Sra. Jefa del Servicio del Juego y de Espectáculos Públicos de la Delegación del Gobierno en Málaga le corresponde la competencia para iniciar las actuaciones de índole sancionadoras en la provincia, tanto desde el punto de vista funcional como del territorial, conforme a lo establecido en el apartado 2 de la disposición adicional primera del decreto 91/2011, de 19 de abril, por el que se modifican diversos Decretos en materia de juego de la Comunidad Autónoma de Andalucía para su adaptación a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio".*

Por tanto, en uno u otro supuesto, y en cualquiera de las opciones elegidas sobre la existencia de tales "incidencias técnicas" y sus responsabilidades, la situación descrita en el caso denota la improrrogable actividad de la función de policía que se arroga la Administración Pública gestora del servicio afectado para su esclarecimiento a través de las vías recogidas en el régimen de inspección y sancionador.

Quinta.- Si un sujeto vetado para el acceso al casino pudo entrar, apostar y jugar durante casi un año a lo

largo de 44 sesiones a su antojo sin ser impedido su acceso, su familia no ha logrado en casi dos años una contestación directa, motivada y franca sobre sus pretensiones —más allá de su procedencia— por parte de la autoridad que detenta las potestades públicas de control y sanción.

Resulta imprescindible el esclarecimiento de unos hechos que afectan a las actuaciones del casino implicado y de la Administración que tutela el cumplimiento del sistema normativo aplicable. La explicación de caso y la respuesta que merece la familia afectada acreditan la puesta en marcha, sin más dilaciones, de las funciones inspectoras y en su caso aplicar el régimen sancionador previsto.

Pero, del mismo modo, y con un carácter más general que afecta a la ordenación y control del sector del juego, apuestas y azar, resulta necesario una comprobación de los sistemas de control en los accesos a estos establecimientos y la eficacia de las medidas de tutela y protección que ejerce la Administración.

Por todo lo anterior, y de conformidad con lo establecido en el artículo 29, apartado 1, de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, se formula a la Dirección General de Patrimonio de la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas la siguiente

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO del deber de cumplir los preceptos que hemos referido en la parte expositiva.

RECOMENDACIÓN 1, para que se inicien las actuaciones oportunas, en el marco de las potestades de policía y control, para esclarecer las circunstancias que motivan la denuncia de los interesados ante la inaplicación del régimen de prohibición de acceso a establecimientos de juego que tiene en vigor el sujeto inscrito en el Registro especial.

RECOMENDACIÓN 2, para que se auditen los sistemas de información, gestión y acceso que ofrece el Registro de Control de Interdicciones de Acceso a los Establecimientos de Juegos y Apuestas de Andalucía a fin de asegurar su correcto funcionamiento y su aplicabilidad para el cumplimiento de las obligaciones que pesan en los establecimientos de juegos, apuestas y azar.

Según establece el artículo 29.1 de la Ley 9/1983, la autoridad a la que se dirige la Resolución viene obligada a responder por escrito en término no superior a un mes, comunicando la adopción de las medidas adecuadas en el sentido que se recoge en la Resolución dictada o, en su caso, las razones que le impidan adoptar tal decisión.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Preguntamos por la escasez de personal en el Juzgado de Primera Instancia e Intrucción nº 1 de Berja (Almería), por bajas sin cubrir

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/0587 dirigida a Consejería de Justicia e Interior

- 06 Junio 2017

RESUMEN DEL RESULTADO (CIERRE DE QUEJA DE OFICIO)

Tras la queja de oficio incoada para analizar la situación del personal adscrito al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Berja (Almería), se ha recibido respuesta de la Viceconsejería de Justicia e Interior en el que se ofrece diversa información.

Hemos de deducir que el criterio sobre la situación de la plantilla es valorada como *"adecuada y suficiente".* Confiamos, por tanto, que los desempeños de dicho órgano judicial se produzcan con normalidad superando las informaciones, ya desmentidas, que alertaban de graves carencias y que motivaron la intervención de esta Institución.

02-03-2017 APERTURA DE LA QUEJA DE OFICIO

Determinadas quejas que se refieren al funcionamiento de determinados órganos judiciales son, entre otros indicadores, ejemplos claros de algunos de los graves problemas que afectan a la Administración de Justicia y que, en ocasiones, han sido motivo de análisis específicos por parte de las Memorias del Tribunal Superior de Justicia (TSJA) y del propio Defensor del Pueblo Andaluz, a través de sus Informes Anuales al Parlamento, junto a los propios diagnósticos de la Consejería de Justicia e Interior.

Sin embargo, en otros supuestos, la preocupación por el normal funcionamiento de los órganos judiciales en el ámbito de las competencias de este Comisionado del Parlamento, proviene de determinadas informaciones que aluden a deficiencias en determinados órganos judiciales que merecen una particular atención.

Tal es el caso de informaciones recibidas sobre la situación del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Berja (Almería), cuyo contenido merece, cuando menos, una información contrastada. En su día ya incoamos la queja 16/6551 ante la Fiscalía de Almería debido a problemas acaecidos en la tramitación de un concreto expediente judicial.

Sin perjuicio de obtener las aclaraciones que el caso merecía, hemos recibido una información que afecta a la situación del funcionamiento del propio órgano judicial, a través de la Letrada de la Administración de Justicia adscrita al mismo. Explicaba la referida Letrada que el citado juzgado "tiene una falta de funcionarios clamorosa. Constan la reiteradas peticiones hechas a las debidas instancias (tanto por el Juez

que su día le correspondiese como por los secretarios que han tenido esa responsabilidad) para refuerzos, apoyos y medidas extraordinarias de habilitación de horas extraordinarias por la tarde, etc".

También ofrecía varios datos tales como que se ha producido una baja de larga duración “que hasta que no transcurren tres meses no se cubre la misma, por tanto desde el 9 de Septiembre hasta el 9 de Diciembre de 2016 ha estado sin cubrir esta baja" añadiendo que “El juzgado ha tomado todas las medidas posibles en aras a su mejor funcionamiento pero las medidas de apoyo, refuerzo o creación de una nueva plaza no nos corresponde a nosotros adoptarlas".

Por tanto, estas situaciones han sido determinantes para motivar la incoación de esta queja de oficio y procurar ante la Consejería de Justicia e Interior conocer su criterio global en orden a la situación que describimos y las posibles medidas que, en su caso, estimen oportuno adoptar para abordar la situación.

Es por ello que, se viene a proponer conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 10 de nuestra Ley reguladora sobre la posibilidad de iniciar actuación de oficio, y atendiendo a lo dispuesto en el artículo 29 del Estatuto de Autonomía de Andalucía sobre la garantía de calidad de los servicios de la Administración de Justicia, en el marco de las competencias atribuidas al correspondiente Departamento de esa Consejería de Justicia e Interior, procede solicitar informe sobre la realidad del problema expuesto y sus posibles soluciones, al objeto de poder también dar cuenta a la ciudadanía y a los operadores jurídicos.

06-06-2017CIERRE DE LA QUEJA DE OFICIO

Tras la queja de oficio incoada para analizar la situación del personal adscrito al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Berja (Almería), se ha recibido respuesta de la Viceconsejería de Justicia e Interior en el que se ofrece diversa información:

> *“…En relación con la pendencia, según los datos estadísticos del CGPJ, se puede apreciar que los asuntos ingresados a lo largo del 2015 son 3.932 y los asuntos resueltos, en ese mismo año y por todos los conceptos, son de 3.971, por lo que se extrae la conclusión que los juzgados de Berja son capaces de asumir y resolver todos los asuntos que le entran en el periodo”.*
>
> *“…la situación de la plantilla de los órganos judiciales del partido judicial de Berja, que cuenta con dos juzgados de Primera Instancia e Instrucción, el número 1, que tiene asignadas las competencias en materia de Registro Civil y el número 2 con competencias en materia de Violencia sobre la Mujer. Asimismo, a pesar de ser únicamente dos juzgados cuenta con un Servicio Común del Partido Judicial individualizado, que da servicio a los dos juzgados antes citados.*
>
> *Dicha plantilla es muy similar, incluso superior a otros órganos similares de la geografía andaluza y actualmente presenta todas sus plazas cubiertas, bien por personal titular o por personal interino en vacante”.*

Y finalmente se concluye que:

> *“… Actualmente prestan servicio además dos personas sustitutas, una cubriendo una baja por maternidad en el Juzgado de Primera Instancia de Instrucción nº 1, desde el día 21/2/17 y, otra, en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 cubriendo una liberación sindical desde el 24/11/15.*
>
> *Por todo lo expuesto, entendemos que la dotación, tanto a efectos de plantilla presupuestaria como de personal sustituto, es adecuada y suficiente, dentro de los límites presupuestarios establecidos, a las características concretas del órgano judicial analizado”.*

A la vista de la anterior información hemos de deducir que el criterio sobre la situación de la plantilla es valorada como *“adecuada y suficiente”*. Confiamos, por tanto, que los desempeños de dicho órgano judicial se produzcan con normalidad superando las informaciones, ya

desmentidas, que alertaban de graves carencias y que motivaron la intervención de esta Institución.

Ante el peligro de desprendimiento, se apuntala el techo de un juzgado de Sevilla ¿qué medidas se han adoptado para su reparación y evitar más incidentes?

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/1000 dirigida a Consejería de Justicia e Interior

- 26 Junio 2017

RESUMEN DEL RESULTADO (CIERRE DE QUEJA DE OFICIO)

Visto que el incidente no tuvo mayor repercusión en el funcionamiento del órgano ni otros daños en las personas, procedemos a concluir nuestra actuación de oficio.

Tras la queja de oficio incoada para conocer el alcance del desprendimiento de parte del techo de un juzgado de Sevilla.

03-04-2017 APERTURA DE LA QUEJA DE OFICIO

La Institución del Defensor del Pueblo Andaluz ha venido desarrollando una larga trayectoria de atención ante la situación general del funcionamiento de los órganos judiciales al igual que sobre sus instalaciones, sedes y medios materiales.

Según las informaciones ofrecidas por varios medios de comunicación, el pasado 20 de Febrero se produjo una amenaza de desprendimiento de parte del techo de las dependencias donde se ubica el Juzgado de Primera Instancia 20 de Sevilla, sito en la primera planta del edificio Viapol de esa localidad.

Dicha información concreta que ese desperfecto se ha producido precisamente en un espacio de acceso al público y, desde luego, en el escenario donde desarrollan sus trabajos el personal adscrito a dicho órgano judicial. Según se indica “La Junta de Personal de la Administración de Justicia en Sevilla ha denunciado este lunes la "precaria situación" en la que se encuentra el juzgado de Primera Instancia número 20 de Sevilla, situada en la primera planta del Edificio Viapol, donde ha tenido que apuntalarse el techo por el "peligro de caída" del mismo, tal y como se aprecia en la fotografía que aparece junto a esta información”.

Más allá del daño en el techo citado, nos preocupan manifestaciones ofrecidas desde representantes sindicales que expresan la incidencia en las condiciones de seguridad e higiene que también afectan a los empleados que prestan sus servicios en estas dependencias. En esas informaciones se afirma la persistencia en el tiempo de un estado insatisfactorio de conservación y uso de esta sede judicial.

Teniendo en cuenta el impacto previsible de esta sobrevenida circunstancia, esta Institución considera

oportuno conocer las medidas de respuesta y organizativas en el ámbito de las competencias de ordenación y gestión de medios materiales y personales de la Administración de Justicia que tiene atribuida la Junta de Andalucía, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 29 del Estatuto de Autonomía de Andalucía sobre la garantía de calidad de los servicios de la Administración de Justicia.

Es por ello que se viene a proponer, conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 10 de nuestra Ley reguladora, iniciar actuación de oficio y, en el marco de las competencias atribuidas a esa Consejería de Justicia e Interior, procede solicitar informe sobre la realidad del problema expuesto y sus posibles soluciones, al objeto de poder también dar cuenta a la ciudadanía y a los operadores jurídicos. En concreto interesa conocer:

-la evaluación de las causas de dicha rotura y amenaza de desprendimiento.

-las consecuencias que haya podido provocar en las instalaciones.

-la evaluación del impacto que este incidente ha provocado en los actos y servicios que que se hubieran visto aplazados o suspendidos y las medidas de corrección que se hayan adoptado.

-las acciones de reforma que se hubieran adoptado y, en suma, el calendario de reparaciones que se haya dispuesto.

26-06-2017 CIERRE DE LA QUEJA DE OFICIO

Tras la queja de oficio incoada para conocer el alcance del desprendimiento de parte del techo de un juzgado de Sevilla.

La Viceconsejería nos da cuenta de que:

"El viernes día 17 de febrero del año en curso, según informó el encargado de la empresa contratada par el mantenimiento de las Sedes Judiciales de la provincia de Sevilla, son avisados los operarios de mantenimiento por la existencia de una fisura en un falso techo de dicho juzgado (se trata de un tramo vertical que salva la diferencia de altura entre el falso techo de la secretaria y el falso techo del pasillo de acceso a los despachos, que es más bajo). Desplazados allí, comprueban que efectivamente existe una fisura horizontal y, aunque ésta no supone peligro alguna ya que este paramento no tiene funciones estructurales y hace las funciones únicamente de "tapa" de un hueco, deciden, ante la insistencia del personal de juzgado y por exceso de celo, colocar dos puntales y un costero sobre el que pudiera apoyar dicho paramento hasta proceder a su reparación".

Visto que el incidente no tuvo mayor repercusión en el funcionamiento del órgano ni otros daños en las personas, procedemos a concluir nuestra actuación de oficio.

Investigamos la organización y funcionamiento de los equipos psicosociales de la Administración de Justicia

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/1470 dirigida a Consejería de Justicia e Interior

- 27 Junio 2017

Sobre el régimen organizativo y funcionamiento de los Equipos Psicosociales de la Admnistración de Justicia

Desde hace varios años venimos asistiendo con creciente preocupación a la continua y progresiva recepción de escritos de queja, dirigidos por ciudadanos y profesionales del ámbito de la Administración de Justicia, presentando sus reclamaciones sobre variados aspectos del funcionamiento de los órganos judiciales radicados en Andalucía. También, desde la condición de Defensor del Menor, volcamos un especial esfuerzo en relación con la afección de este esencial ámbito en su incidencia en la población menor de edad y sus específicos derechos.

Estas quejas son, entre otros indicadores, ejemplos claros de algunos de los graves problemas que afectan a la Administración de Justicia y que han sido motivo de análisis específicos por parte de las Memorias del Tribunal Superior de Justicia (TSJA) y del propio Defensor del Pueblo Andaluz y Defensor del Menor, a través de sus Informes Anuales al Parlamento, junto a los propios diagnósticos de la Consejería de Justicia e Interior.

Sin embargo, entre la variedad de supuestos y órganos afectados, esta Institución procura realizar un imprescindible ejercicio de análisis en razón de su gravedad y de su trascendencia para los derechos y libertades afectados. En esta ocasión, pretendemos prestar nuestra atención en el funcionamiento de los Equipos Psicosociales adscritos a los órganos judiciales encargados de los asuntos de familia.

Fue la Ley de 30/1981, de 7 de Julio, reguladora del divorcio, la que incluyó la posibilidad de la emisión de dictámenes de especialistas para ilustrar los procedimientos de familia, por lo que el Ministerio de Justicia creó estos grupos de profesionales dispuestos, de diferente manera y denominación, para ejercer esas labores de auxilio judicial.

Posteriormente, la Ley 15/2005, de 8 de Julio por la que se modifica el Código Civil ya hace expresa mención los denominados «Equipos Técnicos Judiciales» en sus artículos 92.6 y 9, al igual que la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 770.4 y 777.5). Dicho precepto del Código Civil expresa que:

«6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda. (…)

> 9. El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores».

Con el tiempo, la intervención de estos Equipos se ha consolidado en el devenir de las actividades de los órganos judiciales de referencia, y gracias al posicionamiento del propio Tribunal Constitucional (STCo. 163/2009), ya que la presencia de estos Equipos se enmarca en la puesta a disposición del menor de un espacio específico y técnico en el que ser oído y que permite aportar, desde su juicio especializado, el criterio de los menores afectados en los procedimientos que les afectan.

El transcurso del tiempo no ha hecho sino otorgar una especial relevancia a la intervención de estos Equipos, cada vez más demandada, debido a una multiplicidad de factores que podríamos resumir por el aumento general de la litigiosidad, la singular conflictividad judicial en la que se transforman los asuntos de familia y una progresiva complejidad técnica a la hora de abordar las disciplinas comportamentales, educativas, psicológicas, y de las restantes disciplinas sociales que tratan el estudio de estos delicados asuntos.

Sin embargo, ese proceso de incremento de sus funciones no ha ido acompasado de una clarificación de su organización, estructura, requisitos técnicos, adscripción de sus profesionales, etc. Podemos apuntar que, recientemente, en el marco de la Ley Orgánica 8/2015, de reforma del Poder Judicial de 22 de julio, se introduce la posibilidad de integrar los equipos psicosociales que prestan sus servicios a la Administración de Justicia en los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Mientras se definen estos criterios organizativos y funcionales, la disposición de estos Equipos se suele concertar de diferentes maneras ya sea mediante la contratación de profesionales por los servicios gestores de la Administración de Justicia, o por fórmulas concertadas con entidades a las que se adjudican estos servicios.

Como explicamos, en un ejercicio recopilatorio, podemos citar varios expedientes de queja que son coincidentes en manifestar problemas en el funcionamiento de estos Equipos que repercuten negativamente en la tramitación de los procesos judiciales en cuyo seno intervienen para emitir sus informes o criterios especializados.

Apuntamos en este resumen de actuaciones, entre otras, la queja 13/1282, queja 15/626, queja 15/4648, queja 16/2675, queja 16/3352 o la queja 16/3722.

En todas las quejas tramitadas, como es preceptivo, nos hemos dirigido a la Fiscalía para conocer los detalles de las reclamaciones expresadas por las personas afectadas. Es, a partir de estos informes de la Fiscalía o de algunos Decanatos, cuando hemos podido confirmar evidentes retrasos en los plazos ofrecidos por los trabajos de estos Equipos o de otras deficiencias en sus desempeños. También son recurrente las quejas sobre la disconformidad con el sentido de los informes, su escasa motivación, o de inidoneidad de los profesionales intervinientes. Así pues, y a falta de mayores datos que permitieran realizar un análisis más detenido, la valoración que podemos ofrecer es la presencia de dilaciones repetidas en las quejas comentadas y que señalan a dificultades más extendidas y sistémicas en el trabajo habitual de estos Equipos Psicosociales.

Por tanto, y más allá de la tramitación que merezca cada queja que incida en los desempeños de tales Equipos, esta Institución considera oportuno abordar una investigación más generalizada y sistemática sobre la propia organización y diseño de estos instrumentos de apoyo de la Administración de Justicia en

Andalucía. Se trata, por tanto, de volcar una necesaria actualización de los datos e informes obtenidos en su día en torno a los Equipos Psicosociales, junto al análisis de las funciones auxiliares o periciales que se ofrecen a las personas implicadas en los procedimientos judiciales en los que intervienen.

Para ello, se propone incoar queja de oficio, al amparo del artículo 10.1 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, para estudiar los Equipos Psicosociales de la Administración de Justicia y los servicios que prestan a los órganos judiciales a los que están adscritos.

En el desempeño de esta actuaciones está previsto el trabajo coordinado del área F (Menores) y área C (Justicia) debido a la adscripción de estas quejas a tales áreas en función del problema prevalente detectado.

Para desplegar las actividades necesarias, se procederá a la visita de estos Equipos Psicosociales, para conocer la situación de estos recursos y su funcionamiento. Estas acciones presenciales permitirán cotejar los datos y las reseñas de sus trabajos. Del mismo modo, pretendemos acceder a los protocolos o métodos de relación entre los órganos judiciales y los interesados en los procesos en los que prestan sus labores de estudio y análisis.

Estas informaciones, junto con el conjunto de referencias normativas, experiencias comparadas, así como a través de las aportaciones de los sectores, profesionales y afectados, podrán ofrecer unos contenidos que serán debidamente recogidos en el Informe Especial que, a la vista de las conclusiones y datos obtenidos, pretendemos elaborar.

Por tanto, todas estas manifestaciones han sido determinantes para motivar la incoación de esta queja de oficio y procurar ante la Consejería de Justicia e Interior conocer su criterio global en orden a la situación que describimos y las posibles medidas que, en su caso, estimen oportuno adoptar para abordar la situación.

Es por ello que, conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 10 de nuestra Ley reguladora sobre la posibilidad de iniciar actuación de oficio, y atendiendo a lo dispuesto en el artículo 29 del Estatuto de Autonomía de Andalucía sobre la garantía de calidad de los servicios de la Administración de Justicia, en el marco de las competencias atribuidas a la Consejería de Justicia e Interior, procede desarrollar las acciones de investigación sobre la realidad del problema expuesto y sus posibles soluciones, al objeto de poder también dar cuenta a la ciudadanía y a los operadores jurídicos interesados.

En concreto, y en una fase previa, solicitamos una serie de informaciones que se desglosan a continuación:

1. Relación de Equipos Psicosociales constituidos en el directorio judicial de Andalucía, distribuido por provincia.
2. Indicación de la modalidad de gestión de dichos equipos, ya sea mediante desempeño directo por los propios medios de la Administración de Justicia o mediante otras fórmulas de adjudicación del servicio a terceros, con indicación de la entidad adjudicataria del servicio.
3. Títulos de adjudicación del servicio así como textos de los contratos, convenios y condiciones de la prestación.
4. Datos o indicadores de expedientes y asuntos que revelen las cargas de trabajo y desempeños de estos Equipos desde 2014 a 2016.
5. Estructura organizativa tipo o, en su caso, descripción de los puestos de trabajo que componen los Equipos, así como su efectiva cobertura.
6. Relación de reclamaciones que se hayan presentado sobre la funcionamiento de estos servicios por Equipos entre 2014 y 2016 y tratamiento de las mismas.

Retrasos en la tramitación para la incapacitación de personas mayores en las provincias de Huelva y Sevilla: Queremos conocer las causas y medidas

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/2424 dirigida a Consejería de Justicia e Interior

- 19 Junio 2017

Desde hace varios años venimos asistiendo con creciente preocupación a la continua y progresiva recepción de escritos de queja, dirigidos por ciudadanos y profesionales del ámbito de la Administración de Justicia, presentando sus reclamaciones sobre variados aspectos del funcionamiento de los órganos judiciales radicados en Andalucía.

Estas quejas son, entre otros indicadores, ejemplos claros de algunos de los graves problemas que afectan a la Administración de Justicia y que han sido motivo de análisis específicos por parte de las Memorias del Tribunal Superior de Justicia (TSJA) y del propio Defensor del Pueblo Andaluz, a través de sus Informes Anuales al Parlamento, junto a los propios diagnósticos de la Consejería de Justicia e Interior.

Sin embargo, entre la variedad de supuestos y órganos afectados, esta Institución procura realizar un imprescindible ejercicio de análisis en razón de su gravedad y de su trascendencia para los derechos y libertades afectados. Ciertamente, la amplitud de los problemas que se desprenden en las quejas exige una priorización a la hora de destacar aquellos casos que, por la entidad del asunto planteado o por la frecuencia a la hora de implicar a órganos judiciales concretos, despiertan una especial atención y suscitan la consecuente necesidad de procurar una respuesta prioritaria.

Esta nota de especial singularidad en los problemas se aprecia, ahora, con motivo de repetidas quejas que se tramitan en relación con los procesos o expedientes de incapacitación que se incoan referidos a personas mayores sometidas a dolencias como el Alhzeimer o las distintas demencias seniles. Somos conscientes de que este tipo de situaciones implican graves necesidades de atención y cuidados para las familias de estas personas mayores y, desde luego, implican la necesidad de atender las exigencias legales que tan delicadas situaciones imponen para la vida cotidiana y la gestión de los asuntos más comunes de estas personas y sus entornos familiares.

Tales procesos de incapacitación han sido motivo en varias ocasiones de quejas singularizadas; en cambio, en otros casos, hemos recibido escritos de queja ante situaciones que podrían apuntar a causas más complejas que provocan severos retrasos en los trámites, generando problemas añadidos en la, ya de por sí, complicada situación que se presenta en las personas responsables o que quedan a cargo de estos enfermos.

Entre estas situaciones más generalizadas traemos a colación la petición que se realizó desde entidades asociativas de Carmona (Sevilla) aludiendo a retrasos de más de dos años desde que se inicia el procedimiento y que venían suscritas por una Moción formal del Ayuntamiento de esta localidad.

Conscientes de la dificultades estructurales que pesan sobre la Administración de Justicia, este tipo de actuaciones podría quedar especialmente afectadas dada la progresiva presencia de estas dolencias en la población que avanza en su envejecimiento y, además, desde un punto de vista epidemiológico, presenta un proceso de aparición temprana de tales patologías en la edad de los pacientes.

La información remitida por esta asociación es que la media a nivel nacional oscila en los 8 meses de trámites, mientras que en la demarcación de Lora del Río estaría entre uno a dos años; los datos referidos a Huelva y su provincia aluden a seis meses de tramitación.

Y así, hemos creído oportuno conocer la incidencia que tienen estos procedimientos en las instancias judiciales competentes, en principio, circunscritos en las provincias de Huelva y Sevilla.

Por tanto, todas estas manifestaciones han sido determinantes para motivar la incoación de esta queja de oficio y procurar ante la Consejería de Justicia e Interior conocer su criterio global en orden a la situación que describimos y las posible medidas que, en su caso, estimen oportuno adoptar para abordar la situación. En concreto, hemos previsto el manejo de indicadores habituales en los controles que se realizan en el sistema judicial; no obstante dejamos a criterio de esa Consejería otros criterios que permitan realizar un análisis de la situación. Así, apuntamos:

- ingresos de asuntos de expedientes de incapacitación de personas mayores
- órganos gestores afectados.
- indicadores de resolución y cogestión.
- tiempos de tramitación.

Conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 10 de nuestra Ley reguladora sobre la posibilidad de iniciar actuación de oficio, y atendiendo a lo dispuesto en el artículo 29 del Estatuto de Autonomía de Andalucía sobre la garantía de calidad de los servicios de la Administración de Justicia, en el marco de las competencias atribuidas a esa Consejería de Justicia e Interior, procede solicitar informe sobre la realidad del problema expuesto y sus posibles soluciones, al objeto de poder también dar cuenta a la ciudadanía y a los operadores jurídicos que a nosotros se han dirigido.

Queremos conocer qué medidas se van a adoptar ante las deficiencias de la sede judicial de Torremolinos (Málaga)

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/3007 dirigida a Consejería de Justicia e Interior

- 29 Noviembre 2017

RESUMEN DEL RESULTADO (CIERRE DE QUEJA DE OFICIO)

La presente queja de oficio se incoó al tener conocimiento de la aparente presencia de insectos y plagas en diversas dependencias judiciales de Torremolinos. La viceconsejería de Justicia nos ha dado traslado de su informe.

19-06-2017 APERTURA DE LA QUEJA DE OFICIO

La Institución del Defensor del Pueblo Andaluz ha venido desarrollando una larga trayectoria de atención ante la situación general del funcionamiento de los órganos judiciales al igual que sobre sus instalaciones, sedes y medios materiales.

En esta ocasión, y según las informaciones ofrecidas por varios medios de comunicación, en fechas recientes se han reproducido *"plagas de termitas de los juzgados alcanza a despechos y otras dependencias"* referida a la sede judicial de Torremolinos (Málaga), situada en Avda. Palma de Mallorca, 24.

Teniendo en cuenta dichas informaciones, esta Institución considera oportuno conocer el criterio de la Consejería de Justicia e Interior en relación a la situación que aparentemente ha provocado una reacción de protesta por parte de representantes sindicales, así como, en su caso, interesa conocer las medidas de respuesta que se están adoptando desde ese departamento, competente en el mantenimiento y disposición de las sedes judiciales. Además, según se menciona, afecta a las dependencias dedicadas al Registro Civil, con un uso y tráfico de usuarios muy característico y singular

Más allá de los aparentes problemas que se citan con motivo de las acciones de protesta, que entendemos que viene mereciendo la respuesta prevista, nos preocupan manifestaciones ofrecidas en esas informaciones que citan la persistencia en el tiempo de un estado insatisfactorio de conservación de dependencias dedicadas a archivo que se han visto afectadas. Por ello quisiéramos plantear igualmente las previsiones de la Consejería a más largo plazo, en relación con la sede judicial de Torremolinos.

Precisamente, la reciente Memoria del TSJA de 2016 (página 194) alude a esta sede como ejemplo de medidas demandadas desde hace tiempo y que permanecen sin obtener la respuesta que unánimemente se ha acordado como necesaria para dotar a esta demarcación judicial de las instalaciones necesarias para

su mejor servicio.

Para conocer con todo el detalle la situación descrita, se propone incoar queja de oficio, al amparo del artículo 10 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, ante la Consejería de Justicia e Interior. En concreto quisiéramos conocer:

- la ubicación descriptiva de las dependencias y sedes judiciales de Torremolinos.
- descripción de los daños o incidencias que se aluden sobre la presencia incontrolada o reiterada de plagas.
- situación de los proyectos o reparaciones que se encuentran en estudio, o en ejecución, y posibles plazos de conclusión.
- programas a más largo de plazo de dotación, en su caso, en relación con dicha sede judicial.

29-11-2017 CIERRE DE LA QUEJA DE OFICIO

La presente queja de oficio se incoó al tener conocimiento de la aparente presencia de insectos y plagas en diversas dependencias judiciales de Torremolinos. La viceconsejería de Justicia nos ha dado traslado de su informe en el que se indica, entre otras cuestiones:

> *"El pasado día 17 de abril se recibió en la Delegación del Gobierno de la Junta de Andalucía en Málaga, oficio del Juzgado encargado del Registro Civil de Torremolinos comunicando la presencia de una plaga de "Alúas", hormigas voladoras. Ese mismo día se dio parte a la empresa de limpieza para la retirada de los insectos y paralelamente a la empresa encargada de la desinfección, para que comprobara el tipo de plaga y las posibles actuaciones a llevar a cabo para su eliminación. Dicha empresa emitió informe de laboratorio indicando que se trataba de una plaga de termitas y recomendó el tratamiento a llevar a cabo. Las termitas aparecidas eran adultos alados inofensivos.*
>
> *Se procedió a la retirada de los insectos, mientras se preparaba el tratamiento a aplicar por empresa autorizada. Se envió notificación al Registro Civil de Torremolinos comunicando la necesidad de "fumigación" y se evaluó la posibilidad y viabilidad del tratamiento.*
>
> *Posteriormente, el pasado día 30 de mayo, se recibió notificación del Juzgado de primera Instancia nº 1 de Torremolinos, indicando la presencia de una plaga de termitas. Ese mismo día se dio aviso a la empresa de limpieza y a la de desinsectación, para que comprobara el tipo de plaga y posibles actuaciones a llevar a cabo para su eliminación. El laboratorio emitió informe indicando que se trataba de una plaga de carcoma en una mesa auxiliar del del despacho de la Jueza y recomendaron el tratamiento de desinfección a aplicar.*
>
> *En cuanto a la situación de los proyectos o reparaciones que se encuentran en estudio o en ejecución, y posibles plazos de conclusión.*
>
> *Respecto a la plaga de termitas, el tratamiento recomendado se comenzó el día 9 de mayo por la tarde y se finalizó al día siguiente, en horario de 15:00 a 20:00. Tras la aplicación del tratamiento se realizó una limpieza más exhaustiva. Igualmente se realizó una limpieza profunda e integral del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Torremolinos, en horario de tarde, a partir del día 2 de junio de 2017"*

Parece pues que se adoptaron las medidas necesarias y que el asunto se encuentra en vías de solución al no reproducirse nuevas peticiones sobre tales problemas. Por ello, procede concluir nuestras actuaciones sin perjuicio de las acciones de seguimiento que, en su caso, resulten oportunas.

Queremos conocer el proyecto de turnos especiales de abogados para inmigrantes

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/3735 dirigida a Consejo Andaluz de Colegios de Abogados

- 28 Septiembre 2017

RESUMEN DEL RESULTADO (CIERRE DE QUEJA DE OFICIO)

La queja de oficio incoada ante la noticia de la disposición en Málaga de un servicio de asistencia jurídica en "puntos de entrada masiva" de inmigrantes nos ha permitido conocer el informe elaborado desde el Consejo Andaluz de Colegios de Abogados.

A la vista de la información recibida hemos de deducir que varios Colegios de Abogados, como los de Almería, Cádiz y Granada, vienen también trabajando en la facilitación de estas labores de asistencia y apoyo a las personas que detenidas en sus accesos irregulares al territorio español.

Desde luego ha de ratificarse la oportunidad de la organización de estos servicios especializados que otorgan unas especiales garantías a las personas sometidas a los procedimientos de control de acceso, detención y, en su caso, expulsión del territorio. Del mismo modo, compartimos la importancia de perseverar en la calidad y especialización de los letrados adscritos a los mismos, tal y como se anuncia en la información recibida.

Sin perjuicio de desarrollar las labores de seguimiento que el caso merezca, procede concluir las actuaciones en la presente queja de oficio y proceder a su conclusión.

31-07-2017 APERTURA DE LA QUEJA DE OFICIO

Según recientes noticias aparecidas en diversos medios de comunicación, hemos tenido noticia de iniciativas que pretenden disponer la organización de turnos de asistencia letrada en situaciones específicas de llegada irregular de inmigrantes que son detenidos por las Fuerzas de Seguridad y de control de fronteras.

Sin duda se trata de una interesante respuesta del colectivo profesional de la abogacía en relación con esta delicada situación en la que se ven afectados importantes derechos y garantías de estas personas que parece aconsejar un sistema adecuado de asistencia jurídica. En este caso, el proyecto se ha anunciado desde el Colegio de Abogados de Málaga, sin tener conocimiento de la implicación de otros Colegios Profesionales andaluces, ni siquiera de las instancias oficiales de la Consejería de Justicia e Interior.

El Defensor del Pueblo Andaluz ya tuvo la oportunidad de tratar en varias ocasiones la problemática de la organización de turnos específicos de asistencia por razón de la materia o, más habitualmente, en relación con el pago de las cantidades que sufragan estos servicios ante los Colegios de Abogados con motivo de la

tramitación de la queja 12/2067, la queja 12/6628, o también la queja 13/6327 incoada de oficio y concluida a partir de las informaciones remitidas desde la Consejería de Justicia e Interior y por el Consejo Andaluz de la Abogacía.

En esta ocasión, sin perjuicio de la exactitud o no de las noticias aparecidas en los medios, se trata de un proyecto que formulado en Málaga, presenta unas fundamentaciones perfectamente predicables para otras demarcaciones colegiales que coinciden con la presencia de estas situaciones de llegadas colectivas de inmigrantes.

Por ello, creemos muy interesante conocer los detalles del proyecto de organización de este turno de asistencia específica dirigida a inmigrantes detenidos con motivo de su entrada irregular en las fronteras, así como para asistir los trámites de estancia en los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE).

Teniendo en cuenta que esta iniciativa tiene una expresión territorializada y circunscrita, por ahora, a la provincia de Málaga, sería de gran utilidad poder identificar este proyecto y, en caso contrario, evaluar la posible extensión de este turno especializado a los Colegios Profesionales o zonas de especial incidencia de la situación a la que se pretende dar cobertura y asistencia jurídica.

Para poder tomar concreto conocimiento del conflicto y velar por la salvaguarda de los derechos afectados por esta situación, se propone iniciar una actuación de oficio al amparo del artículo 10.1 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, ante el Consejo de Colegios de Abogados Andalucía de a fin de que informen y se posicionen sobre el proyecto de disponer de este turno especializado de asistencia a inmigrantes detenidos por su entrada irregular en el territorio.

En concreto, interesa conocer:

1.- Definición del proyecto de un turno específico de asistencia para inmigrantes detenidos en su tránsito de entrada irregular al territorio y puesta a disposición de las autoridades policiales.

2.- Estudio sobre la viabilidad de establecer un programa o turno organizado para los Colegios Profesionales adscritos al Consejo de Abogados de Andalucía y disposición para promoverlo.

3.- Contactos que, en su caso, se hubieran realizado ante la Consejería de Justicia e Interior sobre la cuestión.

28-12-2017 CIERRE DE LA QUEJA DE OFICIO

La queja de oficio incoada ante la noticia de la disposición en Málaga de un servicio de asistencia jurídica en “puntos de entrada masiva“ de inmigrantes nos ha permitido conocer el informe elaborado desde el Consejo Andaluz de Colegios de Abogados.

Dicho Consejo de Abogados nos indica, en un detallado informe que:

> *“El turno especializado en materia de extranjería se encuentra regulado en el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita de Andalucía, y en sus Ordenes de desarrollo, concretamente el vigente Reglamento aprobado por Decreto 6/2008, de 26 de Febrero, y modificado por Decreto 537/2012 de 28 de diciembre, recoge en su art. 34 los Turnos especializados de los servicios de Asistencia Jurídica Gratuita, entre los que se encuentra el Turno especializado en materia de Extranjería.*
>
> *En lo que se refiere a su financiación, desde el año 2009 el servicio específico y especializado para la asistencia jurídica a los inmigrantes en el punto de entrada irregular se financia a través de un módulo denominado “Puntos de entrada masiva” que comprende la asistencia propiamente dicha y la interposición de los recursos que fueran pertinentes. Concretamente, la Orden de 17 de septiembre de 2012, por la que se modifican los módulos y bases de compensación económica de los servicios de asistencia jurídica gratuita, contempla dos módulos: uno específico para los*

Recursos administrativos en materia de extranjería, en los procedimientos que puedan llevar a la denegación de entrada, permiso de trabajo y residencia, alegaciones en expedientes de expulsión, recursos de revisión, recursos contra resoluciones de visados de tránsito/estancia y sus prórrogas, contra resoluciones de denegación de entrada, retorno y devolución, y en todos los procedimientos en materia de asilo; y otro módulo específico para "Puntos de entrada masiva" que comprende la asistencia propiamente dicha y la interposición de los recursos que fueran pertinentes, para asistencias prestadas en las provincias de la Comunidad Autónoma con mayor afluencia o entrada de inmigrantes.

Todos los servicios a que se refiere la presente comunicación se regulan por la Consejería de Justicia e Interior de la Junta de Andalucía y se gestionan, organizan y prestan por los Colegios de Abogados de Andalucía, siendo financiados por la Administración de la Junta de Andalucía a través de los servicios de Asistencia Jurídica Gratuita.

La iniciativa publicitada en los medios de comunicación, a la que se refiere en su escrito, no es novedosa ni pionera, pues el turno de asistencia letrada en situaciones específicas de llegada masiva irregular de inmigrantes que son detenidos por las fuerzas de seguridad y control de fronteras ya se venía prestando por los Colegios de Abogados de Almería, Cádiz y Granada en cuyo ámbito territorial existían puntos de entrada masiva de inmigrantes".

A la vista de la anteriores informaciones, hemos de deducir que varios Colegios de Abogados, como los de Almería, Cádiz y Granada, vienen también trabajando en la facilitación de estas labores de asistencia y apoyo a las personas que detenidas en sus accesos irregulares al territorio español.

Desde luego ha de ratificarse la oportunidad de la organización de estos servicios especializados que otorgan unas especiales garantías a las personas sometidas a los procedimientos de control de acceso, detención y, en su caso, expulsión del territorio. Del mismo modo, compartimos la importancia de perseverar en la calidad y especialización de los letrados adscritos a los mismos, tal y como se anuncia en la información recibida.

Sin perjuicio de desarrollar las labores de seguimiento que el caso merezca, procede concluir las actuaciones en la presente queja de oficio y proceder a su conclusión.

¿Son adecuadas las instalaciones en las que se ubica la sede judicial de Lucena? Lo investigamos

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/4986 dirigida a Consejería de Justicia e Interior, Ayuntamiento de Lucena (Córdoba)

- 28 Septiembre 2017

Esta Institución ha tenido conocimiento de las deficiencias de las instalaciones en las que se ubica la sede judicial de Lucena (Córdoba). En concreto se manifiestan serias dificultades de acceso que presenta el edificio en que se ubican los Juzgados Mixtos nº 1, nº 2 y nº 3 y sus servicios anexos de esta localidad de la sub-bética.

Ciertamente, los requisitos de los edificios dedicados al servicio público y de atención ciudadana han de ser respetuosos con la accesibilidad y, en su caso, cumplir con las normas de supresión de barreras arquitectónicas. Hemos de significar igualmente la larga trayectoria del Defensor del Pueblo Andaluz en promover un efectivo respeto a las normas de accesibilidad para las personas con movilidad reducida, como ejemplos concretos de integración y respeto a los principios constitucionales y estatutarios de igualdad y no discriminación, al igual que de promoción para el efectivo acceso a los derechos y libertades, en especial de aquellas personas que ostentan singulares condicionantes físicos o dificultades sensoriales.

En circunstancias concretas que vienen dadas por el destino específico de estos servicios, cualquier traba de accesibilidad implica un detrimento singular en el normal uso de cualquier persona. A la vista de los servicios prestados en tales dependencias de carácter judicial, nos encontramos sin duda con un caso de especial relevancia a la hora de permitir un acceso y uso garantizado para todas las personas más allá de las condiciones de movilidad que presenten.

Según se relata en informaciones publicadas *"Este inmueble necesitaba una reforma y una ampliación para mejorar sus condiciones de uso. Tras analizar las posibilidades reales de estas instalaciones y la inversión necesaria, la Consejería optó por construir un equipamiento judicial de nueva planta y dada la imposibilidad de acometer esta infraestructura por su elevado coste, se optó por ubicar los tres juzgados de primera instancia e instrucción y otros servicios anexos, en un inmueble en alquiler, en la calle San Pedro".*

También se han publicitado varios proyectos para dotar de una nueva instalación construida de manera expresa para servir de sede judicial en la localidad. En todo caso, preocupa la situación cotidiana a la hora de facilitar los importantes servicios que tienen asignados estos Juzgados de Lucena para el conjunto de la población y su demarcación.

Para conocer con exactitud las circunstancias del caso y evaluar los condicionantes de la sede judicial

lucentina en relación con la accesibilidad del servicio que se presta en estas dependencias, se propone incoar queja de oficio prevista en el artículo 10.1 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz. A tal fin, se considera oportuno dirigir escritos de petición de información a la Consejería de Justicia e Interior, así como al Ayuntamiento de Lucena, solicitando su criterio en orden a:

– la ubicación descriptiva de la sede judicial de Lucena (Córdoba)

– datos de accesibilidad de las dependencias.

– valoración técnica o informes realizados acerca de las normas de accesibilidad.

– proyectos o programas, en su caso, en relación con la adaptación del edificio.

– planes o programas sobre la ubicación futura de la sede judicial u otras dependencias judiciales en el municipio.

– posibles quejas o reclamaciones que se hubieran producido por la accesibilidad de estas dependencias.

Reclamamos el acceso público a las Memorias Anuales del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/6180 dirigida a Consejería de la Presidencia y Administración Local

- 15 Diciembre 2017

El capítulo II del Decreto 450/2000, de 26 de diciembre, aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía y del Cuerpo de Letrados. A lo largo de los ocho artículos que comprende dicho Capítulo, se fijan los datos y elementos que han de quedar registrados por parte de dicho Gabinete respecto de su funcionamiento y sistemas de clasificación, tratamiento y estudio. Podemos decir que esta previsión normativa permite un completo y detallado sistema de información y control de la actividad de ese órgano directivo con rango de Dirección General, cuyas funciones de representación jurídica y asesoramiento en Derecho resultan de una importancia trascendental.

Precisamente, el artículo 22 del citado Decreto 450/2000 (actualizado por Decreto 367/2011), establece que «El Gabinete Jurídico elevará una Memoria anual al titular del la Consejería de Presidencia, en la que expondrá la actividad del órgano en el periodo anterior, así como las sugerencias que estime oportunas para la mejora de la actuación administrativa».

De hecho esta previsión viene a colación con los contenidos de las publicaciones de las respectivas Memorias Anuales de la Abogacía del Estado que, en su relato y anexos estadísticos, ofrecen una notable y periódica información de toda su actividad jurisdiccional, consultora y de asesoramiento y representación del Servicio Jurídico del Estado.

La Memoria anual del Gabinete Jurídico prevé desde 2001, el ejercicio de su propio balance de actividad, sumamente interesante; pero incluso podemos añadir que implica una fuente de información notable sobre la esencial actividad que tiene asignado ese Gabinete Jurídico y que resulta de particular interés para esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz.

Para canalizar esta iniciativa se propuso incoar queja de oficio 15/3045. En el curso de dicho expediente recibimos informe de la Consejería de la Presidencia y Administración Local, de fecha 13 de octubre de 2015, nº de Registro de Salida 5688, con referencia JJL/MPP/jsn. Dicha información expresaba que:

> *"La implementación del nuevo sistema de información del Gabinete Jurídico está resultando bastante compleja, de modo que puntualmente se ha visto retrasada la elaboración de la Memoria Anual de 2014 por lo que se adjunta la última memoria del Gabinete editada en formato papel correspondiente al año 2013, procediéndose a la remisión de la siguiente en cuando esté disponible".*

En su día decidimos concluir las actuaciones en ese expediente de queja 15/3045 por considerar que la cuestión se encontraba en vías de solución. De hecho, la remisión de la Memoria de 2013 ratificó la valoración que merece este trabajo desplegado a cargo del Gabinete Jurídico.

En todo caso, ya expresábamos la oportunidad de hacer públicas y accesibles estas Memorias, como interesante fuente de información de este organismo de la Junta de Andalucía, en el marco de una actividad divulgativa y dotada de la oportuna transparencia que debe presidir las actuaciones y resultados de las Administraciones Públicas y sus distintas unidades u organismos. Desde luego, a partir de la aprobación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, así como de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía, tales Memorias Anuales se inscriben plenamente entre los contenidos que deben ser amparados por estos procesos de divulgación y acceso.

Pues bien, dos años más tarde y como anticipamos, consideramos oportuno volver sobre la cuestión a través de una nueva queja de oficio, al amparo del artículo 10 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, ante el titular de la Consejería de Presidencia, relativa a la información prevista en los contenidos de las Memorias anuales del Gabinete Jurídico. A tal fin, consideramos oportuno poder acceder a la siguiente información:

- Contenidos de las Memorias anuales del Gabinete Jurídico, haciendo remisión a su fuente de acceso y divulgación, o bien, de no ser posible, remitiendo las ediciones de sus ejemplares.

Preguntamos por la puesta en marcha del nuevo Juzgado mixto de Santa Fe

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/6368 dirigida a Consejería de Justicia e Interior

- 15 Diciembre 2017

Las quejas dirigidas por ciudadanos y profesionales del ámbito de la Administración de Justicia son, entre otros indicadores, ejemplos claros de algunos de los graves problemas que afectan a la Justicia y que han sido motivo de análisis específicos por parte de las Memorias del Tribunal Superior de Justicia (TSJA) y del propio Defensor del Pueblo Andaluz, a través de sus Informes Anuales al Parlamento, junto a los propios diagnósticos de la Consejería de Justicia e Interior. Entre esta variedad de supuestos, la amplitud de los problemas que se relatan exige una priorización a la hora de destacar aquellos casos que, por la entidad del asunto planteado o por la frecuencia a la hora de implicar a órganos judiciales concretos, despiertan una especial atención y suscitan la consecuente necesidad de procurar una respuesta prioritaria.

Esta nota de especial singularidad en los problemas se aprecia, ahora, con motivo de repetidas quejas que se tramitan en relación con la situación de los Juzgados del área metropolitana de Granada, en especial de Santa Fe. Las dificultades de esta demarcación han generado numerosas peticiones para reforzar los órganos judiciales adscritos a este partido judicial. De hecho, los indicadores más recientes ratifican una situación próxima al colapso ya que fijan una media de 1.486 asuntos civiles al año por órgano judicial, cuando su teórico módulo le asigna el conocimiento de 550 asuntos de esta naturaleza.

Por fin, tras años de espera se ha acordado la dotación de un nuevo Juzgado Mixto (Primera Instancia e Instrucción) para Santa Fe, que sería el número 4 de su partido. Así lo establece el artículo 4.1.b) del Real Decreto 902/2017, de 13 de octubre, de creación de noventa y tres juzgados y plazas judiciales (BOE núm. 249, de 16 de octubre de 2017).

Esta necesaria medida ha ratificado todos los argumentos que, desde hace años, concluían en la obligada presencia de una nuevo juzgado para Santa Fe. La motivación del real decreto argumenta:

«Por razones de carácter presupuestario para reducir el déficit público, en los últimos años no se ha procedido a la creación de nuevos órganos judiciales unipersonales –juzgados–, por lo que la planta judicial solo se ha incrementado en cuanto a plazas de magistrado en órganos judiciales colegiados y en plazas de juez de adscripción territorial, en la programación de 2014. Este real decreto centra su objeto en la creación de aquellos juzgados que, atendiendo a la carga de trabajo existente y siendo presupuestariamente posible su constitución y entrada en funcionamiento, son necesarios desde un punto de vista estructural...».

Creado, pues, el órgano, sus efectos se aplicarán a partir del 1 de Enero de 2018 mediante la puesta en marcha de las medidas oportunas de asignación de medios personales (Titular, Letrado y personal), así como de los medios materiales necesarios. Pero, según recientes noticias aparecidas, las previsiones se

sitúan en torno a la mitad del año para poder contar con la efectiva incorporación de este esperado Juzgado nº 4 de San Fe. Diversas fuentes sindicales han expresado su malestar por este anuncio ya que dilata este nuevo servicio tan demandado. Ciertamente, son medidas que implican un trabajo meticuloso para poder incorporar en plenitud de rendimiento a un nuevo órgano judicial, lo cual exige planificación y esfuerzo.

Sin embargo, no es menos cierto que la medida venía siendo ratificada durante años entre las previsiones de creación de nuevos órganos para Andalucía y no podemos deducir que se haya precipitado de manera repentina entre las planificaciones gestionadas por los responsables de Justicia en el ámbito autonómico.

Casi diríamos que el argumento es susceptible de reinterpretarse a la inversa, en el sentido de que este Juzgado, tan demandado y argumentado a lo largo de los años, sólo espera su inmediata puesta en funcionamiento una vez que se procede a su creación. Sin ánimo de reiterar las fundamentaciones tantas veces aludidas para activar esta medida, al menos debemos insistir en las severas cargas de trabajo, que triplican sus indicadores, así como en el importante alivio que supondrá para los desempeños de los otros Juzgados del partido.

Es por ello que, conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 10 de nuestra Ley reguladora sobre la posibilidad de iniciar actuación de oficio, y atendiendo a lo dispuesto en el artículo 29 del Estatuto de Autonomía de Andalucía sobre la garantía de calidad de los servicios de la Administración de Justicia, en el marco de las competencias atribuidas a esa Consejería de Justicia e Interior, procede solicitar informe sobre la realidad del problema expuesto y sus posibles soluciones, al objeto de poder también dar cuenta a la ciudadanía y a los operadores jurídicos. En concreto desearíamos conocer:

- Fecha de puesta efectiva en funcionamiento del Juzgado nº 4 de Santa Fe, de Granada.
- Diseño y asignación de medios personales del personal funcionario para el nuevo Juzgado.
- Ubicación y dependencias.

Actuamos de oficio ante la demora en la percepción de la pensión no contributiva tras el traslado de centro penitenciario

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/5222 dirigida a Consejería de Igualdad y Políticas Sociales

- 11 Octubre 2017

La Institución del Defensor del Pueblo Andaluz ha tenido conocimiento, tras la recepción de varios escritos de queja, del problema que supone para los internos penitenciarios que son trasladados de centros entre distintas comunidades autónomas, la continuidad en la percepción de las pensiones no contributivas que tienen reconocidas. Su cambio de residencia suele aparejar demoras o retrasos importantes en la percepción efectiva de la ayuda en tanto en cuanto no se actualiza dicha circunstancia modificativa. Incluso, en algún caso, hemos constatado que se recuperaba tras arduas gestiones el pago cuando el interno volvía a ser trasladado de centro.

Estos traslados forman parte de una práctica muy habitual en el proceso penitenciario y son producidos por diversas motivaciones (a petición del interesado, distribución de la ocupación de los centros, decisiones disciplinarias, etc.); en muchas ocasiones, se producen sin la disponibilidad del interno de un plazo mínimo para realizar algunas gestiones de su interés.

Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas, tuvo como objetivo principal el establecimiento y regulación de un nivel no contributivo de prestaciones económicas del Sistema de la Seguridad Social, como desarrollo del principio rector contenido en el artículo 41 de nuestra Constitución, que encomienda a los poderes públicos el mantenimiento de un «régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos».

La trascendencia de la reforma vino de la extensión del derecho a las pensiones de jubilación e invalidez y a las prestaciones económicas por hijos a cargo, del Sistema de la Seguridad Social, a todos los ciudadanos, aun cuando no hayan cotizado nunca o el tiempo suficiente para alcanzar prestaciones del nivel contributivo, por la realización de actividades profesionales. Se trata, en definitiva, de la universalización de tales prestaciones, dando respuesta a una aspiración social de solidaridad .

Las personas que obtienen el derecho a estas pensiones se convierten en pensionistas de la Seguridad Social con las mismas garantías y los mismos beneficios que el resto de pensionistas, debiendo reunir los siguientes requisitos:

- Residente en territorio español
- Carecer de ingresos suficientes, y
- Respecto a PNC de Jubilación:
- Tener 65 o más años.

- Residir en territorio español y haberlo hecho en éste o en el territorio de algún país miembro de la Unión Europea durante diez años, en el periodo que media entre la fecha en que la persona solicitante hubiese cumplido los 16 años y la de devengo de la pensión, de los cuales dos han de ser consecutivos e inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud.
- Respecto a PNC de Invalidez:
- Tener 18 o más años y menos de 65 años.
- Residir en territorio español y haberlo hecho en éste o en el territorio de algún país miembro de la Unión Europea durante un período de cinco años, de los cuales dos han de ser consecutivos e inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud.
- Tener una minusvalía o enfermedad crónica en grado igual o superior al 65%, o si se desea acceder al complemento económico del 50% por ayuda de tercera persona, una minusvalía o enfermedad crónica en grado igual o superior al 75% y superar el baremo establecido para ello.

Reconocido el derecho, se está en la obligación de comunicar a la Administración, en el plazo máximo de treinta días desde la fecha en que se produzca, cualquier variación en relación a la composición de su unidad económica de convivencia, estado civil, residencia, recursos económicos propios y/o de las personas con las que conviva, así como cualquier otra circunstancia que pueda tener incidencia en la conservación o en la cuantía de la pensión.

El Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, viene a establecer en su artículo 373 lo siguiente:

«1. La gestión de las prestaciones no contributivas se efectuará por las siguientes entidades gestoras:

a) El Instituto Nacional de la Seguridad Social, con excepción de las que se mencionan en la letra b) siguiente.

b) El Instituto Nacional de Mayores y Servicios Sociales, las pensiones no contributivas de invalidez y jubilación.

2. Sin perjuicio de lo establecido en la letra b) del apartado anterior, las pensiones no contributivas de invalidez y jubilación podrán ser gestionadas, en su caso, por las comunidades autónomas estatutariamente competentes, a las que hubiesen sido transferidos los servicios del instituto citado en aquélla.

3. El Gobierno podrá celebrar con las comunidades autónomas a las que no les hubieran sido transferidos los servicios del Instituto Nacional de Mayores y Servicios Sociales los oportunos conciertos para que puedan gestionar las pensiones no contributivas de la Seguridad Social.

4. Las pensiones de invalidez y jubilación en su modalidad no contributiva quedarán incluidas en el Registro de Prestaciones Sociales Públicas que se regula en el artículo 72.

A tal fin, las entidades y organismos que gestionen las pensiones de invalidez y jubilación aludidas vendrán obligados a comunicar al Instituto Nacional de la Seguridad Social los datos que, referentes a las pensiones que hubiesen concedido, se establezcan reglamentariamente.»

Por lo tanto, en relación a las personas que tienen reconocido el derecho a esta prestación y se encuentran reclusas en un centro penitenciario, se plantea un problema en la gestión, en tanto en cuento se produce un traslado de centro que provoca un cambio de residencia, y no de forma voluntaria, que en ocasiones también supone un cambio de Comunidad Autónoma.

Esto provoca una interrupción en la percepción de la prestación que venían percibiendo, y que constituye, en la mayoría de los casos, su único ingreso económico.

En este sentido, se entiende oportuno que esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz tome mayor

conocimiento de la situación, y en virtud de lo dispuesto en el art. 10.1 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, reguladora de esta Institución, se propone iniciar una actuación de oficio para que por parte de la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales, se nos informe sobre los siguientes extremos:

1.- Datos en la identificación de la persona beneficiaria como interna en prisión.

2.- Metodología o gestiones singulares que se desplieguen en caso de afectar la tramitación de la prestación a un beneficiario en prisión.

3.- Descripción de las gestiones a los efectos de la continuidad en la percepción de la prestación cuando el traslado del interno se produce dentro de la Comunidad Autónoma Andaluza (traslado de expedientes de una Delegación a otra, tiempos medios en la reanudación de la prestación, etc.).

4.- Descripción de las gestiones a los efectos de la continuidad en la percepción de la prestación cuando el traslado del interno se produce entre distintas Comunidades Autónomas (traslado de expedientes de una Delegación a otra, tiempos medios en la reanudación de la prestación ...).

¿Existe falta de recursos para atender a las víctimas de violencia de género en una comisaría de Sevilla? Lo investigamos

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/2145 dirigida a Ministerio del Interior, Subdelegación del Gobierno en Sevilla

El Defensor del Pueblo Andaluz viene desarrollando una larga trayectoria en relación con las garantías de los derechos de las personas víctimas de violencia de género y a la protección de las mujeres desde una comprensión integral de este grave problema social en el territorio andaluz. Junto a las numerosas quejas que tramitamos para procurar las atenciones que estas víctimas merecen, intervenimos para avanzar en lograr las mejores condiciones de los servicios coordinados entre los dispositivos dependientes de diferentes instancias y administraciones públicas.

Esta Institución ha abordado de manera amplia y detallada los modelos de asistencia que la normativa ha dispuesto, en los que los principios de colaboración y coordinación resultan indispensables para lograr esa respuesta compleja y multidisciplinar que caracteriza la atención que necesita toda víctima de violencia contra la mujer en sus diferentes escenarios: policial, judicial, social, laboral, impacto sobre menores, etc. De tal forma que, ciertamente, resulta difícil intervenir en uno de estos aspectos sin comprometer de inmediato el escenario de los demás

Efectivamente, este principio de colaboración es esencial para la mejor atención integral de las víctimas, ya que ésta se hace depender de la eficacia en los respectivos desempeños de todas las instancias implicadas. Obviamente, la intervención de los servicios de seguridad y policiales resulta crucial a la hora de dispensar las acciones de protección efectiva que estas mujeres necesitan con los servicios de ayuda y asistencia que se ofrecen conjuntamente.

Al hilo de estos dispositivos, hemos tenido conocimiento de supuestos problemas en la disponibilidad de medidos y recursos en las dependencias policiales de la ciudad de Sevilla para la atención a estas víctimas a la hora de formular las denuncias en los supuestos amparados en el complejo de los delitos de violencia contra la mujer a cargo de las Fuerzas de Seguridad del Estado, según dichas noticias.

En concreto, se alude a la carencia de dependencias suficientes para la espera y la acogida a estas víctimas en los trámites de denuncia e, incluso, en relación con la dotación de medios personales para atender a las mujeres que se encuentran en estos difíciles trances y que acuden a las Unidades de Prevención, Asistencia y Protección (UPAP).

Según se menciona, en la Comisaría de Blas Infante, de Sevilla, del Cuerpo Nacional de Policía (CNP), algunas fuentes sindicales han denunciado la falta de personal para atender las denuncias en general, incluidas las de esta UPAP, adscrita a la Inspección Central de Guardia, según explica. "*Hay un policía, no*

hay más. No se pueden tomar dos denuncias a la vez porque los protocolos son amplios y hay que hacer una valoración rigurosa de lo sucedido con cada víctima de violencia de género, que exige un tiempo. El último responsable es el agente.*

A través de diversos medios de comunicación hemos tenido conocimiento del agravamiento del problema para los escasos recursos del CNP, lo que llega a provocar una severa disminución de efectivos policiales. Sin embargo, no es menos cierto que la entidad de este problema no es meramente policial, ya que la reducción de medios y recursos del CNP termina por afectar a las capacidades de prestar los propios servicios de atención a las víctimas de violencia de género desde otras instancias. Obviamente, la perjudicada final es la mujer que soporta las disfunciones que se produzcan en los fallos de este esencial servicio.

Sin perjuicio de las actuaciones que se lleven a acabo por las autoridades dependientes de otros servicios, ya sea en sede judicial, como los adscritos al Servicio de Asistencia a las Víctimas de Delitos (SAVA) y las iniciativas de coordinación con el sistema inserto en el Instituto Andaluz de la Mujer, creemos necesario conocer las propuestas y criterios de esa Subdelegación de Sevilla en relación con la organización de este servicio policial en el contexto de las intervenciones multidisciplinares de ayuda a las víctimas de violencia contra la mujer.

Por ello, hemos considerado oportuno incoar queja de oficio al amparo del artículo 10 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre del Defensor del Pueblo Andaluz, a fin de conocer el criterio de ese organismo en relación con los medios de atención a las víctimas de violencia de género en las dependencias de la Comisaría de Blas Infante del Cuerpo Nacional de Policial, en Sevilla, a fin de impulsar las medidas de mejora en la ordenación de estos servicios en coordinación con el resto de dispositivos previstos.

Preguntamos al Ayuntamiento por las carreras y competiciones ilegales de vehículos en zonas de Sevilla

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/5798 dirigida a Ayuntamiento de Sevilla

- 20 Noviembre 2017

El artículo 104 de la Constitución asigna a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, la misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana. Dentro del bloque constitucional y en ejecución de tal mandato, la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, ha definido el marco competencial de los distintos Cuerpos policiales, para garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales, estableciendo el ámbito material y territorial de actuación, tanto en materia del mantenimiento de la seguridad ciudadana como en el ámbito de actuación de la policía judicial.

Por su parte, la Comunidad Autónoma de Andalucía, mediante la Ley 13/2001, de 11 de diciembre, de Coordinación de Policía Locales de Andalucía, ha establecido el marco legislativo para el desarrollo de sus competencias, entre las que destacan las referidas a las funciones de homogeneización de los Cuerpos de la Policía Local, la unificación de los criterios de selección, formación, promoción y movilidad de sus miembros, la Coordinación de la formación profesional de estos colectivos y el establecimiento de normas marco los municipios que cuentan con Cuerpos de la Policía Local aprobando o, en su caso, adaptando sus reglamentos de organización y servicios a las previsiones de la misma.

También la Ley Orgánica 2/1986 de 13 de marzo, proclama que la Policía Local para el cumplimiento de las funciones de Policía Judicial tendrán carácter colaborador de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, asignándoles funciones propias, acordes con la actividad que tradicionalmente venían realizando, y atribuyéndoles también las funciones de colaboración con las otras Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en materia de Policía Judicial y seguridad ciudadana, reconociéndose la potestad normativa de las Comunidades Autónomas en la materia, sin perjuicio de la ordenación complementaria de cada cuerpo de Policía Local por su respectiva Corporación, como expresión de la autonomía municipal reconocida en nuestra Constitución.

Nos situamos, por tanto, en un sistema plural de cuerpos policiales que, en la concurrencia del ejercicio de sus funciones propias, deben poner de manifiesto mecanismos que garanticen una capacidad y eficiencia compartidas y unas actuaciones debidamente coordinadas.

Como se ha señalado, la Policía Local también puede intervenir bajo la condición de Policía Judicial, actuando bajo las condiciones de tales funciones de auxilio, por lo que sus despliegues y tareas vienen a coincidir con el trabajo que el Cuerpo Nacional de Policía, Guardia Civil o Policías Autonómicas realizan bajo dicha función de auxilio judicial (de hecho, existe un modelo de acuerdo específico del Ministerio del

Interior para la incorporación de los distintos municipios a sus estipulaciones).

Esta preocupación por garantizar y proteger tales derechos y libertades, que se entronca en la misión del Defensor del Pueblo Andaluz, viene siendo una constante entre las actuaciones que se desarrollan por esta institución. Entre esas materias, sin duda, ha ocupado una especial atención los aspectos que inciden en actividades que generan no sólo una situación de singular amenaza o peligro para la integridad de las personas, sino que además, su realización provocan un impacto en la opinión de la sociedad por su aparente impunidad.

Nos referimos a la realización de carreras o competiciones entre vehículos en determinados espacios de la ciudad en las que se concentra un número significativo de personas que participan o, simplemente, presencian estas actividades extremadamente peligrosas y de alto riesgo. Además, acostumbran a presenciarlas sujetos jóvenes y, muchos, menores de edad.

Han surgido recientemente publicaciones en diferentes medios de comunicación que se hacen eco de estas actividades que parecen cíclicas en el sentido de que se desarrollan con una cierta habitualidad, lo que genera un aparente conocimiento entre los grupos que siguen estas peligrosas carreras para más tarde desaparecer y resurgir en otros espacios repitiendo su puesta en escena con las amenazas que todos ello implica. De nuevo parece que, en esta ocasión, estas acciones se producen en zonas de La Cartuja sevillana, como antes lo fueron en terrenos próximos a Tablada con el resultado de un fallecido por atropello.

Las citadas informaciones aludían a algunas intervenciones policiales desarrolladas con anterioridad. Sin embargo, puesto que prosiguen, no ocultamos nuestro criterio favorable en favor de potenciar respuestas ejemplarizantes que aporten un ejercicio de autoridad y rigor frente a estas carreras, supuestamente clandestinas, cuya eficaz persecución resulta incompatible con cualquier noción de reiteración o continuidad en los espacios públicos.

Pues bien, con la finalidad de conocer con detalle la actuación de las instancias policiales y autoridades dependientes del Ayuntamiento de Sevilla, se propone incoar actuación de oficio conforme señala el artículo 10.1 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre del Defensor del Pueblo Andaluz, ante el **Ayuntamiento de Sevilla** solicitando información acerca de:

- actividades de carreras o competiciones ilegales de vehículos producidas en la ciudad.
- actuaciones de la Policía Local realizadas para perseguir estas prácticas.
- normas, instrucciones o planes de respuesta específicas que, en su caso, desarrolle la Policía Local frente a estas actividades.

Recomendamos más medios para los juzgados especializados en Andalucía para los litigios sobre cláusulas abusivas en escrituras hipotecarias

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 17/3071 dirigida a Consejería de Justicia e Interior

- 02 Octubre 2017

Esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz tramita las quejas identificadas con los número: **Q17/962 y Q17/3071**. Las diferentes actuaciones en el curso de estos expedientes nos han permitido analizar la situación planteada en las quejas y, tras diversos trámites, que a continuación se detallan, hemos considerado procedente emitir un pronunciamiento formal como Resolución, según establece el artículo 29.1 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, reguladora del Defensor del Pueblo Andaluz.

ANTECEDENTES

1.- Con fecha 22 de Febrero de 2017 el Defensor del Pueblo Andaluz acordó incoar queja de oficio ante la situación creada para atender la litigiosidad que amenaza a los órganos judiciales relativa a las cláusulas suelo declaradas abusivas y otras reclamaciones derivadas de contratos de financiación con garantías hipotecarias.

Dicho expediente de oficio motivó la petición de información ante la Viceconsejería de Justicia e Interior , en los siguientes términos:

> *"El Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo (BOE 18, de 21 de Enero de 2017) establece medidas dirigidas a la protección a los consumidores estableciendo un cauce que les facilite la posibilidad de llegar a acuerdos con las entidades de crédito con las que tienen suscrito un contrato de préstamo o crédito con garantía hipotecaria que solucionen las controversias que se pudieran suscitar como consecuencia de los últimos pronunciamientos judiciales en materia de cláusulas suelo y, en particular, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, en los asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15.*
>
> *A partir de las disposiciones aprobadas, se pretende disponer de un mecanismo ágil extrajudicial que facilite la devolución de la cantidades resultantes de una aplicación considerada abusiva de cálculo de intereses y su cobro, a cargo de las entidades financieras que aplicaron esta clausulas suelo declaradas improcedentes.*
>
> *El objetivo, además de reparar una situación socialmente injusta, se explica al proclamar que «es*

previsible que el reciente pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea suponga el incremento de las demandas de consumidores afectados solicitando la restitución de las cantidades pagadas en aplicación de las cláusulas suelo, resulta de extraordinaria y urgente necesidad arbitrar un cauce sencillo y ordenado, de carácter voluntario para el consumidor, que facilite que pueda llegar a un acuerdo con la entidad de crédito que les permita solucionar sus diferencias mediante la restitución de dichas cantidades. En este sentido, es importante resaltar que la medida trata, además, de evitar que se produzca un aumento de los litigios que tendrían que ser afrontados por la jurisdicción civil, con un elevado coste a la Administración de Justicia por cada pleito y un impacto perjudicial para su funcionamiento en forma de incremento sustancial del tiempo de duración de los procedimientos».

No obstante, también ha de evaluarse el supuesto de que no llegue a buen término este mecanismo extrajudicial y, finalmente, la cuestión deba dirimirse ante la jurisdicción. Del mismo modo, se prevé que los procesos actualmente en curso podrían reconducirse a través de la vía creada en el artículo 3 del Real Decreto-Ley 1/2017. Es decir, circunstancias todas ellas que se circunscriben al ámbito judicial, propiamente dicho.

En cualquier caso, nos situamos ante una situación muy generalizada a la que se pretende ofrecer una vías de reparación que generarán peticiones masivas que se estiman por miles y que ponen en ciernes un potencial volumen de asuntos, incrementando los asuntos judiciales en estos órganos que, por razón de competencia, podrían verse afectados por las vicisitudes de las medidas previstas en el Real Decreto-Ley y su supervisión jurisdiccional.

No resulta necesario recordar la sobrecarga de trabajo que pesa en estos órganos judiciales y el impacto que esta potencial litigiosidad pudiera provocar en su funcionamiento ya de por sí absolutamente saturado de asuntos.

Ante todo ello, resulta muy oportuno conocer las medidas organizativas en el ámbito de las competencias de ordenación y gestión de medios materiales y personales de la Administración de Justicia que tiene atribuida la Junta de Andalucía atendiendo a lo dispuesto en el artículo 29 del Estatuto de Autonomía de Andalucía sobre la garantía de calidad de los servicios de la Administración de Justicia.

Es por ello que se viene a proponer, conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 10 de nuestra Ley reguladora, iniciar actuación de oficio y, en el marco de las competencias atribuidas al correspondiente Departamento de esa Consejería de Justicia e Interior, procede solicitar informe sobre la realidad del problema expuesto y sus posibles soluciones, al objeto de poder también dar cuenta a la ciudadanía y a los operadores jurídicos".

2.- Las circunstancias descritas en la citada queja de oficio 17/962 quedaron afectadas a partir del acuerdo adoptado por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) en sesión plenaria de 25 de Mayo, asignando a juzgados de manera exclusiva y no excluyente el conocimiento de este tipo de causas. Tal acuerdo, adoptado con la participación de la Comisión de Coordinación CGPJ-Justicia-Comunidades Autónomas, concretaba los órganos afectados en las ocho provincias andaluzas y que quedaban declarados como competentes para asumir la carga de asuntos que se producirían tras la demandas judiciales relativas al caso.

La fecha de aplicación de tal acuerdo era el 1 de Junio y en tal fecha se produjeron importante incidentes en los órganos afectados. Por ello, al día siguiente el Defensor del Pueblo Andaluz acordó incoar nueva queja de oficio (17/3071) en relación con los problemas específicos de aplicación de las medidas acordadas en el ámbito de las responsabilidades de la Junta de Andalucía, a través de la Consejería de Justicia e Interior.

Por tanto consideramos necesario solicitar la colaboración de nuevo de su Viceconsejería en los términos:

"El Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) acordó en su sesión plenaria de 25 de Mayo la especialización de un total de 54 juzgados de Primera Instancia –uno por provincia en la península y uno en cada una de las principales islas de los archipiélagos canario y balear-, que a partir del próximo 1 de junio conocerán, de manera exclusiva y no excluyente, de los litigios relacionados con las condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias cuyo prestatario sea una persona física, sin perjuicio de poder atribuir en el futuro esta competencia a otros órganos del mismo u otro partido judicial diferente de la provincia, siempre que hubiere razones que lo justificasen, en atención a la carga de trabajo y mejor servicio a la justicia.

En Andalucía los órganos a los que se atribuyen estas competencias especiales son:

- Juzgado de Primera Instancia 7 de Almería
- Juzgado de Primera Instancia 2 de Cádiz
- Juzgado de Primera Instancia 9 de Córdoba
- Juzgado de Primera Instancia 9 de Granada
- Juzgado de Primera Instancia 6 de Huelva
- Juzgado de Primera Instancia 2 de Jaén
- Juzgado de Primera Instancia 18 de Málaga
- Juzgado de Primera Instancia 10 de Sevilla

Pues bien, en el día de ayer, primero en que se aplicaban las supuestas medidas, se produjeron diversas incidencias en relación con la efectiva puesta marcha de tales acuerdos. Las reacciones de los operadores jurídicos han sido unánimes en relación con "el desconcierto provocado por no estar listos y las críticas generalizada por la falta de medios"

En Sevilla, las asociaciones de jueces mayoritarias, abogados, procuradores y la representación sindical de los empleados de la Administración de Justicia, junto al Juez decano, ratifican estas críticas y evidenciaban una aparente falta de previsión y de organización. Esta reacciones se refieren al caso de Sevilla y también Málaga, pero pueden extenderse a las restantes sedes afectadas por estas medidas organizativas.

Somos conscientes de que el origen de tales criterios nace en el propio CGPJ, autor de un "plan de urgencia en el que empezó a trabajar el pasado mes de febrero para hacer frente al previsible aumento de litigios sobre cláusulas abusivas en escrituras hipotecarias como consecuencia de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 21 de diciembre de 2016 en relación con las cláusulas suelo".

Del mismo modo, hemos tenido conocimiento de reuniones de trabajo con el Ministerio de Justicia y las Comunidades Autónomas con competencias en la materia. En concreto el pasado 31 de Mayo tuvo lugar una reunión de la comisión de coordinación CGPJ-Justicia-CCAA en la sede del órgano de los jueces para tratar el plan de urgencia aprobado el pasado jueves por la Comisión Permanente y que se pondrá en marcha en materia de litigios relacionados con las condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarios cuyo prestatario sea una persona física.

En la reunión participaron el presidente del Tribunal Supremo y del CGPJ, Carlos Lesmes; los vocales de la Comisión Permanente Álvaro Cuesta, Nuria Díaz, Gerardo Martínez Tristán, Rafael Mozo y Pilar Sepúlveda; el ministro de Justicia, Rafael Catalá; la secretaria de Estado de Justicia, Carmen Sánchez-Cortés; y representantes de las Consejerías de Justicia de Andalucía, Aragón, Asturias, Canarias, Cantabria, Cataluña, Comunidad Valenciana, Galicia, Madrid, Navarra, el País Vasco y La Rioja (según la nota de prensa publicada por el propio CGPJ).

Siendo conscientes de la complejidad de la toma de decisiones en el ámbito de la Administración de

Justicia —donde interfieren una multitud de aspectos competenciales referidos a la atribución de asuntos, medios personales de funcionarios, los titulares judiciales o LAJ, sedes, recursos técnicos, etc, que dependen de diferentes instancias— interesa conocer la aportación de la Administración andaluza a través de la Consejería de Justicia e Interior en la puesta en marcha de estas medidas organizativas".

3.- La Viceconsejería aportó su posición mediante informe, que aglutina las cuestiones planteadas en sendas quejas, del que transcribimos un extracto:

"El Consejo General del Poder Judicial remitió para informe de la Comunidad Autónoma de Andalucía una propuesta, de conformidad, con lo expuesto en el art. 98.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de especialización de órganos a nivel provincial en condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias, cuyo prestatario sea una persona física.

La conclusión final de la propuesta es la especialización, en cada una de las ocho provincias andaluzas, de un Juzgado de Primera Instancia de la capital para que asuman a nivel territorial provincial, de manera exclusiva y no excluyente, los litigios sobre cláusulas abusivas incluidas en contratos de financiación con garantías reales cuyo prestatario sea una persona física.

A esta propuesta, la Consejería de Justicia e Interior, a través de informe de 17 de mayo de 2017, de la Secretaría General para la Justicia, informó desfavorablemente, sin embargo la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, mediante Acuerdo de 25 de mayo de 2017, -sin atender el informe desfavorable de la Comunidad Autónoma-, estableció que determinados juzgados, de manera exclusiva y no excluyente, conozcan de la materia relativa a las condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias cuyo prestatario sea una persona física (BOE núm. 126, de 27 de mayo). En nuestra Comunidad Autónoma, se determinan los juzgados siguientes:

-Juzgado de Primera Instancia 7 de Almería.

-Juzgado de Primera Instancia 2 de Cádiz.

-Juzgado de Primera Instancia 9 de Córdoba.

-Juzgado de Primera Instancia 9 de Granada.

-Juzgado de Primera Instancia 6 de Huelva.

-Juzgado de Primera Instancia 2 de Jaén.

-Juzgado de Primera Instancia 18 de Málaga.

-Juzgado de Primera Instancia 10 de Sevilla.

Conforme se indica en su punto 8, el Acuerdo debe comunicarse a las Comunidad Autónomas a los efectos de que en la forma que consta en la propuesta (flexibilidad y gradualidad) se adopten las medidas necesarias de acuerdo con el anexo 2.

Conforme a lo establecido en el Acuerdo de 25 de mayo de 2017, con la flexibilidad y gradualidad permitida en el mismo, y tras la reunión celebrada el pasado 9 de junio en Granada con el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, los Jueces Decanos y los representantes de la Consejería de Justicia e Interior, se decidió que en los juzgados de Granada, Sevilla y Málaga, dado el volumen de entrada actual de asuntos relativos a cláusulas suelo, se asignaran 2 gestores y 2 tramitadores a cada uno de ellos, 1 gestor y 2 tramitadores en Jaén y, en el resto de juzgados se fija un mínimo de

1 gestor y 1 tramitador desde el mes de junio. Posteriormente, en septiembre, se evaluará el funcionamiento del plan con el Consejo General del Poder Judicial, para ser objeto de revisión, en su caso.

A continuación, cuando se empiecen a señalar vistas -previstas a partir del mes de octubre- se propuso la incorporación de 1 auxilio judicial para cada uno de los juzgados.

En todo caso, se revisaría en el mes de septiembre el funcionamiento de todos estos refuerzos y la carga de trabajo soportada, a efectos de incrementar las medidas propuestas.

El plan podrá incrementarse en un máximo de 1 gestor y 5 tramitadores más a partir del 1 de octubre, hasta completar los refuerzos previstos en el plan (44), adscribiéndose a los órganos que presenten una mayor necesidad de recursos humanos, cumpliéndose la previsión de dotación de recursos humanos establecida en el Acuerdo de 25 de mayo de 2017 de la Comisión Permanente del CGPJ."

Analizado el contenido de su información, hemos de ofrecerles a la luz de los datos las siguientes

CONSIDERACIONES

Primera.- Ciertamente, el problema que se aborda en las quejas refleja con notoriedad una severa deficiencia de nuestro sistema judicial que evidencia signos próximos al colapso. La saturación de los órganos judiciales —que caracteriza una situación permanente y de agravamiento en sus capacidades de dar la respuesta debida al derecho constitucional de brindar una tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas— vuelve a ponerse de manifiesto en esta ocasión. Y la relación de ejemplos que se pueden aportar desde esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz ratifican plenamente esta valoración.

Ahora, los problemas sistémicos de la organización judicial se concretan ante un nuevo reto, cual es la litigiosidad que amenaza los juzgados para atender reclamaciones de usuarios y clientes en relación con litigios derivados de las denominadas cláusulas suelo y otros productos financieros de riesgo junto a reclamaciones de contratos de financiación con garantías hipotecarias.

Ciertamente, la intención proclamada del CGPJ ha sido anticipar medidas que intentan paliar una actividad masiva de demandas sobre litigios de esta naturaleza que implica un esfuerzo previsor y de planificación. La labor de estudio y de preparación ante el riesgo cierto de llegar a una situación de colapso motivó el proyecto del Consejo General de elaborar a principios de 2017 un plan específico de respuesta.

Junto a las aportaciones de los equipos técnicos del CGPJ, se propició la intervención del Ministerio de Justicia así como de las Comunidades Autónomas con competencias en la materia, integrantes todos de la Comisión de Coordinación.

El resultado final fue el acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo (BOE 126, de 27 de Mayo de 2017) que atribuye esa competencia exclusiva y no excluyente de determinados Juzgados de Primera Instancia por provincias y que afectan, correlativamente, a ocho órganos distribuidos entre las provincias andaluzas. El acuerdo en su punto 8 ordena la comunicación a las Administraciones competentes para que adopten las medidas organizativas oportunas.

El día 1 de Junio se fija como fecha de entrada en vigor del acuerdo. Además se prevé un seguimiento mensual de las medidas de aplicación del acuerdo y un compromiso de estudio y evaluación de sus efectos.

Segunda.- El primer día de puesta en marcha de las disposiciones organizativas adoptadas por el Consejo se producen serios incidentes en varios de los órganos afectados en Andalucía. Las reacciones, de las que se hacen eco varios medios de comunicación, hacen mención al inexistencia de las medidas anunciadas y

supuestamente previstas, tales como falta de jueces de apoyo, ausencia de empleados de refuerzo, carencia de espacios o recursos materiales para atender al personal complementario que debe sumarse a los dispositivos de cada uno de los Juzgados de Primera Instancia designados.

Este particular aspecto, que motiva de manera específica la apertura de la queja de oficio 17/3071, no se comenta en la información facilitada desde la Viceconsejería, por lo que, a falta de mayores especificaciones, hemos de entender que tales incidentes, sin haber sido desmentidos, vienen a confirmar severos problemas con la puesta en marcha de las medidas planificadas.

Desde la Viceconsejería se alude a dos cuestiones destacadas. La primera es que especifica que las medidas estudiadas y discutidas no contaban con el informe favorable de ese departamento, Se explica que "*… la Consejería de Justicia e Interior, a través de informe de 17 de mayo de 2017, de la Secretaría General para la Justicia, informó desfavorablemente, sin embargo la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, mediante Acuerdo de 25 de mayo de 2017, -sin atender el informe desfavorable de la Comunidad Autónoma-, estableció las medidas*".

Este dato implica la manifestación de un criterio contrario o crítico con el acuerdo del CGPJ que se sometía a discusión. Sin embargo, no es menos cierto que tales posiciones, por fundadas que resulten y que no procede ahora rebatir, no pueden alcanzar el rango de título que exima a la Administración andaluza de cumplir los propios términos del acuerdo.

Al margen de la estricta tramitación del expediente, esta Institución ha tenido conocimiento de otros posicionamientos públicos de la Consejería al respecto, en los que se ofrece una valoración más expresa de la que se contiene en el informe recibido. Así, fuentes de la Consejería recogen que:

> *"La consejera de Justicia e Interior, Rosa Aguilar, ha rechazado hoy el plan aprobado por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) para la tramitación de los asuntos relativos a las cláusulas suelo en un único juzgado por provincia y ha reclamado que "cambie su decisión" para evitar la sobrecarga y para que "la ciudadanía pueda hacer efectivo su derecho en el ámbito judicial".*
>
> *Ante el Pleno del Parlamento de Andalucía, Rosa Aguilar ha pedido a los grupos políticos que "sumen fuerzas" para que el CGPJ tome otra decisión en septiembre, "que va a proceder a su evaluación", ya que sería "lo mejor que pudiera pasarle a la ciudadanía".*
>
> *En este sentido, Aguilar ha dicho que la Junta "está cumpliendo" con el plan del CGPJ con el establecimiento de un plan de 44 refuerzos, cuya "progresiva incorporación" ha sido acordada con el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y con los jueces decano, además de haber informado a los sindicatos en la mesa sectorial. La consejera ha informado de que 23 de esos refuerzos ya están incorporados y que el resto lo hará tal de manera gradual. Además, ha explicado que se ha dotado a los juzgados de medios informáticos y se han adaptado las aplicaciones necesarias para llevar a cabo el trabajo".*

Además, en recientes contactos la titular ha explicado su posición de procurar un cambio de criterio del CGPJ en el mes de Septiembre, fecha en la que se ha acordado realizar una valoración de seguimiento de las medidas recogidas en el acuerdo discutido que se analiza en el curso de la queja de oficio 17/962.

Tercera.- Por otro lado, centrándonos con los objetivos señalados en la queja 17/3071, incoada de oficio, nos hemos ceñido a los incidentes surgidos en el día de la puesta en marcha de las medidas anunciadas. Y en este aspecto, debemos confirmar las graves deficiencias que se pusieron de manifiesto en la fecha de aplicación de las mismas y que implicaban dar contenido al acuerdo de la Comisión Permanente del CGPJ. El relato de la ausencia de personal, refuerzos judiciales, espacios habilitados en los juzgados asignados o la incomparecencia de personal de apoyo en la fecha de su aplicación implican una desatención que, sin perjuicio de aludir a las dificultades anunciadas desde la Consejería, no deberían haberse producido.

Los argumentos que sometemos a la consideración de esa Consejería son varios: en primer lugar porque debía evitarse una ceremonia de confusión que hubiera merecido un anuncio previo que explicara, si era el caso, la inaplicación de algunas medidas. Quizás hubiera sido preferible esa información anticipada que excusara alguna actuación aplazada (aun cuando venían siendo discutidas y anunciadas desde hacía meses en el curso de los trabajos de discusión de dicho acuerdo por el CGPJ y con la participación de los organismos competentes, incluida la Consejería).

Y, en segundo lugar —podría ser el primero— porque hablamos de cumplir un acuerdo adoptado por el CGPJ. Nos parece muy mejorable el resultado de un sistema de discusión y participación que proclama determinadas medidas sin asegurar la disponibilidad de su cumplimiento o, cuando menos, que sea capaz de recoger igualmente las posiciones que pretenden poner de manifiesto también el cúmulo de dificultades que se cierne para hacer efectivas esas disposiciones formalmente alcanzadas. Y, por supuesto, la misma difusión merece el anuncio de estos nuevos órganos especializados que los impedimentos que amenazan con relegar la aplicación de tales medidas. Pero en todo caso, adoptado el acuerdo, sólo cabe aguardar su cumplida aplicación.

Y ante esta situación anómala que se produjo, no podemos por menos que reconocer la sorpresa y la decepción de los operadores jurídicos y judiciales que se disponían a trabajar con un nuevo modelo organizativo que nace sin una operatividad acorde con sus contenidos.

Es cierto que las informaciones más recientes insisten en la superación de estos incidentes y relatan la gestión paulatina de las medidas que en su día se previeron. Por lo que, con mayor convicción, hemos de lamentar la imagen de desatención que se prodigó en las fechas de inauguración de las medidas.

Cuarta.- Como valoración general, hemos de indicar que la situación abordada no deja de ser un ejemplo más de los graves problemas de carga de trabajo que pesan en muchos órganos judiciales en Andalucía que superan en unos porcentajes inadmisibles los indicadores establecidos por el sistema judicial.

Ante esa saturación resulta comprensible anticipar medidas que mitiguen la presión de miles de demandas que se ciernen sobre los juzgados por motivos de los litigios sobre las cláusulas suelo y gastos de financiación. Son incidencias que se pretenden solventar en un ejercicio de asignación de la competencia a concretos órganos a fin de que se especialicen en su tramitación y procuren una capacidad de gestión y resolución más concentrada y ágil. Tiempo habrá de evaluar sus efectos.

Pero, en todo caso, y sin contar aún con ese análisis de las medidas dispuestas por el CGPJ, hablamos de un acuerdo adoptado sobre criterios competenciales y de refuerzos de una plantilla judicial que *per se* reviste graves carencias; y, en todo caso, no dejan de ser actuaciones parciales para abordar las previsiones de un incremento de asuntos en una estructura judicial insuficiente y superada.

La actividad de este Comisionado del Parlamento ha analizado muchos y variados escenarios que reproducen, una y otra vez, idénticos problemas de la Administración de Justicia contando con la aportación la información de la Consejería responsable y del propio Tribunal Superior de Justicia (TSJA). Con esa trayectoria no han faltado oportunidades en las que el Defensor del Pueblo Andaluz ha expresado su opinión, otra de muchas, para disponer de las soluciones. Baste recordar que la última valoración, ciertamente contenida, del TSJA requería la creación de 52 plazas judiciales nuevas para juzgados unipersonales (pág. 192, Memoria del TSJA 2016). Pero es que ya en 2016 se anunciaron 13 plazas y ninguna fue aprobada por el Gobierno de la Nación.

Somos conscientes de la compleja distribución competencial que presenta nuestro sistema judicial en su conjunto. Pero, por cuanto respecta al proceso de creación de órganos judiciales, las fases previas de estudio de propuestas y tramitación de las necesidades estimadas, desde el rigor y la adecuada metodología, merecen ser transmitidas con un especial ahínco y reivindicadas en el marco de una lealtad institucional que no empece la decidida puesta de manifiesto de estas soluciones inaplazables para que resulten justamente atendidas.

En el marco de este diálogo inter-institucional, no podemos olvidar la escasa receptividad del Gobierno de la Nación para adoptar las medidas sobradamente fundadas y tantas veces propuestas para crear nuevos órganos judiciales. Pero, cuando menos, es imprescindible avanzar en todas las motivaciones que se detallan —y que nacen desde los testimonios y datos de instituciones, colectivos profesionales y ciudadanos afectados por esta situación— para disponer la petición formal para la creación de los Juzgados que Andalucía necesita.

De ahí que debamos insistir en la oportunidad de que las valoraciones expresadas en el informe de la Viceconsejería sean acogidas por el propio TSJA haciendo suyas, entre sus peticiones, el criterio favorable para impulsar la creación de nuevos Juzgados. Sencillamente, porque la organización y planta de los Juzgados andaluces amenaza con no poder garantizar el derecho constitucional a merecer una tutela judicial efectiva y a un proceso con las debidas garantías y sin dilaciones indebidas, en los términos recogidos en el artículo 24 de la Constitución.

En ese sentido, creemos oportuno desde nuestra posición institucional implicar igualmente al Defensor del Pueblo de las Cortes Generales para, a nivel estatal, promover una equivalente reflexión sobre las medidas acordadas desde el CGPJ y propiciar una evaluación de los impactos alcanzados por el acuerdo de 25 de Mayo de 2017, propiciando la disponibilidad efectiva de recursos y medios de las Administraciones autonómicas responsables de los servicios judiciales.

En suma. En este escenario, no debemos relegar la problemática singular de esta litigiosidad que amenaza con agravar el problema. Lo que sucede es que sus soluciones, unánimemente requeridas, van mucho más allá de ocasionales acuerdos sobre determinados juzgados. Lo dicho: más que juzgados especializados, se exigen juzgados nuevos.

A la vista de las anteriores Consideraciones, esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz ha acordado dirigir a la **Viceconsejería de Justicia e Interior** las siguientes

RESOLUCIÓN

RECOMENDACIÓN para garantizar la aplicación efectiva del Acuerdo de 25 de mayo de 2017 de la Comisión Permanente del CGPJ en el seno de los juzgados andaluces seleccionados y disponer el conjunto de medidas incluidas en dicho acuerdo conforme a las responsabilidades de la Consejería de Justicia.

SUGERENCIA a fin de impulsar las medidas que logren una dotación adecuada de nuevos órganos judiciales conforme a las necesidades que vienen siendo reclamadas por el Tribunal Superior de Justicia, los operadores jurídicos y esa misma Consejería de Justicia e Interior.

Según establece el artículo 29.1 de la Ley 9/1983, la autoridad a la que se dirige la Resolución viene obligada a responder por escrito en término no superior a un mes, comunicando la adopción de las medidas adecuadas en el sentido que se recoge en la Resolución dictada o, en su caso, las razones que le impidan adoptar tal decisión.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

---

defensor del pueblo Andaluz

Los gobiernos locales ante la nueva agenda urbana

- 25 Mayo 2017

CONCLUSIONES

PROGRAMA DOCUMENTACIÓN DE LA JORNADA

MÁS INFORMACION

Organiza: Defensor del Pueblo Andaluz

Colabora: Fundación Cajasol

Lugar de celebración: Sevilla

Sede: Sala Antonio Machado, sita en C/ Plaza de San Francisco, 1, entrada por C/ Entrecárceles, 1

Fecha: Jueves, 25 de Mayo de 2017

Durante los días 17 a 20 de octubre de 2016 tuvo lugar en la ciudad de Quito la Tercera Conferencia de Naciones Unidas Sobre Vivienda y Desarrollo Sostenible, Habitat III. En este Foro mundial se debatió ampliamente sobre los retos que nuestras ciudades tienen planteados. Se trataba de fijar la nueva Agenda Urbana.

Como sabemos, más del 50% de la población mundial reside en zonas urbanas, que son espacios de oportunidad pero también donde está muy presente la pobreza y la marginalidad. Asimismo, en estos territorios tienen lugar gran parte de las actividades que están deteriorando la calidad ambiental de nuestro planeta.

Así las cosas, no es extraño que la Nueva Agenda Urbana haya asumido el objetivo de Desarrollo Sostenible 11: *"Lograr que las ciudades y los asentamientos urbanos sean inclusivos, seguros, resilentes y sostenibles"*.

Se trata de un objetivo que incide directamente en la garantía efectiva de diversos derechos de la ciudadanía, siendo los territorios urbanos los protagonistas de la ejecución de las políticas públicas destinadas a alcanzar tal objetivo.

Justamente por ello, los Gobiernos Locales, como tomadores de decisiones en la Agenda Mundial, reclaman, y la Oficina del Defensor del Pueblo Andaluz comparte tal pretensión, un lugar en la Mesa Global.

PROGRAMA

09,00 h. Acreditación y recogida de documentación

09,30 h. Inauguración de la Jornada: **VER VIDEO DE LA INAUGURACIÓN**

D. Jesús Maeztu Gregorio de Tejada, Defensor del Pueblo Andaluz.

D. José Fiscal López, Consejero de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio.

D. Antonio Muñoz Martínez, Segundo Teniente Alcalde. Ayuntamiento de Sevilla.

D. Antonio Pulido Gutiérrez, Presidente de la Fundación Cajasol

10,30 h. Conferencia: *"Objetivo 11 Desarrollo Sostenible en la Nueva Agenda Urbana"*.

Dª. Isabela Velázquez Valoria, Arquitecta Urbanista, Gea 21 **VER VIDEO DE LA CONFERENCIA**

11,15 h. Pausa

11.45 h. Conferencia: *"Consenso político y participación ciudadana en la construcción de la Ciudad Sostenible"*. **VER VIDEO DE LA CONFERENCIA**

D. Roberto González Argote, Jefe del Área de Sensibilización Ambiental y Promoción de la Cultura de la Sostenibilidad Urbana. Centro de Estudios Ambientales (Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz).

12.15 h. Mesa Redonda: *"Los gobiernos locales como tomadores de decisiones en la Agenda Mundial."* **VER VIDEO DE LA MESA REDONDA Y CLAUSURA**

Moderador: **D. Luis Pizarro Fernández**, Adjunto al Defensor del Pueblo Andaluz.

Componentes:

- **D. Federico Salmeron Escobar**, Arquitecto, Consultor Internacional.

- **D. Manuel Enrique Figueroa Clemente**, Catedrático de Ecología de la Universidad de Sevilla. Director de la Oficina de Sostenibilidad.

- **D. Esteban Ruiz Ballesteros**, Catedrático de Antropología Social de la Universidad Pablo Olavide.

- **D. Rafael Márquez Berral**, Secretario General de Ordenación del Territorio y Sostenibilidad Urbana. Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio

14.30 h. Clausura de la Jornada

D. Jesús Maeztu Gregorio de Tejada, Defensor del Pueblo Andaluz

DOCUMENTACIÓN DE LA JORNADA

La inscripción en la Jornada ha sido gratuita. El plazo de inscripción fue **del 21 de Abril al 24 de Mayo.** Normalmente toda la documentación de la Jornada se pone accesible en esta misma página donde se puede visionar en diferido todo el acto y consultar y descargar todas las presentaciones que estén disponibles.

MÁS INFORMACIÓN

Defensor del Pueblo Andaluz

www.defensordelpuebloandaluz.es

Correo electrónico: jornada.sostenibilidad@defensor-and.es

Teléfono: 954212121-683701875

- diptico_informativo_jornada_nueva_agenda_urbana.pdf
- conclusiones_jornada_agenda_urbana.pdf

---

defensor del pueblo Andaluz

Concluimos nuestro estudio sobre el reciclaje de los aceites vegetales de uso doméstico y el grado de cumplimiento del Plan Director Territorial de Residuos No Peligrosos de Andalucía 2010-2019, sobre puntos limpios

Queja número 14/2497

- 24 Enero 2018

El Defensor del Pueblo Andaluz edita el informe sobre el reciclaje de los aceites vegetales de uso doméstico y el grado de cumplimiento del Plan Director Territorial de Residuos No Peligrosos de Andalucía 2010-2019, sobre puntos limpios.

En su día, esta Institución inició de oficio la presente queja en la que, a través de un cuestionario que remitimos a los ayuntamientos de más de 2.000 habitantes, queríamos conocer y valorar cómo se está facilitando a la población el reciclaje de los aceites vegetales de uso doméstico en nuestra Comunidad Autónoma y, por otro, conocer también el grado de cumplimiento del Plan Director de Territorial de Residuos No Peligrosos de Andalucía 2010-2019, aprobado por Decreto 397/2010.

Tras las sucesivas actuaciones en esta queja, recibimos respuesta de más del 98 % de los municipios a los que nos dirigimos. A la vista de estas respuestas y tras su valoración, hemos redactado un informe que se ha remitido recientemente a todos los Ayuntamientos a los que nos dirigimos (Pulse aquí para acceder al informe: AQUI).

De nuestras conclusiones, que se incluyen en el mismo, queremos destacar el liderazgo que las Administraciones Públicas deben asumir para afrontar la transición hacia un modelo de economía circular, en el que el tratamiento y reutilización de los residuos es un requisito ineludible.

Derivadas de estas conclusiones hemos formulado unas resoluciones para concienciar a los poderes públicos y a la sociedad en la necesidad de afrontar el reto de apostar por un modelo de desarrollo sostenible y éste pasa, necesariamente, por el depósito y el reciclaje de los residuos urbanos. Por ello, procede dar por concluidas nuestras actuaciones en esta queja.

Queremos conocer qué hacen los ayuntamientos para reducir el ruido por el tráfico de vehículos

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/5612 dirigida a Ayuntamientos de Andalucía de más de 10.000 habitantes

- 20 Noviembre 2017

El Defensor del Pueblo Andaluz ha remitido un cuestionario a todos los municipios andaluces de más de 10.000 habitantes para conocer las medidas adoptadas por los ayuntamientos para reducir la contaminación acústica del tráfico rodado de vehículos dada la clara incidencia que tiene en distintos derechos constitucionales.

El tráfico rodado se ha convertido en una fuente permanente de contaminación de nuestras ciudades, causante de diversos daños ambientales y de un importante impacto en la salud de la ciudadanía. La emisión de gases y partículas afecta seriamente a la salud, a lo que se une la contaminación acústica provocada por el ruido y la emisión de dióxido de carbono, que tanta incidencia posee en la generación del denominado efecto invernadero y sus consecuencias para el calentamiento global.

Todo ello, sin contar las consecuencias nefastas que, sobre todo, el uso del vehículo privado tiene en la factura energética y en la pérdida de eficacia y eficiencia en el ámbito de las relaciones sociales y económicas, como consecuencia de las disfuncionalidades en la movilidad, motivadas por el exceso de uso del vehículo privado en nuestras ciudades. Esta realidad, que es completamente conocida, no vamos a insistir en ello, está exigiendo un cambio en el modelo de movilidad que, si consultamos las páginas web de un gran número de municipios, parece que ya se ha producido e, incluso, que se ha consolidado como realidad cotidiana en nuestras ciudades.

Nada más lejos de la realidad y basta salir cada mañana de nuestros domicilios para verificar que el protagonismo en la movilidad y en la ocupación del espacio público no lo han asumido, todavía -aunque con muy distintas velocidades, se vaya avanzando en la dirección correcta-, los desplazamientos a pie, el uso de la bicicleta y los transportes públicos colectivos propulsados por energías limpias.

Pues bien, el Defensor del Pueblo Andaluz ha iniciado una actuación de oficio centrada en uno de los problemas derivados de las emisiones contaminantes del tráfico rodado de vehículos a motor, la denominada contaminación acústica. Y se va a centrar en ésta porque creemos que ya ha llegado la hora de que los poderes públicos y la sociedad civil se tomen muy en serio la lucha contra la contaminación acústica derivada de esta causa.

Esto por dos motivos, de un lado por la clara incidencia que la contaminación acústica tiene en distintos derechos constitucionales que se pueden ver afectados. Así, respecto del derecho a la protección de la salud (art. 43 CE), íntimamente relacionado con el derecho al descanso, la Organización Mundial de la Salud (OMS) nos recuerda que una gran parte de la población está afectada por valores superiores a los

objetivos de calidad establecidos en la normativa y, concretamente, a los aconsejados por la OMS, y que sufre molestias y elevados niveles de estrés, alteración del sueño, reducción de la capacidad cognitiva y riesgo elevado de enfermedades cardíacas y respiratorias. En la misma línea se ha manifestado, de manera retirada, la Agencia Europea del Medio Ambiente (AEMA).

Por otro lado, la contaminación acústica es un factor determinante de la vulneración del derecho a un medio ambiente adecuado reconocido constitucionalmente (art. 45 CE) y en el Estatuto de Autonomía para Andalucía (Ley Orgánica 2/2007, de 19 de Marzo) por su incidencia en la calidad de vida.

Finalmente, la contaminación acústica, cuando supera determinados niveles, puede suponer, como tiene reconocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, una vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar en el domicilio (art. 18.1 CE).

De hecho, las graves afecciones que la contaminación acústica puede generar en la protección efectiva de estos derechos constitucionales llevó a los Defensores del Pueblo a que, en su última Jornada de Coordinación, celebrada en Pamplona en septiembre de 2016, se aprobara un Decálogo de actuaciones frente a la contaminación acústica.

La actual sensibilidad de la que se hizo eco la Directiva Europea 2002/49/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, y la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido, ponen de manifiesto la trascendencia que en la actualidad tiene la lucha contra la contaminación acústica.

Pero hay un segundo motivo por el que vamos a centrar esta actuación de oficio en la contaminación acústica provocada por el tráfico rodado, y es que éste es el principal agente contaminante del ruido. De hecho, aproximadamente el 80 % de esta contaminación tiene su origen en el tráfico rodado. Así lo tiene reconocido la OMS y la AEMA.

En este sentido, se considera que el ruido provocado por el tráfico rodado es el segundo factor de estrés medioambiental más decisivo de Europa, por detrás de la polución atmosférica.

Como es conocido, ya la Directiva antes citada, cuyo contenido fue trasladado al ordenamiento interno, a través de la ley citada, instaba a los Estados Miembros a determinar la exposición a esta contaminación mediante “mapas estratégicos” y a poner en marcha planes para reducir sus niveles.

Esta situación se agrava para la población si tenemos en cuenta otra realidad que tardará muchos años en cambiar de signo por los altos costes que demanda, y es que más del 80 % de los inmuebles no poseen el aislamiento acústico correcto.

Éste es, justamente, el escenario en el que se encuentra la inmensa mayoría de la ciudadanía: un espacio público ruidoso que nos obliga cotidianamente a soportar un nivel de contaminación acústica superior a los umbrales reconocidos por la OMS y la legislación española, a partir de los cuales surgen las molestias y patologías con las que, en sus quehaceres cotidianos, se enfrenta.

Por este motivo, el legislativo ha aprobado diversas normas, a nivel estatal y autonómico, para proteger del ruido a las personas tanto cuando están en el hogar, como cuando se encuentran en el exterior del mismo.

Así, el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015), establece en su art. 5, apartado a), que todos los ciudadanos tienen derecho a «Disfrutar de una vivienda digna, adecuada y accesible, concebida con arreglo al principio de diseño para todas las personas, que constituya su domicilio libre de ruido u otras inmisiones contaminantes de cualquier tipo que superen los límites máximos admitidos por la legislación aplicable y en un medio ambiente y un paisaje adecuados».

Por su parte, el Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto

Refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (publicado en el mismo BOE), en su art. 12, "Obras y actividades prohibidas", prohíbe, en su apartado 5, «la emisión de perturbaciones electromagnéticas, ruidos, gases y otros contaminantes en las vías objeto de esta ley, en los términos que reglamentariamente se determine». En su apartado 7 establece que «No pueden circular por las vías objeto de esta ley los vehículos con niveles de emisión de ruido superiores a los reglamentariamente establecidos, emitiendo gases o humos en valores superiores a los límites establecidos, ni cuando hayan sido objeto de una reforma de importancia no autorizada. Todos los conductores de vehículos quedan obligados a colaborar en las pruebas reglamentarias de detección que permitan comprobar las posibles deficiencias indicadas», pudiendo dar lugar a la inmovilización del vehículo, a tenor de lo dispuesto en el art. 104.1.h), cuando «El vehículo supere los niveles de gases, humos y ruido permitidos reglamentariamente según el tipo de vehículo».

El Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo (BOE núm. 306, de 23 de diciembre de 2013), contempla otras normas en las que se recogen obligaciones relacionadas con la contaminación acústica. Así, en el art. 14.1, sobre "Disposición de la carga", se establece que «La carga transportada en un vehículo, así como los accesorios que se utilicen para su acondicionamiento o protección, deben estar dispuestos y, si fuera necesario, sujetos de tal forma que no puedan: (…) c) Producir ruido, polvo u otras molestias que puedan ser evitadas». En el art. 16, en relación con las operaciones de carga y descarga, se dispone que «Las operaciones de carga o descarga deberán llevarse a cabo fuera de la vía. Excepcionalmente, cuando sea inexcusable efectuarlas en ésta, deberán realizarse sin ocasionar peligros ni perturbaciones graves al tránsito de otros usuarios y teniendo en cuenta las normas siguientes: c) Se llevarán a cabo con medios suficientes para conseguir la máxima celeridad, y procurando evitar ruidos y molestias innecesarias. Queda prohibido depositar la mercancía en la calzada, arcén y zonas peatonales».

Asimismo, existen una serie de normas específicas en las que se establecen límites a las emisiones de ruido y vibraciones, tales como el Real Decreto 1439/1972, de 25 de mayo, sobre homologación de vehículos automóviles, en el que se refiere el ruido por ellos producido.

En fin, cualquiera que sea el emisor acústico y aunque aquí nos estamos centrando en el ruido producido por el tráfico rodado, la finalidad de la Directiva del Ruido Ambiental y de la propia Ley del Ruido pretenden tres fines que, a su vez, sean condición para proteger adecuadamente a la población:

1. Determinar la exposición al ruido ambiental elaborando los mapas de ruidos.

2. Poner a disposición de la población la información sobre el ruido ambiental y sus efectos.

3. Planes de acción para prevenir y reducir el ruido ambiental, singularmente cuando los ruidos de exposición pueden tener efectos nocivos en la salud humana.

Las medidas correctoras sabemos que tienen distinta naturaleza y comprenden desde la toma de decisiones sobre la ordenación del territorio y la planificación urbanística, incluyendo la planificación de infraestructuras, hasta medidas sobre la ordenación del tráfico y acciones sobre la fuente del ruido, pasando por acciones destinadas a evitar o limitar la propagación del ruido (barreras acústicas, dispositivos antirruido, tratamiento de superficie) y actuaciones sobre el receptor, como es el aislamiento de fachadas, ventanas, etc.

Como decimos, creemos que ha llegado la hora de actuar, con independencia de otras medidas sobre el tráfico rodado como principal causante de la contaminación acústica. Y debemos hacerlo porque se trata de una tipología de contaminación que pese a las graves afecciones que ocasiona, ha sido considerada como contaminación "limpia" por que sólo existe mientras hay emisiones, una vez que desaparece su fuente no queda ningún tipo de contaminación residual.

Es, pues, la lucha contra la contaminación acústica del tráfico rodado, un reto que tiene la enorme ventaja de que se puede combatir con medidas de distinta índole, tiene una incidencia inmediata en la mejora de la calidad de vida.

Por todo ello, nos hemos dirigido a los municipios de más de 10.000 habitantes a los que les hemos remitido un cuestionario con objeto de conocer su posición ante la idea de disminuir la velocidad en calles con más contaminación, establecimiento de carriles que permitan el desplazamiento en bicicleta como medio de transporte eficiente, la peatonalización y ampliación de aceras para que sean utilizadas, por la población, como zonas accesibles, medios de transportes colectivos accesibles para ofrecer una movilidad funcional y eficiente, fomento del uso de vehículos eléctricos y, en su caso, dispositivos que cuenten para medir el ruido provocado en calles y zonas urbanas.

Recomendamos una evaluación del cumplimiento del Plan de Recuperación y Ordenación de Vías Pecuarias de Andalucía y diseñar la estrategia hasta 2020

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 16/5281 dirigida a Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio

- 28 Septiembre 2016

El Defensor del Pueblo Andaluz recuerda a la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio que ostenta competencias para la recuperación y defensa de las vías pecuarias como bienes de dominio público y le recomienda, entre otras resoluciones, que realice una evaluación del cumplimiento del Plan de Recuperación y Ordenación de Vías Pecuarias de Andalucía, y tras ello, establecer los objetivos y las prioridades a afrontar al menos hasta 2020, ofreciendo toda esa información a través de la página web de la Consejería.

ANTECEDENTES

Ante esta Institución presentó queja el coordinador de una plataforma en defensa de los caminos y vías pecuarias (en adelante plataforma) a la que acompañaba el informe elaborado por la misma sobre el estado de las vías pecuarias en Andalucía, del que dimos traslado a la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, y en el que venían a denunciar, en esencia, la inactividad de la Administración autónómica en relación con estos bienes de dominio público que, para la citada plataforma, estaba llevando a muchos ciudadanos a considerar vulnerado su derecho a un medio ambiente adecuado.

Tras admitir a trámite la queja, interesamos el preceptivo informe a la citada Consejería. Cuando recibimos su respuesta, a la vista de su contenido y después de haber dado cuenta del mismo a la plataforma que presentó la queja, que nos remitió sus alegaciones y de acuerdo con los antecedentes obrantes en el expediente de queja, trasladamos a Vd. las siguientes

CONSIDERACIONES

Consideramos que la información que nos remitió la plataforma, en la que se evidenciaba que, en estos últimos años se está produciendo una grave omisión, por parte de la Junta de Andalucía, en la defensa y protección de Vías Pecuarias, se ha confirmado con la emisión del informe elaborado por esa Consejería a petición de esta Institución.

El primer apartado de nuestra petición de informe se concretaba en lo siguiente:

"1. Que nos confirme si los datos que posee esa Consejería coinciden con los facilitados por la plataforma;

en caso contrario, interesamos nos envíe una información actualizada sobre la situación en la que se encuentran las vías pecuarias en Andalucía".

En el escrito de los interesados se denunciaba cómo el Plan de Recuperación de Vías Públicas del año 2001 preveía, para 2015, la recuperación de 17.398 kilómetros de vías pecuarias en Andalucía. Aunque el Plan empezó a ejecutarse con fuerza en los primeros años, los interesados nos decían que únicamente se había deslindado 10.103 km a la fecha de presentación de la queja (septiembre de 2016). Es decir, prácticamente lo que se tenía que haber deslindado para 2010. En este contexto, es importante tener en cuenta que el total de kilómetros clasificados es de 33.777, esto sin contar que existen municipios que ni siquiera tienen clasificadas las vía pecuarias.

Según los reclamantes, los kilómetros que tenían que estar deslindados eran 10.103 en 2010, a los que habría que añadir 8.092 en 2015 y 7.005 en 2020 (lo que hace un total aproximado de 25.000 km). Por supuesto, el deslinde es un paso previo a lo que realmente es el objetivo último irrenunciable, que es la recuperación de oficio del bien y su adecuado mantenimiento y conservación.

Pues bien, como decimos, la información remitida confirma esa omisión de la que hemos hablado por cuanto el cuadro que nos envía la Consejería es el siguiente:

Kilómetros de vías pecuarias deslindadas												
Provincia	Hasta 2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	Total
Almería	22,71	03,93	38,32	61,94	142,30	95,67	152,23	41,94	34,72	13,53	00,00	607,29
Cádiz	681,76	165,01	97,47	76,56	61,88	50,38	39,91	38,54	12,01	34,84	00,00	1.258,36
Córdoba	286,78	102,84	175,33	116,18	214,36	231,12	139,19	23,51	77,31	00,00	00,00	1.366,62
Granada	117,92	295,17	176,65	38,72	54,94	219,37	195,06	70,40	63,06	27,48	00,24	1.258,77
Huelva	229,51	96,40	139,69	82,42	49,84	30,97	112,97	144,59	47,89	00,00	01,00	934,28
Jaén	268,58	87,13	184,41	129,64	229,99	93,05	118,67	06,43	02,62	00,00	00,00	1.120,52
Málaga	111,13	97,92	126,27	97,38	125,21	88,37	39,97	12,04	45,24	41,40	00,00	784,93
Sevilla	1.038,59	186,84	44,52	60,01	56,71	68,32	48,34	41,64	48,42	41,49	03,20	1.634,88

Fuente: Junta de Andalucía, Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio.

La lectura de este cuadro nos permite verificar ese incumplimiento radical del Plan desde 2013 en las provincias de Córdoba, Huelva y Jaén y generalizado en las ocho provincias a partir de 2014 (en este año se deslinda 0,24 kilómetros en Granada y 3,2 km en Servilla, en el resto de las provincias no hay ninguna actuación de deslinde registrada). En 2015, 2016 y 2017 no tenemos noticias de que se haya producido deslinde alguno.

El motivo para esta grave interrupción del denominado Plan de Recuperación y Ordenación de Vías Pecuarias de Andalucía (en adelante PROVPA), aprobado mediante el Acuerdo de 27 de marzo de 2001 del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma (BOJA núm. 74, de 30 de Junio de 2001) no es otro que " *En los últimos años, dado el marco de contención del gasto público, la actividad encaminada a los procedimientos de deslinde en materia de vías pecuarias se ha visto drásticamente reducida como se desprende de la tabla*".

Es decir, en lugar de reducir las actuaciones de deslinde, como ha ocurrido en otros ámbitos de actuación del sector público como consecuencia de la incidencia de la crisis económica en los ingresos y gastos públicos, lo que se decidió fue suspender, de facto, el PROVPA.

En relación con estos bienes de dominio público, a partir de 2015 (desconocemos la situación actual) lo

que se ha hecho ha sido, según nos comunicaba la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio en su escrito de 13 de Enero de 2017:

"… como consecuencia de la generación de créditos extraordinarios de los Fondos FEADER (cierre del marco 2007 - 2014), la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio ha abordado actuaciones encaminadas a la recuperación de vías pecuarias, ubicadas en municipios catalogados como "desfavorecidos" por el Plan de Desarrollo Rural Sostenible de Andalucía, con el objetivo de dotarlos de una infraestructura verde adecuada y necesaria para las comunicaciones agrarias, que coadyuve a la dinamización económica de estas zonas más deprimidas de Andalucía.

Parte de estos recursos extraordinarios han sido destinados al mantenimiento de los Corredores Verdes, implementados en todos los municipios andaluces de más de 50.000 habitantes, en el marco del Programa de Puertas Verdes, que ha permitido la creación de verdaderos Sistemas de Espacios Libres en las aglomeraciones urbanas de Andalucía. Esas infraestructuras verdes, tras varios años de implementación, requerían tareas de mantenimiento con el fin de garantizar la seguridad del importante número de usuarios que a diario utilizan estos itinerarios naturales, tanto para realizar transportes cotidianos como para la práctica de actividades deportivas y de ocio".

A continuación se nos envía una detallada información sobre la financiación de las denominadas "infraestructuras verdes" y "puertas verdes" en las ocho provincias andaluzas que, aunque valoramos positivamente, no suponen dar pasos en la dirección de, conforme al PROVPA, recuperar estos bienes de dominio público usurpados a los poderes públicos y, en la medida que están o deben estar destinados al uso público, usurpados, en definitiva, a la ciudadanía.

Consideramos que recuperar y poner en uso las vías pecuarias tiene una enorme trascendencia desde una perspectiva ambiental, pues como señala el PROVPA, éste tenía por finalidad dotar a las vías pecuarias de una dimensión de utilidad pública que va más allá del uso tradicional ganadero, destacando sus funciones medioambientales. El programa de Puertas Verdes es complementario de la recuperación de vías pecuarias y pone en valor éstas, pero no es una alternativa a la obligatoriedad de recuperar estos bienes de dominio público. Ahora bien, aunque valoramos positivamente estas actuaciones, no dejan de tener un carácter complementario de lo que es el objeto fundamental de la política de vías pecuarias, que es luchar contra su usurpación.

Consideramos que sobre la segunda cuestión planteada por esta Institución que concretaba en lo siguiente: "*2. Que nos informe acerca de las medidas que, en todo caso, se tiene previsto adoptar para proceder al deslinde y recuperación de las vías pecuarias en Andalucía de acuerdo con los planes aprobados*". La respuesta de la Consejería incluida en el primer informe remitido no arrojaba luz alguna sobre las medidas a adoptar ante la situación de abandono de los deslindes. En principio debemos entender que, por los motivos mencionados y con base a los hechos contrastados, hoy por hoy no existe previsión alguna de afrontar su deslinde.

Éste es, básicamente, también, el criterio de la plataforma que, en sus alegaciones al informe, manifiesta que: "*esas actuaciones precisamente no van en la línea de nuestro escrito, que es que la Junta de Andalucía debe garantizar el derecho de paso por las vías pecuarias, bien público demanial cuya custodia tiene encomendada, sino que lo que viene haciendo últimamente es arreglar caminos rurales para el paso de los agricultores".*

Por otro lado y en relación a lo informado por la Viceconsejería sobre que se está replanteando el PROVPA, los interesados manifiestan su pesar por que no se vaya a contar con los colectivos que, como la plataforma, vienen defendiendo a los usuarios de estas vías. Asimismo, entienden que la Consejería "*se ratifica en que no van a hacer actuaciones ningunas para facilitar el paso por las vías pecuarias cerradas*".

También nos dicen que "*Tampoco si va a tomar alguna medida para garantizar que el usuario que vea conculcado su derecho de paso por una vía pecuaria lo pueda ejercitar en un plazo razonable. De*

momento a la persona que hace una queja por no poder pasar por una vía pecuaria no le dan solución alguna".

Consideramos que un segundo informe enviado por la Viceconsejería (escrito de fecha 27 de Marzo de 2017), a requerimiento de esta Institución a la vista de las alegaciones presentadas por los interesados, no añade nada nuevo en relación con las omisiones contrastadas en la defensa de este importante patrimonio público.

Así, se nos decía que el PRVPA tenía como objetivo "*fundamental fue definir la red andaluza de vías pecuarias de factible recuperación y priorizar en función de las necesidades territoriales, las actuaciones necesarias para garantizar la integridad superficial y un estado óptimo de conservación. Para ello se estableció un horizonte de 24.000 kilómetros, en un plazo de 20 años*".

Asimismo se nos informaba que durante estos 16 años se han deslindado 9.000 kilómetros, lo que ha supuesto un gran esfuerzo técnico, humano y presupuestario, se ha ejecutado el Programa de Puertas Verdes en ciudades de más de 50.000 habitantes, que ha traído consigo el acondicionamiento de 475 kilómetros de itinerarios no motorizados en todas las provincias (suponemos que estos 475 km están incluidos en los 9.000 mencionados) y en 2016, "*se ha realizado una importante mejora de las vías pecuarias que desempeñan una función esencial en las comunicaciones agrarias en el medio rural, con una inversión de casi 6 millones de euros*".

Por nuestra parte, se estimó que esta información no añade nada nuevo respecto de la cuestión de fondo planteada: la grave omisión que existe en relación con el deber de recuperar nuestras vías pecuarias.

Consideramos que la información que se nos traslada sobre la imposibilidad de realizar actuaciones de deslinde a demanda e incoación de expedientes sancionadores por denuncia, no ofrece la seguridad jurídica mínima a la ciudadanía de que su implicación en la recuperación y protección del patrimonio público va a obtener resultados.

Tampoco ofrece garantías el hecho de que se nos diga que "*Se requiere una planificación previa, que atienda el interés general, con el fin de racionalizar al máximo los recursos existentes*", así como que "*Como se le informó, a partir del año 2017 se cuenta con fondos FEDER para poner en marcha nuevas actuaciones en el marco de la nueva planificación 2017/2020 basada en un diagnóstico actualizado del Plan de Recuperación y Ordenación de la red Andaluza de Vías Pecuarias*".

De acuerdo con esta información y teniendo en cuenta que no tenemos constancia de que haya una planificación aprobada, susceptible de consulta pública por medios telemáticos que permita conocer cuáles son los objetivos planificados, debidamente programados en el tiempo (calendarizados y presupuestados), de manera que cualquier ciudadano pueda saber con certeza si una vía pecuaria, o un tramo de ésta, va a ser objeto de deslinde a fin de interesarse por su ejecución o por el contrario entender que al no estar incluida tal previsión en la planificación, no cabe esperar a corto o medio plazo que se lleve a cabo ésta, debemos concluir que el sistema de información sobre la situación de las vías pecuarias y previsiones de intervención no goza de la transparencia mínima exigible. Esto, en unos tiempos en los que Internet puede facilitar extraordinariamente el acceso a la información que posee la Administración Pública.

Por tanto, afirmar que "*Se requiere una planificación previa, que atienda el interés general, con el fín de racionalizar al máximo los recursos existentes*", tiene toda su lógica, pero pone de manifiesto que hasta ahora no ha existido y, por tanto, las críticas a la política de recuperación de vías pecuarias están plenamente justificadas.

Partiendo de esa realidad, a nuestro juicio incuestionable, la cuestión a dilucidar ahora es cómo y cuándo se va afrontar la evaluación de la situación en la que nos encontramos, la planificación de las intervenciones y sus prioridades, etc. Esto, con una finalidad muy concreta: que la ciudadanía pueda conocer cuál es el futuro de nuestras vías pecuarias, o qué cabe esperar de la política de recuperación de

vías pecuarias de la Junta de Andalucía.

Consideramos que similar valoración tenemos que hacer sobre la aplicación del derecho sancionador, pues tiene poco sentido que se establezca el régimen jurídico sancionador en este ámbito, existiendo, incluso, según los casos, responsabilidad de índole penal, y en la práctica existan infinidad de propietarios que han cerrado el paso libre de las vías pecuarias con cancelas, con una impunidad absoluta pues, en la práctica, no nos engañemos, sólo muy excepcionalmente actúa esa Administración cuando se producen las denuncias.

La tramitación de denuncias de usurpación de vías pecuarias que implican un deslinde previo de las mismas no exento de complejidad, es lógico que puedan generar demora, pero cuando lo que se está denunciado es algo tan fácil de identificar y evitar como es el cierre forzado de una vía pecuaria, provocado por la instalación ilegal de una cancela cerrada con llave o candado, situación que además es perfectamente conocida por los guardas, creemos que la Administración tuteladora de estos bienes tiene, o debe tener, los medios para ordenar e impedir tales cierres y obligar a los propietarios, sin perjuicio de imponerles las sanciones que correspondan, a dejar expeditos los pasos a través de las fincas.

De acuerdo con ello, una primera medida de choque para recuperar el uso público de las vías pecuarias sería identificar todos los pasos que están ilegalmente cerrados, de forma que impiden su uso público, y notificar a los titulares de las fincas la obligación de permitir el paso de las personas usuarias de las vías pecuarias bajo apercibimiento de imposición de multas. Para la identificación de los lugares donde se ha procedido al cierre ilegal de vías pecuarias podrían contar con la colaboración de asociaciones ecologistas, de senderistas, etc.

Consideramos que existen también extraordinarias e importantes disfuncionalidades en la tramitación de los expedientes de deslinde de vías pecuarias, como demuestra el siguiente cuadro aportado por los interesados, en el que resalta el número de expedientes caducados:

Provincia	Firmes	Recurridos	Caducados	En tramitación	No resuelto
Almería	78	50	43	0	171
Cádiz	159	59	203	0	421
Córdoba	126	128	68	1	323
Granada	178	86	67	4	335
Huelva	99	48	42	0	189
Jaén	190	91	73	1	355
Málaga	31	91	74	0	196
Sevilla	183	160	399	2	744
Total	1044	713	969	8	2734

Fuente: Informe elaborado por la plataforma, Andalucía,

En la siguiente tabla, que también nos remiten los interesados, es muy significativo el número de expedientes no resueltos:

Provincia	Allanamiento de la Junta de Andalucía	Desestimatorio	Estimatorio	No admitido a trámite	Pérdida sobrevenida del objeto	No resuelto
Almería	0	6	3	0	0	31
Cádiz	5	8	2	2	0	31

Córdoba	5	7	4	2	0	23
Granada	0	13	5	0	0	30
Huelva	0	7	1	0	0	21
Jaén	0	22	5	2	0	27
Málaga	0	9	46	0	1	21
Sevilla	5	34	12	0	0	191
Total	15	106	78	6	1	375

Fuente: Informe elaborado por la plataforma, Andalucía,

Consideramos que en relación con las preguntas formulada en los apartados 3, 4, 5 y 6 de nuestro escrito, que a continuación transcribimos, la información remitida, o no responde a la mayoría de las cuestiones planteadas o, cuando lo hace, no acabamos de compartir el criterio de la Consejería sobre las cuestiones que después abordaremos:

"3. Respecto del cambio de trazado de la vía pecuaria del Salto de la Trocha, en la provincia de Sevilla, interesamos nos informe de la causa de que se haya cambiado el trazado, ya que, según la citada asociación, el nuevo trazado es de «peor calidad paisajística que el histórico 175», y se ha llevado a cabo para favorecer el «interés particular de los propietarios de fincas que llevaban años cerrándola». Además, según se nos dice sobre este asunto, por esta vía «debería discurrir el Camino Mozárabe, llevaba más de una década cerrada, a pesar de estar deslindada, haciendo que los peregrinos tuvieran que ir por la carretera y en lugar de restituir la legalidad se opta por favorecer al usurpador».

4. Que nos informe sobre la causa de que permanezcan cerradas, en la provincia de Sevilla, otras vías pecuarias como «el Cordel de las Cañas, en Salteras, el Cordel de la Segarra, entre Santiponce y Salteras, la Vereda de la Boyera, en La Puebla de Cazalla, Vereda de La Puebla de los Infantes en Las Navas de la Concepción, Vereda de Cazalla de Guadalcanal, y muchísimas más».

5. Que nos confirme si es cierto que permanecen cerradas, pese a haber sido deslindadas, las vías pecuarias, en Córdoba capital, de «la Vereda del Pretorio, o la Vereda de Linares. Igualmente ocurre en el vecino término de Villaviciosa de Córdoba con la Vereda de Córdoba y la Vereda del Pretorio. El deslinde de la Vereda de la Pasada del Pino, eje vertebral de la sierra cordobesa, caducó y al no haberse retomado está cortada en varios puntos, cuando podría ser la vía principal para el sendero europeo GR-48. En la misma capital cordobesa hay varias vías pecuarias que, sin estar cerradas, son intransitables y no se permite su arreglo, por no tener deslinde firme. Es el caso de la Vereda de Trassierra o la Vereda de la Alcaidia».

6. Otros supuestos que se citan en el informe de la plataforma y sobre los que interesamos informe son el Cordel de Écija, Sagrante, Cañada Real Soriana, el Cordel de Fuente Obejuna, Vereda de Valdecañas, Cordel del Piruetanal, la Vereda de Los Villares a La Guardia, la denominada Cañada Real de Extremadura y la Cañada Real de Guadiel. Al mismo tiempo, muestra su disconformidad la plataforma de que, mientras tanto, en el Parque Natural de Sierra de Andújar siga vigente una norma, que consideran injustificada, que «impide la utilización de las vías pecuarias por motivos ecológicos, que tendría que estudiarse mucho mejor ya que entendemos que la conservación del medio ambiente y el uso público con determinadas restricciones puede ser compatible»".

En relación con estas preguntas, lo que se nos dice, en el primer informe que recibimos de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, es que "*Respecto a los puntos 3 a 6 de su oficio de queja, relativos a casos singulares, hay que indicar de manera general que muchos de los deslindes realizados hasta 2016 fueron anulados por sentencia firme del TSJA, como consecuencia de la aplicación del instituto de la caducidad, que ha sido considerado de aplicación por los Tribunales de lo*

Contencioso-Administrativo, en tanto consideran que los efectos de los procedimientos de deslinde de vías pecuarias generan efectos susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen. Por ello no se puede interpretar que todas las vías pecuarias que han sido objeto de deslinde están depuradas jurídicamente para su inmediata recuperación, como bien se desprende de la información suministrada a … que ha servido de base y soporte al informe en el que se sustenta la presente Queja".

No obstante a continuación, respecto de la Vereda del Salto de la Trocha, sí se nos informaba que el expediente se inició a instancia del Ayuntamiento de Castilblanco de los Arroyos para mejorar el itinerario del Camino de Santiago a su paso por el municipio:

"*La solicitud fue fundamentada en base a la mejora que supondría la modificación de trazado para la utilización de la vía pecuaria, en condiciones de seguridad para los usuarios del Camino de Santiago, uno de los principales incentivos de la localidad para el desarrollo turístico.*

El trazado original de la vía pecuaria, con grandes pendientes, superiores al 30%, unido a la interrupción del paso ocasionada por el Arroyo del Término, no era adecuado para el tránsito de personas usuarias del Camino de Santiago. Esta circunstancia obligaba a los usuarios a tomar el arcén de la carretera SE-5405 como alternativa de paso, asumiendo con ello un importante riesgo de accidentes.

La modificación del trazado ha supuesto una considerable mejora para el tránsito, tomando para ello terrenos pertenecientes a las fincas "…" y "…", ofrecidos por sus titulares para el establecimiento del nuevo itinerario.

El trazado modificado discurre, al igual que el trazado original, por las fincas mencionadas, situadas en los linderos, adyacentes al trazado de la carretera, no en el arcén, manteniendo el valor paisajístico de la zona, con un trazado más amable y con mayores posibilidades de auxilio en caso de emergencia.

Como se indicaba al inicio de este escrito, la información relativa a los demás casos se está recopilando en las diferentes Delegaciones Territoriales y se le hará llegar tan pronto esté disponible".

Sin embargo, los interesados nos remitieron escrito de la Asociación …, dirigido a la citada Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio en relación con la resolución de 16 de mayo de ésta por la que se aprobó "*el procedimiento administrativo de desafectación y modificación parcial de trazado de la vía pecuaria "Vereda del Salto de la Trocha", en el término municipal de Castilblanco de los Arroyos, provincia de Sevilla*", en el que, en el punto 2, manifiestan "*Que en la citada resolución se cita en varias ocasiones que la Asociación que presido apoya expresamente la solicitud del Ayuntamiento de Castilblanco de los Arroyos de modificación del trazado original*".

A la vista de estos hechos lo que la mencionada Asociación manifestó y solicitó fue lo siguiente:

"*Que esta Asociación no ha sido siquiera consultada sobre la modificación del trazado, que si bien conocía de manera informal por comentarios de técnicos y autoridades de esta Consejería de Medio Ambiente, siempre creyó que se trataba de una solución temporal y provisional al grave problema de usurpación del camino originario que obligaba a los peregrinos a transitar por la carretera local cercana, pero no como algo estable y definitivo.*

Segundo: Que jamás hemos mostrado nuestro beneplácito expreso como Asociación a dicha solución, por considerar que consolida la pérdida de un camino público tradicional en beneficio de intereses particulares. Muy al contrario, siempre hemos reclamado la recuperación y apertura al libre tránsito de caminantes de la Vereda de la Trocha, como demuestran las peticiones ante la Delegación Provincial de Sevilla de la Consejería de Medio Ambiente que acompañamos a este escrito, de fechas 9 de Julio de 2008 y 23 de Diciembre de 2013, desconociendo la propuesta del Ayuntamiento de Castilblanco de los Arroyos, que supuestamente apoyamos, según se explicita en la resolución citada.

Tercero: Con respecto a los fundamentos de abandono del trazado original, en los que la Resolución que

nos ocupa se basa, para argumentar la decisión de variación del trazado histórico y tradicional de la Vereda del Salto de la Trocha, entendemos que el supuesto interés general de favorecer el tránsito de caminantes y peregrinos enmascara realmente un interés particular de los propietarios de las fincas "…" y "…", que ven consolidada la usurpación del trazado originario gracias a la modificación de la Vereda que aprueba esta Consejería. Las objeciones de que el trazado primitivo está en desuso y cubierto de maleza son una consecuencia obvia tras años de no poderlo transitar y la falta de cuidado de las Administraciones Públicas responsables, pero no un obstáculo insalvable que no puedan reparar labores de restauración del mismo. La misma circunstancia concurre en el vado del Arroyo de la Mojonera, que de antiguo era atravesado por este camino sin mayores dificultades.

A la presente solicitud, se acompañan a efectos probatorios los siguientes documentos:

1º. Solicitud de fecha 9 de Julio de 2008, formulada ante la Del. Prov. de Sevilla de la Consejería de Medio Ambiente. donde se pide "la recuperación de la Vía Pecuaria existente entre Castilblanco de los Arroyos y la finca de las Navas-El Berrocal".

2º Solicitud de 23 de Diciembre de 2013, formulada ante la Del. Prov. de Sevilla de la Consejería de Medio Ambiente, donde se pide la apertura de "la Vía Pecuaria que se encuentra en la zona".

3º Escrito de adhesión al Recurso de Alzada formulado contra la resolución de referencia por …, con fecha .. Mayo de 2014, ante la Secretaria General Técnica de esta Consejería.

POR TODO ELLO SOLICITAMOS: La reconsideración de la resolución tomada al respecto, acometiendo los trabajos de recuperación de la Vereda del Salto de la Trocha en su trazado histórico y original, como es obligación de las Administraciones Públicas responsables de la conservación de un camino público como éste, y la eliminación de cualquier referencia al apoyo de esta Asociación a la decisión actual tomada al quedar demostrado que no es cierto".

Consideramos, de acuerdo con ello, que en principio no encontramos sentido a que se justifique la petición de modificación del trazado por el Ayuntamiento en que mejorarían las condiciones de seguridad de los usuarios del Camino de Santiago, se evitaría el paso del Arroyo del Término y las grandes pendientes superiores en un 30% del trazado original cuando la propia Asociación …, que se supone es una clara parte interesada y beneficiaria de tales medidas, no haya sido ni siquiera consultada y además cuestiona abiertamente y con argumentos, que se pueden o no compartir, la decisión adoptada.

Con independencia del «ius variandi» que, en el ámbito que nos ocupa, corresponde a la Administración, no deja de sorprender que con la demanda justificada que existe sobre deslinde y recuperación de vías pecuarias, que es un problema de primer nivel, se incoe un expediente para modificar el trazado de la vía pecuaria "Vereda del Salto de la Trocha", que cuenta con la oposición absoluta, entre otros, de asociaciones tan significativas como plataforma, la Asociación … y la Asociación …. Según esta última, la resolución adoptada originó más de 300 alegaciones y la presentación de 500 recursos de alzada.

Pero es que, además, esta vereda, que pasaba a través de las fincas "…" y "…", había sido objeto de denuncias para que se abriera su paso, ya que se consideraba por lo denunciantes que los propietarios habían llevado a cabo una usurpación de la misma que impedía su uso público.

En lugar de ello (no tenemos conocimiento de que se hayan incoado y resuelto expedientes sancionadores a los propietarios de estas fincas por la usurpación de vía pecuaria), se ha llevado a cabo un cambio en su trazado que, aunque se desarrolle a través de estas fincas, según los interesados mencionados, éste es más acorde con las pretensiones de los propietarios de estas fincas que deseaban el cambio de trazado que se ha llevado a cabo que las de los denunciantes.

Así, por ejemplo, se menciona que el trazado de esta vía pecuaria ha sido trasladado al borde de la carretera de Almadén de la Plata a Castilblanco de los Arroyos, mientras que en el trazado original el " *recorrido transcurre por el centro de dichas fincas, pasa por la puerta de la Ermita de Yerbabuena, de un*

gran valor ecológico, histórico, paisajista, como corredor ecológico para la movilidad de la vida salvaje, el intercambio genético de la flora y la fauna silvestre".

En otra fuente consultada en Internet podemos leer[1]:

"*Peregrinos en el arcén. El trazado de esta vereda que siguen los peregrinos del Camino de Santiago por la Vía de la Plata a su paso por Castilblanco tiene un gran valor ecológico, histórico, paisajista, como corredor ecológico para la movilidad de la vida salvaje y para el intercambio genético de la flora y la fauna silvestre. El nuevo trazado prevé que miles de peregrinos que siguen cada año esta ruta transiten junto al arcén de la carretera que une Castilblanco con Almadén y supone la pérdida de conexiones con vías como el Cordel de Los Contrabandistas, un abrevadero del siglo XVI o una zona de descansadero.*

Los agentes sociales, que esperan la resolución de los recursos, dicen que el procedimiento presenta irregularidades y "premia la ocupación de espacios públicos por terratenientes".

Consideramos que aunque en el segundo informe de la Consejería, de fecha de salida 3 de Abril de 2017, se nos dice, respecto del cambio de trazado de la vía pecuaria Vereda del Salto de la Trocha "*como información complementaria, se adjunta (anexo 1) copia de la Sentencia de fecha 13 de octubre de 2016 desestimatoria y del Decreto de 2 de diciembre de 2016 que declara su firmeza, en el procedimiento ordinario seguido ante la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía a instancia del Ayuntamiento de Almadén de la Plata*", nada tenemos que decir sobre estas resoluciones judiciales adoptadas pues lo que venimos manifestando en torno al cambio del trazado de la Vereda de la Trocha no es una cuestión de legalidad, sino de oportunidad.

En este sentido, lo que hemos querido manifestar no es que con la decisión del cambio de trazado se haya cometido alguna irregularidad, ya que la Administración puede adoptar tal decisión de acuerdo con su «ius variandi», sino que, en términos de oportunidad, no compartimos, a la vista de lo alegado por los interesados, el cambio por el que se ha optado, pues beneficia los intereses de los propietarios de las fincas que, al parecer, venían usurpando el paso por la vía pecuaria, sin consecuencias y perjudica los intereses de las mencionadas asociaciones que se oponen a dicho cambio.

Consideramos que merece una valoración positiva lo que se nos dice en el segundo informe, a propósito de las restricciones de paso del Parque Natural de la Sierra de Andújar, que es lo siguiente:

"*La norma a que se refiere el punto 6 es la Orden de 23 de diciembre de 2003, por la que se restringe el uso de determinadas vías pecuarias a su paso por el Parque Natural Sierra de Andújar. Esta orden restringe el uso de 16 de las 18 vías pecuarias que existen en ese parque natural por motivos de conservación, limitando los usos compatibles y complementarios y permitiendo el acceso y uso de las mismas a los propietarios de fincas por las que discurren dichas vías pecuarias y la realización de acciones incluidas en los programas de conservación de especies de fauna catalogada.*

Desde hace varios años, diversos colectivos representados en la Junta Rectora del Parque Natural han manifestado su malestar por la existencia de esa norma que fue promulgada sin haber sido informada por la misma, existiendo acuerdos de la Junta Rectora en la que solicitan la derogación o modificación de la orden.

Recogiendo el malestar y el interés de los municipios que forman parte del Parque Natural, la Delegación Territorial viene trabajando desde hace varios años, junto con el Parque Natural y la Dirección General del Medio Natural y Espacios Protegidos, en la elaboración de una propuesta de modificación de la orden que permita compatibilizar la conservación de las importantes poblaciones de especies de fauna catalogada presentes en este espacio protegido con la demanda que se está produciendo en los últimos años de nuevos equipamientos y actividades de uso público a realizar en el mismo.

En este sentido, a lo largo de estos años se han mantenido diversas reuniones técnicas y existe actualmente un documento de estudio que se está valorando por los responsables de los distintos

programas de conservación y por los servicios técnicos tanto de la Dirección General como de la Delegación Territorial en Jaén. Una vez consensuado técnicamente ese documento, se procederá a su tramitación administrativa para alcanzar la modificación de la mencionada Orden".

Por tanto entendemos que esta cuestión se encuentra en vías de solución, aunque parece que el que se hayan necesitado "largos años" para conseguir un documento que en la actualidad se encuentra en estudio, parece excesivo, por ello lo deseable es que definitivamente y a la mayor brevedad posible se afronte la modificación de esta Orden.

Sin embargo, en este segundo informe tampoco se nos dice nada sobre las cuestiones planteadas en los puntos 4 y 5 de nuestro escrito.

En fin, a modo de conclusión sobre la cuestión de fondo planteada, la necesidad de que la Junta de Andalucía defienda el patrimonio público en lo que concierne al deslinde y recuperación de las vías pecuarias, no podemos sino manifestar que a partir de 2014 el abandono del deber de afrontar esta obligación es prácticamente absoluto.

En segundo lugar, en lo que concierne a la vereda de la Trocha, todo parece indicar que, según se deriva de la información del expediente, el cambio de trazado autorizado ha sido más beneficioso para los propietarios de fincas por las que discurría el trazado anteriormente que para los interesados en su utilización. Hecho éste que llama la atención cuando se han detectado tantas y tantas omisiones y disfuncionalidades en la tramitación de los expedientes de deslinde.

En tercer lugar, la única cuestión que valoramos positivamente a propósito de la información recibida es la relativa a la modificación de la Orden de 23 de Diciembre de 2003, por la que se restringe el uso de determinadas vías pecuarias a su paso por el Parque Natural Sierra de Andújar. Nos parece preocupante que se hayan tardado "largos años", pero esperamos, y deseamos, que la tramitación de la modificación de la Orden se efectúe a la mayor brevedad posible.

Finalmente, nada se nos dice sobre las vías pecuarias mencionadas en los apartados 4 y 5 de nuestra petición de informe.

A la vista de todo ello y de conformidad con lo establecido en el artículo 29, apartado 1, de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, se formula la siguiente

1https://juancarlosromero.wordpress.com/2015/06/04/mas-de-500-recursos-pe...

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO del deber legal de realizar cuantas actuaciones sean necesarias a fin de proceder al deslinde y recuperación de las vías pecuarias sobre las que, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 149.1.22º de la Constitución, esta Comunidad Autónoma posee, conforme al art. 57 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, competencia exclusiva, siendo conforme al art. 2 de la Ley 3/1995, de 23 de Marzo, de Vías Pecuarias (en adelante LVP), «bienes de dominio público de las Comunidades Autónomas y, en consecuencia, inalienables, imprescriptibles e inembargables».

La actuación de esa Consejería, en cuanto que tiene asignadas las competencias sobre estos bienes, se debe encaminar a perseguir los siguientes fines, de acuerdo con el art. 3.1 LVP:

«a) Regular el uso de las vías pecuarias de acuerdo con la normativa básica estatal.

b) Ejercer las potestades administrativas en defensa de la integridad de las vías pecuarias.

c) Garantizar el uso público de las mismas tanto cuando sirvan para facilitar el tránsito ganadero como

cuando se adscriban a otros usos compatibles o complementarios.

d) Asegurar la adecuada conservación de las vías pecuarias, así como de otros elementos ambientales o culturalmente valiosos, directamente vinculados a ellas, mediante la adopción de las medidas de protección y restauración necesarias».

Estas obligaciones vienen siendo incumplidas ostensiblemente por esa Consejería, especialmente desde el año 2014. Esto, pese a haber aprobado, de acuerdo con la Disposición Adicional Tercera del Reglamento de Vías Pecuarias de la Comunidad Autónoma (Decreto 155/1998, de 21 de julio, BOJA núm. 87, de 4 de Agosto de 1998), por Acuerdo de 27 de Marzo de 2001, del Consejo de Gobierno, el Plan de Recuperación y Ordenación de la Red de Vías Pecuarias de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

RECOMENDACIÓN para que:

1. A la mayor brevedad posible, se realice una evaluación del cumplimiento del Plan a la fecha actual.

2. De acuerdo con esa evaluación y diagnóstico de la situación, cuyo resultado se debe publicar en la web de la Consejería, para que pueda ser consultado por cualquier persona interesada, se deben establecer los objetivos a afrontar, al menos hasta el año 2020. Una vez realizada esa evaluación se debería aprobar el plan de actuación, previa consulta pública y participación de las personas interesadas.

3. Se informe en la web del «modus operandi» de la Consejería ante las denuncias que se realicen por la ciudadanía sobre usurpación de vías pecuarias y, singularmente, sobre el cierre ilegal de estas por personas propietarias de fincas por las que discurren estas vías. Conductas estas que continúan manteniéndose sin consecuencia alguna, en la inmensa mayoría de los casos, para los infractores.

4. Se establezcan unas prioridades claras ante la gran tarea de desarrollar en aras a la recuperación de nuestras vías pecuarias.

5. Dado que, según nos informan los servicios jurídicos están desbordados para atender las denuncias que se presentan y, por tanto, no pueden actuar a demanda, que se establezcan los criterios y prioridades de intervención dándoles la máxima publicidad para que puedan ser conocidas por la ciudadanía y, de esta manera, se generen las adecuadas condiciones de transparencia y seguridad jurídica para las iniciativas y denuncias que decida poner en marcha la ciudadanía.

6. Que en los procedimientos que impliquen cambios de entidad de los trazados de las vías pecuarias y, en cualquier decisión de importancia sobre éstas, se tenga en cuenta el movimiento asociativo interesado en la defensa y recuperación de estos bienes de dominio público.

7. Que se estudie la posibilidad de iniciar los trámites legales para modificar el trazado de la vía pecuaria del Salto de la Trocha a fin de dar respuesta, en la medida de lo posible, a las asociaciones que se han opuesto a un cambio de trazado mencionadas en este escrito. Esto teniendo en cuenta que todas las vías deben tener un uso público y la lógica es que su trazado responda a las demandas de las personas interesadas en su utilización.

8. Que se impulse el que lleve a cabo, a la mayor urgencia, la modificación de la Orden que restringe el uso de determinadas vías pecuarias a su paso por el Parque Natural Sierra de Andújar.

9. Que se informe a esta Institución sobre las cuestiones planteadas en los puntos 4 y 5 de nuestro escrito de 17 de Octubre de 2016, que, casi un año después, no han sido contestadas. Tales cuestiones eran las siguientes:

> *"4. Que nos informe sobre la causa de que permanezcan cerradas, en la provincia de Sevilla, otras vías pecuarias como «el Cordel de las Cañas, en Salteras, el Cordel de la Segarra, entre Santiponce y Salteras, la Vereda de la Boyera, en La Puebla de Cazalla, Vereda de La Puebla de*

los Infantes en Las Navas de la Concepción, Vereda de Cazalla de Guadalcanal, y muchísimas más».

5. Que nos confirme si es cierto que permanecen cerradas, pese a haber sido deslindadas, las vías pecuarias, en Córdoba capital, de «la Vereda del Pretorio, o la Vereda de Linares. Igualmente ocurre en el vecino término de Villaviciosa de Córdoba con la Vereda de Córdoba y la Vereda del Pretorio. El deslinde de la Vereda de la Pasada del Pino, eje vertebral de la sierra cordobesa, caducó y al no haberse retomado está cortada en varios puntos, cuando podría ser la vía principal para el sendero europeo GR-48. En la misma capital cordobesa hay varias vías pecuarias que, sin estar cerradas, son intransitables y no se permite su arreglo, por no tener deslinde firme. Es el caso de la Vereda de Trassierra o la Vereda de la Alcaidia»".

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Queremos conocer las medidas para garantizar la conservación del Parque Nacional de Doñana

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 16/5654 dirigida a Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio

- 17 Octubre 2016

El Defensor del Pueblo Andaluz decide iniciar una actuación de oficio destinada a conocer y, en su caso, proponer medidas para garantizar la conservación del Parque Nacional de Doñana y ofrecer una información transparente a la ciudadanía sobre su situación actual.

Con frecuencia vemos en los medios de comunicación noticias que hacen alusión a diferentes afecciones o riesgos, ya tengan su origen en causas naturales, ya en la acción del hombre, que pueden poner en peligro la conservación de este espacio único, que es el Parque Nacional de Doñana y el Parque Natural del Entorno de Doñana.

Esta Institución considera que es muy necesario que en Doñana se despejen las dudas sobre los riesgos que se ciernen sobre la conservación del Parque Nacional de Doñana y su entorno y se mantenga informada a la ciudadanía de manera objetiva y transparente sobre su situación actual.

Ello porque, como es conocido, se trata de un espacio natural que, no en vano, está declarado Patrimonio de la Humanidad por la UNESCO y algunos de sus espacios forman parte de la Red Natura 2000. Situado entre dos continentes, constituye un excepcional lugar de paso, cría e invernada de aves procedentes de Europa y Asia. Cuenta con una fauna muy rica, en la que están presentes, además de diversas especies de aves, peces, anfibios, reptiles y mamíferos; esto junto a una amplia flora, su territorio y clima conforman un ecosistema que hace que se le considere la mayor reserva ecológica de Europa.

Sin embargo, el reconocimiento mundial de su singularidad no ha evitado que en su entorno se realicen actuaciones o se proyecten infraestructuras que, año tras año, vienen siendo, no obstante la discrepancia que suscitan, motivo de alarma: la ruptura de la balsa de Aznalcóllar; el fallido proyecto del oleoducto y refinería de Balboa que, afortunadamente, ya pasó a la historia; el dragado del río Guadalquivir; la sobrexplotación del acuífero con centenares de pozos ilegales; los proyectos turísticos ejecutados y los que quedaron aparcados; el gaseoducto que, en algunos de sus tramos, ha sido informado favorablemente; la conexión por carretera Huelva y Cádiz, que suscita una gran polémica cada vez que se menciona por su incidencia en el Parque; etc. Se trata de noticias con las que, año tras año, se viene “topando” la ciudadanía y que jalonan la historia de este extraordinario espacio natural.

Noticias que generan una inquietud muy justificada, habida cuenta de que, con frecuencia, ha sido el movimiento ecologista, la sociedad civil, los medios de comunicación, quienes han “frenado” propuestas que habían recibido todas las bendiciones en los despachos públicos por su ejecución, pero que los poderes públicos tienen la función constitucional de tutelar los derechos de la ciudadanía y, singularmente,

el derecho a un medio ambiente adecuado que, en el caso que nos ocupa, se centra la en la protección de los valores inherentes al Parque.

La motivación esgrimida en todos estos proyectos, al menos la motivación pública, suele ser la necesidad de potenciar las actividades económicas relacionadas con el empleo, tan necesario en nuestra Comunidad Autónoma.

Sin embargo, sabemos que el desarrollo económico que no es compatible con el respeto a los valores ambientales no es sostenible. Hoy conocemos que, con frecuencia, las actuaciones que no han tenido presente la cuestión ambiental a medio y largo plazo lo que han traído consigo ha sido destrucción de espacios de extraordinario valor ecológico, modelos de desarrollo urbanístico que han provocado el rechazo con el paso de los años y la conversión de un territorio de alto valor ambiental y gran futuro para una economía sostenible en modelos territoriales que, en la actualidad, genera un rechazo universal por haber terminado siendo espacios de especulación, que han originado un desarrollo urbanístico caótico y sin futuro. Desgraciadamente, tenemos dónde elegir modelos de desarrollo urbanístico insostenible en nuestro litoral y en las más de mil parcelaciones ilegales, decenas de miles de viviendas ilícitas, infinidad de ocupaciones de espacios no urbanizables, etc., que se reparten por todo el territorio andaluz.

Por todos estos motivos, la oficina del Defensor del Pueblo Andaluz va a iniciar una actuación de oficio para conocer la entidad real de los riesgos a los que está sometido el territorio de Doñana y las medidas que se deben adoptar para mejorar la protección del Parque, por lo que nos hemos iniciado diversas actuaciones tanto ante órganos autonómicos como dependientes de la Administración General del Estado, con objeto de ofrecer una total transparencia sobre la situación del espacio natural, aportando información veraz y clara sobre la misma. Al mismo tiempo, pretendemos que, en un futuro, se deseche, definitivamente, cualquier proyecto e iniciativa que pueda poder en riesgo su adecuada conservación.

Advertimos de las novedades del proyecto de decreto de Nomenclátor de actividades

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 16/5658 dirigida a Consejería de Justicia e Interior

- 19 Diciembre 2016

El Defensor del Pueblo Andaluz traslada a la Consejería de Justicia e Interior sus consideraciones sobre el borrador del Decreto para regular las «modalidades y condiciones de celebración de espectáculos públicos y actividades recreativas, los tipos de establecimientos públicos, su régimen de apertura o instalación, los horarios que rigen su apertura y cierre, y se aprueban el Nomenclátor y el Catálogo de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de Andalucía», que vendría a derogar, entre otras normas, el vigente Decreto 78/2002, de 26 de febrero, por el que se aprueban el Nomenclátor y el Catálogo de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de Andalucía.

ANTECEDENTES

En esta Institución se ha recibido escrito de una ciudadana de Torre del Mar, núcleo perteneciente al municipio malagueño de Vélez-Málaga, formulando queja por los hechos que a continuación se exponen, que han dado lugar al expediente con el número y referencias arriba indicados, que rogamos cite al contestar.

El motivo de la queja es la inquietud que han suscitado en esta ciudadana y en su Comunidad de Propietarios, las noticias aparecidas en la prensa en las últimas semanas sobre la tramitación de un nuevo Decreto para regular las «modalidades y condiciones de celebración de espectáculos públicos y actividades recreativas, los tipos de establecimientos públicos, su régimen de apertura o instalación, los horarios que rigen su apertura y cierre, y se aprueban el Nomenclátor y el Catálogo de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de Andalucía» (en adelante lo citaremos como “propuesta de nuevo Decreto” o “borrador”). Dicha propuesta de nuevo Decreto vendría a derogar, entre otras normas, el vigente Decreto 78/2002, de 26 de febrero, por el que se aprueban el Nomenclátor y el Catálogo de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de Andalucía (en adelante D 78/2002).

La interesada nos cuenta en su escrito que el pasado año 2016 tuvieron que soportar en su Comunidad de Propietarios lo que el Ayuntamiento de Vélez-Málaga dio en denominar “Out Music”, consistente en autorizar la celebración de actuaciones musicales al aire libre, en algunos casos incluso con medios de amplificación sonora. Sobre ello, aclara que “*he de decir que me encanta la música, he asistido a muchos conciertos en acústico realizados en distintos bares y, en esas condiciones, no molesta. Pero lo que hasta este verano se ha venido haciendo en mi municipio, donde vivo todo el año y no solo durante los meses estivales, no es normal*”. Por ello, sigue diciendo en su escrito, *“leo con estupor que la Junta va a aprobar un Decreto donde, entre otras cosas, permite los conciertos en los restaurantes, además del hilo musical y*

las televisiones, ¡y no se exige que los aíslen acústicamente!. ¿Pero en qué están pensando nuestros representantes? ¿Es que solo representan a los hosteleros?. En condiciones normales no supondría ningún problema, pero todos sabemos qué pasa en la mayoría de los bares y restaurantes de esta Comunidad: que se saltan la Ley constantemente. Y si no, le hacemos una que les venga bien aunque vaya en contra del derecho al descanso del resto de los ciudadanos y nos saltamos la Constitución, si hace falta".

La petición que formula a esta Institución la interesada es la siguiente: "*buscamos amparo en su Institución para que el Decreto no se apruebe en las condiciones que parece que va a ser aprobado. Que exija, al menos, el adecuado aislamiento acústico a los restaurantes que opten por celebrar conciertos en su interior, de la misma forma que se les exige el adecuado sistema de evacuación de humos si tienen cocina. Que las discotecas donde se permitan terrazas al aire libre estén alejadas de áreas residenciales, que no se trate de manera discriminatoria a los habitantes de municipios turísticos ya que tenemos el mismo derecho al descanso y no a la invasión de nuestra vivienda que los que no viven en uno. En definitiva, pedimos respeto e igualdad para todos. Invirtamos en mejorar los estándares urbanísticos*".

Tras esta queja, hemos recibido otra en similares términos y planteada por otro ciudadano, advirtiendo de las consecuencias que para la ciudadanía puede conllevar una nueva regulación de las actividades como la que presenta el borrador del nuevo Decreto.

A la vista del contenido de estas quejas, de las noticias aparecidas en los medios de comunicación relativas a la propuesta del nuevo Decreto (en la actualidad creemos que es sólo un borrador, aunque recientemente la Federación de Asociaciones de Vecinos de Centros Históricos de Andalucía ha mostrado su preocupación por este cambio normativo), así como de la experiencia acumulada en esta Institución durante años con motivo de la contaminación acústica provocada por actividades de hostelería, que ha sido causa de la presentación de infinidad de quejas, teniendo en cuenta, además, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en torno a la vulneración de determinados derechos de la ciudadanía, como consecuencia de esta contaminación y previa consulta del texto de la propuesta de modificación del D 78/2002, contenido en sus arts. 7, 8 y Disposición Adicional Primera, (nos referimos concretamente al "*Borrador de 18 de julio de 2016 para el Grupo de Trabajo*") hemos procedido a admitir a trámite la queja presentada y, a tenor de esta nueva propuesta de regulación del Nomenclátor, hemos de hacer las siguientes

CONSIDERACIONES

1. Sobre la demanda de una reforma del Decreto 78/2002, de 26 de febrero, por el que se aprueban el Nomenclátor y el Catálogo de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de Andalucía.

En primer lugar, llama la atención que se diga, en la Exposición de Motivos de la propuesta de nuevo Decreto, que tanto el vigente D 78/2002, como la Orden de 25 de marzo de 2002, sobre horarios, "*requieren una revisión que permita su adaptación a las demandas municipales y del sector*", sin que se haga, al mismo tiempo, mención alguna a la protección de los derechos de la ciudadanía en relación con la contaminación acústica provocada por establecimientos de este sector. Una ciudadanía cada vez más concienciada y sensible a los efectos que la contaminación acústica provoca en menoscabo de los derechos al descanso, a la intimidad en el ámbito del hogar, a un domicilio libre de ruidos y, en definitiva, a tener una calidad de vida acorde con los estándares de sostenibilidad que los tiempos actuales demandan.

Y es que el borrador del nuevo Decreto regula aspectos muy amplios y diversos, relacionados con los espectáculos públicos y actividades recreativas, lo que supone un importante esfuerzo regulador en un ámbito tan complejo como éste.

Sin embargo, uno de los objetivos del nuevo Decreto, y que centra la atención y valoraciones que vamos a abordar en este escrito, no es otro **que autorizar que se emita música pregrabada y en vivo en**

locales y espacios, públicos y privados, en los que, hasta ahora, está prohibido taxativamente realizar tales emisiones por la contaminación acústica que genera y su incidencia en los derechos de la ciudadanía, así como por la dificultad, cuando no imposibilidad, de garantizar los niveles de calidad acústica.

Es decir, si con el régimen jurídico actual se producen un sinfín de vulneraciones de derechos de la ciudadanía por causa de la contaminación acústica provocada por locales de hostelería, aunque es cierto que la inmensa mayoría de los establecimientos es respetuosa con la normativa, si se modifica este régimen, flexibilizando ampliamente los supuestos en los que se pueden emitir música y los espacios en los que se pueden instalar terrazas y veladores, lo adecuado, a nuestro juicio, hubiera sido, paralelamente, reforzar las garantías de la ciudadanía con instrumentos verdaderamente eficaces para mantener el necesario e imprescindible equilibrio entre los intereses del sector de la hostelería y los derechos de la ciudadanía.

A ello obliga, creemos, el **principio de precaución** que debe estar siempre presente cuando se regulan actividades que puedan afectar a los derechos a la protección de la salud y el medio ambiente.

Por otro lado, **debemos poner de manifiesto que recientemente hemos evaluado las respuestas de más de 400 municipios** en torno a una resolución de esta Institución emitida de oficio (queja 14/2491) que dictamos recordando la necesidad de observar el vigente Nomenclátor aprobado por D 78/2002 en lo que concierne a las emisiones de música pregrabada y en vivo en locales de hostelería y **tan sólo ocho municipios (el 1,75 % de los que han contestado) nos han planteado la conveniencia de su modificación o de una interpretación más flexible** (adjuntamos un ejemplar del estudio realizado que, asimismo, puede consultarse en la siguiente dirección de nuestra página web: http://www.defensordelpuebloandaluz.es/contaminacion-acustica-provocada-...).

En realidad, es la ciudadanía la que, cada vez con más frecuencia, presenta reclamaciones, quejas, denuncias, etc. cuando sufre la contaminación acústica generada por la actividad de locales de hostelería que no están insonorizados o que emiten música en el exterior. Y tanto es así que la percepción que tenemos en esta Institución es que, sin duda alguna, se constata una mayor concienciación por parte de la ciudadanía sobre el problema que supone la contaminación acústica, cualquiera que sea su origen, y cada vez más se activan los mecanismos de denuncia y defensa, en muchos casos en vía judicial e incluso por la vía de la protección de los derechos fundamentales.

Esta evolución en la sensibilización de la ciudadanía ha tenido mucho que ver en que el legislador estatal haya reconocido expresamente en el art. 5.a) del reciente Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana (Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre), **el derecho a disfrutar de una vivienda digna**, adecuada y accesible, concebida con arreglo al principio de diseño para todas las personas, **que constituya su** «**domicilio libre de ruido u otras inmisiones contaminantes de cualquier tipo que superen los límites máximos admitidos** por la legislación aplicable y en un medio ambiente y un paisaje adecuados».

Este es el escenario legal que está obligado a respetar cualquier normativa que regule en nuestro país la celebración de espectáculos públicos y el desarrollo de actividades recreativas. Escenario que, como decimos, viene demandando la ciudadanía, tal y como se desprende de las cientos de quejas presentadas en esta Institución, el movimiento asociativo vecinal y, desde luego, **las Defensorías del Pueblo, tal y como ha quedado acordado en el decálogo aprobado en su reunión de 23 de septiembre de 2016** en Pamplona (se puede encontrar en la siguiente dirección de nuestra página web: http://www.defensordelpuebloandaluz.es/actualidad/los-defensores-del-pueblo-reclaman-medidas-para-que-se-proteja-el-derecho-al-descanso-de) donde se han recogido las medidas a adoptar para garantizar la calidad ambiental y los derechos de la ciudadanía en su domicilio frente a la contaminación acústica.

Por lo demás, es conocido que el turismo, como cualquier otro sector económico, cada vez demanda con más intensidad un modelo de desarrollo sostenible, consciente de que cualquier actividad económica que

no sea compatible con el principio de sostenibilidad, que debe estar presente en toda actividad humana y el respeto a los derechos del ciudadanía, no tiene futuro.

De hecho, los medios de comunicación se han hecho eco, con cierta frecuencia, de lugares de la costa española en los que la permanente contaminación acústica producida en locales de hostelería ha acabado dañando la imagen y la "marca" de estos destinos turísticos.

Precisamente en línea con lo que comentamos, el D 78/2002 quiso, en su momento, poner fin a la situación caótica preexistente y llevó a cabo una regulación y ordenación de actividades que se ha demostrado coherente con las mencionadas demandas que, hace 13 años, estaban ya plenamente vigentes. **El actual Nomenclátor mantiene su vigencia en Andalucía donde existen miles de locales que funcionan correctamente, miles de empresarios que desarrollan su activad sin problemas y millones de usuarios que disfrutan del ocio y de las actividades culturales sin que su regulación actual suponga una limitación de sus derechos**.

Esto, aunque hay una minoría de locales y establecimientos que sí plantean, de manera reiterada, problemas de contaminación acústica y que generan reclamaciones, quejas, denuncias, etc. Pero siendo esto cierto, también lo es que existen, en el actual marco normativo, los medios legales para proteger los derechos de la ciudadanía frente a esas irregularidades. Cuestión distinta es que, como toda norma, el D 78/2002 sea mejorable, incluyendo nuevas perspectivas, supuestos de hecho como los que se contemplan en la Proposición No de Ley del Parlamento de Andalucía, que vamos a comentar a continuación.

En conclusión, a nuestro juicio, la propuesta de nuevo Decreto, con objeto de facilitar la emisión de música pregrabada o en vivo, en casi todo tipo de establecimientos de hostelería y en espacios de titularidad privada o pública en el exterior, en los términos en que está redactada, puede dar lugar a que se produzcan con frecuencia emisiones que generen una contaminación acústica difícil de controlar en la práctica.

En consecuencia, se puede generar un nuevo escenario de riesgo para la garantía y protección efectiva de los **derechos que pueden resultar afectados con motivo de la contaminación acústica provocada por las actividades de hostelería. Tales derechos, como tiene reconocida una consolidada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional son, en esencia, los derechos a la protección de la salud (art. 43 de la Constitución), que incluye el derecho al descanso, el derecho a un medio ambiente adecuado (art. 45) y el derecho a la intimidad personal y familiar en el hogar y a la inviolabilidad del domicilio (art. 18)**.

2. Sobre la Proposición no de Ley del Parlamento de Andalucía en defensa de la cultura y la música en Andalucía.

En la Exposición de Motivos de la propuesta de nuevo Decreto, se menciona como una de las causas que motiva la nueva regulación que se plantea, junto con la necesidad "*de la adaptación a las demandas municipales y del sector*", la Proposición No de Ley en Defensa de la Cultura y la Música en Andalucía, 10-15/PNLP/000054 del Parlamento de Andalucía. El texto literal de la mencionada Proposición dice lo siguiente:

"*El Parlamento de Andalucía insta al Consejo de Gobierno a:*

1. Impulsar, en colaboración y permanente diálogo con los sectores afectados, la incorporación de un nuevo tipo de actividad recreativa «Concierto de pequeño formato o acústico» al nomenclátor que regula la legislación vigente en la materia, determinando las características en cuanto a seguridad, ruido, aforo y horarios que lo definan.

2. Incorporar en la mencionada normativa un nuevo espacio denominado «establecimientos especiales»

para que, en ellos, puedan desarrollarse espectáculos públicos y actividades recreativas y de ocio con carácter excepcional.

3. Modificar el Decreto 10/2003, de 28 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General de la Admisión de Personas en los Establecimientos de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, para mejorar el acceso de los menores de 16 años a actividades culturales.

4. Dar traslado del presente acuerdo a la FAMP."

Esta Institución valora positivamente el contenido de esta Proposición No de Ley en la medida en que entendemos que su finalidad es fomentar e impulsar las actividades relacionadas con la "música en vivo", como medida de apoyo a la cultura, de manera singular a la música, sin perjuicio de que el desarrollo de tales actividades se lleve a cabo con pleno respeto a los derechos de la ciudadanía.

Y es que, lo que a nuestro juicio el Parlamento interesa es que se incluya dentro del Nomenclátor, como un **nuevo "tipo"** a regular, la actividad de "***concierto de pequeño formato o acústico***", con lo cual interpretamos que se trata de abordar la regulación del ejercicio de esta actividad en locales de hostelería, diferenciando la "música pregrabada" de los conciertos en vivo, que **es, realmente, el tipo de música que se quiere impulsar y fomentar**.

Ahora bien, inmediatamente que se interesa por la inclusión de esta tipología de actividad, **se especifica, de manera muy clara, que tal previsión en el nuevo Nomenclátor deberá determinar los requisitos que deben reunir estos establecimientos "en cuanto a seguridad, ruido, aforo y horario"**.

Dicho de otro modo, la Proposición parlamentaria guarda un equilibrio entre el fomento de las actividades relacionadas con la cultura, como es la música, y de las que tan necesitadas está este País y esta Comunidad Autónoma, y la necesidad de proteger los derechos de la ciudadanía que pueden resultar afectados por el ejercicio de tales actividades.

En consecuencia, esta Institución entiende que si se exige, con claridad, que los locales de hostelería reúnan las condiciones técnicas idóneas para que se pueda ejercer este tipo de actividad, garantizando la debida seguridad de los consumidores y usuarios y al mismo tiempo impidiendo que, por motivos de contaminación acústica y horarios, puedan resultar afectados derechos de terceros, el desarrollo de estas actividades, consistentes en "conciertos de pequeño formato o acústicos", **puede ser muy positivo para ampliar la oferta cultural en nuestra Comunidad Autónoma e, incluso, deberían ser incentivadas por los poderes públicos**.

Lo mismo tenemos que decir con respecto de la posibilidad de que con "carácter excepcional" puedan **desarrollarse en "establecimientos especiales" espectáculos públicos y actividades recreativas, siempre y cuando** el concepto jurídico indeterminado **de "carácter excepcional" se interprete con un criterio de proporcionalidad y congruencia**.

Finalmente también consideramos que la modificación del Decreto 10/2003 de 28 de enero, con la finalidad "de mejorar el acceso a los menores de 16 años a las actividades culturales" es provechosa en tanto que amplía sus posibilidades de ocio y formación, lo cual no obsta para que se hayan de tener en cuenta, fundamentalmente, las siguientes prevenciones:

- Los musicales y conciertos es usual que estén asociados a servicios de bar y restauración. En tales supuestos se han de extremar las prohibiciones y limitaciones establecidas en la legislación a la venta y consumo de tabaco y alcohol, así como de otras sustancias potencialmente adictivas o perjudiciales.

- En cuanto al contenido cultural prima la libertad de creación artística y, en lo que atañe a menores, al no existir censura previa, debe preverse algún sistema que advierta de la conveniencia de que asistan, según tramos de edad, a determinados actos culturales, todo ello con la finalidad de que padres, madres o

personas que tengan encomendada su tutela puedan ejercer los derechos y deberes que les incumben en cuanto a su formación en valores.

A estos efectos, con carácter previo a la aprobación de la nueva norma sería muy conveniente que se diera audiencia a la asociaciones y entidades interesadas en la protección de los derechos de los menores.

En todo caso, esta Institución tiene muy claro y comparte la necesidad de fomentar, apoyar y proteger una actividad como es la música, tan presente en nuestras vidas, desde la doble perspectiva de la cultura y el ocio. Desde aquí queremos expresar todo nuestro apoyo a los movimientos asociativos que impulsan esta actividad cultural.

Justamente por ello creemos que los poderes públicos, en los distintos ámbitos territoriales, no prestan la atención que merece a estas actividades y es hora de que asuman el compromiso de incorporar éstas a sus agendas públicas, ayudando al mantenimiento de escuelas y entidades relacionadas con la música y apoyando la celebración de actividades relacionadas con la música en vivo, la celebración de espectáculos, conciertos, etc., para facilitar una mayor difusión de este sector de la actividad cultural y, desde luego, regulando con las debidas garantías su ejercicio profesional.

3 .Régimen jurídico contenido en el vigente D 78/2002, respecto de la emisión de música en locales de hostelería y de esparcimiento.

El D 78/2002 establece, con toda claridad, como ya hemos adelantado, una prohibición general de emitir música en el exterior, permitiendo sólo su emisión en el interior de los establecimientos que ostenten alguna de las categorías que les permiten tal actividad, lo que implica que deben estar suficientemente insonorizados y aislados acústicamente. Así se desprende del Anexo II, apartado III.2.8.f, pubs y bares con música. Estos son los establecimientos de hostelería a los que se les permite ejercer actividades de esta naturaleza, sin que, en ningún caso, puedan contar con terrazas y veladores. El nivel máximo de emisión en estos supuestos es 90 dBA y sus cerramientos deben de reunir unas condiciones técnicas singulares de aislamiento a tenor de lo establecido en el Decreto 6/2012, de 17 de Enero, por el que se aprueba el Reglamento de Protección contra la Contaminación Acústica en Andalucía, y se modifica el Decreto 357/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento para la Protección de la Calidad del Cielo Nocturno frente a la contaminación lumínica y el establecimiento de medidas de ahorro y eficiencia energética (en adelante D 6/2012).

Asimismo, también pueden emitir música otras categorías de establecimientos que no son calificados como de hostelería sino de esparcimiento y que están recogidos en el epígrafe III.2.9 del Catálogo. Son éstas: salas de fiesta, discotecas, discotecas de juventud y salones de celebraciones.

Todos estos establecimientos pueden emitir música en su interior, sin que, individualmente considerados, puedan contar tampoco con terrazas o veladores y a salvo de las cautelas y excepciones para establecimientos públicos que dispongan de espacios de usos diferenciados.

Se hace la excepción de los salones de celebraciones, que pueden contar con “zonas contiguas al aire libre exclusivamente destinadas a consumición de comidas y bebidas”, pero que no pueden emitir música de acuerdo con el apartado 3, del art. 10, de la Ley 13/1999, de 15 de Diciembre, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de Andalucía (LEPARA), que indica que «En ningún caso se podrá celebrar un espectáculo o realizar una actividad recreativa sin que el establecimiento público que los alberga se haya sometido a los medios de intervención administrativa que correspondan, en los que quede acreditado que el establecimiento cumple todas las condiciones técnicas exigibles de acuerdo con la normativa vigente que resulte de aplicación. Dichas condiciones deberán ser mantenidas con carácter permanente por el titular de la actividad o, en su caso, por el organizador del espectáculo».

La legislación solo contempla excepciones a esta norma con motivo de **la celebración de espectáculos públicos y actividades recreativas de carácter ocasional y extraordinario**, que en

Andalucía vienen regulados específicamente en el Decreto 195/2007, de 26 de junio. Ello, al margen de la posibilidad prevista en el artículo 9.1 de la Ley del Ruido cuando prevé que «Con motivo de **la organización de actos de especial proyección** oficial, cultural, religiosa o de naturaleza análoga, las Administraciones públicas competentes podrán adoptar, en determinadas áreas acústicas, previa valoración de la incidencia acústica, las medidas necesarias que dejen en suspenso temporalmente el cumplimiento de los objetivos de calidad acústica que sean de aplicación a aquéllas».

El vigente Nomenclátor aprobado por el D 78/2002 **mantiene un lógico y razonable equilibrio entre el derecho a la creación y libertad de establecimiento de empresas, el derecho al ocio y la cultura y la protección de los derechos de la ciudadanía, como corresponde a un estado social, democrático y de derecho** (art. 1.1 de la Constitución).

Por otra parte, **la actual normativa**, y ello es importantísimo, facilita la defensa de estos derechos en vía administrativa y judicial al contemplar una **regulación que ofrece bastante seguridad jurídica** a la hora de establecer los términos de la garantía y protección de estos derechos.

Así, si el local de hostelería o el establecimiento emite música en el interior o en el exterior, a un nivel que pueda generar una contaminación acústica que viole cualquiera de estos derechos, **basta con que se compruebe si cuenta con licencia para ser un local autorizado para el ejercicio de esa actividad** para que se pueda ordenar el cese de la actividad.

Dicho de otra manera, en estos supuestos no son necesarias mediciones, basta con verificar que por el tipo de local no puede emitir música para que se pueda ordenar el cese de su emisión y, en su caso, dictar otras medidas cautelares.

Para el caso de locales autorizados por estar insonorizados y encajar dentro de las categorías del Nomenclátor (pubs, bares con música, discotecas, salas de fiesta), se habilita la obligación de, previa denuncia, realizar inspecciones y mediciones para determinar si son precisas medidas correctoras en aras a garantizar el cumplimiento de la normativa.

4. Propuesta de modificación del D 78/2002, contenida en los arts. 7 y 8.

La propuesta normativa del nuevo Decreto, en principio, supondría un cambio de entidad respecto del actual régimen jurídico de la emisión de música en establecimientos de hostelería, terrazas y veladores.

En la práctica, ante la ampliación de supuestos y lugares en los que se puede emitir música pregrabada o en vivo, y el nivel de decibelios que se autoriza, dada la escasez de medios materiales y técnicos de los Ayuntamientos y la dificultad de la medición del nivel de dBA en algunos espacios, pueden propiciar situaciones de indefensión fáctica para la ciudadanía.

En este **nuevo régimen jurídico no sólo la ciudadanía puede tener dificultades para proteger y hacer valer sus derechos, sino que, también, los propios Ayuntamientos** pueden verse desbordados, pues al ser las licencias actos reglados, tendrán que dar las autorizaciones sin disponer de medios para ese control ante las denuncias que, eventualmente, se presenten.

Decimos esto porque, como vamos a tener ocasión de ver, **la propuesta normativa** contenida en los arts. 7 y 8 de la propuesta de nuevo Decreto **permite música de ambiente en el exterior en diversos lugares y la emisión de música pregrabada y en vivo hasta 80 dBA en el interior de en todos los establecimientos de hostelería de Andalucía,** aunque estén calificados como “establecimientos sin música”, que cumplan las exigencias de la Disposición Adicional Primera.

4.1. Artículo 7, terrazas o veladores en vías públicas y en zonas de dominio o uso público y otros espacios al aire libre o descubiertos integrados en establecimientos de hostelería y esparcimiento, y artículo 8, música ambiental y establecimientos de esparcimiento al aire libre.

Se autoriza ampliamente a los establecimientos de hostelería a que puedan contar con terrazas o veladores, aunque en el interior del local se emita música pregrabada o en vivo. Esta posibilidad se limita, en principio, a establecimientos de hostelería ubicados "*en sectores del territorio con predominio de suelo de uso recreativo y de espectáculos, de uso característico o de otro uso terciario no previsto en el anterior* ".

Sin embargo, en la práctica tal previsión no es tan excepcional pues en el mismo apartado 2 del art. 7 que comentamos, y con una fórmula abierta y genérica, se puede leer: «**No obstante lo anterior**, en función de sus características de emisión acústica y con cuantas restricciones, límites y condiciones de instalación, funcionamiento y horario sean precisos para garantizar los derechos a la salud y el descanso de los ciudadanos, **los municipios podrán autorizar expresa y justificadamente por motivos de incremento de afluencia de visitantes, para incentivar el desarrollo económico de una zona o dotarla de infraestructuras de servicios si existiera demanda al respecto, la instalación de terrazas o veladores en establecimientos de hostelería situados en sectores del territorio con predominio de suelo de uso residencial, sanitario, docente, y cultural y en espacios naturales, que previamente hayan sido clasificadas por el municipio como tales áreas de sensibilidad acústica, siempre y cuando no estén declaradas zonas acústicas especiales**».

Dados los motivos que justifican estas excepciones -"afluencia de visitantes", "para incentivar el desarrollo económico", "dotar de infraestructuras de servicios si existiera demanda"- es probable que se autoricen terrazas o veladores, sin mayores problemas, en establecimientos de hostelería que se ubiquen en suelo con predominio de uso residencial, sanitario, docente, cultural, o, incluso, en espacios naturales. **Es decir, lo que aparentemente es una excepción, puede dejar de serlo merced a esa amplia inclusión de conceptos jurídicos indeterminados que permiten interpretaciones muy amplias y flexibles**.

Se autorizan, también, en el apartado 3, a diferencia de lo que ocurre ahora con el vigente D 78/2002, a que tales terrazas o veladores se instalen en espacios privados descubiertos o al aire libre, integrados en los establecimientos de hostelería con música y de esparcimiento, aunque se trate de pubs, discotecas, etc.

En el párrafo 4 se permite, además, a los "*establecimientos públicos de esparcimiento ubicados exclusivamente en sectores del territorio de suelo recreativo y de espectáculos, de uso característico turístico o de otro uso terciario (..) y de uso industrial*", es decir a discotecas, salas de fiesta, etc., cuando no dispongan de espacios descubiertos, o al aire libre, integrados en el propio establecimiento, a que puedan «contar con terrazas o veladores en la vía pública y en espacios de dominio o uso público con ese fin». Es decir, **desaparece la prohibición de que las discotecas y salas de fiestas, cuenten con terrazas o veladores en el exterior, ya sea integrados en el propio establecimiento o en la vía pública**.

Teniendo en cuenta las aglomeraciones que, con asiduidad, se producen en el entorno de este tipo de locales, el trasiego permanente entre el interior y el exterior de estos locales a altas horas de la noche, el ruido que puede conllevar las reuniones en terrazas en las que se consumen bebidas alcohólicas en horario nocturno, y la ya mencionada escasez de medios para medir el nivel de ruidos de la mayoría de los municipios, la situación, en muchos casos, se puede volver insostenible. Ello pese a que en el apartado III.2.9 del nuevo Catálogo respecto de establecimientos de esparcimiento se diga que «En cualquier caso, se deberá impedir con los medios técnicos y personales que sean precisos, que el mantenimiento de ventanas o puertas abiertas, inhabiliten las preceptivas condiciones de insonorización del establecimiento público».

Esto sin mencionar que con extraordinaria frecuencia los usos turísticos y terciarios tienen una localización contigua a los usos residenciales, por lo que, en la práctica, la diferente calificación en el PGOU no supone que la contaminación acústica vaya a quedar acotada a unos suelos con unos usos predeterminados en el Plan, pues la transmisión del sonido a través de ondas sonoras, lógicamente, no se circunscribe a un espacio concreto. Es más, en esto consiste, precisamente, el problema de la

contaminación acústica.

Además, otro de los graves problemas que puede crear esta regulación de las terrazas o veladores deriva de la previsión del art. 8, aptdo. 6, contenida en la propuesta de Decreto, que prevé expresamente la posibilidad de que los municipios autoricen «**la emisión de música ambiental o de fondo para amenización de los clientes con carácter y vigencia estacional**, en terrazas o veladores autorizados y espacios privados descubiertos integrados en establecimientos de hostelería situados en sectores del territorio con predominio de uso recreativo y de espectáculos, de uso característico turístico o de otro uso terciario no previsto en el anterior, y de uso industrial, que previamente hayan sido clasificadas como tales áreas de sensibilidad acústica por el municipio, no estén declarados zonas acústicas especiales y se encuentren alejados de zonas habitadas».

Es decir, con un **criterio que modifica las limitaciones que, por razón de contaminación acústica, establece el vigente D 78/2002, se autoriza "música ambiental" o de fondo para la "amenización de clientes" en terrazas y veladores "con carácter y vigencia estacional**", sin que contemple un parámetro o criterio objetivo para determinar y diferenciar lo que sería "música ambiental" de la emitida para otros fines que no impliquen la mera "amenización". La única referencia a la "música ambiental" se encuentra en la Exposición de Motivos de la propuesta del nuevo Decreto cuando dice en términos generales que la posibilidad de autorizar la emisión de música de fondo o ambiental y de actuaciones en directo «sin impacto en la seguridad y condiciones técnicas y acústicas en establecimientos de hostelería que cumplan ciertos requisitos».

Una vez más, se utilizan los conceptos jurídicos indeterminados de "música ambiental" o "música de fondo" y de "amenización", sin que se establezcan unos criterios objetivos o unos parámetros que aporten la necesaria seguridad jurídica para poder reaccionar ante posibles abusos o usos indebidos que pueda conllevar el ejercicio de esta actividad.

Por otro lado, teniendo en cuenta que, incluso con el actual D 78/2002, tales abusos se producen con cierta frecuencia en un sector minoritario de la hostelería, a la hora de medir los excesos de ruidos en la música "de fondo o ambiental para amenización de clientes" emitida en una terraza, ¿cómo se distingue e imputan las posibles responsabilidades a la hora de determinar qué emisor es el causante del ruido cuando en la calle confluyen usuarios y consumidores de las terrazas, las personas que en ese momento ocupen los espacios públicos, los vehículos de motor, la música ambiental, etc.?.

La imputación de las emisiones contaminantes de ruido en el exterior de los establecimientos a efectos de responsabilidades y vulneración de derechos, es un problema de primer orden cuando esta contaminación acústica se provoca en terrazas y veladores en la calle, que se agravaría extraordinariamente si se permite que se instalen equipos para la emisión de música ambiental en el espacio público. Este riesgo no desaparece por el hecho de que se utilice la expresión "alejados de zonas habitadas", pues el término "alejados" vuelve a ser un concepto jurídico indeterminado sobre el que la norma no ofrece criterios que permitan su concreción ante los supuestos de hecho que puedan surgir, como sería el caso de que, al menos, se hubieran fijado distancias en metros. Sería pues muy conveniente la fijación de criterios objetivos que permitan concretar, en la práctica, cuándo un establecimiento se puede considerar "alejado de zona habitable" a los mencionados efectos.

Por otro lado, aunque no lo concreta el legislador, la expresión "vigencia estacional" entendemos que se refiere a periodos de tiempo tales como la primavera-verano (6 meses) que, a veces, se extiende hasta principios del otoño, en los que la población, como consecuencia de la buena climatología, utiliza más estas instalaciones.

En consecuencia, todas las personas, todas las familias que residen en el entorno de suelos con estos usos, pueden sufrir los efectos de la emisión de música ambiental o de fondo en la calle y se verán obligadas a soportarla por un periodo que bien se puede extender hasta 6 o más meses.

En el mejor de los casos, como ya hemos indicado, si el Ayuntamiento dispone de servicios técnicos que puedan desplazarse en horario nocturno, estos se encuentran con la complejidad de determinar cómo "imputan" ese ruido excesivo al emisor de la música ambiental. En la práctica, conocemos bien la crónica insuficiencia de medios personales y materiales de los Ayuntamientos a estos efectos.

Sirva de botón de muestra el dato que estos días hemos conocido por la prensa: un Ayuntamiento de la provincia de Málaga se está planteando que el coste de la medición (que fijan en torno a 400 euros) lo asuma el denunciante si la música emitida en los establecimientos finalmente no supera los límites permitidos. Así "están las cosas" en nuestra Comunidad Autónoma, en unos momentos en los que se quiere aprobar el nuevo Nomenclátor en los términos que comentamos.

4.2. Música en discotecas, salas de fiesta, etc. al aire libre.

También supone un cambio respecto de la normativa del actual D 78/2002 que el art. 8, aptdo. 7 del borrador permita que las actividades de esparcimiento, tales como discotecas o salas de fiesta, puedan tener lugar al aire libre. En este sentido, el Anexo II del borrador de la propuesta de Decreto contempla en su apartado III.2.9 los establecimientos de esparcimiento, que los clasifica en:

a) Establecimientos de esparcimiento genéricos, discotecas y salas de fiesta, salas de concierto, tablaos flamencos y algunos otros de naturaleza análoga.

b) Establecimientos de esparcimiento para menores.

c) Salones de celebraciones[1] ".

Respecto de estos establecimientos, la propuesta de nuevo Decreto permite que puedan emitir música en vivo o pregrabada hasta los 111 dBA, siempre y cuando se instalen "preferentemente" en sectores del territorio con predominio de suelo de uso recreativo y de espectáculos, turístico o de otro uso terciario, e industrial. Los únicos límites son que no estén declarados zonas acústicas especiales; ello es lógico y supone la aplicación de normas de superior jerarquía y que "se encuentren alejadas de zonas habitadas". Sin embargo, tampoco en este supuesto se establecen, con **carácter taxativo, los usos del suelo en el que se pueden establecer tales "actividades de esparcimiento" sino que se utiliza la expresión "preferentemente", por lo que nada impide que se puedan instalar en suelos con otros usos predominantes**.

Además de ello, el número 1 del apartado III.2.9 del Anexo II antes citado, dice que «en cualquier caso, la reproducción sonora de música, la actividad de bailar o las actuaciones en directo características de la actividad de esparcimiento, deberán desarrollarse necesariamente en los espacios fijos, cerrados y cubiertos del establecimiento público».

Sin embargo, el número 2 siguiente de ese mismo apartado del Anexo, abre la posibilidad de que de forma excepcional, expresa y justificadamente, se pueda autorizar a los establecimientos de esparcimiento la reproducción sonora de música, la actividad de bailar o las actuaciones en directo «como actividad ocasional de carácter estacional, en los espacios privados descubiertos o al aire libre de los establecimientos de esparcimiento que, conforme al apartado anterior, puedan disponer de ellos, siempre que se encuentren alejados de zonas habitadas, con cuantos límites, restricciones y condiciones sean precisos para garantizar el cumplimiento de la normativa de contaminación acústica y medioambiental en general y garantizar la salud y el descanso de los ciudadanos, en los términos previstos en el artículo 8.7 y 8 del Decreto por el que se aprueba este Catálogo y sin perjuicio del régimen previsto para las autorizaciones de espectáculos públicos y actividades recreativas de carácter extraordinario». **Es decir, se contempla la posibilidad de autorizar música en directo o pregrabada en terrazas o veladores de discotecas, salas de fiesta, etc. que estén "alejados de zonas habitadas".**

Insistimos, también en este supuesto del artículo 8.7 citado, debiera evitarse, por razones de seguridad jurídica, utilizar el concepto jurídico indeterminado de "alejados de zonas habitadas", sin mayor

concreción que permita, con la aplicación de mediciones o parámetros técnicos, identificar lo que debemos de entender por “alejados de zonas habitadas” para evitar que la contaminación acústica que provoca la música emitida al aire libre a 111 dBA no termine por vulnerar los ya citados derechos de la ciudadanía.

El art. 8 del borrador dice que todas las actividades deberán respetar «objetivos de calidad acústica para ruidos aplicables al espacio interior habitable de edificaciones destinadas a vivienda, usos residenciales, hospitalarios, educativos o culturales y administrativos o de oficinas (en dBA) y los valores límite de inmisión de ruido en la fachada de la edificación más expuesta al foco emisor del ruido, previstos en la normativa de contaminación acústica».

Ahora bien, siendo tal previsión normativa oportuna, la realidad es que no añade ninguna garantía objetiva para este fin, sino que lo que viene a establecer es que el ejercicio de estas actividades, en todo caso, debe respetar la normativa vigente en materia de contaminación acústica. Por supuesto que ello debe ser así, pero la mejor forma de respetar los derechos que pueden resultar afectados por la contaminación acústica es garantizándolos con normas preventivas y objetivas que eviten riesgos innecesarios para su garantía efectiva.

En la práctica, articular un mecanismo de verificación, caso por caso, que exija responsabilidad en autorizaciones tan amplias y generales al aire libre parece que va a ser tarea difícil de asumir por los Ayuntamientos.

Y en línea con la dificultad de esa tarea, ni se debe obviar la dificultad, ya comentada, de la medición e imputación al agente emisor del ruido en el exterior, ni la verificada insuficiencia de medios personales y técnicos de los Ayuntamientos para controlar, aún con el sistema normativo actual, las emisiones acústicas de estos locales a los efectos de determinar la legalidad por incidencia en el derecho a un domicilio libre de ruidos. **Ello, por cuanto la inmensa mayoría de los municipios no posee sonómetros, carecen de medios personales y técnicos para hacer las mediciones y, con frecuencia, cuando sí poseen estos últimos, hecho prácticamente reservado a los grandes municipios, el personal técnico no trabaja en horario de noche, salvo excepciones, que es cuando más frecuentemente se producen situaciones denunciadas por la ciudadanía.**

4.3. Sobre la autorización de emisión de música en todos los locales, incluidos los “sin música”, en Andalucía.

Otro de los grandes problemas, junto a la posibilidad abierta de que establecimientos de esparcimiento dispongan de terrazas o veladores en el exterior e incluso de música y actuaciones musicales en los mismos, **es la previsión del artículo 8 de la propuesta de nuevo Decreto en cuanto a la instalación de equipos de reproducción o amplificación sonora o audiovisual, música ambiental o de fondo y actuaciones en directo, a propósito de la “hostelería sin música”**. El apartado 2 del artículo 8 establece lo siguiente

«De acuerdo con lo indicado en el Catálogo, como complemento al desarrollo de su actividad, los establecimientos de hostelería sin música fijos, cerrados y cubiertos, ubicados en edificios que incluyan recintos habitables (definidos conforme al “DB-HR Protección frente al ruido y sus modificaciones") podrán instalar en su interior, un televisor o emitir música ambiental o de fondo, así como ofrecer, en los términos indicados en este decreto y en el Catálogo, actuaciones en directo de pequeño formato en el interior del establecimiento sin el apoyo de medios de amplificación o reproducción sonora o audiovisual, siempre que no se genere en su interior niveles de presión sonora superiores a 80 dBA para la totalidad de los emisores acústicos.

Los establecimientos de hostelería con música fijos, cerrados y cubiertos ubicados en edificios que incluyan recintos habitables, podrán ofrecer, como actividad complementaria para la amenización de los clientes, en los términos indicados en este decreto y en el Catálogo, actuaciones en directo de pequeño

formato en el interior del establecimiento sin el apoyo de medios de amplificación o reproducción sonora o audiovisual, siempre que no se genere en su interior niveles de presión sonora superiores a 90 dBA para la totalidad de emisores acústicos».

a) En primer lugar, se da un tratamiento similar a ambas actividades, que, por lo demás, hasta ahora estaban prohibidas por el D 78/2002 en los "establecimientos de hostelería sin música".

Decimos esto porque tanto los televisores y la música ambiental, como las actuaciones en directo o en vivo se contemplan en el mismo precepto y apartado de este tipo de establecimientos. Asimismo, se autoriza que realicen sus emisiones hasta un nivel de 80 dBA, que es el nivel de presión sonara a partir del cual el art. 33 del D 6/2012, exige unos aislamientos mínimos a los cerramientos que limitan las actividades o instalaciones ruidosas.

A nuestro juicio, lo lógico, creemos, **hubiera sido, si se quiere fomentar la música en vivo (los conciertos de pequeño formato o acústicos), como se desprende de la Proposición No de Ley del Parlamento de Andalucía que hemos citado, que se hubiera contemplado la celebración de éstos manteniendo la prohibición de emisión de música pregrabada en estos locales**.

Pero es que, además, el límite de 80 dBA en locales que no tienen que contar con aislamientos previstos en el mencionado precepto del D 6/2012, en horario de 12 de la mañana hasta las 12 de la noche, parece excesivo. Estos días hemos tenido conocimiento, a través de los medios de comunicación, de que en Barcelona se tiene previsto modificar las Ordenanzas para que los locales de hostelería puedan emitir música, siempre y cuando, además de cumplir con los requisitos necesarios de seguridad, insonorización y aislamiento acústico, tales emisiones no superen los 30 dBA entre las 7 de la mañana y las 11 de la noche y se sitúen en inmuebles en los que no existan viviendas.

b) Nos preocupa, además, que **al extenderse**, siempre que cumplan las inspecciones previstas en la Disposición Adicional Primera (posteriormente nos detendremos en esta cuestión), **tal autorización a la "hostelería sin música", resulta que dentro de ésta se encuentran los siguientes tipos de locales**, a tenor de lo previsto en la clasificación establecida en el borrador del Nomenclátor, en el epígrafe III.2.6.a): "**Restaurantes, autoservicios, bares, cafeterías, bares-kiosco, mesones, fogones, pizzerías, hamburgueserías y similares**".

Autorizar, pues, la emisión de música en vivo o pregrabada a todos los locales de hostelería hasta 80 dBA cuando, insistimos, en la "hostelería con música", que incluye a pubs y bares con música, se autoriza la emisión de música hasta 90 dBA parece una medida desproporcionada.

Por el contrario, **sí nos parece muy positivo que se incluya también dentro de la categoría de "hostelería con música", las actuaciones en vivo y los conciertos con música en directo que «por su pequeño formato** no requieran escenario ni camerinos para los ejecutantes y su desarrollo no conlleve una modificación de las condiciones técnicas generales y del establecimiento, una alteración de la seguridad y condiciones de evacuación, un aumento del aforo máximo permitido o impliquen la instalación de estructuras eventuales» (Anexo II, Catálogo de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, III.2.8. Establecimientos de hostelería, b) Establecimientos de hostelería con música).

c) Especial inseguridad jurídica creemos que va a originar, para todos los agentes públicos y privados, el régimen jurídico establecido en la Disposición Adicional Primera respecto de la realidad existente.

Esta Disposición, sobre Modificación de las condiciones de desarrollo de la actividad de hostelería en establecimientos públicos, establece, en sus dos primeros párrafos, respecto de la música en vivo y conciertos de música de pequeño formato, lo siguiente:

> «Los establecimientos de hostelería fijos, cerrados y cubiertos, que ya estén legalmente abiertos al público a la entrada en vigor de este decreto, y que cumplan los requisitos técnicos de

insonorización previstos en la normativa de protección contra la contaminación acústica para ofrecer actuaciones en vivo y conciertos de música en directo de pequeño formato, sin apoyo de equipos de reproducción o amplificación sonora o audiovisual, deberán someter a los medios de intervención municipal que correspondan, dicha modificación de las condiciones de desarrollo de su actividad, en los términos previstos en este decreto y en las ordenanzas y disposiciones municipales que se dicten al respecto.

En el caso de que no se actúe conforme a lo establecido en el párrafo anterior, la celebración de dichas actuaciones estarán sujetas a autorización municipal de carácter extraordinario, en los términos previstos en su normativa reglamentaria».

La primera duda que nos genera es cuáles son los "requisitos técnicos de insonorización", teniendo en cuenta que el mencionado D 6/2012 fija, como hemos mencionado, el límite para fijar aislamientos mínimos, a efectos de esta norma, el que la presión sonora sera superior a 80 dBA.

Por otro lado, se prohíbe, salvo que se solicite una autorización municipal, puntual, es decir de carácter extraordinario, que en tales locales se pueda emitir esta música sin que el establecimiento se someta a la intervención municipal que corresponda para la modificación de la actividad (las mencionadas actuaciones en vivo y conciertos) sobre la que inicialmente tenía autorizada "*en los términos previstos en este decreto y en las ordenanzas y disposiciones municipales que se dicten al respecto*".

Pues bien, **teniendo en cuenta la parquedad de normas de este Decreto a la hora de regular estas actividades y que infinidad de municipios carecen de ordenanzas reguladoras de éstas, parece que quienes decidan incorporar las mismas a sus establecimientos pueden encontrar dificultades, que no serán menores que las que van a tener, asimismo, los Ayuntamientos para garantizar el cumplimiento de las normas a las que deben estar sometidas. En definitiva, se puede generar una gran inseguridad jurídica a la hora de determinar los requisitos a cumplir y la naturaleza de la intervención municipal.**

En lo que concierne a la instalación de televisores o emisores de música ambiental o de fondo, se contempla idéntica obligación. Teniendo en cuenta la existencia de miles de establecimientos con estas instalaciones, **vemos también muy complejo que se pueda verificar el cumplimiento de esta normativa por las mismas razones que en el supuesto anterior**.

Es verdad que la norma garantiza que "*En ningún caso se podrán desarrollar las citadas actividades sin que las mismas se hayan sometido previamente a los medios de intervención municipal que correspondan* ".

Creemos que hubiera sido más razonable crear un tipo especial, dentro del Nomenclátor, si se quería que todos los "establecimientos sin música" pudieran emitirla hasta un nivel de 80 dBA, estableciendo unos requisitos «ad hoc» como ocurre con los "pubs y bares con música", o al menos definiendo con claridad cuáles son los requisitos que deben cumplir estos locales.

Creemos, igualmente, que si no se modifica el borrador **se pierde la oportunidad de regular, de manera singular, la música en vivo y los conciertos de pequeño formato en estos locales, distinguiéndola de la pregrabada**, que tiene otros ámbitos en los que se emite sin problemas al reunir los establecimientos los requisitos necesarios para ello (pubs, bares con música, discotecas, salas de fiesta, etc.), reservando ese nuevo marco diferenciado al régimen jurídico de quienes se dedican a esta actividad que, como decíamos, debe ser, con las debidas garantías, fomentada como manifestación cultural. Este creemos que es el sentido de la Proposición No de Ley del Parlamento de Andalucía.

4.4. Innovaciones en el régimen jurídico de horarios.

4.4.1. Sobre el régimen general de horarios.

El apartado 8 del artículo 14 de la propuesta de nuevo Decreto plantea lo siguiente: «El horario de las actuaciones en directo de pequeño formato para amenización de los clientes en el interior de aquéllos establecimientos de hostelería que cumplan los requisitos previstos en esta norma y estén legalmente habilitados o autorizados para desarrollar esas actividades accesorias, será libremente determinado por los municipios, sin que puedan iniciarse antes de las 12:00 horas ni finalizar después de las 0:00 horas»

Creemos que hasta 12 horas de música en establecimientos de hostelería catalogados como "sin música" y con un volumen autorizable de 80 dBA parece difícilmente compatible con los objetivos de calidad acústica que la propuesta de nuevo Decreto pretende respetar. Basta pensar en la mencionada modificación que quiere abordar el Ayuntamiento de Barcelona. Esto, sin contar con algo que sabemos que con cierta frecuencia ocurre y es que los límites de la emisión de dBA no se respeten. Pensar que los servicios técnicos municipales se van a personar por la tarde o por la noche para inspeccionar y hacer mediciones o que todos los locales van a contar con limitadores con control directo de los Ayuntamientos, es no tener presente la realidad de los municipios andaluces. La infinidad de quejas tramitadas por contaminación acústica por esta Institución evidencia que tales controles, aún en casos graves y tratándose de locales no autorizados, habitualmente no se realizan. Esta realidad no se puede desconocer.

4.4.2. Sobre el régimen especial de horarios de hostelería en municipios turísticos y zonas de gran afluencia turística a efectos de horarios comerciales

Consideramos excesivamente permisiva la posibilidad que prevé el artículo 18 de la propuesta de nuevo Decreto para que los municipios declarados turísticos, o que hayan obtenido declaración de zona de gran afluencia turística a efectos de horarios comerciales, puedan «autorizar expresamente horarios especiales de cierre para establecimientos de hostelería, previa petición de las personas titulares de la actividad, que supongan una ampliación de los previstos en el artículo 12 d) y e), siempre que estén situados en sectores del territorio con predominio de suelo de uso recreativo y de espectáculos, de uso característico turístico o de otro uso terciario no previsto en el anterior, y de uso industrial, que previamente hayan sido clasificadas como tales áreas de sensibilidad acústica por el municipio y no hayan sido declaradas zonas acústicas especiales».

En primer lugar, porque no se fija una hora límite aún en el supuesto de horario especial, sino que se deja a la libre decisión del municipio. Es cierto, no obstante, que para autorizar este horario especial, dice el apartado 2 de este artículo, se debe seguir un procedimiento administrativo en el que se garantizará «el otorgamiento de un trámite de audiencia a los vecinos y vecinas colindantes que residan en un radio de hasta 100 metros del establecimiento para el que se solicita la apertura con horario especial y a las asociaciones vecinales y de consumidores y usuarios que representen sus intereses». Sin embargo, ese trámite de audiencia no garantiza, necesariamente, que se tengan en cuenta las reivindicaciones de la ciudadanía.

Por otro lado, se les permite también a estos establecimientos, cuando tengan terrazas o veladores, que los viernes, sábados y vísperas de festivo permanezcan abiertos media hora más del límite establecido para el cierre en el art. 16.

A nuestro juicio, **se debiera tener presente que en "los municipios declarados turísticos" residen infinidad de personas que trabajan y tienen los mismos derechos constitucionales que los que residen en otros municipios**.

Teniendo en cuenta esa realidad y el hecho de que cada vez más se está demandando en todos los países un modelo de desarrollo económico sostenible, es decir, respetuoso con el medio ambiente, creemos que establecer unos horarios diferentes por el mero hecho de que ese municipio haya sido calificado de turístico, cuanto menos parece que tal previsión puede ser cuestionable.

5.Conclusiones.

Como corolario de lo expuesto, **consideramos que el régimen** jurídico que establece la propuesta de nuevo Decreto, en lo que concierne a los establecimientos de hostelería, con y sin música, a las actividades de esparcimiento, terrazas o veladores y al régimen de horarios en los aspectos aquí comentados, **es menos garantista para la protección real y efectiva de la calidad de vida y de los derechos constitucionales de la ciudadanía establecidos en los arts. 43 (derecho a la protección de la salud), 45 (a un medio ambiente adecuado) y 18 (derecho a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio), respecto del previsto en el actual Nomenclátor**. Derechos todos ellos sobre los que se puede generar una situación de cierto riesgo de ser vulnerados por la contaminación acústica derivada de la emisión de música en estos locales y/o en sus terrazas, tal y como tiene reconocido una jurisprudencia muy consolidada del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.Por otro lado, la **utilización, a nuestro juicio excesiva, de conceptos jurídicos indeterminados** en la normativa contenida en la propuesta del nuevo Decreto, puede dificultar la utilización de los mecanismos de defensa de sus derechos para la ciudadanía que, en vez de contar con una normativa clara y precisa, como hasta ahora con el vigente D 78/2002, se verá obligada a demostrar, caso por caso y, a veces, con sus propios medios económicos, la vulneración de sus derechos mediante las oportunas mediciones que, en todo caso, pueden encontrar unas dificultades añadidas cuando tal medición se tiene que realizar sobre el "ruido exterior".**Los Ayuntamientos**, por su parte, se pueden ver desbordados para atender las denuncias por contaminación acústica provocada por los establecimientos y, al mismo tiempo, **tendrán que otorgar licencias, o dar el visto bueno en sus controles de actividad, si ésta cumple los requisitos al tratarse de actos reglados**, por lo que el número de establecimientos que tendrán que supervisar, con unos recursos escasos, será muy superior al actual.

El nuevo Nomenclátor, a nuestro juicio, debería garantizar **el necesario equilibrio entre los distintos intereses y derechos en juego, no bastando para ello con que se** mencione en distintos preceptos la necesidad de garantizar los objetivos de calidad acústica y respetar las distintas normas de aplicación en materia de contaminación acústica y ruidos.

Así las cosas, **la propuesta de nuevo Decreto debiera traer consigo un compromiso, una apuesta decidida por la protección de los derechos mencionados en este escrito y, de manera singular, para alcanzar el objetivo que se contempla en el art. 5.a del Real Decreto Legislativo 7/2015**, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, que establece el derecho de todos los ciudadanos a disfrutar de una vivienda digna, adecuada y accesible que «constituya su **domicilio libre de ruido u otras inmisiones contaminantes de cualquier tipo que superen los límites máximos admitidos** por la legislación aplicable».

A la vista de todo ello y de conformidad con lo establecido en el art. 29, aptdo. 1, de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, se formula la siguiente

[1]En el borrador que posee esta Institución no aparece el apartado c), pasando del b), Establecimientos de esparcimiento para jóvenes, al d) Salones de celebraciones.

RESOLUCIÓN

SUGERENCIA**:**

1. Que se revise, en el sentido propuesto en nuestras aportaciones, las previsiones contenidas en los arts. 7 y 8 de la propuesta de nuevo Decreto con objeto de que **se garantice con instrumentos verdaderamente eficaces el imprescindible equilibrio que debe existir entre los distintos intereses y derechos en juego** y, sobre todo, el disfrute, real y efectivo, de los derechos de la ciudadanía a la protección de salud (art. 43 CE), que incluye el derecho al descanso, a un medio ambiente adecuado (art. 45 CE) y a la intimidad personal y familiar (art 18 CE).

Con esta finalidad, consideramos muy necesario que se revise la autorización de emisión de música en el exterior de los locales de hostelería y esparcimiento en los términos previstos en la propuesta del nuevo Nomenclátor y/o, en su caso, se estudie incorporar garantías como las indicadas en este escrito, que permitan garantizar la imprescindible seguridad jurídica y eficacia del cumplimiento de las normas que regulan el ejercicio de estas actividades.

Para el caso de que, en contra de este criterio, se autorice la emisión de música en el exterior de locales de esparcimiento, se debería regular tal excepción no a través de conceptos jurídicos indeterminados, sino con criterios objetivos susceptibles de ser fácilmente verificables, tal y como se prevé en otras actividades que puedan generar afecciones en los derechos de la ciudadanía, en las que, por ejemplo, se fija una distancia mínima, medida en metros, entre el foco emisor de la contaminación y el suelo residencial o los núcleos de viviendas.

Se trataría, por tanto, de establecer requisitos objetivos para desarrollar estas actividades teniendo muy presente el **principio de precaución**, con objeto de evitar nuevos riesgos para la protección de la salud y a un medio ambiente adecuado.

2. Respecto de la autorización genérica de instalación de televisores, emisión de música ambiental y en vivo en todos los "establecimientos de hostelería sin música" de Andalucía, en los términos previstos en la Disposición Adicional Primera y, teniendo en cuenta que dentro de esta clasificación entrarían "Restaurantes, autoservicios, bares, cafeterías, bares-kiosco, mesones, fogones, pizzerías, hamburgueserías y similares", **creemos muy necesario que, con carácter previo a su aprobación, se emita informe por la Consejería de Salud y por la de Medio Ambiente a fin de valorar la posible incidencia que la emisión de música hasta un límite de 80 dBA y en horario de 12 de la mañana hasta las 12 de la noche, pudiera tener en los derechos constitucionales a la protección de la salud y el medio ambiente**, con la finalidad de que se valoren los requisitos técnicos que, en su caso, deban poseer los locales para garantizar una adecuada insonorización y aislamiento acústico que evite posibles afecciones a los residentes en viviendas situadas en inmuebles donde existan tales locales y su entorno.

3. Que de acuerdo con lo establecido en el art. 42, aptdo. 1, del D 6/2012, y dado que se autoriza la emisión de música que puede generar una presión sonora igual o superior a 70 dBA, **se exija, en todo caso, además de los requerimientos** técnicos y de insonorización a que se refiere la Disposición Adicional Primera del borrador del nuevo Nomenclátor, el **estudio acústico a que se refiere el art. 42 de este Decreto**.

4. Que **se considere** por motivos ambientales y de seguridad jurídica, tanto para los empresarios del sector de la hostelería, como para la ciudadanía y de los propios Ayuntamientos, **la conveniencia, tal y como entendemos, que se recoge en la Proposición No del Ley del Parlamento de Andalucía, de incorporar al borrador del nuevo Nomenclátor un nuevo tipo de actividad que contemplara los conciertos en pequeño formato o acústicos, estableciendo con claridad las normas técnicas que le serían de aplicación a los locales para garantizar tanto su insonorización y aislamiento acústico, como la necesaria seguridad, aforo y horarios**.

5. Que se estudien las iniciativas incluidas en la Proposición No de Ley del Parlamento de Andalucía mencionada en este escrito, relativas a que, con las debidas cautelas, se regulen, en los términos expresados en esta Proposición No de Ley "*los establecimientos especiales para desarrollar espectáculos públicos y actividades recreativas y de ocio de carácter excepcional*".

6. Que, asimismo y con las debidas cautelas, previos los trámites legales oportunos, se estudie la modificación del Decreto 10/2003, de 28 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General de la Admisión de Personas en los Establecimientos de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, a los efectos mencionados en la citada Proposición No de Ley del Parlamento de Andalucía.

7. Respecto del régimen jurídico de horarios de establecimientos de hostelería y esparcimiento, teniendo en cuenta la necesidad de garantizar el derecho (reconocido en el art. 14 de la Constitución) a la igualdad en el acceso y disfrute de todos los derechos reconocidos a la ciudadanía cualquiera que sea el lugar o territorio donde residen, creemos que **se debe establecer un régimen horario similar para todos los municipios de Andalucía pues la declaración de municipio como turístico no debe conllevar una merma en la garantía o disfrute de los derechos constitucionales**, como es el derecho a la protección de la salud que, como hemos indicado, incluye el derecho al descanso, el derecho a un medio ambiente adecuado y el derecho a disfrutar de la intimidad personal y familiar en el hogar.

Ello sin perjuicio de que dentro de los límites horarios que se establezcan, los Ayuntamientos puedan ponderar, discrecionalmente y en función de los días, localización y demás circunstancias, el horario concreto que debe ser aplicado.

8. Que **se efectúe una amplia difusión del plazo de información pública** en el que se puedan formular alegaciones a la propuesta del nuevo Decreto y que, dada la especial incidencia de la materia a regular en los derechos de la ciudadanía, se **invite a su participación a las asociaciones y entidades que defienden derechos e intereses que pudieran resultar afectados**.

Por último, queremos manifestar que el sentido y alcance de este escrito no es otro que, como Institución garante de la defensa de los derechos constitucionales y estatutarios de la ciudadanía, colaborar con los poderes públicos para que el régimen jurídico que regula la actividad de los establecimientos de hostelería establezca el necesario e imprescindible equilibrio que debe existir entre el acceso y disfrute de los derechos constitucionales al ocio (art. 43.3 CE) y la cultura (art. 46 CE) y la garantía efectiva del derecho a la protección de la salud (art. 43.1 CE), que incluye el derecho al descanso, el derecho a un medio ambiente adecuado (art. 45.1 CE) y el derecho a la intimidad personal y familiar en el hogar (art. 18 CE).

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Queremos conocer las actuaciones de la Administración para proteger el humedal de Baíco, en Baza (Granada)

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 16/5147 dirigida a Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio

- 27 Diciembre 2017

RESUMEN DEL RESULTADO (CIERRE DE QUEJA DE OFICIO)

La Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio nos informa de las actuaciones que viene realizando para la protección del humedal de Baíco, en Baza.

10-10-2016 APERTURA DE LA QUEJA DE OFICIO

El Defensor del Pueblo Andaluz ha iniciado una actuación de oficio al conocer, a través de los medios de comunicación, que el denominado humedal de Baíco, en la zona de Baza, Granada, no goza de la suficiente protección que permita garantizar los valores inherentes a este paraje, siendo así que una asociación proteccionista de la zona viene reivindicando, desde hace años, que la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio afronte el compromiso de proteger esta zona, petición que, al parecer, fue respaldada, en su día, por todos los miembros del Pleno de la Corporación Municipal de Baza.

El mencionado humedal, al parecer, habría sido objeto de distintas intervenciones, como ha ocurrido en otros humedales de España, destinadas a provocar su desecación artificial para destinar los terrenos a uso agrícola.

Según hemos podido leer en algunas publicaciones que hemos consultado, para llevar a cabo esa desecación, primero "*se efectuaron canales de drenaje ("drenes") para que saliera el agua de la laguna, los localmente llamados "sangradores", unos canales para la evacuación de las aguas superficiales que conectaban con otros canales más profundos, unos con recorrido superficial como el llamado en la zona "el Azud", y otros subterráneos, con origen en la época árabe, denominados qannats (canales) y posteriormente se procedió al relleno de la cubeta con tierra procedente de las tierras extraídas de los propios canales de drenaje y los cerros del entorno, con la intención de nivelar el suelo a fin de desecar el terreno y ganarlo para el aprovechamiento agrícola, uso que no había tenido tradicionalmente, sino ahora y hace tan solo unos pocos años en lo que respecta a esta zona de la Hoya de Baza*".

Pese a ello, la laguna reaparece, con mayor o menor entidad, cuando llega la época de lluvias, por lo que de gozar de una protección adecuada parece que podría recuperar la entidad que tuvo años atrás.

Por otro lado, hemos podido conocer también que este humedal cuenta con una rica fauna, singularmente

de aves, ya que:

"*En su laguna salina se concentran tanto especies de aves propiamente esteparias (Gangas ortegas, Alcaravanes, Calandrias, Cogujadas, Terreras, Alondra, Bisbitas, Totovías...), como otros típicos habitantes del estrato de matorral (Currucas, Buitrón, Mosquiteros, Zarzeros y Ruiseñores...); especies migratorias como Golondrinas, Aviones, Vencejos, Abejarucos, Abubillas o Palomas (tórtola europea, paloma torcaz), junto a otras aves asociadas a la presencia excepcional de agua como la Lavandera boyera, los limícolas como Chorlitejos, Andarríos, Zarapitos, Agujas, Archibebes, Avocetas, y zancudas mayores como, Garzas, Garcillas y Garcetas común, los bellos y elegantes Flamencos comunes (Phoenicopterus roseus), de paso migratorio que escogen este humedal salino para descansar. Particularmente destaca la Cigüeñuela común (Himantopus himantopus), una bonita y elegante ave zancuda que cría en la zona, y que es una de las especies más confiadas a la presencia humana en el entorno de la laguna y por tanto la más fácil de ver en nuestras visitas a este lugar.*

La aridez, prácticamente generalizada, del entorno donde se localiza el Humedal del Baíco ha motivado que esta zona con agua sea muy apreciada por la fauna y se ha podido observar la presencia, más o menos estable, de una importante población de aves que, o bien se han establecido en él, o lo frecuentan con cierta asiduidad, al haber encontrado en el mismo unas condiciones óptimas para su subsistencia, como se ha puesto de manifiesto en los trabajos de campo que hemos efectuado para el seguimiento de la población de aves de este territorio. Han sido catalogadas cincuenta especies de aves hasta ahora".

A la vista de tales hechos nos hemos dirigido a la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio para conocer si, por parte de dicha Consejería se tiene previsto realizar alguna intervención destinada a proteger, con los medios legales a su alcance y de una forma eficaz, los valores inherentes a este humedal y a recuperar, en la media de los posible, la entidad que tuvo en el pasado.

27-12-2017 CIERRE DE LA QUEJA DE OFICIO

La Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio nos informa de las actuaciones que viene realizando para la protección del humedal de Baíco, en Baza.

El Defensor del Pueblo Andaluz inició esta actuación de oficio para conocer las previsiones de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio sobre el humedal de Baíco, en el municipio granadino de Baza, con objeto de dotarlo de una protección adecuada y acorde con los valores de este espacio.

En una primera respuesta, la Consejería nos comunicó, en síntesis, lo siguiente:

1.- Que el humedal de El Baíco fue objeto de trabajos preparatorios para inclusión en el criptohumedal "Saladares de Baza", del que forma parte el primero, en el Inventario de Humedales de Andalucía, conforme al Decreto 98/2004, si bien ello no ha sido posible hasta el momento dado que se precisa que la propiedad de los terrenos muestren su conformidad con dicha inclusión, de manera que se garantice su implicación en la protección del mismo. En concreto, indica que la conformidad pedida no ha sido posible "*dada la oposición manifestad por la mayor parte de las personas propietarias de los terrenos sobre los que se asienta*".

2.- Que no obstante, se ha llegado a un acuerdo con uno de los propietarios (una persona jurídica) de parcelas que componen el humedal para preservar la flora amenazada y realizar su seguimiento.

3.- Que se hace un seguimiento de aves esteparias en el marco del Plan de recuperación y conservación de aves esteparias, concretamente de la ganga-ortega y del alcaraván común.

4.- Que se hace un estudio de las repercusiones de cualquier solicitud de autorización de cambio de uso del suelo en la zona para evitar que afecte al mantenimiento de las especies y tipos de hábitats de interés comunitario preseentes en este humedal.

5.- Que se produce un control y vigilancia para evitar la realización, sin autorización, de roturaciones, apertura de nuevos drenajes y cambios en los usos de los terrenos con vegetación natural que aún quedan dentro de los límites del humedal; para lo cual, en su caso, se procedería a la apertura de los expedientes sancionadores que procedieran, los que conllevarían además de la sanción pecuniaria que correspondiera, la reposición del terreno a su estado anterior.

6.- Finalmente, que se produce la observancia del cumplimiento de lo previsto en la Ley 8/2003, de la flora y la fauna silvestres y el Decreto 23/2013.

Dado que, a juicio de esta Institución, en su escrito la Consejería parecía que daba a entender que no se había abierto ningún expediente sancionador a pesar de las noticias que habían llegado a esta Institución sobre el estado del humedal, interesamos un nuevo informe del que extraimos la conclusión de que se estaban impulsando medidas para la protección de este humedal con objeto de que no sufra ninguna merma, por lo que entendimos que el problema estaba en vías de solución, procediendo al archivo de la actuación de oficio abierta.

Queremos conocer si en las inmediaciones del Parque Natural de Los Alcornocales se organizan unas actividades junto al canal de agua para consumo humano

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/4642 dirigida a Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio

- 15 Diciembre 2017

RESUMEN DEL RESULTADO (CIERRE DE QUEJA DE OFICIO)

El Defensor del Pueblo Andaluz concluye la actuación de oficio al comunicarle la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio las actuaciones que vienen realizando para que estos hechos no vuelvan a producirse.

08-09-2017 APERTURA DE LA QUEJA DE OFICIO

El Defensor del Pueblo Andaluz ha iniciado una actuación de oficio al conocer, por los medios de comunicación, que en una finca existente en el término municipal de Castellar de la Frontera (Cádiz) se organizan rutas para que los conductores de vehículos todo terreno y 4x4 realicen pruebas con los vehículos. Siempre según estas noticias, varias asociaciones ecologistas han denunciado que han visionado vídeos subidos a las redes sociales "*en los que se ve a los vehículos cruzando un canal que transporta agua para consumo desde el pantano de Castellar al depósito ubicado junto a Los Timbales, en la Estación de San Roque, donde el agua es depurada antes de ser enviada al suministro doméstico*".

Siempre según estas noticias, estas asociaciones han denunciado ante el SEPRONA, de la Guardia Civil, la policía autonómica y la Dirección del Parque Natural Los Alcornocales estos hechos y consideran "*muy grave que los conductores de estos vehículos se diviertan cruzando un canal que transporta agua que tiene como destino el consumo humano. «Creemos que se está produciendo un atentado contra la seguridad y la salud del ciudadano. Cualquier incidente en un vehículo puede provocar el vertido de combustible u otro tipo de sustancias que podrían considerarse tóxicos», explica un portavoz de los ecologistas*".

A la vista de estos hechos nos hemos dirigido a la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio a fin de que nos informe si tienen conocimiento de los mismos, si tales actividades son compatibles con la protección que se debe dispensar al espacio en el que se desarrollan y, en el supuesto de que se trate de actividades no amparadas en derecho, que incluso pueden suponer cierto riesgo para la protección adecuada del derecho a la salud, si se han adoptado medidas, o se tiene previsto adoptar, para impedir que se continúen desarrollando tales actividades.

15-12-2017 CIERRE DE LA QUEJA DE OFICIO

El Defensor del Pueblo Andaluz concluye la actuación de oficio al comunicarle la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio las actuaciones que vienen realizando para que estos hechos no vuelvan a producirse.

En su respuesta, la Consejería nos comunicó que los hechos tuvieron lugar en una finca privada del término municipal de Castellar de la Frontera (Cádiz), que es un de las que se han incorporado al Parque Natural tras la publicación en el BOJA núm. 194, de 9 de octubre de 2017, del Decreto 150/2017, de 19 de septiembre, por el que se aprueba el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales del ámbito Los Alcornocales, se amplía el ámbito territorial del Parque Natural Los Alcornocales y de la Zona de Especial Protección para las Aves Los Alcornocales (ES0000049), y se aprueba el Plan Rector de Uso y Gestión del Parque Natural Los Alcornocales.

Siempre según esta información, en la finca se vienen desarrollando desde hace años actividades ligadas a la entrada de vehículos todoterreno, por lo que, tras su incorporación, por parte de la dirección del Parque Natural se vienen realizando actuaciones para comprobar la existencia de actividades de esta naturaleza, así como la entrada de personas sin control alguno, por lo que la propiedad de la finca ha procedido a poner mallas en las inmediaciones de la zona húmeda del Soto, zona de mayor valor ambiental de la finca. También han identificado a la empresa que realiza estas actividades, aunque no se ha podido constatar que sean los causantes de los destrozos en el canal.

No obstante, estas gestiones no han resultado fructíferas pues la finca pasa por problemas de titularidad y no se puede identificar a sus propietarios; así, por ejemplo, ante las actividades ilegales en la zona, aunque se han cerrado algunas zonas con cancelas, no todas permanecen cerradas. En cuanto al hecho concreto por el que se abrió esta actuación de oficio, la Consejería nos informó que se habían denunciado a la Guardia Civil y las mismas, además de un posible daño a la salud y medioambiental, ocasionan también perjuicios a las infraestructuras ya que canal está hecho de losas de hormigón que pueden moverse con estas actividades, originando pérdidas de agua e, incluso, su rotura.

Por ello, ante la gravedad de los hechos, personal técnico de la Delegación Territorial de Cádiz y agentes de Medio Ambiente mantuvieron una reunión con el Ayuntamiento de Castellar de la Frontera y de la Guardia Civil, en la que se concluyó intensificar las labores de vigilancia de los agentes de Medio Ambiente en coordinación con los de la Policía Local y Guardia Civil para evitar la repetición de estos hechos.

A la vista de esta respuesta, entendimos que no eran precisas nuevas actuaciones por nuestra parte por lo que dimos por concluidas nuestras actuaciones.

¿Se están vertiendo aguas sin depurar en el estuario del río Barbate?. Lo preguntamos

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/3177 dirigida a Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio

- 12 Junio 2017

El Defensor del Pueblo Andaluz ha iniciado una actuación de oficio al conocer, a través de los medios de comunicación, que *"Barbate, que tiene una depuradora 'de juguete' que la Junta de Andalucía inauguró en el año 2000, arroja sus aguas residuales al océano Atlántico desde el estuario del río Barbate, al lado de su playa urbana de El Carmen. Pero eso es así solamente ocho meses al año. Porque desde el 1 de junio y hasta el 30 de septiembre se activa un emisario submarino que arroja esas aguas por una canalización, tubo o cañería de apenas unos 300 metros de longitud, construido a mitad de camino entre ambas poblaciones, a unos cuatro kilómetros de Zahara, y que entra en el mar frente a la zona militar del Retín, en una playa "no oficial", según la terminología empleada por la Junta, que es la del Botero. Este emisario empezó a funcionar en verano de 2014 y los vecinos, comerciantes y hosteleros de Zahara le han declarado la guerra porque, según denuncian, esas conducciones dejan olores fétidos en el pueblo durante toda la temporada estival. Y el temor, claro, es que ello termine espantando a un turismo que da de comer a Zahara de los Atunes para todo el año"*.

Según las declaraciones recogidas en las noticias a las que ha tenido acceso esta Institución, entre ellas el presidente de una asociación de comerciantes y hosteleros de Zahara de los Atunes, "*«Ni queremos mandar a nadie a la cárcel, ni queremos una guerra con Barbate, ni nada por el estilo. Lo único que queremos es que dentro de un mes, cuando llegue el 1 de junio, ese emisario submarino no vuelva a funcionar. Y ya está. En cuanto un juez o una jueza ponga eso por escrito, nosotros retiramos la querella»* ". Continúa la noticia indicando que *"Pero el problema está en que mientras no se construya la nueva depuradora prometida, la EDAR de Barbate tendrá que seguir arrojando sus aguas sucias al mar, bien por la canalización 'de invierno' o bien por la 'de verano'"*.

Más adelante podemos leer que *"desde Aqualia niegan la mayor porque sus jefes aseguran con rotundidad que es «científicamente imposible» que lo que arroja el emisario pueda provocar malos olores. Desde la depuradora explican que esos residuos 'sobrantes' que se evacúan en el Atlántico no es agua depurada, evidentemente, porque la EDAR de Barbate es lo mínimo que se despacha en depuradoras, pero sí es agua tratada porque se le ha retirado buena parte de las inmundicias que traían en origen. En sus informes que se han sumado a esta causa judicial, la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía ha indicado, entre otras cosas, que Barbate lleva 30 años vertiendo sus aguas residuales al mar sin autorización alguna, pero también que esos vertidos, aunque obviamente superan los límites legales de contaminación fijados por la normativa europea, no son dañinos ni para la flora, ni para la fauna, ni para las personas"*.

Respecto de la nueva depuradora que sería necesario ejecutar, parece que existe una reserva de suelo; la

cuestión es quién debe ejecutarla, si la Administración del Estado o la de la Junta de Andalucía. En relación con esta cuestión, podemos leer que *"La Junta, de momento, ha dicho que ella ya invirtió 300.000 euros en la redacción del proyecto de esta futura depuradora, y que ahora le toca al Gobierno de España levantar la planta según el acuerdo cerrado entre ambas partes. Pero desde la Administración estatal ya han aclarado que la competencia es exclusivamente de la Junta y que, en todo caso, el Gobierno central ayudaría en la medida de lo posible a la Administración andaluza para agilizar esta construcción, aunque todo ello tendrá que ser acordado entre ambas partes en unas negociaciones que ni siquiera tienen fecha "*.

Hace 25 años, en 1991, esta Institución presentó al Parlamento de Andalucía el Informe Especial "El Estado Sanitario y Ambiental de las Playas Andaluzas" (http://www.defensordelpuebloandaluz.es/el-estado-sanitario-y-ambiental-d...), en el que, en su apartado 2.6. La competencia del tratamiento de los vertidos y el saneamiento por parte de los Ayuntamientos, manifestábamos lo siguiente:

"Como hemos visto al analizar el marco jurídico, el artículo 25, de la Ley de Bases de Régimen Local, le atribuye la competencia para el saneamiento y el tratamiento de las aguas residuales urbanas a los Ayuntamientos. Queda claro que los obligados legalmente a depurar sus aguas residuales son los propios Ayuntamientos. Aunque después habrá que matizar el alcance de esta obligación legal.

Antes hemos querido pulsar el nivel de dotación de infraestructuras de saneamiento a través de la información que nos aportaban los propios Ayuntamientos. Y como resumen de la visita de los veinticinco Ayuntamientos podemos ofrecer los siguientes hechos:

** Ninguno de los veinticinco Ayuntamientos realizan tratamiento secundario, biológico, de sus aguas residuales.*

** Cuatro municipios -Mijas, Almonte (Matalascañas), Cartaya (el Rompido) y Punta Umbría- disponen de un sistema de depuración con tratamiento primario funcionando correctamente. Evacuando posteriormente al mar a través de emisario.*

** Otros cuatro Ayuntamientos realizan una tamización, para eliminar los restos sólidos, y disponen de depuradoras, pero con un funcionamiento irregular. Evacúan al mar a través de emisarios.*

** Diez municipios arrojan sus aguas residuales sin depurar, y sin aplicar ningún tratamiento, a través de emisarios. En general, se advierte que los emisarios son insuficientes, de pequeña sección, poco extensos y deficientemente mantenidos. Este sistema de vertido se concentra en la costa malagueña, granadina y almeriense.*

** El resto, siete municipios, evacúan directamente al mar o a rías próximas al mar, sin ningún tipo de tratamiento, ni siquiera sedimentación de los restos sólidos, y sin emisarios. Esta situación se da mayoritariamente en las provincias de Cádiz y Huelva.*

Estos datos los hemos obtenidos directamente de la información dada por los propios Ayuntamientos, al preguntarles por la evaluación de las carencias existentes en el municipio en lo que se refiere al sistema de depuración de los vertidos. La realidad es que la mayor parte de la costa carece de un correcto sistema de depuración de sus aguas residuales.

El problema ahora se centra en determinar el grado de incapacidad de las administraciones locales para asumir el coste económico de la superación de estas deficiencias estructurales. Ya hemos mencionado que el coste de las inversiones de la creación de la infraestructura necesaria para el saneamiento es muy importante. Podemos dar datos para que el lector se haga una idea. Por ejemplo, el Ayuntamiento de Algeciras nos decía que el Proyecto de Saneamiento Ambiental Integral estimaban que costaría unos 2.000 millones de pesetas. Las obras de construcción de la depuradora de Matalascañas (Almonte) ha costado 600 millones de pesetas. El Plan de Saneamiento Integral de Barbate está presupuestado en 1.200

millones de pesetas. Estos datos son suficientemente elocuentes por sí mismo. Hay casos que el coste del proyecto de saneamiento representa el presupuesto municipal de un quinquenio.

Está claro que la responsabilidad de la dotación de las infraestructuras sanitarias es una obligación que no puede recaer con exclusividad en los Ayuntamientos. Para la resolución de este problema se deben de comprometer todas las administraciones públicas, y en especial la Junta de Andalucía y las Diputaciones Provinciales, a través de los Planes Provinciales de Obras y Servicios, y más en concreto para asistir a municipios de menor entidad poblacional.

En este sentido, hemos sido fedatarios de las quejas de los Ayuntamientos frente a la supuesta incomprensión de la Dirección General de Obras Hidráulicas ante su problema de saneamiento. Concretamente, en la costa de Cádiz esperan un llamado Plan de Saneamiento Integral de la Junta de Andalucía con el que aspiran a resolver sus deficiencias. En Motril, nos informaban de la incapacidad material para crear la infraestructura sanitaria, etc.

También en la costa almeriense arrecian las críticas contra la gestión de la Dirección General de Obras Hidráulicas. Se sienten abandonados y denuncian la falta de infraestructura necesaria para atender el saneamiento de las aguas. Concretamente, en el Ayuntamiento de Carboneras se lamentaban que llevaban cuatro años detrás de la Dirección General para recibir algún tipo de ayuda, sin éxito alguno hasta el momento.

No obstante, hemos verificado que hasta ahora, de los proyectos realizados, la Consejería de Obras Públicas y Transportes financia sobre un 50 o 60 por 100 de los mismos. Hay que decir que las mayores inversiones se han desarrollado recientemente en la costa de Huelva.

Avanzando en la exposición, nos damos cuenta que el problema no acaba con la creación de la infraestructura, sino que es necesario establecer un sistema de gestión que garantice su mantenimiento. La cuestión no es baladí. Hemos dicho que el dispositivo de saneamiento de la costa en los últimos años había empeorado, y ahora comprobamos que una de las razones de ese hecho se encuentra en la falta de mantenimiento y abandono de las infraestructuras de saneamiento. Había problemas que en 1.983 se estimaba que eran de urgente resolución, sin que hasta ahora todavía se haya actuado. También ha contribuido la mayor concentración de la población en la costa, sobre todo en la temporada de verano. Una razón y otra han provocado la situación que hoy padecemos.

Decíamos que uno de los motivos del deterioro de las instalaciones es la incapacidad de los Ayuntamientos para mantener costosas infraestructuras, que consumen importantes partidas presupuestarias, y estimábamos que como recomienda el Plan Director de Infraestructura Sanitaria, elaborado por la Consejería de Obras Públicas y Transporte, se deberían integrar los municipios en "Unidades de Gestión", ésto es, Mancomunidad de Municipios. Como así se ha hecho en Huelva. A este fin, se ha constituido una Mancomunidad de Aguas de la Costa de Huelva para el saneamiento y el abastecimiento de las aguas (como ya existe en la costa del Sol Occidental, que por cierto cuenta con un importante déficit presupuestario, motivado, entre otras razones, por las importantes cantidades que adeudan los municipios que la componen y que ha provocado grandes tensiones entre éstos y la propia Comunidad). La Mancomunidad ha establecido un dispositivo de saneamiento en Punta Umbría, el Rompido y Matalascañas, y en breve comenzará Palos de la Frontera y Moguer, extendiendo su implantación en el resto de la costa durante el año 1.992. Ello es importante, porque, además de integrarse una fuerte inversión (se estima en más de 2.000 millones de pesetas, financiando la mitad la Junta de Andalucía), la propia Mancomunidad gestionará la conservación de las instalaciones. No cabe duda que este es un buen ejemplo a seguir para el resto del litoral andaluz".

En otra parte de este Informe Especial, justamente en la parte final del apartado "5.4. La función de inspección por parte de las autoridades sanitarias", podemos leer:

"Ahondando en este asunto, podemos reflejar aquí un caso grave que hemos observado en la provincia de

Cádiz para que el lector compruebe a que nos referimos. En el término municipal de Barbate, en las playas denominadas de "Los Caños de Meca", se han establecido ilegal y clandestinamente en el mes de Junio de 1.991 una serie de chiringuitos, que además de no contar con licencia municipal, presentaban el siguiente ambiente sanitario: no disponían de agua potable; la eliminación de las aguas residuales era a través del vertido libre al mar y a las arenas de la playa; el agua de los caños naturales que van a la playa, y que tiene naturaleza de residual, se utilizaba para el aseo y la cocina; y en general, el estado sanitario era pésimo.

Esta situación era conocida por el Ayuntamiento, el cual lo puso en conocimiento de la Delegación de Salud, quienes en el mes de Agosto nos aseguraban que se habían puesto en comunicación con la Jefatura de Costas para que procediera a su clausura inmediata y demolición. Nos explicaban que no disponían de medios coercitivos directos para hacer cumplir la orden de clausura (la Junta de Andalucía no tiene cuerpo de policía autonómico para hacer cumplir sus actos administrativos), y por ello se veían obligados a hacerlo a través de la Jefatura de Costas, que con el auxilio del Gobernador Civil de la provincia y la Guardia Civil, disponía de los medios materiales y humanos para llevarlo a cabo.

Lo cierto es que todavía en el mes de Septiembre los chiringuitos estaban en pié. Y todo ésto referido a una situación de elevado riesgo sanitario. Entendemos que este caso es significativo del problema que queremos poner en evidencia. En general, la interdependencia administrativas entre los entes públicos no es resuelta con eficacia para intervenir sobre los chiringuitos".

En fin, todo ello pone de manifiesto que la garantía de una calidad ambiental y sanitaria de las aguas de baño de nuestro litoral y, en lo que aquí concierne, en Barbate, que evite la emisión de aguas contaminadas por residuos urbanos al mar es un problema que "arrastra" una larga historia y sólo puede resolverse con la ejecución de las adecuadas infraestructuras de tratamiento de las aguas residuales que parece no llegar nunca a este municipio, pese a la extraordinaria calidad de sus playas.

Por tales hechos, hemos iniciado esta actuación de oficio en la que, con independencia de la cuestión sometida a conocimiento de la Fiscalía y a la autoridad judicial, relativa a la querella interpuesta, asunto éste que al encontrarse sub-iudice no podemos valorar por aplicación del art. 17.2 de nuestra ley reguladora, nos hemos dirigido a la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio para conocer:

1. Previsión existente sobre la ejecución de una depuradora que, junto a las demás infraestructuras de saneamiento, impida que en el término municipal de Barbate continúen vertiéndose aguas residuales urbanas no depuradas al mar.

2. Medidas de control existentes sobre los vertidos no depurados que se realicen en distintas zonas de ese municipio, en las que se han construido infinidad de viviendas ilegales y se han instalado chiringuitos que no cuentan con un sistema de saneamiento adecuado, lo que hace que se generen vertidos al mar sin depurar.

Asimismo, interesamos nos informe sobre cualesquiera otras cuestiones que estime de interés en relación con la cuestión de fondo planteada en esta queja, que no es otra que los vertidos urbanos que, sin un adecuado tratamiento y depuración, se vierten directamente al mar y previsiones para solucionar un problema que, en modo alguno, es nuevo y que, en todo caso, tenía que haber estado resuelto a la fecha límite del 31 de Enero de 2015.

¿Está vertiendo aguas residuales al mar el Ayuntamiento de Nerja ?. Lo investigamos

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/3178 dirigida a Defensoría del Pueblo de las Cortes Generales

- 12 Junio 2017

El Defensor del Pueblo Andaluz ha iniciado una actuación de oficio en la que nos hemos dirigido a la Defensoría del Pueblo de las Cortes Generales a la que le hemos trasladado que hemos conocido, a través de los medios de comunicación, que, al parecer, Nerja es el "*único gran municipio costero que continúa vertiendo sus aguas residuales directamente al mar sin ningún tipo de tratamiento previo*".

Siempre según las noticias que han llegado a esta Institución, aunque las obras se iniciaron hace dos años, han sido interrumpidas al parecer por no poder continuar con las mismas la empresa concesionaria por cuestiones de índole financiero. Por otro lado, hemos podido leer que los colectores y estaciones de bombeo apenas están ejecutados: "*Entre los trabajos pendientes para finalizar la depuradora de Nerja quedan por colocar el colector en la avenida Antonio Ferrandis "Chanquete", desde la estación de bombeo de la desembocadura del río Chíllar –que está prácticamente finalizada–, hasta conectar con la céntrica calle Diputación, a lo largo de casi un kilómetro. Además, faltan por instalar el nuevo emisario submarino de la playa de Burriana y el que sustituirá al que se rompió frente a la playa de El Chucho. Estos últimos trabajos están siendo ejecutados por el Ayuntamiento, con un coste de 100.000 euros (...) hay conexiones de colectores, como los previstos en la zona del Mirador del Bendito, cerca de Burriana, donde tampoco se ha actuado, ya que el propietario de los terrenos se niega a autorizar que se unan los tubos, en una distancia que queda pendiente de apenas 100 metros*".

De las noticias publicadas se desprende que es el Ministerio de Medio Ambiente quien dirige y financia íntegramente las obras. Se trata de unas infraestructuras imprescindibles para garantizar la calidad y salubridad de las aguas de baño en una zona de gran concentración de bañistas, dado que se trata de un municipio situado en la costa, en el que, además de la población residente, se concentra gran número de turistas.

El problema que todavía está por resolver no es nuevo, ya que con motivo del Informe Especial al Parlamento de Andalucía realizado en 1991, con título "El Estado Sanitario de las Playas Andaluzas" (http://www.defensordelpuebloandaluz.es/el-estado-sanitario-y-ambiental-d...), se ponía de manifiesto lo siguiente (pag. 49):

"*Y, por otro lado, las depuradoras de las urbanizaciones particulares, muy abundantes en la Costa del Sol, no funcionan en la mayoría de los casos, vertiendo directamente a los cauces públicos (en el Municipio de Nerja existen más de 20 depuradoras de este carácter que no funcionan). Justo la razón que apuntaba el Plan Director de 1.987. En un resumen del Plan se decía: "Evidentemente, en las zonas críticas (Franja Costera) las actuaciones deben emprenderse a corto plazo alcanzando los niveles de depuración definidos en los estándares para cada caso. Dada la dificultad, como ya se ha dicho, de que estas instalaciones de*

depuración funcionen si dependen únicamente de los propios municipios, se debe intentar agrupar los municipios en Unidades de Gestión, que a ser posible engloben también al servicio de abastecimiento, de forma que al contemplar el ciclo completo del agua, permita una gestión integrada de los recursos»".

En fin, se trata de un problema de entidad que exige una solución urgente, como también la demanda, y así lo hemos trasladado al Parlamento de Andalucía, del gran número de infraestructuras de esta naturaleza que tenían que haberse ejecutado por la Comunidad Autónoma antes de 31 de Diciembre de 2015 y que no se han realizado.

A la vista de ello, nos hemos dirigido a la citada Defensoría del Pueblo para solicitar su colaboración para que, si lo estima oportuno, interceda ante el Ministerio de Agricultura, Pesca, Alimentación y Medio Ambiente para que realice cuantas gestiones sean necesarias para que el municipio de Nerja pueda depurar sus aguas residuales urbanas garantizando la calidad y estado sanitario adecuado de las aguas de baño evitando, al mismo tiempo, el aporte contaminante que conlleva la emisión de tales aguas al mar sin depurar.

Actuamos de oficio al conocer la existencia de vertido de orujo en el río Guadalquivir, en Pedro Abad (Córdoba)

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/3637 dirigida a Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio

- 27 Julio 2017

El Defensor del Pueblo Andaluz ha iniciado una actuación de oficio al conocer, a través de los medios de comunicación, que un vertido procedente de una empresa oleícola radicada en el término municipal de Pedro Abad (Córdoba) había provocado un importante vertido de orujo en el río Guadalquivir, generando una gran mancha de orujo que ha permanecido varios días provocando, además y siempre según las noticias a las que ha tenido acceso esta Institución, 4,5 toneladas de peces muertos.

Se trataría de un vertido de orujo altamente contaminante, muy diferente de los vertidos de aguas de lavado que procedentes de las almazaras, se producen de vez en cuando en el río.

A la vista de tales hechos hemos iniciado esta actuación de oficio dado el daño ecológico que, al parecer, se ha producido en la que nos hemos dirigido a la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio y, en vía de colaboración, a la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, que al parecer ya ha iniciado actuaciones por estos hechos, para conocer la causa de los hechos producidos, si se había procedido a incoar expediente sancionador por la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir y si esta empresa ha provocado más vertidos en el pasado.

Investigamos los motivos del fuerte olor del que se quejan vecinos de Coria del Río

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/5542 dirigida a Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, Ayuntamiento de Coria del Río (Sevilla)

- 24 Octubre 2017

El Defensor del Pueblo Andaluz ha iniciado una actuación de oficio para conocer los motivos del fuerte olor que se produce en el municipio sevillano de Coria del Río y, en especial, las medidas que vayan adoptar la Junta de Andalucía y el Ayuntamiento para solventar las molestias que están padeciendo los vecinos.

Esta Institución ha tenido conocimiento, a través de los medios de comunicación, de que los vecinos de la barriada Guadalquivir, en Coria del Río (Sevilla), llevan desde 2015 en un sinvivir. Cada año, después de verano, las calles del barrio se inundan de un pestilente olor proveniente del alcantarillado que recuerda al gasoil y al alquitrán y que se cuela en las viviendas a través de los desagües. Al parecer, llevan semanas reclamando una solución urgente para terminar con este problema que afecta a esta barriada. De hecho más de 200 vecinos han firmado una petición que se ha entregado en el Ayuntamiento de Coria del Río para exigir que se haga algo para terminar con la insostenible situación.

No se trata solo de que exista un permanente mal olor, que de por sí es una cuestión de índole ambiental que demanda una solución rápida, sino que, según se desprende de las noticias a las que ha tenido acceso esta Institución, un centenar de personas que viven en esta zona han tenido que acudir al médico por dolores de cabeza, mareos, vómitos y problemas al respirar. El origen de estas patologías parece, según los partes médicos que están recibiendo los vecinos, provienen de una "*intoxicación por las vías respiratorias*".

En fin, algunos vecinos manifestaban que "*No sabemos lo que estamos respirando y estamos seguro de que, sea lo que sea, es perjudicial. Una de sus principales preocupaciones son los niños, ya que en la zona viven muchas familias jóvenes y hay, incluso, una guardería donde también se cuela el pestilente olor*".

Por parte del Ayuntamiento de Coria del Río explican que "*están tratando de solucionar el problema por todos los medios y que ya ha habido una limpieza de las tuberías de saneamiento por parte de EMASESA. Además, se ha realizado una toma de muestras cuyo análisis ha dado como resultado la presencia de compuestos orgánicos volátiles que no deberían estar presentes en vertidos domésticos y que se utilizan principalmente como aditivos presentes en combustibles*".

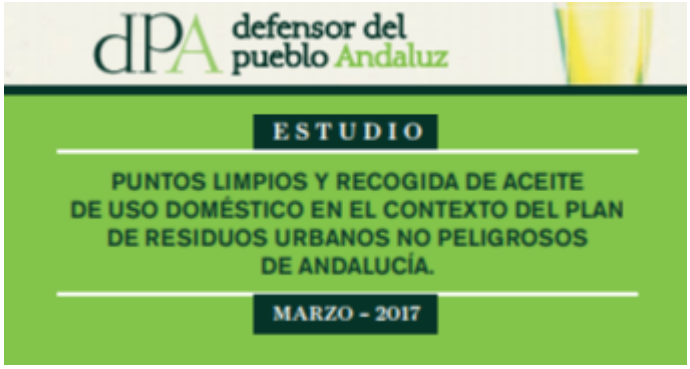
En definitiva, dado que se trata de un problema reiterado y que incluso recientemente, se descubrió una arqueta que había sido manipulada y que desprendía un olor muy intenso, los vecinos han enviado una petición de que se investigue el origen del vertido ilegal que da lugar a esta situación.

A la vista de todo ello, esta Institución ha iniciado esta actuación de oficio en la que nos hemos dirigido al Ayuntamiento de Coria del Río y a la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio para conocer si, efectivamente, se trata de un problema que se viene repitiendo año tras año y, en tal caso, medidas que se hayan adoptado en años anteriores y, actualmente, para determinar el origen del vertido, dentro de las competencias de cada administración, así como de las medidas que se vayan a adoptar, de sus competencias, para que, a la mayor brevedad posible, al menos se pueda sanear la red de alcantarillado evitando la emisión de estos olores.

---

defensor del pueblo Andaluz

Puntos limpios y recogida de aceite de uso doméstico en el contexto del plan de residuos urbanos no peligrosos de Andalucía



- 01 Marzo 2017

Esta Institución ha mostrado, en distintas ocasiones, su preocupación por la contaminación provocada por los residuos y vertidos urbanos, motivo por el que, año tras año, viene iniciando de oficio distintas actuaciones para conocer las medidas que se están adoptando por las Administraciones Públicas.

Concienciación, educación y medios son los pilares que hacen posible que la ciudadanía se incorpore, en su vida diaria, a ese compromiso constitucional (art. 45 de la Constitución de 1978) y estatutario (art. 28 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía) de proteger el medio ambiente.

Pues bien, una de las infraestructuras más importantes para que la sociedad civil pueda incorporarse a este proceso son los denominados “puntos limpios”. Su objetivo fundamental es facilitar a la población que pueda depositar, de manera separada, los distintos tipos de residuos que se generan en los hogares.

Sobre esta dotación, el Decreto 397/2010, de 2 de Noviembre, por el que se aprueba el Plan Director Territorial de Residuos No Peligrosos de Andalucía 2010-2019 (BOJA núm. 231, de 25 de noviembre), estableció como objetivo 2.6. Dotación de todos los municipios de más de 5.000 habitantes de puntos limpios antes de 2015, completándose la infraestructura para municipios de más de 2.000 habitantes antes de 2019 (apartado 8.2. Residuos Urbanos No Peligrosos, RUNP)

Con este estudio, hemos querido conocer, en primer lugar, el grado de implantación de puntos limpios en los municipios andaluces y, en segundo lugar, los depósitos de aceite de uso doméstico.

defensor del pueblo Andaluz

Actuamos de oficio ante la denuncia por el vertedero Sur de Europa en el Campo de Gibraltar

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 16/5077 dirigida a Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio

- 27 Febrero 2017

RESUMEN DEL RESULTADO (CIERRE DE QUEJA DE OFICIO)

La Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio nos informa de las medidas ya adoptadas, y de otras previstas, tanto en el plano material como en el administrativo, ante el derrumbe de una montaña de residuos que tuvo lugar en el vertedero "Sur de Europa", asunto sobre el que, además, se estaban sustanciando actuaciones judiciales.

07-09-2016 APERTURA DE LA QUEJA DE OFICIO

El Defensor del Pueblo Andaluz ha iniciado una actuación de oficio al conocer, a través de los medios de comunicación, que dos asociaciones ecologistas han denunciado el derrumbe de una montaña de residuos en el complejo medioambiental Sur de Europa, sito en Majadal de Bustos, en el municipio gaditano de Los Barrios, que habría sepultado maquinaria y una estación de bombeo de lixiviados, provocando vertidos de lixiviados al arroyo del Chorreón. En éste, se habrían generado "*charcas*" de un líquido negro maloliente y que podría ser ingerido por la fauna del lugar o por el ganado de las fincas colindantes; además, las lluvias podrían provocar que estos vertidos sean arrastrados al cauce del citado arroyo, contaminándolo.

Siempre según estas noticias, la inadecuada gestión de los tres vertederos del complejo medioambiental Sur de Europa, gestionado por la Mancomunidad de municipios del Campo de Gibraltar, habría provocado que este sea el tercer derrumbe y que, en otras noticias de fechas anteriores, se indique que según la información facilitada por la empresa pública "*Aguas y Residuos Campo de Gibraltar*" (ARCGISA), participada por la citada Mancomunidad, se habría detectado un deslizamiento en el Complejo Medioambiental Sur de Europa.

A la vista de tales hechos, nos hemos dirigido a la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio para conocer, en síntesis, las causas de este desplazamiento, si se ha producido ese vertido de lixiviados en el cauce del arroyo del Chorreón, las medidas que se vayan a adoptar para evitar que, con la llegada de las lluvias, se agrave la situación y se prevengan hechos de esta naturaleza, evitándolos en un futuro y si se ha iniciado algún expediente sancionador contra la empresa que gestiona el vertedero, en el caso de que haya razones para ello.

27-02-2017 CIERRE DE LA QUEJA DE OFICIO

La Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio nos informa de las medidas ya adoptadas, y de otras previstas, tanto en el plano material como en el administrativo, ante el derrumbe de una montaña de residuos que tuvo lugar en el vertedero "Sur de Europa", asunto sobre el que, además, se estaban sustanciando actuaciones judiciales.

Del contenido del amplio informe que nos remitió la citada Consejería se desprende que habían remitido toda la información a un Juzgado de Instrucción de Algeciras, con motivo del procedimiento de diligencias previas iniciadas por el mismo; además, la Delegación Territorial de Medio Ambiente de Cádiz había adoptado diversas medidas en el plano material y en el del seguimiento al asunto, tanto con la exigencia a la empresa responsable de la presentación de documentos como con el encargo de estudios independientes. También se concluía del informe que desde esta Delegación Territorial se estaba al tanto de la situación en la que se encontraba este vertedero y que se estaban adoptando todas las medidas para evitar nuevas situaciones de riesgo o desplazamientos de residuos, una vez detectado que, según parecía, el motivo fundamental del desplazamiento no fue otro que un incorrecto diseño del drenaje del vertedero.

Aunque la sustanciación de un procedimiento judicial determina que esta Institución suspenda actuaciones, conforme exige el artículo 17.2 de nuestra Ley reguladora, también entendimos que el asunto se encontraba en vías de solución merced a toda esa batería de medidas adoptadas por la Delegación Territorial de Medio Ambiente en Cádiz, por lo que procedimos al archivo de esta actuación de oficio, aunque interesamos de la Consejería, en el momento de dar por concluidas nuestras actuaciones, que agilizara, en la medida de lo posible, el cumplimiento de diversas medidas propuestas y que se dispusieran con celeridad todos los trámites precisos y pendientes (por ejemplo, la presentación del estudio de clausura y sellado de la celda 3 de vertido, con cubrición completa del vertedero con una capa de drenaje y de soporte para especies vegetales, así como del proyecto de drenaje del vertedero, previo e independiente al proyecto de sellado), así como que se hicieran, con la máxima atención, los seguimientos de los que nos informaron, tales como el relativo al balance de lixiviados del vertedero.

Actuamos de oficio al conocer que continúa el problema de queja de residuos en las cercanías de la barriada sevillana de Padre Pío

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 16/5476 dirigida a Ayuntamiento de Sevilla, Ayuntamiento de Alcalá de Guadaíra (Sevilla)

- 27 Febrero 2017

RESUMEN DEL RESULTADO (CIERRE DE QUEJA DE OFICIO)

Los Ayuntamientos de Sevilla y Alcalá de Guadaíra nos dan cuenta de las actuaciones coordinadas llevadas a cabo para la limpieza, adecentamiento y mejora del entorno de la barriada hispalense de Padre Pío, ante la persistencia en la queja de residuos y vertido incontrolado de ellos.

17-10-2016 APERTURA DE LA QUEJA DE OFICIO

El Defensor del Pueblo Andaluz ha iniciado una actuación de oficio al conocer que continua el problema de quema de residuos en la barriada sevillana de Padre Pío.

Hace aproximadamente dos años incoamos de oficio la queja 14/5032, ya archivada, con motivo de los continuos incendios de residuos depositados en una zona existente en el entorno de la barriada hispalense de Padre Pío, en terrenos pertenecientes a los términos municipales de Sevilla y Alcalá de Guadaíra, situados entre ambos. Después de ella, abrimos también de oficio la queja 15/4180.

Constan en aquel expediente de queja sendos informes de los dos Ayuntamientos citados, tras cuyo análisis entendimos que el problema objeto de la actuación estaba en vías de solución, de tal forma que procedimos a suspender las actuaciones en el citado expediente de queja.

Sin embargo, por distintas informaciones a las que hemos tenido acceso e incluso algunas comunicaciones de personas afectadas, parece que el problema mencionado persiste y que la población que reside en este entorno de Padre Pío se ve obligada a soportar, con demasiada frecuencia, la contaminación atmosférica, los malos olores y otras afecciones que causan la persistente quema e incendios de los residuos vertidos ilegalmente en esta zona, además de la imagen de dejadez y abandono que ofrece el lugar. En este sentido, parece que se continúan realizando vertidos de basura, plásticos, escombros, etc.

A la vista de ello, hemos iniciado una nueva actuación de oficio con objeto de que, una vez más, de forma coordinada entre los Ayuntamientos de Sevilla y de Alcalá de Guadaíra (Sevilla), se adopten cuantas medidas sean necesarias para terminar con la situación en la que, lamentablemente, se encuentran estos terrenos e impidiéndose que se continúen realizando vertidos en los solares y parcelas y que, evidentemente, puedan ser objeto de quejas o incendios.

Creemos que la población de la barriada de Padre Pío no tiene por qué soportar, ni en su núcleo de población ni en su entorno, las consecuencias de unas actividades que pueden evitarse y que afectan muy directamente a su calidad de vida y a la protección real y efectiva de su derecho a un medio ambiente adecuado en el espacio urbano.

27-02-2017 CIERRE DE LA QUEJA DE OFICIO

Los Ayuntamientos de Sevilla y Alcalá de Guadaíra nos dan cuenta de las actuaciones coordinadas llevadas a cabo para la limpieza, adecentamiento y mejora del entorno de la barriada hispalense de Padre Pío, ante la persistencia en la queja de residuos y vertido incontrolado de ellos.

El Defensor del Pueblo Andaluz inició, por segunda vez, una actuación de oficio al conocer que continuaba el problema de quema de residuos en las cercanías de la barriada sevillana de Padre Pío, por lo que nos dirigimos a los Ayuntamientos de Sevilla y de Alcalá de Guadaíra pues los terrenos en cuestión pertenecen a ambos términos municipales.

Respecto del Ayuntamiento de Alcalá de Guadaíra, éste nos indicó que la Junta Local de Seguridad, con representación de ambas administraciones, acordó, por unanimidad, en Abril de 2016, poner en marcha el operativo pertinente para la limpieza de los terrenos, con la participación de los ayuntamientos citados y la Guardia Civil.

También el Ayuntamiento de Sevilla nos dio cuenta de este operativo a través de LIPASAM, así como del adecentamiento, limpieza y nivelado de terrenos en una zona próxima a las vías del tren y a la limpieza de un solar interior, lleno de restos de podas procedentes de vertidos ilegales. Gracias a todo ello, la barriada contaba ya con un entorno limpio y señalizado convenientemente para advertir de la prohibición del vertido ilegal de residuos. Además, LIPASAM realizaba seguimientos de la zona para detectar posibles anomalías, habiendo sido detectadas a fecha del informe nuevas anomalías que ya había procedido a limpiar y adecentar.

Por todo ello, decidimos dar por concluidas nuestras actuaciones al entender que no eran precisas nuevas gestiones por nuestra parte, aunque, dada la particularidad que presentan los terrenos donde se han producido estos hechos, situados en los términos de Alcalá de Guadaíra y Sevilla pero al parecer perteneciente en su mayoría al Ayuntamiento de Sevilla, consideramos que es preciso mantener una línea de coordinación y colaboración en la que, vistos los antecedentes, tiene una especial incidencia la vigilancia policial, dentro del término municipal de Alcalá de Guadaíra que es donde parece que se producen más estos vertidos.

Por ello, instamos a los dos Ayuntamientos a que mantuvieran una especial vigilancia policial para que, por los cauces oportunos, de coordinación y colaboración, cuando se produjeran nuevos hechos objeto de infracción, pudieran adoptarse las medidas disciplinarias y sancionadoras a que haya lugar y además puedan recogerse y retirarse los residuos a la mayor rapidez posible, evitando con ello la consolidación de una imagen de vertedero descontrolado y de zona degradada que se está intentando desligar de esta zona.

Vertedero de Nerva: Pedimos a las administraciones un mayor control y que se tomen medidas ante los incumplimientos de actuaciones previstas

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 16/4386 dirigida a Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio

- 12 Junio 2017

El Defensor del Pueblo Andaluz sugiere a la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio que se haga un seguimiento sobre los incumplimientos de las propuestas de actuación, que se convoque a la Comisión de Seguimiento del mismo, se valore si la ampliación ha supuesto nuevas afecciones no previstas inicialmente y que se informe, con total transparencia, a toda la población del entorno sobre la incidencia de la puesta en marcha de nuevas infraestructuras.

ANTECEDENTES

En esta Institución presentó escrito de queja la portavoz de un grupo municipal del Ayuntamiento de Nerva (Huelva) denunciando que el Vertedero de Nerva se instaló bajo "*unas condiciones que implicaban unos límites de almacenamiento y capacidad del mismo, la creación de herramientas de participación y transparencia, el compromiso de que los residuos industriales (peligrosos o no) serían los derivados de procesos industriales de nuestra tierra … y sobre todo que terminada la vida útil del mismo el Plan Director de Residuos de Andalucía planificaría otra instalación en un sitio distinto de Andalucía*". Sin embargo, con el paso del tiempo, los vecinos del municipio habían comprobado que "*nada de lo prometido se ha cumplido y que la administración legisla progresivamente para incumplir de manera flagrante, y también progresiva, todo lo comprometido. Se saltan los límites máximos establecidos, se amplía la capacidad del vertedero aprovechando los cambios normativos en la materia, y lo que es más grave no se vislumbra el fin del mismo dado que Andalucía no tiene planificado ninguna nueva instalación alternativa que sustituya a la existente que a nuestro juicio está completamente colmatada*".

En concreto denunciaban el incumplimiento de las condiciones iniciales para la instalación del vertedero de residuos peligrosos de Nerva; la alta de convocatoria de la Comisión de Seguimiento de Depósito de Seguridad existente en Nerva, creada a propósito del Protocolo de Intenciones suscrito entre la Consejería de Medio Ambiente, la Universidad de Huelva y el Ayuntamiento de Nerva: el desconocimiento vecinal del estado de los expedientes sancionadores e informativos incoados a la empresa que gestiona el Vertedero en relación a las instalaciones de Nerva; el incumplimiento, siempre a juicio de este grupo municipal, de las proposiciones no de ley aprobadas en la Comisión de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio del Parlamento de Andalucía, así como de las mociones del Pleno del Ayuntamiento de Nerva y, por último, la necesidad de redactar un nuevo plan de prevención de gestión de residuos peligrosos en Andalucía, en el que se prevea el cierre del vertedero de Nerva y se planifique la construcción de un nuevo sistema de

recogida.

Tras admitir a trámite la queja y dirigirnos a la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, recibimos su respuesta, que trasladamos al grupo municipal que presentó la queja a fin de que nos remitieran sus alegaciones.

A la vista de toda la documentación obrante en el expediente y en relación con la cuestión de fondo planteada en la queja, relativa a la situación en la que se encuentra el Vertedero de Residuos Peligrosos de Nerva (en su sucesivo VRPN) trasladamos a Vd. las siguientes

CONSIDERACIONES

Respecto al incumplimiento de las condiciones iniciales de la instalación del VRPN, aunque es cierto que en el proyecto elaborado en 1995 se contemplaba una capacidad límite de 552.064 toneladas de residuos peligrosos y que el vertido por encima de esa capacidad límite, sin estar autorizado, supondría un incumplimiento de las condiciones de explotación del vertedero, lo cierto es que, según el Informe del Jefe de Servicio de Protección Ambiental, de la Delegación Territorial de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de Huelva (en lo sucesivo Informe JSPA), el vertedero sí cuenta con la correspondiente autorización para tener una mayor capacidad de depósito de residuos de esta naturaleza.

Ello por cuanto en el mencionado Informe JSPA, por un lado se pone de manifiesto que la Orden de 16 de Junio de 1995, de la Consejería de Medio Ambiente, por la que se regula la concesión de subvención a la redacción y ejecución del proyecto de la primera fase de un complejo medioambiental para almacenamiento, transferencia, tratamiento y destrucción de residuos (BOJA núm. 97, de 8 de Julio de 1995), no establecía tope o cantidad máxima de residuos o depósitos, ni se imposibilitaba, o limitaba, el crecimiento o ampliaciones. Por otro lado, según este Informe JSPA:

"… el proyecto presentado por [empresa que gestiona el vertedero] obtuvo de manera firme la referida AAI, y el sistema que se autorizaba en la misma para la deposición de residuos peligrosos, se basaba en tres vasos contiguos (I, II y III) de distinta superficie y profundidad, claramente diferenciables, que en una primera fase se han ido llenando hasta enrasar los tres a la misma cota. A partir de ahí se cuenta con un único vaso o receptáculo cuya superficie es la suma de los tres anteriores, sobre los que siguen depositando residuos en la fase llamada de "recrecido final", como si se tratara de un "cuarto vaso".

Esto se contemplaba en esta primitiva AAI, y se ha mantenido inalterado en las sucesivas modificaciones que ha tenido la misma sobre diferentes materias: aguas, introducción de nuevos tipos de residuos, emisiones a la atmósfera, gestión de transportes, etc., pero en ningún caso sobre capacidad de los vasos de vertido, que no ha variado, de acuerdo con el siguiente cuadro:

Capacidad de depósito

El depósito de residuos peligrosos está constituido por tres vasos, con una capacidad total, incluida el recrecido del conjunto, de 2.298.234 toneladas."

DEPÓSITO DE RESIDUOS PELIGROSOS				
Instalaciones	***Estado operacional***	***Capacidad prevista***		***Capacidad utilizada (Dic.-2007)***
		M^3	*Tn*	*%*
Vaso I	*En explotación*	*36.750*	*47.775*	*90*
Vaso II	*En explotación*	*69.550*	*90.415*	*96*
Vaso III	*En explotación*	*703.000*	*913.900*	*90*
Recrecido final	*Pendiente explotación*	*958.572*	*1.246.144*	*0*

Total	*1.767.872*	*2.298.234*	

Fuente: Pág. 33 de 134 de la AAI de Abril de 2008

En conclusión, de la documentación enviada por la Viceconsejería, según el Informe JSPA, los metros cúbicos máximos autorizados son 1.767.872 y las toneladas 2.298.234, por lo que tales magnitudes, que son muy superiores a los 552.064 del proyecto básico, no suponen incumplimiento alguno, ya que fueron autorizados en la AAI.

No obstante ello, en sus alegaciones la parte promotora de la queja manifiesta que esa ampliación necesitaría, en todo caso, la autorización del Ayuntamiento y que esta Corporación no había otorgado la misma, por lo que la cantidad máxima de depósito que legalmente podía asumir este vertedero era la única autorizada por el Ayuntamiento, que ascendía a la ya citada 552.064 toneladas.

Sobre esta cuestión, la autorización municipal para la ampliación de la capacidad del depósito, la organización promotora de la queja nos decía, en su escrito, que la empresa que gestiona el vertedero había solicitado la licencia municipal de obras para "*el Proyecto de Recrecido y Clausura del Depósito de Residuos Peligrosos a cota de coronación según Proyecto Básico*", y lo hacía al amparo de la AAI de 30 de Abril de 2008, pero que tal licencia había sido denegada por la Alcaldía a través de la resolución de 15 de Diciembre de 2008.

No obstante, se nos manifiesta también que el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 2 de Huelva había dictado una resolución judicial, con fecha 7 de Noviembre de 2014, como consecuencia del recurso interpuesto por la empresa que gestiona el vertedero, en el que se estimó que esta entidad sí tenía licencia obtenida por silencio administrativo.

En consecuencia, entendemos que, por un lado, esta empresa había obtenido la AAI para la ampliación del depósito y, de otro, también había obtenido, por silencio positivo, la licencia municipal de obras, de tal forma que esta entidad contaba, desde la fecha en que se consideró que había operado el silencio positivo, licencia para ejecutar las obras pertinentes que le permitían ejercitar la actividad correspondiente.

Consideramos que de acuerdo con todo ello, aunque es cierto que, en principio, la Orden de la Consejería antes mencionada contemplaba una capacidad mínima de 300.000 toneladas, autorizándose, posteriormente, al redactarse el Proyecto de Depósito elevado en 1995 se contemplaba el límite de 552.064 toneladas, también lo es que con motivo de la solicitud de AAI realizada por la empresa que gestiona el vertedero, la administración autonómica autorizó la ampliación del vertedero y el Ayuntamiento, según la mencionada sentencia, dio la autorización correspondiente. Ello posibilitó una autorización, muy diferente de la original, y que llega hasta los 2.298.234 toneladas. Esta ampliación no está prohibida normativamente y el Informe JSPA considera que es difícil comprender que instalaciones de estas características no se puedan modificar a lo largo de sus 21 años de existencia.

En conclusión, una cuestión es que no se informara desde el principio de manera transparente para que las autoridades y la sociedad civil de este municipio supieran lo que podía acontecer, al autorizar un vertedero con una previsión de depósito de 552.064 toneladas, una vez que transcurrido el tiempo y se procediera a su colmatación y otra distinta el que tal autorización no fuera ajustada a derecho en relación con los aspectos que estamos tratando en este escrito.

Consideramos, respecto de la procedencia de los residuos, que la parte promotora de la queja centra su reclamación en que nunca se planteó a la ciudadanía la entrada de residuos procedentes de otras Comunidades Autónomas ni, por supuesto, de otros Estados de la Unión Europea pues, a su juicio, tales supuestos no estaban contemplados en la Orden. De hecho, recuerda la interesada que la Exposición de Motivos de la Orden de 16 de Junio de 1995 manifiesta que "*La Consejería de Medio Ambiente considerando las carencias que tiene la Comunidad Autónoma de Andalucía, en relación con la infraestructura para tratar los residuos de referencia, y la Resolución del Parlamento Andaluz ha decidido*

impulsar la construcción de uno o dos Complejos Medioambientales en Andalucía, en el marco del triángulo Huelva, Cádiz, Sevilla, ubicados estratégicamente respecto de los centros productores".

Asimismo, continúa recordando la organización promotora de la queja, en la citada Exposición de Motivos se decía que "*la Agencia de Medio Ambiente además de construir algunas instalaciones, dispone ya de datos fiables y tiene conocimiento de que apreciables cantidades de ellos tienen que salir de Andalucía para ser tratados correctamente, lo que incrementa los costos empresariales innecesariamente. En esta Comunidad faltan instalaciones básicas para que una sociedad avanzada mantenga una tónica de desarrollo equilibrado y genere empleo*"

Sin embargo, en el Informe JSPA, respecto de tal afirmación, se dice, en cuanto a la procedencia de los residuos, que "*de acuerdo con lo que determina la ya citada Orden de 16 de junio de 1995, una cosa es que esta disposición justifique la conveniencia de la construcción de una o dos instalaciones para la gestión de residuos generados en la Comunidad Autónoma, y otra es que prohíba la entrada de residuos procedentes de otras provincias o países comunitarios, ya que ello podría vulnerar la normativa comunitaria sobre la materia. No encontramos en la citada Orden ninguna disposición que prohíba la entrada de residuos que procedan de la Comunidad Autónoma Andaluza*".

Una lectura de la Exposición de Motivos de la Orden y de su articulado, a nuestro juicio no permite considerar que no sea ajustado a derecho admitir residuos de esta naturaleza de territorios situados más allá de la Comunidad Autónoma, pero es verdad que un criterio de transparencia y buena administración hubiera más que aconsejado que tal previsión se hubiera contemplado de manera expresa y como posible en la Exposición de Motivos. Esto, sencillamente, para que la población que iba a "soportar" la carga que supone ubicar un vertedero de esta naturaleza en su término municipal pudiera conocer de antemano la existencia real de esta posibilidad. Creemos que esta información clara, a lo que obliga el principio de transparencia, ha faltado a lo largo del proceso.

2. Consideramos, respecto de la ausencia de convocatoria de la Comisión de Seguimiento (en lo sucesivo CS) del depósito de seguridad existente en la villa de Nerva, que efectivamente carece de justificación, dadas las importantes competencias que tiene asignada ésta. Se trata de un órgano en el que, en lo que concierne a su constitución y funcionamiento, se observan importantes disfuncionalidades.

Ello, porque aunque estaba prevista su constitución en el Convenio Urbanístico y de Colaboración entre el Ayuntamiento de Nerva (Huelva) y la entidad "Complejo Medioambiental, S.A.", concesionaria del complejo medioambiental de residuos industriales de Andalucía, no se constituyó el mismo hasta 1999, estuvo un tiempo, al parecer, disuelto y no vuelve a constituirse hasta 2007, habiendo celebrado su última reunión en 2011, año éste desde el que no se convoca. La falta de seriedad y responsabilidad en el funcionamiento de la Comisión de Seguimiento es injustificable, insistimos, teniendo en cuenta las funciones asignadas.

Sobre esta concreta cuestión, el Informe JSPA manifiesta que es competencia del Ayuntamiento realizar su convocatoria pero que, en todo caso, el hecho de que no se convoque no significa que la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio no ejerza sus competencias de control sobre las instalaciones de la empresa que gestiona el vertedero.

Esta Institución entiende que el hecho de que la Consejería ejerza esos controles sobre el funcionamiento de las instalaciones de la empresa no puede justificar el que la Comisión de Seguimiento, de la que forma parte el Ayuntamiento (entidad que representa a la vecindad de Nerva), no haya funcionado regularmente.

La parte promotora de la queja, por su parte, considera que la "*Administración Andaluza*" es la única que puede obligar a la convocatoria de dicho órgano de control social o "*en su caso, convocarlo por sus propios medios*".

En relación con esta cuestión, entendemos que, sin perjuicio de las mencionadas competencias de fiscalización, control y sancionatorias de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, es

la presidencia de la Comisión (la Alcaldía-Presidencia) quien debe convocar a ésta. Esto teniendo en cuenta que en la cláusula séptima del Convenio mencionado anteriormente expresamente se manifiesta que

"El Ayuntamiento de Nerva creará una Comisión de Control y Seguimiento de la actividad en el Complejo y se compromete a informar a esta Comisión de la evolución general del proyecto y de su actividad, una vez puesto en explotación, suministrarán información precisa y total sobre los siguientes aspectos:

- Datos relativos a la protección del medio ambiente.

- Datos concernientes a la cantidad de residuos recibidos, y que el Ayuntamiento pueda realizar su comprobación.

- Datos relacionados con la naturaleza de los residuos recibidos.

- Información relacionada con la creación de nuevos puestos de trabajo o el reemplazo del personal, previamente a la contratación definitiva.

Así como, al libre acceso al Complejo en la totalidad de sus instalaciones".

3. Consideramos, sobre el documento del estado de los expedientes sancionadores e informativos incoados a la empresa que gestiona el vertedero en relación a las instalaciones del vertedero de Nerva, que aunque es verdad que es una información muy confusa, es necesario tener en cuenta la naturaleza jurídica de tales expedientes.

En sus alegaciones la interesada manifiesta que "*Si para la administración andaluza «dar la totalidad de la información» es hacer una lista de los códigos (HU/2010/1027/AGMA/PA….) con los que el personal funcionarial archiva los expedientes sancionadores abiertos o por abrir, realmente podemos afirmar y tras esta actuación, que desde la administración andaluza se está privando a esta formación política de poder realizar su trabajo de fiscalización de la labor de gobierno, así como de propuesta en su caso*".

Cree que esta forma de actuar está coartando a la población de Nerva su derecho a conocer las acciones de la Junta de Andalucía en lo que atañe al control del vertedero de residuos peligrosos. Por otro lado, se pregunta si es que no se han incoado más expedientes a esta empresa desde 2011, que fue el año de incoación del último expediente según la información remitida.

En relación con esta cuestión, esta Institución ha realizado diversas actuaciones dirigidas a que se facilite la información ambiental a los interesados, cualquiera que sea el ámbito en el que se trate, de acuerdo con el Convenio de Aarhus y la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE). Incluso hemos editado una *Guía del derecho de acceso a la información ambiental*. Ello, sin perjuicio de las particularidades normativas y jurisprudenciales del derecho de acceso a la información de los expedientes sancionadores, en función de que se ostente o no la condición de parte interesada y/o que se declare el derecho de acceso a los expedientes.

En cuanto al hecho de que no se encuentren expedientes iniciados con posterioridad al año 2011, dado que dimos traslado de su pretensión sobre la información de los expedientes sancionadores sin establecer límite temporal alguno, entendemos que, con posterioridad a este año, no se han incoado nuevos expedientes o, de lo contrario, habríamos sido informados al respecto.

4. Consideramos, en relación al incumplimiento de las Proposiciones No de Ley aprobadas por la Comisión de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio del Parlamento de Andalucía, así como de las mociones del Pleno del Ayuntamiento de Nerva, en relación con el ámbito competencial de esta Institución, hay que tener en cuenta, por un lado, la naturaleza de tales propuestas y, por otro, que el Defensor del Pueblo Andaluz ejerce las funciones de supervisión y control del respeto a las garantías de los derechos

constitucionales y estatutarios en los términos reconocidos en la Constitución y en el Estatuto de Autonomía para Andalucía, de acuerdo con la configuración legal que se le ha dado por el legislador de las Cortes Generales o del Parlamento de Andalucía.

Así las cosas, las Proposiciones No de Ley son medidas de impulso y orientación dirigidas al Ejecutivo para su toma en consideración por los gobiernos y, en su caso, si están de acuerdo con ellas, asumirlas como propias, dando forma a tales medidas por medio de mecanismos legislativos, resoluciones administrativas, etc.

Ahora bien, como tales Proposiciones No de Ley, sin perjuicio del respeto que deben merecer por su procedencia, un órgano de representación democrática, carecen de vinculación jurídica en cuanto a generar obligaciones por parte del Ejecutivo.

En ese contexto, podemos respetar y compartir las Proposiciones No de Ley que, sobre distintas materias, son puestas en marcha por nuestro Parlamento, pero su no asunción por el Ejecutivo no supone una irregularidad que esta Institución deba supervisar.

En definitiva, las cuestiones relativas a la inejecución de las mencionadas Proposiciones No de Ley, que han sido respondidas por el Informe JSPA y que, asimismo, han lugar a una réplica por parte de la interesada, consideramos que no son supervisables, dentro de su función estatutaria, por el Defensor del Pueblo Andaluz, sin que deba posicionarse aunque, por supuesto, como otras iniciativas de naturaleza política, sin lugar a dudas enriquecen el debate político.

Consideramos, por otro lado, que respecto de la necesidad de redactar un nuevo Plan de Prevención de Gestión de Residuos Peligrosos de Andalucía, en el que se prevea el cierre del vertedero de Nerva y se planifique la construcción de un nuevo sistema de recogida, aunque la Consejería, en su respuesta, no nos envía ningún posicionamiento al respecto, entendemos que se trata de una cuestión compleja que exigirá que se realicen distintos estudios, valoraciones, informes, evaluación del plan actual, etc. Asimismo, es preciso tener en cuenta que todavía el actual plan aprobado por Decreto 7/2012, de 17 de enero, por el que se aprueba el Plan de Prevención y Gestión de Residuos Peligrosos de Andalucía 2012-2020 (BOJA núm. 28, de 10 de Febrero de 2012), en principio está vigente hasta 2020.

Consideramos que, con base a la documentación y lo ya manifestado en este escrito, en cuanto al fondo del asunto planteado, el vertedero de Nerva cuenta con la AAI y la licencia de obras otorgada por silencio positivo para el depósito de vertidos hasta el volumen de 1.767.872 m³ y una cantidad de 2.298.234 toneladas, manifestando el Informe JSPA que "*No cabe por tanto hacer mas referencia, en cuanto capacidades totales de los vasos, que a lo que administrativamente se encuentra aprobado de manera firme en la citada Resolución por la que se aprueba la AAI, tramitada por exigencia de la normativa vigente citada anteriormente, la cual no fue recurrida en su momento, ni recibió alegaciones en relación a la capacidad de los vasos durante su trámite. No ha existido posteriormente, ninguna modificación de la AAI relacionada con la capacidad de los vasos de residuos*".

Ahora bien, esta Institución entiende que dada la redacción de la Orden de 16 de Junio de 1995 y el que el proyecto básico del depósito que se aprobó en su día, que establecía una cota máxima a alcanzar, en condiciones de seguridad, de +305, lo que supondría, según la interesada, una capacidad límite de 552.064 toneladas de almacenamiento, la población de Nerva, el movimiento asociativo y los partidos políticos, es probable que no tuvieran en cuenta la posibilidad de que se aprobara una ampliación del depósito de tal entidad. De hecho, mientras que la puesta en marcha del vertedero generó un amplio debate político, social y mediático, parece que la ampliación que se llevó a cabo del mismo, siguiendo los trámites de AAI, tuvo, por desconocimiento, una menor participación social y política en lo que concierne al debate sobre la oportunidad de esa ampliación y los efectos que pudieran tener en el municipio.

El hecho de que la solicitud de la AAI presentada por la empresa que gestiona el vertedero se publicara en el BOP de Huelva, aunque formalmente cumple el trámite procedimental respetándose la normativa de

aplicación, parece que una decisión de tal trascendencia debiera haber originado un debate previo, en el que se valorara no sólo la incidencia ambiental que tal ampliación conllevaría, sino también posibles compensaciones al municipio al tener que soportar, en su término municipal, el depósito de bastante más de dos millones de toneladas de residuos peligrosos, cuando muy probablemente, insistimos, se había generado la imagen de que una vez colmatado la previsión del proyecto básico, cerraría el depósito de estos residuos.

Es por ello que creemos que asiste la razón de la parte promotora de la queja cuando manifiesta, en su escrito de alegaciones, que "*… una cuestión de esa envergadura y trascendencia, crucial para la economía andaluza, hubiera supuesto para cualquier gobierno autonómico transparente y responsable, un anuncio público a través de los medios de comunicación de la propuesta de ampliación, así como la apertura de un proceso de negociaciones con los grupos políticos del Ayuntamiento de Nerva, y con el conjunto de la sociedad nervense a través de sus múltiples expresiones*".

Lo mismo tenemos que decir respecto al hecho de que se hayan producido, en distintas ocasiones, la entrada de residuos procedentes del exterior de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Es verdad, a nuestro juicio, que la Orden mencionada no lo prohíbe, pero una lectura de su exposición de motivos puede llevar al convencimiento de que el objeto de crear este vertedero era dar respuesta a necesidades empresariales de Andalucía.

Para llegar a tal conclusión nos remitimos a los párrafos extraídos del texto de la Orden de 16 de Junio de 1995, que antes hemos mencionado.

En definitiva, si se adopta la decisión de establecer un vertedero de esta naturaleza en un municipio se debe llevar a cabo dando la máxima información sobre la entidad del mismo, a sus características de funcionamiento y aspectos relevantes, como es el hecho de la admisibilidad de residuos peligrosos no generados en territorio andaluz.

Es de esta forma como hay que aprobar cualquier decisión política que sea preciso adoptar por razones de interés general o social, y que supone un coste ambiental para los territorios y población allí donde se ubican, cualquiera que sea la naturaleza de sus infraestructuras que se pretenden instalar.

Ello permite que, partiendo del conocimiento de la realidad y de la necesidad de tomar una decisión por motivos de interés general o social, la misma se lleve a cabo con el menor coste ambiental posible y, dentro de la dificultad, con la máxima participación y consenso con la sociedad civil y sus representantes que, de alguna manera, van a resultar afectadas por esta toma de decisiones.

En ese contexto, revisar las compensaciones ofrecidas como contrapartida a las afecciones de distinta naturaleza que la implantación de estas infraestructuras genera parece que es muy aconsejable si las previsiones iniciales han cambiado sustancialmente.

Consideramos que con independencia de que el Informe JSPA manifieste que la Consejería viene ejerciendo las funciones de control oportunas sobre el vertedero y que no se ha iniciado ningún expediente sancionador, aunque ello pudiera ser debido a que se está produciendo un ejercicio de la actividad por parte de la empresa que gestiona el vertedero ajustado a la legalidad, no habiéndose detectado irregularidades en el funcionamiento del vertedero, lo cierto es que, sin cuestionar esto por que no tenemos datos que nos lleven a ello, debe tenerse presente que en el informe de 2015 del Coordinador de la Dirección General de Prevención y Calidad Ambiental sobre el vertedero de Nerva se incluían unas conclusiones en las que manifestaba lo siguiente:

"Tras el estudio topográfico de la situación del vertedero en septiembre de 2014 se concluye que no se ha alcanzado la capacidad autorizada inicialmente, ni en el vertedero de residuos peligrosos ni en el vertedero de residuos no peligrosos. Sin embargo en la actualidad hay algunas zonas por encima de las cotas previstas en los proyectos de sellado.

En cuanto a la estabilidad según el informe geotécnico, la estabilidad de los vertidos en el interior del vaso de residuos peligrosos tanto en la situación actual como en el proyecto aprobado es suficiente. No obstante, la estabilidad asociada a la geometría transitoria suministrada por [empresa que gestiona el vertedero], plantea menos seguridad que la aprobada en la AAI y que la situación actual.

Por lo que se proponen las siguientes actuaciones:

- Se debe instar a [empresa que gestiona el vertedero] que inicie cuanto antes la restauración definitiva del vaso I de Residuos no Peligrosos.

- Se debe solicitar a [empresa que gestiona el vertedero] para su aprobación, la presentación de nuevas fases transitorias para el vertedero de residuos peligrosos, que correspondan a la situación real, en la que no se está ejecutando el camino. Si se continuara depositando residuos según el transitorio aportado por [empresa que gestiona el vertedero], se llegaría a una situación menos estable que la autorizada en la AAI y que la situación actual.

- Se debe valorar si las situaciones transitorias van a permitir, por facilidad operativa, en alguna zona alturas superiores a la definitiva. En caso contrario, se debe instar a la remodelación de la situación actual donde en algunos puntos se supera actualmente la altura que alcanzada el vertedero (sellado incluido) o sea más de 1,9 metros. En la última documentación aportada por [empresa que gestiona el vertedero], se expone que la diferencia de cotas se debe a que el depósito se encuentra en fase de explotación y que en la situación de sellado habrá que realizar un perfilado de los taludes. Además exponen que si se operara por debajo de la cota de sellado, se favorecería la entrada de aguas pluviales en el vaso.

- Se debe valorar si el cambio de configuración de los vasos II y Ill de residuos no peligrosos supone una modificación de la AAI.

- Se propone remitir el presente informe a la Delegación Territorial de Huelva para que analice si las desviaciones de ejecución detectadas sobre el proyecto aprobado en la Autorización Ambiental Integrada y la no restauración definitiva del vaso I de residuos no peligrosos supone infracción administrativa".

De ello se deriva que a juicio del mencionado Coordinador de la citada Dirección General de Prevención y Calidad Ambiental, eran necesarias una serie de actuaciones, algunas de las cuales, incluso, podría suponer infracción administrativa, sobre las que consideramos muy necesario conocer si se llevaron a cabo las propuestas y, en caso contrario, motivos por los que no se ejercitaron.

En todo caso, deseamos conocer si algunos de los hechos mencionados en tales conclusiones ha supuesto la comisión de alguna infracción por parte de la empresa que gestiona el vertedero y, en todo caso, si se ha iniciado expediente sancionador.

A la vista de todo ello y de conformidad con lo establecido en el artículo 29, apartado 1, de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, se formula la siguiente

RESOLUCIÓN

SUGERENCIA 1 para que, de acuerdo con las conclusiones a las que se llega en el informe sobre el vertedero de Nerva por parte del Coordinador de la Dirección General de Prevención y Calidad Ambiental, se haga un seguimiento, por parte de los órganos que corresponda de esa Consejería, sobre el cumplimiento de las propuestas de actuación que se incluyen en tales conclusiones, informando a esta Institución del resultado del mismo.

En el supuesto que se haya cometido, presuntamente, alguna infracción en fecha posterior a la del último expediente sancionador del que se nos ha informado (2011), interesamos nos informe si se ha incoado expediente sancionador y estado de tramitación en la que se encuentre.

SUGERENCIA 2 a fin de que, sin perjuicio de que se convoque la Comisión de Seguimiento, a cuyos efectos vamos a formular Recordatorio de deberes legales a la Alcaldía-Presidencia del Ayuntamiento de Nerva, esa Consejería informe, a la mayor brevedad posible, sobre el volumen y toneladas actualmente depositadas en el vertedero y las previsiones que existan respecto de su futuro, trasladando esa información también a esa Institución.

SUGERENCIA 3 para que se valore si la ampliación del vertedero y la admisión de residuos peligrosos provenientes del exterior de la Comunidad Autónoma de Andalucía ha supuesto nuevas afecciones no previstas inicialmente para el municipio de Nerva y, en tal caso, se valore la oportunidad, previos los trámites legales necesarios, de compensar a este municipio con medidas de distinta naturaleza por este motivo.

SUGERENCIA 4 a fin de que, en lo sucesivo, cuando se vaya a implantar, por motivos de interés público, unas infraestructuras y/o instalaciones que supongan un coste ambiental para el territorio y/o población donde se tenga previsto ubicar, se informe desde el principio, con total transparencia, de la entidad de la obra y/o instalación a realizar, de la actividad que desarrollará, del tiempo -si se puede conocer de antemano- en el que entrará en funcionamiento esta infraestructura y de cualesquiera otros extremos que se consideren puedan ser de interés para el conocimiento de una población que, en beneficio de la mayoría, va a soportar la carga de las afecciones que se generan en su término municipal.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Vertedero de Nerva: Pedimos a las administraciones mayor control y que se tomen medidas ante los incumplimientos de actuaciones previstas

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 16/4386 dirigida a Ayuntamiento de Nerva (Huelva)

- 12 Junio 2017

El Defensor del Pueblo Andaluz recomienda al Ayuntamiento de Nerva que convoque a la Comisión de Seguimiento del Depósito de Seguridad a fin de valorar, de acuerdo con sus competencias, la situación del Vertedero de Nerva y, en su caso, actuaciones a realizar.

ANTECEDENTES

En esta Institución presentó escrito de queja la portavoz de un grupo municipal del Ayuntamiento de Nerva (Huelva) denunciando que el Vertedero de Nerva se instaló bajo "*unas condiciones que implicaban unos límites de almacenamiento y capacidad del mismo, la creación de herramientas de participación y transparencia, el compromiso de que los residuos industriales (peligrosos o no) serían los derivados de procesos industriales de nuestra tierra … y sobre todo que terminada la vida útil del mismo el Plan Director de Residuos de Andalucía planificaría otra instalación en un sitio distinto de Andalucía*". Sin embargo, con el paso del tiempo, los vecinos del municipio habían comprobado que "*nada de lo prometido se ha cumplido y que la administración legisla progresivamente para incumplir de manera flagrante, y también progresiva, todo lo comprometido. Se saltan los límites máximos establecidos, se amplía la capacidad del vertedero aprovechando los cambios normativos en la materia, y lo que es más grave no se vislumbra el fin del mismo dado que Andalucía no tiene planificado ninguna nueva instalación alternativa que sustituya a la existente que a nuestro juicio está completamente colmatada*".

En concreto denunciaban el incumplimiento de las condiciones iniciales para la instalación del vertedero de residuos peligrosos de Nerva; la alta de convocatoria de la Comisión de Seguimiento de Depósito de Seguridad existente en Nerva, creada a propósito del Protocolo de Intenciones suscrito entre la Consejería de Medio Ambiente, la Universidad de Huelva y el Ayuntamiento de Nerva: el desconocimiento vecinal del estado de los expedientes sancionadores e informativos incoados a la empresa que gestiona el Vertedero en relación a las instalaciones de Nerva; el incumplimiento, siempre a juicio de este grupo municipal, de las proposiciones no de ley aprobadas en la Comisión de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio del Parlamento de Andalucía, así como de las mociones del Pleno del Ayuntamiento de Nerva y, por último, la necesidad de redactar un nuevo plan de prevención de gestión de residuos peligrosos en Andalucía, en el que se prevea el cierre del vertedero de Nerva y se planifique la construcción de un nuevo sistema de recogida.

Tras admitir a trámite la queja y dirigirnos a la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, recibimos su respuesta, que trasladamos al grupo municipal que presentó la queja a fin de que nos remitieran sus alegaciones.

CONSIDERACIONES

En este expediente se ha formulado Resolución dirigida a la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, de cuyo contenido también hemos dado traslado al Ayuntamiento de Nerva. Entendemos que su contenido es de interés para ese Ayuntamiento y, con independencia de las cuestiones que afectan directamente a las competencias autonómicas, hemos detectado un asunto en el que guarda ese Ayuntamiento una relación directa, concretamente el relativo a la convocatoria de la Comisión de Seguimiento del Depósito de Seguridad, que ha de producirse por esa Corporación municipal. Según se desprende de los datos que obran en poder de esta Institución, esta Comisión lleva años sin convocarse.

A la vista de todo ello y de conformidad con lo establecido en el artículo 29, apartado 1, de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, se formula la siguiente

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO del deber legal de convocar la Comisión de Seguimiento del Depósito de Seguridad, habida cuenta de la importancia e interés público que para el municipio tiene el funcionamiento de este vertedero y de las funciones que tiene atribuidas la citada Comisión de Seguimiento.

RECOMENDACIÓN para que, con carácter urgente, proceda a convocar esta Comisión a fin de valorar, de acuerdo con las competencias asignadas, la situación del vertedero y, en su caso, las actuaciones a realizar dentro de las competencias municipales.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Sugerimos a la FAMP que informe a los municipios andaluces de la normativa para la protección de los animales

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 16/6895 dirigida a Federación Andaluza de Municipios y Provincias (FAMP)

- 06 Junio 2017

RESUMEN DEL RESULTADO (CIERRE DE QUEJA DE OFICIO)

La Presidencia de la FAMP, aceptando nuestra resolución, remite el contenido de la misma a todos los Gobiernos Locales de Andalucía.

El Defensor del Pueblo Andaluz inició esta actuación de oficio preocupada por la denuncia de asociaciones proteccionistas de animales sobre la inaplicación en muchos municipios de Andalucía de la normativa de protección de animales de compañía y, por ello, formuló Sugerencia a la FAMP para que remitiera comunicación a todos los ayuntamientos y diputaciones andaluzas sobre sus competencias en materia de defensa y protección de animales, con el fin de que la Policía Local y responsables de atención al público y tramitación de expedientes administrativos conocieran la legislación sobre la materia, así como para que reforzaran, en el ámbito local, las medidas inspectoras, de vigilancia y sancionadoras que garanticen el cumplimiento de la legislación sobre esta materia.

30-12-2016 APERTURA DE LA QUEJA DE OFICIO

El Defensor del Pueblo Andaluz ha iniciado una actuación de oficio preocupada por la denuncia de asociaciones proteccionistas de animales sobre la inaplicación en muchos municipios de Andalucía de la normativa de protección de aninmales de compañía y, por ello, ha sugerido a la FAMP que remita comunicación a todos los ayuntamientos y diputaciones andaluzas sobre sus competencias en materia de defensa y protección de animales, con el fin de que la Policía Local y responsables de atención al público y tramitación de expedientes administrativos conozcan la legislación sobre la materia, así como para que refuercen, en el ámbito local, las medidas inspectoras, de vigilancia y sancionadoras que garanticen el cumplimiento de la legislación sobre esta materia.

Durante los últimos años, esta Institución viene recibiendo regularmente, tanto de ciudadanos y ciudadanas a título particular como, especialmente, de asociaciones proteccionistas de animales de ámbito autonómico y estatal, un considerable número de quejas relativas a la inaplicabilidad en muchos municipios de Andalucía de la normativa de protección de animales de compañía de nuestra Comunidad Autónoma, en la que la que contamos, desde el año 2003, con la Ley 11/2003, de 24 de noviembre, de Protección de los Animales, y la normativa de desarrollo de la misma.

La Exposición de Motivos de esta Ley señala en su primer párrafo que "*En las últimas décadas ha proliferado, en las sociedades más civilizadas, un sentimiento sin precedentes de protección, respeto y defensa de la naturaleza en general y de los animales en particular, convirtiéndose en un asunto de índole cultural que importa al conjunto de la ciudadanía*". Además, se recuerda que esa evolución social "*ha dado origen a una nueva línea legislativa nacional e internacional en materia de protección de los animales*", de tal forma que "*son numerosos los textos que hacen referencia a estos principios proteccionistas. De entre ellos destacan la Declaración Universal de los Derechos del Animal, aprobada por la UNESCO el 17 de octubre de 1978, y en el ámbito de la Unión Europea la Resolución del Parlamento Europeo de 6 de junio de 1996, iniciativa materializada en el Protocolo anejo al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea número 33, sobre protección y bienestar de los animales, introducido por el Tratado de Amsterdam*".

En clave autonómica, hay que tener presente que el vigente Estatuto de Autonomía para Andalucía, aprobado por Ley Orgánica 2/2002, de 19 de marzo, establece en su artículo 205, primer inciso, que «Los poderes públicos velarán por la protección de los animales, en particular por aquellas especies en peligro de extinción».

En línea con este sentimiento de protección, como se ha indicado antes, tanto la ciudadanía como el movimiento asociativo en pro de la defensa y protección de los animales de compañía, viene utilizando los recursos legales habilitados tanto ante la Administración de la Junta de Andalucía, como ante los municipios. En muchos casos, en situaciones de inactividad o silencio, o bien en el caso de una actividad considerada insuficiente o insatisfactoria, acuden ante esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz a través de la presentación de la correspondiente queja

Pues bien, de la práctica totalidad de quejas que recibimos se desprenden varias circunstancias que, con independencia de la particularidad que cada caso presente y lo que exija de cada Administración, nos han hecho reflexionar y articular la presente actuación de oficio de esta Defensoría para, con la colaboración de esa Federación Andaluza de Municipios y Provincias (FAMP), poner de manifiesto lo que, a nuestro juicio, y de quienes acuden a esta Institución, parece estar produciéndose: 1) que en muchos municipios se desconoce la propia existencia de una normativa autonómica de protección de los animales (la ya citada Ley 11/2003), tanto por parte de la Policía Local como por parte de responsables de tramitar expedientes administrativos; y 2) que en muchos casos se desconoce que el propio municipio ostenta competencias en materia de protección de animales y que incluso puede contar con Ordenanza propia en la materia.

Así, a título meramente ilustrativo, podemos recordar lo que en septiembre de 2015 nos decía el representante de una entidad sin ánimo de lucro dedicada al rescate, recuperación y puesta en adopción de galgos españoles por toda Europa, en relación con las gestiones realizadas ante un Ayuntamiento de más de 70.000 habitantes:

"*En la mayoría de los casos de maltrato, la Policía Local desconoce el procedimiento para casos de maltrato animal, la Ley 11/2003, sus propias competencias, etc. y se limitan a enviarnos a la Guardia Civil. La Guardia Civil nos remite al SEPRONA, que a su vez nos remite a la Policía Local si es dentro de un municipio y la Policía Local desconoce qué hacer; en otros casos nos disuaden de denunciar, y nos dicen que actuarán de oficio siempre que pongamos los casos en su conocimiento (falso, hasta ahora y desde hace dos años no lo han hecho). Los Ayuntamientos son los primeros en incumplir las obligaciones que la Ley 11/2003 les atribuye en materia de inspección, vigilancia, tramitación de expedientes, etc. Además de no tener concertados los servicios de recogida de animales abandonados a los que están obligados. (…) Estamos desesperados por que la Administración propone unos mecanismos que llegado el momento no se aplican y mientras la burocracia nos lleva de un lado a otro para acabar con expedientes archivados, cientos de animales mueren delante de nosotros a manos de personas que actúan con la más absoluta impunidad".*

Esta misma percepción que se ha plasmado con el texto transcrito, la hemos tenido con otras quejas relativas a la protección de animales de compañía con las que la ciudadanía o entidades proteccionistas de animales, nos han trasladado la dificultad de lograr que los municipios apliquen la Ley 11/2003. Esta

realidad demanda que las autoridades y responsables de cada Ayuntamiento conozcan suficientemente las competencias locales en la materia, el contenido de la propia ley y, sobre todo, sean conscientes de que, con independencia de que haya asuntos que puedan considerarse de mayor interés o enjundia, la protección de los animales es también una obligación legal con la que hay que cumplir y que la ciudadanía tiene derecho a exigir. En este sentido, como al principio se ha referido, no se puede desconocer ese "*sentimiento sin precedentes de protección, respeto y defensa de la naturaleza en general y de los animales en particular, convirtiéndose en un asunto de índole cultural que importa al conjunto de la ciudadanía*", del que habla la Exposición de Motivos de la Ley 11/2003.

Además de quejas directa y expresamente relacionadas con esta materia, también se han recibido quejas de personas afectadas por ruidos, malos olores, proliferación de parásitos en su entorno u otras circunstancias, derivadas de la tenencia de animales de compañía en situaciones precarias o inadecuadas, las cuales, además de generar molestias en esos términos, pueden constituir alguna de las infracciones previstas en la referida Ley 11/2003 sobre protección y bienestar.

La Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, establece en su artículo 9.14.b) que constituye competencia propia de los municipios andaluces «La gestión y disciplina en materia de animales de compañía y animales potencialmente peligrosos, y la gestión de su registro municipal».

Por su parte, más específicamente la Ley 11/2003 en su artículo 32, en materia de vigilancia e inspección, determina que corresponde a los Ayuntamientos:

«a) Confeccionar y mantener al día los registros a que hace referencia esta Ley.

b) Recoger, donar o sacrificar los animales abandonados, perdidos o entregados por su dueño.

c) Albergar a estos animales durante los períodos de tiempo señalados en esta Ley.

d) Inspeccionar los centros veterinarios y centros para la venta, adiestramiento y cuidado temporal de los animales de compañía regulados en el artículo 20.1 de esta Ley.

e) Habilitar lugares o sistemas para la eliminación de cadáveres.

f) Y todas aquellas otras que se le atribuyan en la presente Ley».

Entre esas otras competencias del anterior apartado f) puede citarse el artículo 16 de la misma Ley, según el cual «Los Ayuntamientos serán responsables de la recogida y eliminación de los animales muertos en sus respectivos términos municipales, pudiendo exigir, en su caso, las prestaciones económicas que pudieran corresponderles»; el artículo 27.3, que señala que «Los Ayuntamientos serán responsables de la recogida y eliminación de los animales muertos en sus respectivos términos municipales, pudiendo exigir, en su caso, las prestaciones económicas que pudieran corresponderles»; o el artículo 33.1, por su parte, establece que «Los Ayuntamientos, por medio de sus agentes de la autoridad, podrán retener temporalmente, con carácter preventivo, a los animales de compañía si hubiera indicios de maltrato o tortura, presentaran síntomas de agotamiento físico o desnutrición o se encontraren en instalaciones inadecuadas hasta la resolución del correspondiente expediente sancionador». Esto último debe conectarse con la previsión del artículo 31.1 de la misma (Ley 11/2003), en cuya virtud «Las asociaciones de protección y defensa de los animales podrán instar a la Consejería competente y a los Ayuntamientos para que realicen inspecciones en aquellos casos concretos en que existan indicios de irregularidades de acuerdo con la presente Ley».

Finalmente, el artículo 44.1.c) de la Ley 11/2003 fija que para imponer las sanciones a las infracciones previstas en su articulado, será de aplicación el procedimiento que reglamentariamente se establezca y que los Ayuntamientos serán competentes «para la imposición de sanciones leves que afecten a los animales de compañía».

El conocimiento obligado de estas competencias municipales exige para su adecuado ejercicio y desarrollo, el conocimiento previo de cuáles son las obligaciones que todo poseedor de un animal de compañía tiene, al objeto de la protección del propio animal, y cuáles son las prohibiciones que establece la Ley, de conformidad con los artículos 3, 4 y concordantes de la referida Ley 11/2003, con especial referencia a condiciones higiénico-sanitarias, alojamiento, alimentación, atención veterinaria, transporte, etc.

El desconocimiento de esas competencias y del régimen normativo de protección de animales de compañía que rige en nuestra Comunidad Autónoma, es el que determina la necesidad de recordar a los municipios andaluces la conveniencia de tener presente dicho régimen, a los efectos de su aplicación en los municipios andaluces, haciendo partícipe con ello a los Ayuntamientos de esa evolución social, cada vez más extendida, sensible a la protección de animales y, singularmente, de animales de compañía que, como se ha referido, se ha convertido "en un asunto de índole cultural que importa al conjunto de la ciudadanía" (Exposición de Motivos de la Ley 11/2003).

Ante la constatación de esa necesidad, según los relatos de quejas recibidas en esta Institución en materia de protección animal durante los últimos años, es por lo que hemos considerado conveniente incoar de oficio la presente actuación y, a tal efecto, hemos interesado la colaboración de la FAMP al objeto de que, en cumplimiento de sus fines, traslade a los Ayuntamientos y Diputaciones Provinciales de Andalucía (a estas últimas en el ámbito de sus competencias respecto de municipios), la necesidad de tener presente y observar el cumplimiento de la Ley 11/2003, de 24 de noviembre, de Protección de los Animales, así como **Sugerencia** para que desde la FAMP se remita comunicación a todos los Ayuntamientos y Diputaciones Provinciales de Andalucía recordando la obligación de observar las previsiones normativas contenidas en la Ley 11/2003, de 24 de noviembre, de Protección de los Animales, y en su caso la Ordenanza Municipal en la materia en los municipios donde se haya aprobado, a cuyo efecto es conveniente tener presente en todo momento las competencias municipales y el régimen jurídico de obligaciones de propietarios de animales de compañía, resultando esencial que conozcan tales competencias y régimen jurídico todo el personal al servicio de estas entidades, especialmente la Policía Local y los responsables de atención al público y tramitación de expedientes administrativos.

También hemos sugerido que, adicionalmente, en dicha comunicación que se remita a Ayuntamientos y Diputaciones se indique la conveniencia de reforzar desde el ámbito local y de oficio las medidas inspectoras, de vigilancia y sancionatorias que garanticen el cumplimiento de la legislación sobre bienestar y protección animal.

Ello, con la finalidad de lograr el cumplimiento efectivo de las previsiones normativas en materia de protección y bienestar de animales de compañía, en consonancia con el creciente interés y preocupación social que se viene constatando en los últimos años.

06-06-2017 CIERRE DE LA QUEJA DE OFICIO

La Presidencia de la FAMP, aceptando nuestra resolución, remite el contenido de la misma a todos los Gobiernos Locales de Andalucía.

Como respuesta, la FAMP nos remitió copia del escrito que, en el sentido solicitado por esta Institución, se había enviado a los Gobiernos Locales de Andalucía, aceptando y cumpliendo de esta forma las dos Sugerencias formuladas, por lo que entendimos que ya no eran precisas nuevas actuaciones y procedimos a su archivo.

Ello no obstante, aclaramos a la Presidencia de la FAMP, en cuanto a lo que se decía en el último párrafo de su respuesta (en el sentido de que la Resolución de esta Institución "*se apoya en una situación fáctica de la que se aportan datos genéricos que nos impiden concretar el alcance y diagnóstico que se describe, a efectos de poder hacerlo extensivo en general al colectivo de Gobiernos Locales andaluces*"), que la actuación obedecía, según se dice en su contenido, a la constatación por esta Defensoría, tras el estudio de quejas recibidas en materia de protección de animales, de que en muchos municipios y por parte de los

responsables de procurar su cumplimiento, se desconoce la existencia de una Ley autonómica (Ley 11/2003) de protección de los animales de Andalucía, e incluso de la propia existencia de una ordenanza aprobada en la materia, de ahí que nuestra Sugerencia fuera en la línea de recordar a los Gobiernos Locales andaluces lo que antes se ha transcrito.

CONCLUSIÓN

APERTURA DE LA QUEJA DE OFICIO

---

defensor del pueblo Andaluz

Queremos conocer por qué las paradas de los coches de caballo de Sanlúcar no están bien protegidas contra el sol.

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/4587 dirigida a Ayuntamiento de Sanlúcar de Barrameda (Cádiz)

- 12 Septiembre 2017

El Defensor del Pueblo Andaluz inicia una actuación de oficio para conocer por qué las paradas de los coches de caballo de Sanlúcar de Barrameda no están debidamente protegidas contra el sol.

En esta Institución se ha recibido un correo electrónico en el que nos informan que 500 personas han firmado una petición en la página web change.org por la que se adhieren al documento que se denomina "pedimos sombra y condiciones dignas para los coches de caballo en Sanlúcar y Andalucía".

Aunque no aparece una dirección de correo a la que podamos dirigirnos a los efectos de realizar una ampliación de datos y, en su caso, proceder a la admisión a trámite de una queja por estos hechos, sí hemos podido conocer la campaña que promueve sombra para los animales que tiran de los coches de caballo, recogida en un diario digital y en el que podemos leer lo siguiente:

"La Junta de Andalucía y el Ayuntamiento de Sanlúcar son los destinatarios de una campaña iniciada por …, sanluqueña vinculada al Partido …, a favor de los animales. En concreto, la campaña iniciada en la plataforma change.org pide "sombra y trato digno" para los coches de caballos que existen en Sanlúcar y en Andalucía en general.

A través de esta petición pública, que ya han secundado 1.132 firmantes, se solicita al Ayuntamiento de Sanlúcar que cumpla la nueva ordenanza y la moción plenaria que fue aprobada en junio de 2016 para trasladar a una zona de sombra la parada de coches de caballos o instale toldos que proyecten sombra.

«Se trata de un grave maltrato animal pues los caballos soportan temperaturas de hasta 45 grados», apunta …, quien denuncia además la extenuación que sufren estos animales ya que «no se respetan horarios ni cargas de pasajeros, con lo que se llevan todo el verano extenuados a pleno sol", argumenta».

A la vista de tales hechos hemos abierto una actuación de oficio en la que nos hemos dirigido al Ayuntamiento de Sánlucar de Barrameda para conocer su posición ante estos hechos, que se pueden resumir en las altas temperaturas que estos animales tienen que soportar al no estar ubicadas las paradas de coches de caballo en lugares protegidos por la sombra.

Pedimos al Ayuntamiento de Santiponce que intervenga ante la actividad de una explotación caprina sin autorización

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 16/0268 dirigida a Ayuntamiento de Santiponce (Sevilla)

- 14 Agosto 2017

El Defensor del Pueblo Andaluz, además de recordar al Ayuntamiento de Santiponce sus competencias en materia de urbanismo, medio ambiente y protección de la salud pública, le recomienda que ejerza las mismas en relación a una explotación caprina sin autorización, situada a escasa distancia de una vivienda habitada en la que está generando una importante incidencia ambiental.

ANTECEDENTES

La interesada, en su escrito de queja, manifestaba textualmente lo siguiente:

"En el año 2001 compramos un terreno que empezamos a edificar. Mi vecino tenía unas 20 cabras a unos 80-100 metros de mi vivienda. Conforme pasó el tiempo, aumentó la explotación y a día de hoy tiene más de 200 cabras, que duermen y ordeñan a 3 metros de mi vivienda. Sufrimos graves picaduras de pulgas, reconocidas por Sanidad y otras plagas como roedores, etc.

El Ayuntamiento de Santiponce tiene constancia de todo esto y no ha solucionado nada al respecto. Otros Ayuntamientos como Valencina, el SEPRONA de Aznalcázar y la OCA saben del caso.

Temo por mi salud que ya empieza a pasarme factura y por la de mi hijo que tan solo tiene 8 años, sufriendo en su cuerpo todo esto".

Según pudimos comprobar, constaba emitido un informe por parte de los Agentes de Salud Pública del SAS, firmado en mayo de 2015, en el que se decía, tras las comprobaciones oportunas que "*... se visita la explotación caprina denunciada donde podemos apreciar los siguientes hechos, se trata de una explotación caprina de leche ubicada justo enfrente de la vivienda con aproximadamente 200 cabezas de ganado, se encuentran en un cercado de estabulación muy próximo a la vivienda y se realizan las labores de ordeño en la trasera de la vivienda del propietario de las cabras justo enfrente del domicilio de la denunciante*".

La valoración que se hacía en este informe tras esas comprobaciones era la siguiente:

"La existencia de olores, ectoparásitos y otros vectores artrópodos y roedores en las proximidades de cualquier instalación de este tipo es una cuestión obvia e inherente por mucho que se extremen las medidas de control y se cumplan los programas sanitarios de control de vectores y ectoparásitos.

Entendemos por todo ello que existe riesgo sanitario para la población colindante a la citada explotación."

Igualmente, pudimos también comprobar que desde el SAS se remitió dicho informe al Ayuntamiento de Santiponce (Sevilla) y a la Delegación Territorial de Salud.

Tras ello, en posterior informe de los mismos Agentes de Salud Pública, tras una nueva visita del 10 de noviembre de 2015, se pudo verificar "*que se mantiene la misma situación que se describió en el informe de fecha 11/05/2015*", de tal forma que "*Se mantiene la misma valoración del informe anterior*".

Asimismo, se emitió también un informe de un centro veterinario en el que se indicaba que, a requerimiento de la denunciante, se "*reconoce en la muestra de ectoparásitos que trae a consulta el día 7 de Abril de 2015 ejemplares del género Ctenocephalides, comúnmente conocidos como pulgas, no pudiendo determinar a simple vista la especie a la que pertenecen*".

Igualmente, la promotora de la queja nos envió un parte médico de seguimiento en el que en el apartado "Exploración", respecto del hijo de la afectada, se advertía de "*Habones de 0,54 cm de diámetro en tronco y extremidades sobre todo en tobillos con lesiones de rascado*".

Finalmente, entre estos Antecedentes también cabe mencionar la existencia de diversas denuncias en la Guardia Civil por este asunto, así como también en el Ayuntamiento, concretamente escritos registrados en octubre de 2015 y también en el de Valencina de la Concepción, municipio en el que al parecer también se asentaba parte de la explotación ganadera que motiva esta queja.

En cualquier caso, de la queja se desprendía que, pese a todo lo expuesto, sobre todo por tratarse de un problema de salud pública acreditado por el SAS y por estar especialmente afectadas varias personas, entre ellas un menor de edad, no se había desplegado actividad alguna ni por parte del Ayuntamiento de Santiponce, ni del de Valencina de la Concepción.

Así expuesta la queja fue admitida a trámite y solicitada la preceptiva colaboración del Ayuntamiento de Santiponce al que se solicitó informe. En este sentido, en respuesta recibimos oficio de Alcaldía en marzo de 2017, acompañado de informe del arquitecto municipal, elaborado tras visitar la zona y consultar la normativa urbanística local, y del que se desprenden los siguientes datos:

1.- Que la edificación objeto de la queja, que alberga la explotación ganadera que la motiva, está situada al noroeste de Santiponce, pero que se extiende también sobre suelo del término municipal de Valencina de la Concepción.

2.- Que a nivel urbanístico, la edificación presenta varias zonas diferenciadas: suelo urbano consolidado, otra zona destinada a SIPS y a viario y otra es suelo no urbanizable común, siendo este último el límite con la localidad vecina de Valencina de la Concepción.

3.- Que dicha edificación, a salvo de un estudio más en profundidad, ni siquiera podría ser enmarcada dentro de la categoría de "*Asimilado a Fuera de Ordenación, AFO*", puesto que no cumple con la condición de ser "*aislada*", por lo que más bien "*su ubicación corresponde con un asentamiento urbanístico*".

4.- Que "*la explotación ganadera…, desde el punto de vista urbanístico se ha implantado SIN seguir las determinaciones del PGOU de Santiponce en relación con la regulación normativa del suelo no urbanizable genérico, NI la de los artículos 42 y 43 de la Ley 7/2002 de Ordenación Urbanística de Andalucía para autorizaciones de edificaciones e instalaciones con consideración de Actuaciones de Interés Público en terrenos con el régimen de suelo no urbanizable*".

De acuerdo con este informe del Arquitecto Municipal de Santiponce, se desprende con claridad que la explotación ganadera objeto de esta queja no ha sido autorizada por el Ayuntamiento y, por lo tanto, puede considerarse a estos efectos una instalación irregular, que como antes se ha expuesto, está generando una incidencia ambiental y de salud en las personas que residen en el entorno, hasta el

extremo de que inspectores del SAS estiman que "*existe riesgo sanitario para la población colindante a la citada explotación*".

CONSIDERACIONES

De acuerdo con el informe del arquitecto municipal de Santiponce, la explotación caprina objeto de esta queja no cuenta con autorización municipal para estar implantada. En concreto, aunque ya se ha reproducido antes, cabe recordar que lo que dice literalmente es que "*la explotación ganadera sita en calle ..., desde el punto de vista urbanístico se ha implantado SIN seguir las determinaciones del PGOU de Santiponce en relación con la regulación normativa del suelo no urbanizable genérico, NI la de los artículos 42 y 43 de la Ley 7/2002 de Ordenación Urbanística de Andalucía para autorizaciones de edificaciones e instalaciones con consideración de Actuaciones de Interés Público en terrenos con el régimen de suelo no urbanizable*".

Además de este incumplimiento en el ámbito de la normativa urbanística, se ve también incumplida la Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental de Andalucía (LGICA, en adelante), que exige la cumplimentación de un trámite ambiental en función del número de animales.

En consecuencia con ello, se trata de una instalación ganadera al margen de la legalidad que, además, según informes del SAS, está generando un riesgo sanitario para la población que reside en su entorno.

Ante tal situación, hay que tener presente que los municipios ostentan competencias legales en diversas materias cuyo ejercicio se hace imprescindible para dar una solución a este asunto. Hasta el momento, no hay constancia de que ese Ayuntamiento de Santiponce haya desplegado ninguna de esas competencias legales, que son las siguientes:

- Urbanismo, especialmente en cuanto a disciplina urbanística, prevista en los artículos 25.2 a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL, en adelante) y 9.1 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía (en adelante, LAULA), con especial referencia en este último precepto a la protección de la legalidad urbanística y al restablecimiento del orden jurídico perturbado, así como en cuanto al procedimiento sancionador derivado de las infracciones urbanísticas; todo ello de conformidad con las previsiones específicas en la materia de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA).

- Medio Ambiente Urbano, promoción, defensa y protección del medio ambiente, previstas en los artículos 25.2 b) de la LBRL y 9.12 de la LAULA, con especial mención en este último artículo a la gestión del procedimiento de calificación ambiental, así como la vigilancia, control y ejercicio de la potestad sancionadora con respecto a las actividades sometidas a dicho instrumento; todo ello de conformidad con las previsiones específicas de la LGICA.

- Promoción, defensa y protección de la salubridad pública, recogida en los artículo 25. 2 j) de la LBRL y 9.13 de la LAULA, con especial mención en este último artículo a las competencias relativas al control preventivo, vigilancia y disciplina en las actividades públicas y privadas que directa o indirectamente puedan suponer riesgo inminente y extraordinario para la salud, así como al control sanitario de industrias, transporte, actividades y servicios; todo ello de conformidad con las previsiones específicas de la Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía y de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía.

Del informe recibido de ese Ayuntamiento se desprende que no se están ejercitando ninguna de las competencias legales que tienen los municipios para dar una solución al problema objeto de la queja, que determina la ilegalidad de una situación que genera un riesgo sanitario, limitándose el Ayuntamiento a ser un mero informador de lo que está sucediendo, sin que conste que se hayan tomado medidas disciplinarias para clausurar una instalación ganadera sin autorización de ningún tipo.

Esta ausencia en el ejercicio de competencias legales choca frontalmente con la previsión de los artículos 9.3 y 103.1 de la Constitución Española y 3.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público, que preconizan la garantía del principio de legalidad y el sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, la seguridad jurídica, la responsabilidad de los poderes públicos y la eficacia en la actividad de la Administración Pública. Adicionalmente, se vulneran también el derecho a una buena administración, previsto en el artículo 31 del Estatuto de Autonomía para Andalucía (Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo) y los principios de servicio efectivo a los ciudadanos, confianza legítima y responsabilidad por la gestión pública, también del artículo 3.1 de la referida Ley 40/2015.

Además, conforme a lo establecido en el artículo 8 de la Ley 40/2015, la competencia es irrenunciable y se ejercerá por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación o avocación, cuando éstos se produzcan legalmente.

En definitiva, la pasividad mostrada por ese Ayuntamiento en el asunto objeto de esta queja, pese a las denuncias de la afectada, pese a los informes sanitarios evacuados por las autoridades y pese al propio informe municipal que deja constancia de la ilegalidad de las instalaciones, determina una situación irregular que debe ser variada de forma urgente a fin de no provocar más perjuicios y riesgos sanitarios que los que se han producido ya, así como para, con los medios legales de que se dispone y previos los trámites legales oportunos, clausurar una instalación absolutamente al margen de la normativa y generadora de una incidencia ambiental y sanitaria indudable y contrastada.

Y, ante tal situación, hay que tener presente que la jurisprudencia considera que el ejercicio de actividades que precisen de licencia sin haberla obtenido, convierte en clandestina dicha actividad, y faculta a la Administración para acordar su clausura en tanto no se convalide (o en el caso de no poderse convalidar), tal como reconoce la Jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en Sentencia, por ejemplo, de 24 abril 1987, 21 noviembre 1989, 15 octubre 1997 y 28 de enero de 1998, entre otras muchas.

A la vista de todo ello y de conformidad con lo establecido en el artículo 29, apartado 1, de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, se formula la siguiente

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO 1 de que ese Ayuntamiento está sujeto en su actuación a lo establecido en los artículos 9.3 y 103.1 de la Constitución Española y 3.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público, que preconizan la garantía del principio de legalidad y el sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, la seguridad jurídica, la responsabilidad de los poderes públicos y la eficacia en la actividad de la Administración Pública, así como a lo que dispone el artículo 31 del Estatuto de Autonomía para Andalucía (Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo), que reconoce el derecho de la ciudadanía a una buena administración, y 3.1 de la referida Ley 40/2015, que recogen los principios de servicio efectivo a los ciudadanos, confianza legítima y responsabilidad por la gestión pública.

RECORDATORIO 2 de que ese Ayuntamiento debe ejercitar, en todo caso, las competencias legales siguientes:

- Urbanismo, especialmente en cuanto a disciplina urbanística, prevista en los artículos 25.2 a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL, en adelante) y 9.1 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía (en adelante, LAULA), con especial referencia en este último precepto a la protección de la legalidad urbanística y al restablecimiento del orden jurídico perturbado, así como en cuanto al procedimiento sancionador derivado de las infracciones urbanísticas; todo ello de conformidad con las previsiones específicas en la materia de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA).

- Medio Ambiente Urbano, promoción, defensa y protección del medio ambiente, previstas en los artículos 25.2 b) de la LBRL y 9.12 de la LAULA, con especial mención en este último artículo a la gestión del

procedimiento de calificación ambiental, así como la vigilancia, control y ejercicio de la potestad sancionadora con respecto a las actividades sometidas a dicho instrumento; todo ello de conformidad con las previsiones específicas de la LGICA.

- Promoción, defensa y protección de la salubridad pública, recogida en los artículo 25. 2 j) de la LBRL y 9.13 de la LAULA, con especial mención en este último artículo a las competencias relativas al control preventivo, vigilancia y disciplina en las actividades públicas y privadas que directa o indirectamente puedan suponer riesgo inminente y extraordinario para la salud, así como al control sanitario de industrias, transporte, actividades y servicios; todo ello de conformidad con las previsiones específicas de la Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía y de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía.

RECORDATORIO 3 de que, conforme a lo establecido en el artículo 8 de la Ley 40/2015, la competencia es irrenunciable y se ejercerá por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación o avocación, cuando éstos se produzcan legalmente.

RECOMENDACIÓN 1 para que, en todo caso, como medida cautelar y ante el riesgo de salud del que técnicos del SAS vienen advirtiendo en sus informes y que afectaría a las personas que residen en el entorno de estas instalaciones ganaderas, se proceda de inmediato, con carácter urgente y previos trámites legales oportunos, a dictar orden de suspensión de la misma.

RECOMENDACIÓN 2 para que, en relación con la instalación ganadera objeto de esta queja, se intervenga por ese Ayuntamiento de forma inmediata y urgente ante la situación de riesgo sanitario que está provocando a quienes residen en su entorno, sin más demoras ni retrasos injustificados, conforme proceda en Derecho y, en todo caso, previos trámites legales oportunos, con la audiencia del titular de la instalación, a instar su legalización si ello fuera posible y se cumplieran todas las exigencias medioambientales, técnicas y urbanísticas o, llegado el caso, clausurando las instalaciones y haciendo cesar el uso ganadero sin autorización. Todo ello, como se dice, previos trámites legales oportunos y con el respeto a los derechos de las personas interesadas, tanto de aquellas que tengan intereses en el desarrollo de la propia actividad, como de quienes residen en su entorno y están expuestos a un riesgo sanitario según los informes de los que ya tiene constancia ese Ayuntamiento, haciendo una ponderación motivada y razonada en Derecho.

La presente Resolución, como quiera que se nos informa que el suelo ocupado por estas instalaciones ganaderas se encuentran parcialmente en término municipal de Valencina de la Concepción, ha sido también dirigida al citado Ayuntamiento con objeto de que se proceda, de forma coordinada, a realizar cuantas actuaciones sean necesarias para dar una solución a este asunto.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Queremos conocer la eficacia de ejecución de las sanciones por actividades hosteleras en Sevilla

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 14/4886 dirigida a Ayuntamiento de Sevilla

- 30 Diciembre 2014

El Defensor del Pueblo Andaluz ha iniciado una actuación de oficio ante el Ayuntamiento de Sevilla para conocer el grado de eficacia en la ejecución de las resoluciones que se dictan tras la tramitación de expedientes sancionadores por infracciones en la instalación de terrazas de negocios de hostelería.

El Defensor del Pueblo Andaluz ha iniciado una actuación de oficio ante el Ayuntamiento de Sevilla con objeto de evaluar el grado de eficacia en la ejecución de las resoluciones que se dictan tras la tramitación de expedientes sancionadores por infracciones cometidas con motivo de la instalación no autorizada de terrazas de negocios de hostelería. El motivo no es otro que trasladar al Ayuntamiento que, año tras año, se vienen recibiendo quejas relacionadas con la contaminación acústica generada por el ruido que se produce, entre otros focos emisores, en las terrazas y veladores, cuya implantación está extraordinariamente extendida en bares y otros negocios de hostelería de nuestra ciudad.

En este sentido, si algo ha puesto de manifiesto la tramitación de nuestras quejas, además de los graves problemas que este ruido genera en las personas residentes en el entorno de estas instalaciones y la aparente impunidad con la que, ilegalmente, se instalan estas terrazas, sin autorización o ampliando las que ya poseen por la vía de hecho, es la aparente pasividad y las disfuncionalidades en la tramitación con la que, habitualmente, se gestionan los expedientes sancionadores incoados de oficio, o a instancia de parte, por este motivo.

Esa pasividad e ineficacia en su tramitación y en la posterior ejecución de las resoluciones dictadas, incluidas las de medidas provisionales, ha dado lugar a que formulemos, año tras año, recordatorios de deberes legales, recomendaciones, etc., sin gran resultado visible, pues las quejas tramitadas, las protestas realizadas por quienes sufren los efectos de estos focos emisores de ruido, las continuas noticias aparecidas en prensa, no parecen disuadir a muchos hosteleros de, no ya ocupar, sino, con frecuencia, usurpar, simple y llanamente, el espacio público ganado por el peatón para instalar mesas, sillas y veladores sin autorización o extralimitándose de ella y sin respetar las autorizaciones, horarios, etc., a que obligan las ordenanzas.

Con ello, no nos estamos haciendo “eco” de rumores o protestas genéricas que, con frecuencia, tienen presencia en los medios de comunicación, sino que se trata de hechos constatables, no encontrando, hasta ahora, explicación alguna a situaciones en las que es palpable y visible la, en muchos casos, ilegal colocación de estas instalaciones, sin que se produzca una respuesta decidida por parte de quienes deben

velar por el cumplimiento de las ordenanzas.

Se trata de una cuestión ampliamente tratada, si bien referida no sólo a la ciudad de Sevilla, sino también a otras poblaciones en nuestro Informe Especial al Parlamento de Andalucía “Seguridad, Accesibilidad y Calidad Ambiental en los Espacios Urbanos Peatonales de las Ciudades Andaluzas”, donde, en distintas partes del mismo, hacemos consideraciones sobre esta cuestión, al que se puede tener acceso en nuestra página web (www.defensordelpuebloandaluz.es), dentro del apartado de Qué hacemos, Nuestros informes y estudios, Informes Especiales.

Así las cosas y sin perjuicio de que hechos similares también se producen en otras ciudades, se trata de un problema de primer orden en Sevilla que, insistimos, hemos podido verificar con motivo de la tramitación de quejas tanto a instancia de parte como de oficio. Un problema grave no sólo desde la perspectiva de la contaminación acústica sino, también, desde el de la accesibilidad, pues causa un amplio rechazo en la ciudadanía, especialmente en las personas con movilidad reducida, que después de haberse dotado, no sin esfuerzo, espacios públicos a las exigencias de accesibilidad, se implanten estas “barreras artificiales” que dificultan, o impiden, su desplazamiento.

Al mismo tiempo, es un clamor entre la población que los desplazamientos a pie continuamente se ven dificultados, obligando a cambiar de rumbo a los peatones, causando riesgos de alcance y caídas a estos, etc., con motivo de esta usurpación del espacio peatonal sin aparente control, agravado, además, por todo tipo de cartelería anunciando los servicios que se ofrecen en el interior de los locales, que ha llenado de obstáculos los itinerarios peatonales.

No obstante, ante tales hechos debemos valorar positivamente la última actuación del Ayuntamiento de Sevilla (antes de esta actuación de oficio) destinada a luchar contra esta ilegal usurpación del espacio público que, según los medios de comunicación, vienen desarrollando los servicios de inspección municipales. Ahora bien, es muy de resaltar que más de un tercio de las más de 600 inspecciones realizadas desde Enero a mediados de Octubre de 2014, hayan dado lugar a la incoación de expedientes sancionadores. Esto confirma nuestras conjeturas, cuando no convicciones, de que un amplio sector de la hostelería instala ilegalmente sus terrazas, pues el número de presuntas infracciones parece realmente alta, y lo mismo tenemos que decir de las inspecciones pues, en 2013, se impusieron 356 multas.

Junto a este dato positivo, en el sentido de que se “*está actuando*”, nos preocupa, y ello lo hemos verificado también, con frecuencia, con motivo de la tramitación de los expedientes de queja, que en bastantes expedientes sancionadores iniciados con objeto de imponer multas a los presuntos infractores, con habitualidad no hayan sido llevados a término, por lo que el efecto disuasorio de la imposición de sanciones, sencillamente, no sólo desaparece sino que puede coadyuvar a esa imagen de impunidad que, justificada o no, se tiene de que las infracciones cometidas en este ámbito rara vez tienen consecuencias sancionadoras.

A la vista de ello, teniendo en cuenta la trascendencia que para la ciudadanía posee, en esta ciudad, los problemas relacionados con el uso indebido de estas instalaciones por los motivos ya expuestos, hemos creído necesario abrir de oficio esta queja y dirigirnos al Ayuntamiento de Sevilla para evaluar la respuesta que los servicios de inspección están dando a las conductas infractores en este ámbito, por lo que hemos interesado información sobre diversos aspectos, así como sobre las autorizaciones que se han concedido, en estos años, en las zonas declaradas acústicamente saturadas (ZAS) en las que, no obstante ello, se hayan autorizado nuevas terrazas o ampliación de las existentes y motivos que han justificado tales autorizaciones pese a su ubicación en tales zonas.

Es necesario controlar, caso por caso, que las terrazas y veladores cumplan con la normativa

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 14/4886 dirigida a Ayuntamiento de Sevilla

- 07 Diciembre 2016

El Defensor del Pueblo Andaluz recomienda al Ayuntamiento de Sevilla que, ponderando caso por caso y en función de los criterios que le indicamos, adopte las medidas oportunas para que terrazas y veladores cumplan la normativa establecida, procediendo, en su caso, a la ejecución subsidiaria y la imposición de multas coertivas para hacer cumplir esta legislación.

ANTECEDENTES

Con esta actuación de oficio pretendíamos evaluar el grado de eficacia en la ejecución de las resoluciones que se dictan en el Ayuntamiento de Sevilla tras la tramitación de expedientes sancionadores por infracciones cometidas con motivo de la instalación de terrazas de negocios de hostelería. Como ya hemos tenido ocasión de trasladarle a propósito de otras actuaciones, tanto de oficio como a instancia de parte, año tras año se vienen recibiendo quejas relacionadas con la contaminación acústica generada por el ruido que se produce desde, entre otros focos emisores, las terrazas y veladores cuya implantación, como es conocido, está extraordinariamente extendida en bares y otros negocios de hostelería de nuestra ciudad, siendo un problema cuyo alcance y entidad a nadie escapa ya a estas alturas.

En este sentido, si algo ha puesto de manifiesto la tramitación de nuestras quejas en diversas ocasiones, además de los graves problemas que este ruido genera en las personas residentes en el entorno de estas instalaciones y la aparente impunidad con la que, ilegalmente, se han venido instalando estas terrazas, sin autorización o ampliando las que ya poseían por la vía de hecho, es la pasividad y disfuncionalidades en la tramitación con la que, habitualmente, se gestionan los expedientes sancionadores incoados de oficio, o a instancia de parte, por este motivo.

Esa pasividad e ineficacia en su tramitación y en la ejecución de las resoluciones dictadas, incluidas las de medidas provisionales, ha dado lugar a que, formulemos, año tras año, recordatorios de deberes legales, recomendaciones, etc., sin gran resultado visible, pues pese a las quejas tramitadas, las protestas realizadas por quienes sufren los efectos de estos focos emisores de ruido o las continuas noticias aparecidas en prensa, no parecen disuadir a muchos hosteleros de, no ya ocupar, sino, con frecuencia, usurpar, simple y llanamente, el espacio público ganado por el peatón para instalar mesas, sillas y veladores sin autorización o extralimitándose de ella y sin respetar las autorizaciones, horarios, etc., a que obligan las ordenanzas.

Con ello, no nos estamos haciendo “eco” de rumores o protestas genéricas que, con frecuencia, tienen presencia en los medios de comunicación, sino que se trata de hechos constatables, no encontrando, hasta ahora, explicación alguna a situaciones en las que es palpable y visible la ilegal colocación de estas

instalaciones, sin que se produzca una respuesta decidida por parte de quienes deben velar por el cumplimiento de las ordenanzas.

Se trata de una cuestión ampliamente tratada, si bien referida no sólo a la ciudad de Sevilla, sino también a otras poblaciones en nuestro Informe Especial al Parlamento de Andalucía "*Seguridad, Accesibilidad y Calidad Ambiental en los Espacios Urbanos Peatonales de las Ciudades Andaluzas*".

Así las cosas y sin perjuicio de que hechos similares también se producen en otras ciudades, se trata de un problema de primer orden en la ciudad de Sevilla que, insistimos, hemos podido verificar con motivo de la tramitación de un importante número de quejas tanto a instancia de parte como de oficio; un problema grave no sólo desde la perspectiva de la contaminación acústica sino, también, desde el de la accesibilidad, pues causa un amplio rechazo en la ciudadanía, especialmente en las personas con movilidad reducida o quienes las acompañan, así como quienes sin contar con movilidad reducida precisan de un espacio mínimo (tales como personas con carros de bebé), que después de haberse dotado, no sin esfuerzo, espacios públicos a las exigencias de accesibilidad, se crean estas barreras artificiales que dificultan, o impiden, su desplazamiento.

Al mismo tiempo, es un clamor entre la población que los desplazamientos a pie continuamente se ven dificultados, obligando a cambiar de rumbo a los peatones, causando riesgos de alcance y caídas a éstos, etc., con motivo de esta usurpación del espacio peatonal sin aparente control, agravado, además, por todo tipo de cartelería anunciando los servicios que se ofrecen en el interior de los locales, que ha llenado de obstáculos los itinerarios peatonales.

Ante tales hechos, según le decíamos, hacíamos una valoración positiva de la última actuación del Ayuntamiento de Sevilla realizada antes de incoar esta actuación de oficio, destinada a luchar contra esta ilegal usurpación del espacio público que, según los medios de comunicación, venían desarrollando los servicios de inspección municipales. Sin embargo, ya entonces resaltamos que más de un tercio de las más de 600 inspecciones realizadas desde Enero a mediados de Octubre de aquel año 2014, habían dado lugar a la incoación de expedientes sancionadores, lo que confirmaba nuestras conjeturas, cuando no convicciones, de que un amplio sector de la hostelería instalaba ilegalmente sus terrazas, pues el número de presuntas infracciones parecía realmente alta, y lo mismo indicábamos de las inspecciones pues, en 2013, se impusieron 356 multas.

Junto a este dato positivo, en el sentido de que se estaba actuando, también nos preocupaba, dado que lo habíamos verificado, con frecuencia, con motivo de la tramitación de los expedientes de queja, que en bastantes expedientes sancionadores iniciados con objeto de imponer multas a los presuntos infractores, con habitualidad no hayan sido llevados a término, por lo que el efecto disuasorio de la imposición de sanciones, sencillamente, no sólo desaparece sino que puede coadyuvar a esa imagen de impunidad que, justificada o no, se tiene de que las infracciones cometidas en este ámbito rara vez tienen consecuencias sancionadoras.

A la vista de ello, con motivo de esta actuación de oficio interesábamos diversa información de ese Ayuntamiento respecto de expedientes incoados en 2013 y en 2014, así como sobre las zonas declaradas ZAS en los que se hubieran autorizado nuevas terrazas o ampliación de las existentes.

En respuesta a nuestra petición de informe, hemos recibido informe de la Dirección Técnica de la Gerencia de Urbanismo. Tras analizar su contenido, cabe destacar los siguientes datos relevantes del mismo:

- En lo que respecta al año 2013, se incoaron 259 expedientes disciplinarios por terrazas de veladores instaladas sin licencia o sin ajustarse a la licencia concedida. En estos expedientes se imponían multas coercitivas en aquellos supuestos en los que se incumplió la orden cautelar de suspensión, el requerimiento de legalización o la orden de restitución, imponiéndose en 2013 un total de 311 multas coercitivas. En paralelo a esos procedimientos, se tramitaron expedientes sancionadores, de los que en el

año 2013 recayó resolución definitiva en 17. Finalmente, se nos informaba, respecto al pago de sanciones y multas coercitivas, que en el año 2013 se cobraron 154 y que otras 23 se estaban cobrando fraccionadamente.

- Por su parte, en lo que respecta al año 2014, se incoaron 177 expedientes disciplinarios por terrazas de veladores instaladas sin licencia o sin ajustarse a la licencia concedida. En estos expedientes se impusieron multas coercitivas en aquellos supuestos en los que se incumplió la orden cautelar de suspensión, el requerimiento de legalización o la orden de restitución, imponiéndose en 2013 un total de 319 multas coercitivas. En paralelo a esos procedimientos, se tramitaron expedientes sancionadores, de los que en el año 2014 recayó resolución definitiva en 26. Finalmente, se nos informaba, respecto al pago de sanciones y multas coercitivas, que en el año 2013 se cobraron 151 y que otras 17 se estaban cobrando fraccionadamente.

- En cuanto a las ZAS, se nos ha informado de que la vigente Ordenanza de Terrazas de Veladores establece que continuarán los establecimientos y las terrazas de veladores incluidas en la declaración con el mismo régimen y efectos establecidos en la misma durante su plazo de vigencia y siempre que la revisión de ZAS se lleve a cabo en los plazos legalmente establecidos. Además, dicha ordenanza determina que en ZAS se limita el horario de las terrazas de veladores hasta las 23'00 horas, como máximo, pudiéndose retrasar el horario de cierre una hora en Navidades, Semana Santa, Feria de Abril, vísperas de festivos y festivos. Es por ello que, según el informe, a partir de la entrada en vigor de la Ordenanza, la Gerencia de Urbanismo procedió a autorizar la instalación de nuevas terrazas de veladores en ZAS si bien con el límite horario anteriormente indicado.

A continuación se nos hacía en el informe una relación de las terrazas de veladores que en zonas ZAS se tenía en 2013 y en 2014; de esta relación se desprende que de las 12 zonas ZAS, en 9 (Alfalfa, Arenal, Betis, Buhaira-Blanco, Viapol, Reina Mercedes, Triana Norte, Virgen de la Cinta y Sebastián Elcano) se incrementó el número de terrazas de veladores en el año 2014 respecto del número de autorizadas en 2013, y sólo en 3 disminuyó (La Gavidia, Alberto Jiménez Becerril y Plaza de Armas). Se nos matiza, no obstante, que respecto de las licencias otorgadas en las citadas anualidades, se computaron todas las autorizaciones concedidas, y si bien la mayoría eran licencias anuales, renovaciones de licencias anteriores, para algunos establecimientos se concedieron licencias temporales, bien para el periodo primaveral Semana Santa y Feria, temporada de verano o periodo semestral.

CONSIDERACIONES

Los datos ofrecidos por el Ayuntamiento vienen a confirmar lo que a juicio de esta Institución es, al menos hasta estos datos, la realidad municipal en su lucha contra las terrazas de veladores ilegales, ya sea aquellas que directamente se disponen sin autorización, ya sea aquella que se disponen contraviniendo las autorizaciones concedidas.

Así, resulta cuanto menos llamativo que de 259 expedientes sancionadores por terrazas de veladores en el año 2013, sólo hayan recaído 17 resoluciones definitivas y sólo se hayan impuesto 311 multas coercitivas. En primer lugar, la ausencia de resolución definitiva en los plazos, siempre dentro de la normativa, que exige este tipo de infracciones, impide que la sanción cumpla una de sus finalidades, que no es otra que la de disuadir de persistir en la infracción ya constatada, o la de persistir en nuevas y futuras infracciones. En segundo lugar, porque la imposición de multas coercitivas en caso de que no se cumpla la orden cautelar de suspensión, lo que determina es la certeza de que la infracción se sigue cometiendo, con todo lo que ello conlleva en términos de usurpación del espacio público y de contaminación acústica.

Todo ello nos lleva a exigir una mayor contundencia ante el problema generado por las terrazas de veladores ilegales, más aún si cabe si se trata de zonas ZAS en las que la saturación ambiental que sufren las personas que residen en las mismas es de tal magnitud que afecta verdaderamente a su calidad de vida, sobre todo si se permite, por la vía de la tolerancia o permisividad, o la de la una actividad administrativa “a medias”, que se instalen nuevos focos emisores –terrazas de veladores- en la vía pública.

Esta contundencia que creemos precisa este problema está prevista en la Ordenanza reguladora de las terrazas de veladores vigente de Sevilla, pues los artículos 30 (medida cautelar de suspensión), 31 (restablecimiento del orden jurídico perturbado) y 32 (gastos derivados de las actuaciones y almacenaje de elementos retirados) prevén mecanismos para no tener que depender de la imposición de multas coercitivas, pues la realidad es que no son un medio eficaz para lograr el cumplimiento de una orden de suspensión, las más de las veces porque, y es una circunstancia de sobras conocida, pública y notoria, el titular del establecimiento logra más beneficio y rentabilidad económica disponiendo una terraza ilegal, o contraviniendo la autorización concedida, y no le importará pagar una multa coercitiva, cuando llega y si es que llega. Ello, al margen de que finalmente esa multa coercitiva pueda ser ejecutada, pues también son frecuentes los artificios para dificultar, cuando no imposibilitar, la ejecución de sanciones por cuestiones como las que tratamos.

En este sentido, el artículo 30 de la Ordenanza, habla de la medida cautelar de suspensión, con apercibimiento de ejecución subsidiaria en caso de incumplimiento. En concreto, dice lo siguiente este artículo:

«Las instalaciones sujetas a esta Ordenanza que se implanten, tanto en terrenos de dominio público como en terrenos de dominio privado, sin la preceptiva licencia o incurriendo en cualquier incumplimiento de su contenido, excediendo de la superficie autorizada, instalaciones o mobiliario prohibido, serán objeto de la medida cautelar de suspensión, con apercibimiento de ejecución subsidiaria en caso de incumplimiento.

Cuando concurran circunstancias de interés público o situaciones de emergencia, tanto la medida cautelar de suspensión como el apercibimiento de su ejecución subsidiaria, se podrán realizar mediante la publicación de edictos y anuncios en los tablones municipales y en los diarios de mayor difusión, sin perjuicio de las notificaciones que, a título individual y siempre que ello sea posible, se realicen a los titulares de los establecimientos afectados.

El incumplimiento de la orden de suspensión dará lugar, mientras persista, a la imposición de multas coercitivas».

Esta Institución considera que la problemática de contaminación acústica que sufren quienes denuncian establecimientos de hostelería que cuentan con terrazas de veladores ilegales, o contraviniendo las autorizaciones concedidas, cuando median denuncias en tal sentido, es una cuestión, como dice el precepto de la Ordenanza, de interés público, pues el ruido, como tantas veces venimos diciendo, es un factor de distorsión gravemente afectante en la calidad de vida y en los derechos constitucionales de las personas. Por ello, estas personas no pueden esperar meses, e incluso años, a que tras la imposición de multas coercitivas, el titular infractor del local se decida a cumplir la orden de suspensión. Es un daño irreversible el que sufren y del que pueden surgir, llegado el caso, responsabilidades patrimoniales del propio Ayuntamiento.

Además, debe tenerse también presente, si bien no hay constancia de la aplicación eficaz y real de lo que vamos a referir, que el artículo 30.24 de la Ordenanza contra la contaminación acústica, ruidos y vibraciones de Sevilla, que regula específicamente la contaminación acústica generada por veladores, establece que «Teniendo en cuenta los cinco apartados anteriores, cualquier incumplimiento de las exigencias establecidas en el presente artículo supondrá el inicio de un procedimiento sancionador contra la actividad principal, pudiéndose llegar a su cierre como medida cautelar si se produjeran superaciones o incumplimientos que así lo aconsejasen».

Previamente este mismo artículo 30, en su apartado 19, señala que «El funcionamiento de una actividad con veladores careciendo de la correspondiente autorización municipal, o incumpliendo la resolución adoptada según se indica en el apartado 17, se tipificará como infracción grave con los efectos previstos en los artículos 47 y 48, sin perjuicio de sanción superior en caso de efectuarse comprobaciones acústicas por los inspectores municipales designados para dichas labores».

Por otra parte, en cuanto a las zonas ZAS, llama la atención que haya hasta 9 de estas zonas (Alfalfa, Arenal, Betis, Buhaira-Blanco White, Viapol, Reina Mercedes, Triana Norte, Virgen de la Cinta y Sebastián Elcano), en las que se hayan ampliado para 2014 las terrazas de veladores autorizadas para 2013. Es posible, no obstante, que estas ampliaciones obedezcan, como se nos matiza en el informe, a licencias temporales (Semana Santa y Feria, verano o mayo a octubre), pero en cualquier caso nos parece, en principio, incompatible esta ampliación con la disposición transitoria cuarta de la Ordenanza de terrazas de veladores:

«Las licencias de veladores concedidas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ordenanza continuaran en vigor en las mismas condiciones de su otorgamiento hasta la terminación de su vigencia.

En Zonas Acústicamente Saturadas continuarán los establecimientos y las terrazas de veladores incluidas en la declaración con el mismo régimen y los efectos establecidos en la misma durante su plazo de vigencia y siempre que la revisión de las ZAS se lleve a cabo en los plazos legalmente establecidos, salvo que se establezca otro régimen en dichas revisiones».

Si la declaración de una zona como ZAS es, precisamente, la superación de los niveles sonoros como consecuencia de la concentración de actividades que, individualmente, sí cumplen en principio con la normativa, no tiene mucho sentido autorizar nuevas licencias de terrazas de veladores, aunque sean temporales, que, junto con otros focos emisores, son causa (los clientes de esas terrazas) de gran parte del ruido generado en estas ZAS.

Por todo lo expuesto, llegamos a la conclusión de que otra gestión más eficaz es posible ante el problema ocasionado por el ruido generado por terrazas de veladores sin autorización o contraviniendo las autorizaciones en su caso concedidas.

A la vista de todo ello y de conformidad con lo establecido en el artículo 29, apartado 1, de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, se formula la siguiente

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO 1 de que, conforme a lo establecido en el artículo 103.1, de la Constitución (que señala, entre otras cosas, que la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia y con sometimiento pleno a la ley y al Derecho), y en el artículo 31 del Estatuto de Autonomía para Andalucía (que recoge el principio de buena administración), así como de conformidad con la Ordenanza de terrazas de veladores, la medida cautelar de suspensión decretada por el Ayuntamiento en supuestos de terrazas de veladores sin la preceptiva licencia o incurriendo en cualquier incumplimiento de su contenido, cuando resulta incumplida, puede ser ejecutada subsidiariamente, sin perjuicio de que, en determinados supuestos puedan imponerse previamente multas coercitivas.

RECOMENDACIÓN 1 en el sentido de que, ponderando caso por caso y en función de criterios tales como la reiteración, accesibilidad, riesgo para los viandantes, localización en una zona ZAS, etc., se adopten medidas cautelares acudiendo al procedimiento de ejecución subsidiaria en los supuestos de terrazas y veladores instalados sin la preceptiva licencia o incurriendo en un incumplimiento de su contenido. Ello sin perjuicio de que, en determinados supuestos, puedan imponerse previamente multas coercitivas.

RECOMENDACIÓN 2 de que, a la hora de imponer las sanciones se tengan muy en cuenta que el importe de éstas no puede ser inferior al beneficio que el infractor obtiene con el incumplimiento de la norma y que, en todo caso, a la hora de establecer la graduación de la cuantía se deberán tener en cuenta los criterios incluidos en la Ordenanza.

RECORDATORIO 2 de que conforme a la disposición transitoria cuarta de la Ordenanza de terrazas de veladores de Sevilla, en Zonas Acústicamente Saturadas continuarán los establecimientos y las terrazas de veladores incluidas en la declaración con el mismo régimen y los efectos establecidos en la misma

durante su plazo de vigencia y siempre que la revisión de las ZAS se lleve a cabo en los plazos legalmente establecidos, salvo que se establezca otro régimen en dichas revisiones.

RECOMENDACIÓN 3 para que, en adelante, en zonas declaradas ZAS no se produzca ninguna ampliación del número de terrazas que pueda ser incompatible con la propia declaración de la concreta zona como ZAS de su plan zonal específico, mientras éstos se encuentren en vigor y no sean modificados o dejados sin efecto.

RECOMENDACIÓN 4 para que, a la hora de facilitar la labor de los inspectores y la información a la ciudadanía, se diseñe una señalización que permita conocer la localización exacta de las terrazas que, además, deberá reflejarse en un plano visible para el público en el propio establecimiento. Ello permitirá, además, conocer con carácter inmediato a los inspectores y al público si el establecimiento está autorizado, o no, para contar con esta instalación.

SUGERENCIA para que, si para tales exigencias es precisa la modificación de la Ordenanza, ésta se lleve a cabo, previos los trámites legales oportunos, a la mayor urgencia.

RECOMENDACIÓN 5 para que se establezca un mecanismo para auditar la eficiencia y eficacia de las medidas existentes para controlar que los establecimientos de hostelería respetan las normas que regulan la instalación de terrazas con mesas, veladores y sillas.

RECOMENDACIÓN 6 para que se den las instrucciones precisas para que en algunos espacios peatonales, respecto de los que es completamente conocido que la localización de las terrazas, tal y como suelen habitualmente disponerse, no pudieron haber sido autorizadas pues de forma cotidiana impiden que las personas puedan transitar con facilidad por los espacios públicos, cese esta situación adoptando las medidas procedentes para evitar esta situación y que tanto rechazo genera en la ciudadanía al crear una imagen de impunidad ante la usurpación del espacio público.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

El Ayuntamiento de Marbella intensificará los controles por ruido de los bares de una zona saturada en San Pedro de Alcántara

Queja número 14/5158

- 31 Mayo 2017

El Ayuntamiento de Marbella pone en marcha las medidas propuestas por el Defensor del Pueblo Andaluz en su resolución.

En este expediente de queja, el vecino de la ciudad de Marbella (Málaga) residente en la Plaza de la Libertad, de San Pedro de Alcántara, denunciaba "*los reiterados incumplimientos que realizan varios establecimientos cuyas actividades comerciales son bares, pubs y discotecas, situados en los bajos de edificios de viviendas en un número superior a los 20 locales en una reducida zona y que producen molestias continuas de ruidos, una gran contaminación acústica y que están afectando gravemente la salud y calidad de vida de los vecinos de la Plaza de La Libertad de San Pedro de Alcántara (Málaga)*".

En la misma y tras valorar la situación denunciada y la información obrante en el expediente, formulamos Recomendación al Ayuntamiento de Marbella para que, en coordinación con todas las áreas municipales y policía local, valorara y estudiara la conveniencia de dictar una nueva declaración de Zona Acústicamente Saturada de la plaza de la Libertad, de San Pedro de Alcántara, fijando adicionalmente cuantos dispositivos fueran necesarios de vigilancia, control y disciplina de las actividades realmente desarrolladas en la zona. Además, se Sugería la posibilidad de tratar el problema en una reunión con los representantes vecinales afectados.

En la respuesta que nos remitió el Ayuntamiento de Marbella se desprendía que había aceptado nuestra resolución pues desde la Tenencía de Alcaldía de San Pedro de Alcántara se había propuesto a la Alcaldía "*aceptar las recomendaciones formuladas por el Defensor del Pueblo Andaluz, dando continuidad a lo actuado hasta la fecha…*" y para ello proponía que se diera instrucciones a la Policía Local para que intensificaran las tareas de vigilancia, control y orden público de la zona y, en su caso, el levantamiento de las correspondientes actas de infracción. Además, solicitaba evaluar el estado en que se encontraba el Estudio Acústico Ambiental realizado en su día en lo que afectaba a la Plaza de la Libertad. También proponía mantener una reunión con las delegaciones municipales afectadas, incluida la Policía Local, para objetivar las molestias y problemas denunciados y la adopción de medidas tendentes a la solución definitiva de las molestias y, posteriormente, mantener una reunión entre las autoridades municipales, Policía Local y una representación de los vecinos y vecinas afectados.

Con ello, dimos por concluidas nuestras actuaciones en esta queja, en la consideración de que nuestra resolución había sido aceptada.

Le pedimos al Ayuntamiento de Marbella que valore declarar zona saturada de ruidos la plaza de La Libertad, en San Pedro de Alcántara

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 14/5158 dirigida a Ayuntamiento de Marbella (Málaga)

- 19 Agosto 2016

El Defensor del Pueblo Andaluz recomienda al Ayuntamiento de Marbella que, en coordinación con todas las áreas municipales y policía local, valore y estudie la conveniencia de dictar una nueva declaración de Zona Acústicamente Saturada de la plaza de la Libertad, de San Pedro de Alcántara, fijando adicionalmente cuantos dispositivos sean necesarios de vigilancia, control y disciplina de las actividades realmente desarrolladas en la zona. Además, se le sugiere la posibilidad de tratar el problema en una reunión con los representantes vecinales afectados.

ANTECEDENTES

En este expediente de queja, el vecino de la ciudad de Marbella (Málaga) residente en la Plaza de la Libertad, de San Pedro de Alcántara, denunciaba "*los reiterados incumplimientos que realizan varios establecimientos cuyas actividades comerciales son bares, pubs y discotecas, situados en los bajos de edificios de viviendas en un número superior a los 20 locales en una reducida zona y que producen molestias continuas de ruidos, una gran contaminación acústica y que están afectando gravemente la salud y calidad de vida de los vecinos de la Plaza de La Libertad de San Pedro de Alcántara (Málaga)*".

Esta situación, según el escrito de queja, había motivado "*numerosas quejas y denuncias presentadas en los últimos años al Ayuntamiento de Marbella por los vecinos de la Plaza de la libertad de San Pedro relacionadas con los ruidos, molestias, incumplimientos de horarios, insalubridades, escándalos y otras circunstancias soportadas por los vecinos afectados por los problemas sin efectividad alguna. Consta asimismo que son numerosas las actas levantadas por la Policía Local referidas a los mismos problemas sin que se haya producido rectificación alguna*".

Las circunstancias que el interesado concretaba en su queja eran las siguientes:

1.- Vulneración de las ordenanzas municipales y normativas legales relativas a, entre otras cuestiones, los horarios de cierre, las actividades autorizadas, las terrazas en la vía pública, el consumo de bebidas alcohólicas, etc.

2.- Contaminación acústica ambiental generada por los establecimientos de la zona, que estaba provocando alteraciones en la salud de las personas residentes en la misma (irritabilidad, estrés, trastornos del sueño, etc.) y que estaba afectando gravemente su derecho al descanso.

3.- Concentración de más de 20 locales en una superficie reducida, constante y permanente durante todos los días del año, sin que se hubiese tenido en cuenta por el Ayuntamiento, a la hora de conceder licencias, la saturación de establecimientos y de ruidos generados.

4.- Se aducía también que "*el Ayuntamiento de Marbella no sólo no aborda este problema tratando de corregir las situaciones utilizando las disposiciones legales tanto locales como autonómicas sino que lo agrava dando más licencias de aperturas y ampliaciones en los horarios de cierre de estos bares de copas y discotecas*".

5.- Que todo ello estaba suponiendo la vulneración de derechos fundamentales de las personas residentes en el entorno de la Plaza de la Libertad, como el derecho a la intimidad, a la salud y a un medio ambiente adecuado, "*encontrándonos sin protección y sintiéndonos principalmente desatendidos por las personas responsables en esta materia en la Administración Pública Municipal*", por lo que "*es por ello que hemos decidido plantear de nuevo y en primera instancia esta situación al Ayuntamiento de Marbella esperando que de una vez por todas se acometan las soluciones pertinentes velando por el cumplimiento íntegro de la normativa existente en esta materia tanto a nivel municipal como del Estado*".

En los términos expuestos, la queja fue admitida a trámite y solicitado el preceptivo informe al Ayuntamiento de Marbella. En respuesta, recibimos, en marzo de 2015, oficio de la Alcaldía-Presidencia acompañado de "Nota Interior" dirigida por el Concejal Delegado de Comercio, Industria y Vía Pública a la propia Alcaldía. En dicha nota se indicaba que "*Por lo que atañe a lo que esta Administración ha hecho para paliar los problemas de ruidos que producen los establecimientos ubicados en la Plaza de la Libertad de San Pedro de Alcántara, le indico que con fecha 30/10/09 el Pleno del Ayuntamiento ya acordó, a la vista de los problemas de ruidos que se venían produciendo en la referida plaza, «Aprobar los Planes Zonales específicos y su posterior puesta en funcionamiento, de las zonas de Avenida del Mar y Plaza de los Olivos en Marbella y Plaza de la Libertad en San Pedro de Alcántara, "Zonas de Protección Acústica Especial»*".

Además, en dicha "Nota Interior" se informaba también de que "*Fruto de ese acuerdo, fue la inmediata suspensión del otorgamiento de cualquier tipo de Licencia de Apertura nueva para implantar actividades de música en los establecimientos, entre otros, de la referida Plaza de la Libertad*" y que "*Tenemos constancia que por parte del Director de Industria se han tenido varias reuniones con los titulares de establecimientos ubicados en la Plaza de la Libertad de San Pedro de Alcántara, advirtiéndoles que deberían velar para que los clientes de los establecimientos no permanezcan en el exterior de los mismos causando ruidos y molestias a los vecinos residentes en la zona*".

Finalmente, en dicha "Nota interior" se indicaba que "*se ha de dejar constancia que desde esta Delegación a mi cargo nos hemos preocupado y ocupado de que todos los establecimientos ubicados dentro de las zonas de protección acústica, entre ellos los de la reiterada plaza, desarrollen sus actividades ajustándose escrupulosamente a las normas ambientales y a los horarios legalmente establecidos para las licencias que amparan dichas actividades, teniendo igualmente constancia que las molestias denunciadas por el Sr. … tienen su origen en los ruidos y discusiones que se producen en el exterior y no en el interior de dichos establecimientos, debiendo significarse que la vigilancia y el control de las personas y de las molestias por ruidos y escándalos que se produzcan en los viarios públicos es competencia de la Policía Local*".

Además de esta información del Concejal Delegado de Comercio, Industria y Vía Pública, la Alcaldesa nos informaba de que se había dado traslado de la queja del denunciante a la Policía Local para que emitiera el correspondiente informe sobre sus competencias, visto que el problema fundamental parecía estar, tal y como advertía el Concejal referido, en el exterior de los locales que de la Plaza de la Libertad y en la aglomeración de personas. En este sentido, solicitamos ese informe de la Policía Local mediante escritos dirigidos a la Alcaldía en fechas de 17 de junio, 30 de julio y 7 de octubre de 2015, además de mediante llamadas telefónicas realizadas al gabinete de Alcaldía en fecha de 15 de febrero, sin que hasta el momento hayamos tenido respuesta alguna.

CONSIDERACIONES

El artículo 19.1 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz (LDPA), establece que todos los poderes públicos y organismos de la Comunidad Autónoma de Andalucía están obligados a auxiliar, con carácter preferente y urgente, al Defensor del Pueblo Andaluz en sus investigaciones e inspecciones. En este sentido, el hecho de que ya se haya emitido, por parte de ese Ayuntamiento un primer informe en este expediente de queja, no es óbice para que esta Institución considere necesario y requiera un segundo o ulterior informe sobre el mismo asunto. Hay que recordar que esta obligación de auxilio y colaboración «con carácter preferente y urgente» que se debe a esta Institución, lo es durante toda la fase de investigación y comprobación de una queja o en un expediente iniciado de oficio.

En consecuencia, ese Ayuntamiento de Marbella, al no enviarnos el segundo informe que hemos solicitado en esta queja, concretamente de la Policía Local, a pesar de haberlo requerido hasta en tres ocasiones por escrito, más una última de manera telefónica, ha incumplido el deber de auxilio y colaboración al que está obligado en función del artículo 19 de la LDPA.

En cualquier caso, la ausencia de ese segundo informe no ha impedido a esta Institución analizar, en lo posible y dentro de las competencias que nos confiere la LDPA, el fondo del asunto y dictar la presente Resolución, en la consideración de que ésta es la mejor forma de cumplir el cometido que nos encomiendan los artículos 41 y 128 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, aprobado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo.

En cuanto al fondo del asunto, ya hemos tenido ocasión de decir -por ejemplo, Resolución dirigida al Ayuntamiento de Córdoba en el expediente de **queja 12/6904**-, que "*la autorización de apertura de una discoteca y, singularmente, si ésta tiene una gran entidad por su aforo permitido, genera inevitablemente como efecto indirecto en el espacio exterior una importante afección acústica derivada del tránsito de personas y vehículos de motor, así como de las inevitables concentraciones de personas que se produce en su entorno*". Si en aquel caso el problema era el generado por la afluencia de público a una sola discoteca de gran aforo y todo lo que ello conlleva, el caso es perfectamente extrapolable al de la presente queja, en la que son varios los establecimientos y locales (parece que en torno a 20) que provocan esa contaminación acústica por, según parece, la afluencia de público y el ruido ambiental.

Por ello, el Ayuntamiento de Marbella debería valorar, en primer lugar, la conveniencia de considerar la revisión de aquel Plan Zonal Específico de la Plaza de la Libertad en San Pedro de Alcántara, de 2009 y su posterior declaración como "Zona de Protección Acústica Especial", y dictar, previos trámites legales oportunos, una nueva declaración de zona acústicamente saturada, a los efectos de lo previsto en el vigente Decreto 6/2012, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Protección contra la Contaminación Acústica de Andalucía.

De hecho, ya mencionábamos en nuestra primera petición de informe al Ayuntamiento, que la problemática, fundamentalmente de ruidos, provocada por la aglomeración de locales de ocio en el entorno de la Plaza de la Libertad, es una cuestión estructural que afecta a un importante número de personas, de ahí que, sin perjuicio de que la concesión de licencias y el desarrollo de actividades sea una cuestión reglada, deba tratarse este asunto de forma estructural y haciendo uso, en todo caso, de los instrumentos jurídicos con los que la normativa vigente dota a los municipios, como por ejemplo la declaración de zona acústicamente saturada. En este sentido, creemos que valorando la posibilidad de una nueva declaración, aprovechando la experiencia de la anterior declaración de "Zona de Protección Acústica Especial" y los resultados de la aplicación del plan de zona, se podría abordar esta problemática con una nueva visión de conjunto y adoptar una serie de medidas anejas a tal declaración con las que minorar el nivel de ruido.

Ello, con independencia de que, en todo caso, se adopten también desde ya una serie de medidas de vigilancia, inspección, de policía, disciplinarias y, en su caso, sancionadoras, con las que controlar, disuadir y tratar de fomentar el cumplimiento de la legalidad vigente de las actividades autorizadas, del

cumplimiento de horarios de cierre, de posibles “botellones”, de conductas incívicas sancionadas por las ordenanzas municipales, de la legalidad de las terrazas, etc.

En todo caso, debe tenerse presente que el ruido exterior que se deriva de las concentraciones de personas en la vía publica encuentra su respuesta legal en los artículos 3 y siguientes de la Ley 7/2006, de 4 de Octubre, sobre Potestades Administrativas en Materia de Determinadas Actividades de Ocio en los Espacios Abiertos de los Municipios de Andalucía. De acuerdo con estos preceptos, quien realice una actividad de esa naturaleza puede ser sancionado, con lo cual el ruido que se produce en el interior de un local de ocio se somete a los condicionamientos inherentes a la autorización de estas actividades para que no creen afecciones acústicas en el exterior y el ruido que se produce en el exterior se combatiría con la mencionada Ley 7/2006.

A la vista de todo ello y de conformidad con lo establecido en el artículo 29, apartado 1, de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, se formula la siguiente

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO 1 de la obligación de colaboración establecida en el artículo 19.1 de la LDPA, según el cual todos los poderes públicos y organismos de la Comunidad Autónoma de Andalucía están obligados a auxiliar, con carácter preferente y urgente, al Defensor del Pueblo Andaluz en sus investigaciones e inspecciones.

RECOMENDACIÓN 1 para que, en lo sucesivo, desde el Ayuntamiento de Marbella se atienda en un plazo prudencial y razonable de tiempo, ajustándose a los datos, documentos o informaciones concretos y puntuales que se pidan, las peticiones de colaboración realizadas por esta Institución en el curso de la tramitación de expedientes de quejas, con independencia de que se trate del primer informe, del segundo o de posteriores y sucesivos informes que se requieran; y, a tal efecto, que se nos remita el informe de la Policía Local pendiente en este expediente de queja.

Por otra parte, para el supuesto de que persista el problema de fondo de la contaminación acústica provocada por la aglomeración de personas y afluencia de público en torno a los, al parecer, 20 locales y establecimientos de ocio que se encuentran en la Plaza de la Libertad, de San Pedro de Alcántara, así como de eventuales incumplimientos en cuanto a las actividades autorizadas y a su régimen normativo, se formula:

RECORDATORIO 2 de la regulación legal contenida en la Ley 7/2006, de 24 de octubre, sobre potestades administrativas en materia de determinadas actividades de ocio en los espacios abiertos de los municipios de Andalucía, en cuanto a la permanencia y concentración de personas, en su caso, no autorizada en la Plaza de la Libertad, así como de la regulación contenida en el Decreto 6/2012, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Protección contra la Contaminación Acústica en Andalucía, en cuanto a la declaración de zonas acústicamente saturadas.

RECOMENDACIÓN 2 para que, con la coordinación de todas las áreas y/o delegaciones municipales con competencias en materia de autorización de actividades medio ambiente urbano y, especialmente, de policía local, disciplina de actividades y seguridad ciudadana, se valore la procedencia de dictar una nueva declaración de zona acústicamente saturada por la acumulación de locales y establecimientos de ocio en la Plaza de la Libertad, de San Pedro de Alcántara, así como de fijar cuantos otros dispositivos sean precisos en cuanto al régimen de vigilancia, control y disciplina de actividades hosteleras y de ocio en establecimientos públicos, especialmente en lo que respecta a las actividades autorizadas y a las desarrolladas realmente, así como en lo que afecta al régimen de horarios de cierre.

SUGERENCIA para que, a tenor de la magnitud del problema que se desprende de los datos recabados con la tramitación de esta queja y de la acumulación de en torno a 20 locales y establecimientos de ocio en la Plaza de la Libertad de San Pedro de Alcántara y el ruido que ello genera por la afluencia de público y clientes, se mantenga en el Ayuntamiento de la localidad una reunión entre las autoridades municipales,

la policía local y una representación de los vecinos y vecinas afectados, a fin de tratar la problemática de la contaminación acústica generada y plantear frente al mismo posibles soluciones, alternativas u otras formas de solventarlo o hacerlo disminuir.

Ver asunto solucionado o en vías de solución

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

¿Continúan instalados los veladores de dos establecimientos en un paseo marítimo? Pedimos que se aclare

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 16/1825 dirigida a Ayuntamiento de Níjar (Almería)

- 21 Noviembre 2017

Ante la ocupación ilegal del espacio público del Paseo Marítimo de Las Negras, el Defensor del Pueblo Andaluz ha recomendado al Ayuntamiento de Níjar que verifique si las terrazas de veladores de dos establecimientos denunciados continúan instaladas de forma ilegal y, en caso de desobediencia a la orden de suspensión y retirada dictada en su día, adopte las medidas que procedan.

ANTECEDENTES

El motivo de la queja era la inactividad del Ayuntamiento de Níjar (Almería) ante la ocupación excesiva del paseo marítimo de Las Negras con terrazas de veladores -mesas y sillas- por parte de dos establecimientos hosteleros. En concreto, según el escrito de queja que recibimos, *"estos negocios han decidido poner mesas para sus clientes tanto en su fachada como en la parte que pega al mar, que está diseñada y habilitada para sentarse, por lo que los vecinos y turistas que no desean tomarse algo en esos negocios sólo pueden "pasar" por este trozo del paseo marítimo".*

Además, decía la queja que *"A finales del pasado año se celebró una reunión a la que asistieron tanto la Alcaldesa y Concejales del Ayuntamiento de Níjar como los vecinos de la localidad y se habló de este asunto. Desde entonces el Ayuntamiento no ha hecho nada. Algunos vecinos han llamado a la Policía Local para que quiten las mesas, la Policía levanta acta y se va sin hacer nada. En Semana Santa la situación ha sido insoportable y a partir de estas fechas y hasta finales de septiembre va a ser peor".*

En este sentido, manifestaba una de las vecinas de Las Negras que firmaba la queja, era consciente de que este núcleo poblacional "*vive del turismo*", pero consideraba no obstante que *"estas situaciones abusivas deben frenarse para que todos, no solo sus clientes, podamos disfrutar de este espacio"* porque, además, se daba la circunstancia, aseguraba, que se trataba de negocios *"que tienen espacio para sus clientes dentro y … dispone también de una terraza de grandes dimensiones que tiene perfectamente habilitada para sus clientes pero que prefieren reservarla para las comidas y quitarnos espacio público para que sus clientes puedan desayunar y tapear".*

Además, pudimos comprobar que por éste y otros asuntos se había presentado por una asociación de vecinos del núcleo poblacional un escrito en el Ayuntamiento, concretamente en marzo de 2016, acompañando diversas fotografías en los que podía verse cómo efectivamente los veladores se encontraban prácticamente pegados al límite del paseo marítimo, ocupando un espacio que debía estar destinado al uso y disfrute común y colectivo y no "*privatizado*" ni "*usurpado*" por la hostelería, sobre todo

cuando, como también se apreciaba, había espacio más que suficiente para disponer una terraza de veladores anexa a la fachada del local y para dejar el espacio público restante para el común de la ciudadanía.

Admitida a trámite la queja, recibimos informe de la Alcaldía del Ayuntamiento de Níjar de febrero de 2017, en el que, en esencia, se nos trasladaba que el Ayuntamiento había aprobado una propuesta de ordenación del dominio público con sillas y mesas en diferentes establecimientos de Las Negras y que, en cuanto a los establecimientos objeto de esta queja, que se encontraba en trámite la licencia de ocupación de vía pública, pendiente de aportación de documentos, por ocuparse una zona dentro de la servidumbre de protección de costas, por lo que hasta que no se aportara dicha documentación no se podría continuar con la tramitación de la licencia.

Visto este informe y las alegaciones de la promotora de la queja (en la que nos decía que el espacio por estos locales seguía ocupado con mesas y sillas), interesamos un informe adicional al Ayuntamiento, que nos fue remitido en abril, en el que se venía a decir que "*en la actualidad se sigue encontrando en trámite la licencia de ocupación de vía pública … pendiente de aportación de documentación y para la que es imprescindible la aportación de la autorización de la Consejería de Medio Ambiente, por ocuparse una zona dentro de la Servidumbre de Protección de Costas*".

Posteriormente se nos informó que la Alcaldía, mediante Decreto nº …/17, había ordenado la suspensión de forma inmediata de la ocupación de la vía pública mediante la retirada de las mesas y sillas que llevaba a cabo en la calle … de Las Negras, por parte de la entidad "…", titular de uno de los establecimientos, con la advertencia de ejecución material en caso de incumplimiento, dándose un plazo de dos meses para legalizar esta instalación o restituir de forma voluntaria la legalidad infringida. Previamente la promotora de la queja nos había informado que la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio había denegado autorización para ocupación con mesas y sillas en el Paseo Marítimo de Las Negras, por lo que procedía archivar el expediente que se estaba tramitando y que permanecía a la espera de esa autorización que se había denegado.

Finalmente, pese a todo lo expuesto, la interesada nos comunicó que estos establecimientos seguían disponiendo de terraza de veladores en el Paseo Marítimo de Las Negras y que el Ayuntamiento no hacía nada por impedirlo, pese a que no había concedido autorización y ser ésta ya inviable al haberla denegado la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio. Esto nos obligó a pedir un último informe al Ayuntamiento, que nos fue respondido en octubre de 2017.

En este último informe consta que la Junta de Gobierno Local denegó la terraza de veladores a estos dos locales y que no constaba en el Ayuntamiento ninguna denuncia de Policía Local, ni denuncia de particular, que advirtiera del incumplimiento de la orden de suspensión dictada en su momento. También se dice en este informe que existe una limitación de medios materiales y humanos en el Ayuntamiento que afectan al área de Disciplina Urbanística y que hay más de 1.000 expedientes abiertos, por lo que ha sido imposible incoar el expediente sancionador subsiguiente al incumplimiento de los dos locales objeto de la queja, pero que "*no obstante, el mismo será incoado próximamente*".

CONSIDERACIONES

Consideramos que, pese a que parece claro que la ubicación de esta terraza era completamente ilegal e interrumpe la zona de servidumbre de tránsito que establece la Ley de Costas y pese a que la Junta de Gobierno Local de ese Ayuntamiento denegó la solicitud de licencia al establecimiento "…", de Las Negras, es lo cierto que, a esta fecha, desconocemos si se obligó al titular de este establecimiento a desmontar esta terraza con el mobiliario correspondiente o por el contrario ha estado funcionando durante todo este tiempo del periodo estival.

Decimos esto porque, según el informe que se nos traslada del instructor de Disciplina Urbanística de ese Ayuntamiento resulta que *"… actualmente como consecuencia de la crisis y los recortes, existe una*

limitación de medios materiales y humanos para la tramitación de todos los expedientes que afectan al área de Disciplina Urbanística y Ordenanzas Municipales, encontrándonos con más de 1.000 procedimientos abiertos. Por lo que, a día de la fecha, ha sido imposible incoar el citado expediente sancionador, no obstante, el mismo será incoado próximamente y se le dará notificación del citado acuerdo".

Teniendo en cuenta que, ya en abril de 2017 se ordenó a la mercantil titular del negocio que procediera a la "*suspensión de la ocupación de la vía pública mediante la retirada de mesas y sillas…*", y lo informado por el Instructor, es necesario concluir que ese Ayuntamiento no estaba ejerciendo las competencias que en este ámbito tiene encomendadas, al tiempo de emitir el informe.

El hecho de que se diga que hay 1.000 expedientes abiertos cuya entidad, fecha de iniciación o trámites, desconocemos, no hace sino corroborar nuestra preocupación y rechazo a lo que supone un claro ejemplo de incumplimiento de funciones. Si con esa información lo que se pretende es eludir unas responsabilidades, desde esta Institución no podemos aceptarlo.

De lo contrario, sería tanto como justificar una dejación de funciones por el hecho de que se procede a la apertura de expedientes (insistimos, desconocemos la fecha, entidad y trámites de los mismos), que no se concluyen.

Consideramos, por tanto, que lo informado por el mencionado Instructor no puede ser causa de inaplicación del articulo 21 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que dice entre otras cosas:

«1. La Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación.

[…]

5. Cuando el número de las solicitudes formuladas o las personas afectadas pudieran suponer un incumplimiento del plazo máximo de resolución, el órgano competente para resolver, a propuesta razonada del órgano instructor, o el superior jerárquico del órgano competente para resolver, a propuesta de éste, podrán habilitar los medios personales y materiales para cumplir con el despacho adecuado y en plazo.

6. El personal al servicio de las Administraciones Públicas que tenga a su cargo el despacho de los asuntos, así como los titulares de los órganos administrativos competentes para instruir y resolver son directamente responsables, en el ámbito de sus competencias del cumplimiento de la obligación legal de dictar resolución expresa en plazo.

El incumplimiento de dicha obligación dará lugar a la exigencia de responsabilidad disciplinaria, sin perjuicio de la que hubiere lugar de acuerdo con la normativa aplicable.».

Todo ello sin perjuicio de la colaboración que puede solicitar ese Ayuntamiento de la Diputación Provincial.

Por lo demás, si existen más de 1.000 procedimientos abiertos, es más que probable que muchos de ellos estén caducados o que la infracción haya prescrito, con la merma que ello supone en términos de buena administración, eficacia, seguridad jurídica y de defensa de derechos de la ciudadanía.

A la vista de todo ello y de conformidad con lo establecido en el artículo 29, apartado 1, de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, se formula la siguiente

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO del deber legar de observar el contenido del artículo 21 de la Ley 39/2015 y, en

definitiva, de asumir las competencias que legalmente tiene otorgadas por la legislación de régimen local y de policía de actividades, sobre este tipo de establecimientos y actividades, todo ello de acuerdo con los arts. 9.3 y 103.1 de la Constitución.

RECOMENDACIÓN de que a la mayor urgencia se adopten medidas para:

1. Revisar los más de 1.000 expedientes que permanecen “abiertos” a fin de determinar los que, posiblemente centenares, no corresponde impulsar su tramitación sino su archivo legal por prescripción de la infracción, caducidad, etc. En definitiva, a fin de ordenar y valorar archivar o impulsar, según lo casos los expedientes existentes en esa oficina, ya que el informe emitido parece traslucir una situación de cierto desorden que pone en riesgo los principios jurídicos de seguridad jurídica, igualdad, etc.

2. Se valore la conveniencia de solicitar con carácter temporal el auxilio o colaboración de la Diputación Provincial con objeto de desbloquear la situación en la que se encuentra la oficina en la que se tramitan estos expedientes, si ello fuera necesario.

3. Que se verifique si las terrazas denunciadas de los dos establecimientos objeto de esta queja continúan instaladas sobre suelo de dominio público de forma ilegal y si, en todo caso, se ha desobedecido la orden de suspensión y retirada en su día, adoptándose, en caso contrario las medidas que procedan, previos trámites legales oportunos.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

¿Ocupa un hotel de Mollina parte de una calle peatonal con sus veladores?. Lo preguntamos

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/4517 dirigida a Ayuntamiento de Mollina (Málaga)

El Defensor del Pueblo Andaluz ha iniciado una actuación de oficio al conocer, a través del correo electrónico de la Institución, que en el municipio malagueño de Mollina existe un establecimiento hostelero, sito en la calle peatonal Virgen de la Oliva, que instala una terraza, fija en invierno y desmontable en verano, y que, al parecer, no podría contar con la debida autorización pues ocupa casi todo el espacio de la calle ("*ocupa mucho espacio de la calle, apenas permite paso a las viviendas vecinas* ", según este correo electrónico) en contra de la normativa reguladora municipal (Ordenanza Reguladora de la Ocupación y Uso en Bienes de Dominio Público Local, publicada en el BOP de Málaga, de 19 de Enero de 2016).

Teniendo en cuenta la información a la que hemos tenido acceso (en especial las fotografías que se adjuntaban al correo electrónico) consideramos que esta actividad, en lo que concierne a la ubicación de la terraza, no es ajustada a derecho pues limita, si es que no impide, la accesibilidad por el espacio público a las personas con movilidad reducida y dificulta el tránsito para todas las personas, desvirtuando la naturaleza y uso de este espacio público.

Por ello, nos hemos dirigido al Ayuntamiento de Mollina con objeto de conocer si la terraza en cuestión cuenta con la preceptiva licencia, si han recibido quejas vecinales por este hecho y, en su caso, de las medidas que haya adoptado, o tenga previsto adoptar, para garantizar la accesibilidad de las personas y facilitar el libre tránsito peatonal, de manera que haya una distribución razonable o proporcional entre el uso público, tal y como exige la naturaleza jurídica del dominio público, y el uso especial derivado de la utilización de la terraza.

Pedimos al Ayuntamiento de Pegalajar que actúe ante un bar que no cuenta con las autorizaciones necesarias para su actividad

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 16/2248 dirigida a Ayuntamiento de Pegalajar (Jaén)

- 16 Agosto 2017

El Defensor del Pueblo Andaluz recuerda al Ayuntamiento de Pegalajar que los bares y pubs están sujetos en todo caso al trámite de calificación ambiental y que no pueden iniciar sus actividades sin dicho trámite, tal y como ha acontecido respecto del establecimiento objeto de esta queja. Además, le recuerda que la autorización para el desarrollo de una actividad debe estar precedida por la tramitación de un expediente administrativo en el que conste, en esencia, un proyecto, informes técnico y jurídico y una resolución administrativa. Dicho expediente tampoco parece haberse tramitado respecto del pub objeto de queja. Por ello, ha recomendado que, previos los trámites legales oportunos, se tramiten el expediente administrativo y la calificación ambiental necesaria para legalizar la activividad del bar que ha motivado nuestra intervención, y que mientras tanto se tomen las decisiones oportunas sobre dicho local hasta que cuente con todas las autorizaciones necesarias.

ANTECEDENTES

La presente queja venía fundamentada en la inactividad del Ayuntamiento de Pegalajar (Jaén) ante las denuncias por irregularidades cometidas por un establecimiento hostelero. Al parecer, el afectado había denunciado a este local desde el año 2010, por elevados niveles de ruido.

De los tres informes emitidos por ese Ayuntamiento en relación con este asunto, se desprenden fundamentalmente los siguientes datos:

1.- Que el establecimiento objeto de la queja fue autorizado por la Alcaldía de ese Ayuntamiento en enero de 2000, para desarrollar la actividad de "*café-bar categoría especial*", según consta en "*cartel indicativo*" de "*licencia de apertura de establecimiento*", si bien no se nos ha enviado el Decreto que se debió dictar por la Alcaldía o el acuerdo que se debió adoptar por la Junta de Gobierno Local.

2.- Que esa licencia de apertura de enero de 2000 fue adaptada al vigente Decreto 78/2002, mediante otra licencia concedida en febrero de 2004 para la actividad de "*pubs y bares con música*". Así consta en " *cartel indicativo*" de esa nueva nomenclatura, pero del mismo modo, tampoco se nos ha enviado el Decreto que se debió dictar por la Alcaldía o el acuerdo que se debió adoptar por la Junta de Gobierno Local, para aprobar esta adaptación de nomenclatura de la actividad del establecimiento.

3.- Que tras practicarse un ensayo acústico por parte de la Delegación Territorial de la Junta de Andalucía, a finales del año 2014, se han adoptado una serie de medidas correctoras para que el nivel acústico

emitido por el local no supere los máximos permitidos, concretamente la instalación de un equipo limitador-controlador acústico, cuyos registros sonoros se desconocen.

4.- Que el establecimiento, según el último informe recibido de Alcaldía, no cumplimentó el trámite de calificación ambiental, y que lo que únicamente consta en el Ayuntamiento es el "*cartel indicativo*" de la licencia.

CONSIDERACIONES

Resulta cuanto menos sorprendente que ese Ayuntamiento haya autorizado, en el año 2000, una actividad de bar sin que se hubiera tramitado la preceptiva calificación ambiental, tal y como exigía en su momento la ya derogada Ley 7/1994, de 18 de mayo, de Protección Ambiental de Andalucía, que sometía al trámite de Calificación Ambiental (anexo III, puntos 8, 9 y 10) a los cafés-bares, restaurantes, pubs, discotecas y salas de fiestas, entre otros establecimientos. El artículo 36 de esta Ley ya derogada, decía que el cumplimiento del trámite de Calificación Ambiental constituía requisito indispensable para el otorgamiento de licencias municipales relativas a actuaciones sujetas al mismo y que en ningún caso podría otorgarse licencia municipal para el ejercicio de actividades o realización de obras que hubieran sido calificadas desfavorablemente. Y el artículo 37 advertía que la puesta en marcha de las actuaciones para las cuales se hubiera solicitado licencia sometida a Calificación Ambiental, se realizaría, una vez que por el Técnico Director del Proyecto se certificase que se había llevado a cabo el cumplimiento estricto de las medidas de corrección medioambiental incorporadas a la licencia municipal.

Esta exigencia se mantiene igual en la vigente Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental de Andalucía (LGICA), cuyo artículo 41 recuerda que están sometidas a calificación ambiental y a declaración responsable de los efectos ambientales las actuaciones, tanto públicas como privadas, así señaladas en el Anexo I y sus modificaciones sustanciales, y que la calificación ambiental favorable constituye requisito indispensable para el otorgamiento de la licencia municipal correspondiente. Por su parte, el artículo 42 señala que la calificación ambiental tiene por objeto la evaluación de los efectos ambientales de determinadas actuaciones, así como la determinación de la viabilidad ambiental de las mismas y de las condiciones en que deben realizarse; mientras que el artículo 43 establece en su punto 1 que corresponde a los ayuntamientos la tramitación y resolución de los procedimientos de calificación ambiental y declaración responsable de los efectos ambientales en su caso, así como la vigilancia, control y ejercicio de la potestad sancionadora con respecto a las actividades sometidas a dichos instrumentos.

Por otra parte, debe tenerse presente que, conforme al artículo 134 de la LGICA, es infracción muy grave el inicio, la ejecución parcial o total o la modificación sustancial de las actuaciones sometidas por dicha Ley a calificación ambiental, incluidas las sujetas a presentación de declaración responsable de los efectos ambientales, sin el cumplimiento de dicho requisito, y que la comisión de las infracciones muy graves se sancionará con multa desde 6.001 hasta 30.000 euros.

De acuerdo con esta normativa, ese Ayuntamiento está obligado por Ley a exigir al establecimiento objeto de esta queja que tramite el preceptivo trámite de Calificación Ambiental y que se obtenga una Resolución municipal favorable, todo ello de conformidad con la citada LGICA y con el vigente Reglamento de Calificación Ambiental de Andalucía, aprobado por Decreto 297/1995, de 19 de diciembre (RCAA). Tramitación que, dicho sea de paso, tuvo que llevarse a cabo ya con la vigencia de la derogada Ley 7/1994, de Protección Ambiental de Andalucía.

Además de lo expuesto, llama la atención que en ese Ayuntamiento no se haya tramitado un expediente administrativo, tal y como lo configuraba la ya derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, para conceder en el año 2000, concretamente el 18 de diciembre, licencia de apertura para actividad de "*café bar-categoría especial*", constando únicamente el cartel de licencia que debe quedar expuesto al público para ser visualizado por la ciudadanía en general y por la autoridad competente. Eso es al menos lo que se desprende de los informes recabados hasta el momento cuando se nos dice, en su último informe, que "

revisada la documentación existente en el archivo municipal, no consta resolución o acuerdo por el que se otorgara calificación ambiental al establecimiento de referencia. Únicamente consta lo ya aportado al expediente de queja, cual es el cartel indicativo".

Ese "*cartel indicativo*" es el documento que se expide por el Ayuntamiento una vez que se ha tramitado el preceptivo expediente administrativo, en cuyo seno, y previos los informes técnico y jurídico sobre la actividad a desarrollar, sobre la documentación aportada por el promotor y sobre el inmueble en el que se iba a desarrollar, se debió adoptar una Resolución en forma de Decreto de Alcaldía o en forma de acuerdo de la Junta de Gobierno Local. Sin embargo, parece que en este caso la Alcaldía de aquel momento, 18 de diciembre de 2000, se limitó únicamente a autorizar, sin más, la apertura de un establecimiento destinado a la actividad de "*café bar categoría especial*".

En este sentido, cabe recordar que conforme al artículo 70.1 de la vigente Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se entiende por expediente administrativo el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla. Es decir, que cuando se dicta una resolución administrativa, ésta tiene como antecedentes un conjunto ordenado de documentos y actuaciones que conforman un expediente administrativo, del que también forma parte la propia resolución, emitida conforme a las propias normas del procedimiento.

Y cabe recordar, que conforme al artículo 62.1 e) de la derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (vigente cuando, en diciembre de 2000, se autorizó a este bar para la actividad de café-bar categoría especial), así como de acuerdo con el artículo 47.1.e) de la vigente Ley 39/2015, de 1 de octubre, son nulos de pleno derecho los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Procede igualmente recordar que el ya vetusto Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, vigente e interpretable de conformidad con el principio de legalidad y las normas posteriores, regula en su artículo 9 un procedimiento de resolución de las solicitudes de licencia cuando no exista otro especialmente ordenado por disposición de superior o igual jerarquía. Dicho procedimiento prevé la necesidad de presentación de un proyecto técnico, de la emisión de informes y la obligación de dictar resolución expresa en un determinado plazo. El apartado 3 de este artículo 9 finaliza diciendo que «Los documentos en que se formalicen las licencias y sus posibles transmisiones serán expedidos por el Secretario de la Corporación», pese a lo cual esos "carteles indicativos" de la licencia del bar objeto de esta queja están solo firmados por la Alcaldía.

Al margen de las normas legales citadas que consideramos incumplidas, LGICA (en cuanto a la ausencia del trámite de calificación ambiental), entendemos que, desde una perspectiva general, esta situación supone una vulneración flagrante del principio de legalidad previsto en los artículos 9.1 y 9.3 de la Constitución Española, que señalan respectivamente que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, y que la Constitución garantiza, entre otros, los principios de legalidad, de seguridad jurídica, de responsabilidad y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Asimismo, consideramos que también se ha vulnerado lo establecido en el artículo 103.1 de la Carga Magna, conforme al cual la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

Además de estos preceptos de la Constitución, cabe también citar, como vulnerados por ese Ayuntamiento por la situación detectada, algunos de los principios recogidos en el artículo 3 de la vigente Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), tales como los de legalidad, buena fe y confianza legítima o responsabilidad por la gestión pública, así como el derecho a una buena administración, reconocido en el artículo 31 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, aprobado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo (EAA).

En definitiva, la situación del establecimiento autorizado para actividad de pub objeto de esta queja, presenta una deficiencia esencial que es obligación regularizar por parte de ese Ayuntamiento, así como numerosas dudas que conviene esclarecer ante la aparente ausencia de tramitación, en su momento, de un expediente administrativo que legitimara la autorización concedida en diciembre del año 2000.

A la vista de todo ello y de conformidad con lo establecido en el artículo 29, apartado 1, de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, se formula la siguiente

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO 1 del deber de observar los preceptos mencionados en el cuerpo de este escrito y, en concreto:

- Los artículos 9.1 y 9.3 y 103.1 de la CE.

- El artículo 3 de la LRJSP.

- Los artículos 41 y siguientes, y 134 de la LGICA, así como las previsiones del RCAA.

- El artículo 31 del EAA.

RECOMENDACIÓN 1 para que, sin demoras ni retrasos injustificados, se proceda de forma inmediata, previos trámites legales oportunos, a dictar sobre el establecimiento objeto de la queja, la resolución a que haya lugar en Derecho, incluida la clausura si ello fuera lo procedente, así como a no permitir su funcionamiento hasta que obtenga la resolución municipal de Calificación ambiental favorable que les habilite para ello, conforme a las exigencias de la LGICA y del RCAA.

RECOMENDACIÓN 2 para que, una vez que el establecimiento objeto de la queja haya obtenido, en su caso, la Calificación Ambiental favorable y, por tanto, haya legalizado su situación para desarrollar su actividad, se proceda por parte de ese Ayuntamiento a desplegar una actividad de vigilancia a fin de que se ajuste a lo que tenga autorizado y, en especial, se vigile la disposición permanente del controlador-limitador acústico que el local ya tiene y que funciona correcta y adecuadamente, así como que sus datos son accesibles para la autoridad competente.

Asimismo, para el supuesto de que la autorización concedida en su momento a este establecimiento, el 18 de diciembre de 2000, según el “cartel indicativo” que se nos ha enviado, fuera emitida sin la previa y preceptiva tramitación de un expediente administrativo conforme a las reglas del procedimiento administrativo común de la entonces vigente Ley 30/1992, se formula:

RECORDATORIO 2 de la obligación de tramitar el preceptivo expediente administrativo que sirva de antecedentes y fundamentos a la resolución administrativa por la que se concede una autorización, conforme a la normativa reguladora del procedimiento administrativo común, Ley 39/2015, y otras que resulten de aplicación.

RECOMENDACIÓN 3 para que, previas las investigaciones y diligencias oportunas, se determine si la autorización concedida el 18 de diciembre de 2000 al bar objeto de esta queja, luego adaptada al Decreto 78/2002 mediante autorización de 25 de febrero de 2004, firmadas ambas únicamente por el Alcalde, se emitió o no siguiendo el procedimiento legalmente previsto y previa la tramitación del preceptivo expediente administrativo; y, en caso de que no se hubiera tramitado expediente administrativo,

RECOMENDACIÓN 4 para que, previos los trámites necesarios, se proceda a incoar el expediente administrativo que dé lugar a una Resolución municipal de autorización para la actividad de bar con música, siempre que, además, se haya obtenido la resolución municipal favorable de Calificación Ambiental.

Pedimos más control de la contaminación acústica de algunos establecimientos de la zona Alameda, en Sevilla

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 16/1509 dirigida a Ayuntamiento de Sevilla

- 05 Abril 2016

Esta Institución ha iniciado una actuación de oficio al conocer, a través de los medios de comunicación, que los vecinos de la zona de la Alameda critican la pasividad del Ayuntamiento respecto al modelo y horario en que distintos establecimientos de hostelería ejercen su actividad en este lugar.

Tras la transformación que se llevó a cabo en este espacio, al crear un "bulevar peatonal", diversos empresarios instalaron aquí sus negocios de restauración, que, sin perjuicio de que ha creado una importante oferta para el turismo y el ocio en un lugar que antes estaba degradado en cuanto a su conservación, contaminación por el tráfico rodado, etc., al mismo tiempo está generando distintos problemas que han dado lugar a la protesta de una asociación de vecinos de la zona.

Así, esta asociación denuncia en los medios de comunicación la contaminación acústica de algunos establecimientos de hostelería, la suciedad y la concentración de jóvenes para consumir bebidas (el "botellón"). Hechos estos que no han tenido una respuesta por parte del Ayuntamiento que, al mismo tiempo que debe fomentar la actividad empresarial, debe tutelar los derechos de la ciudadanía de forma que puedan ser compatibles los distintos intereses en juego y, en suma, apostar por un desarrollo económico sostenible.

Según el medio de comunicación consultado "*El ruido es la mayor preocupación para los residentes de la Alameda, que no comprenden cómo esta zona de la capital aún no ha sido declarada acústicamente saturada. «Con toda la actividad que existe, es surrealista que no se haya hecho ya. Desde la calle Calatrava hasta Trajano, la Alameda ha dejado de ser una zona muerta. El barrio se ha revitalizado y eso trae consigo una serie de problemas que antes no existían, y el ruido es uno de ellos». Para la asociación vecinal, en un mismo día se pueden observar la cara y la cruz de este barrio. «La Alameda de día es magnífica. Un lugar de ocio muy agradable tanto para los sevillanos como para los que nos visitan, con una actividad cultural muy rica. Y hay otra de noche, que es una jungla»*".

El presidente de la asociación de vecinos, siempre según este medio, "*asegura que el botellón se ha desplazado desde el bulevar a otras plazas y calles de la Alameda -calle Mata, Becas esquina con Lumbreras, Mendigorría y plaza del Pelícano-, algo que, sumado a los locales «reincidentes en saltarse a la torera las ordenanzas de cierre y ruidos», lleva provocando desde hace más de seis años que los vecinos no puedan dormir, derivando esa falta de descanso en graves enfermedades. «El 90 por ciento de los establecimientos cumplen con las normas, pero hay cuatro o cinco clubes que acumulan miles de denuncias por parte de los vecinos, además de sanciones y expedientes administrativos municipales»*".

Según otro miembro de la asociación, que es una de las perjudicadas por la situación creada "*«Las ventanas de mi casa dan para la calle Faustino Álvarez, donde está uno de esos locales (…) ya no es sólo el ruido que genera el propio local, sino el de la concentración de personas en la calle. He contado grupos de hasta cuarenta personas hablando en voz alta. Así es imposible conciliar el sueño. Llamamos a la Policía, pero nos transmiten que hay vacíos legales ante esas concentraciones y que sólo pueden actuar si están bebiendo alcohol en la calle»*".

Además, según esta persona "*Se sienten indefensos, por ello exigen al alcalde (…) que aplique la propuesta que expuso el 22 de octubre de 2014 en el pleno del Ayuntamiento cuando todavía era candidato. En ésta, solicitaba de manera inmediata «las medidas necesarias para garantizar el derecho al descanso». Además, pedía que se procediera «a la revisión de licencias concedidas en los últimos años en zonas acústicamente saturadas», y que «se reforzara la plantilla de la Policía Local y de los inspectores medioambientales y, en su caso, modificar su calendario, para que en horario nocturno y en fines de semana, y de forma ordinaria, poder realizar las inspecciones y comprobaciones necesarias para el cumplimiento de la normativa ambiental y de convivencia»". Además, manifiesta que "«no tiene sentido que lleven a cabo inspecciones a las tres de la tarde en bares que no abren hasta las once de la noche, como se hace ahora. Hemos planteado al Ayuntamiento que tienen que elaborar un mapa de ruidos en la Alameda para ver cuál es la situación actual»"*.

No es la primera vez que de estos problemas se hacen eco los medios de comunicación. Durante los últimos años hemos visto titulares como estos en distintos medios: "*Un bar de la Alameda acumula más de 200 denuncias por ruido desde 1996*", "*La fiscalía investiga tres locales de la Alameda por exceso de ruidos*", "*Sevilla se levanta contra el ruido*", "*Vecinos de varios barrios se están organizando para conseguir que se respete el derecho al descanso*" (entre los barrios que se mencionaban en la noticia de prensa se citaba la Alameda), "*El ruido amenaza a la recién estrenada Alameda*", "*La Alameda también defiende su derecho al descanso*", "*Los vecinos de la Alameda de Hércules apoyan los precintos de bares*", "*Sevilla Degradada llevará a la Unión Europea la contaminación acústica de la ciudad*", etc.

Hasta aquí una breve referencia a titulares de los medios de comunicación en los que, de forma directa, se alude en su texto al problema de la contaminación acústica existente en este espacio público de la ciudad de manera reiterada desde, al menos, el año 2008 hasta ahora.

De lo expuesto por los vecinos en la noticia al principio comentada se desprende con claridad que no sólo no están en contra de que los establecimientos de hostelería puedan realizar su actividad, sino que, incluso, matiza que los responsables de los incumplimientos de horarios y otras normas son tres o cuatro.

Esta Institución ha verificado, con motivo de las quejas tramitadas a instancias de parte o de oficio, que en demasiadas ocasiones son muy pocos los locales de hostelería que, a lo largo y ancho de Andalucía, violan sistemáticamente las normas, por lo que la protesta vecinal que se genera se suele concentrar en estos y no en el sector de la hostelería, como de manera errónea con frecuencia se da a entender en distintos medios.

No se trata de cuestionar el derecho al ocio de la ciudadanía, que evidentemente se debe fomentar y respetar, sino si debemos evitar que el ejercicio ilícito de actividades relacionadas con este derecho sean toleradas cuando suponen una vulneración de derechos constitucionales. Llegados a este punto, básicamente el problema es siempre el mismo: algunos empresarios ejercen, de manera abusiva e ilegal, la actividad inherente a sus negocios ocupando en exceso, o sin licencia, el espacio público, contando con instalaciones de música pregrabada o en vivo sin estar autorizadas para ello y, lo que es más grave, permitiendo que se emita la música a un nivel intolerable, que puede dar lugar, como ha reconocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional y nuestro Tribunal Supremo, no sólo a una vulneración del derecho constitucional a un medio ambiente adecuado, sino también de los derechos, en función de la afección que genere la contaminación acústica, a la integridad física, a la protección de la salud, a la intimidad personal y familiar en los hogares y, por supuesto, al derecho al descanso.

Empresarios, además, que de manera tan reiterada como impune incumplen los horarios de cierre burlándose de las ordenanzas, cuando no de la propia policía que, tras la visita de rigor, de oficio o a instancia de parte, se limita a rellenar un boletín de denuncia (alguna zona de la ciudad, según nos ha informado la propia policía, cuenta con cientos de denuncias sin consecuencia visible alguna), lo que, en la mayoría de los casos, no da lugar a la incoación de expedientes en la Delegación Municipal de Medio Ambiente y, cuando estos se incoan, con frecuencia no terminan en resolución y cuando ésta se dicta, en no pocas ocasiones, como hemos tenido ocasión de comprobar, no se ejecutan. Éste es el panorama en la ciudad de Sevilla, denunciado una y otra vez por las personas y asociaciones afectadas por la contaminación acústica provocada por estos establecimientos y las concentraciones de personas en su entorno y verificada por esta Institución.

Es muy lamentable que unos pocos y excepcionales empresarios desprestigien a todo un sector incumpliendo las normas y que presta un servicio imprescindible para el ocio de la ciudadanía y el turismo, del que depende, como sabemos, gran parte de la actividad económica que se desarrolla en esta ciudad.

Esta Institución siempre apoyará un sector empresarial responsable y comprometido con un desarrollo económico que sólo es sostenible si respeta y es compatible con los derechos reconocidos a la ciudadanía, considerando imprescindible para el bienestar de la ciudad la implantación y ejercicio de actividades relacionadas con el ocio, pero nos parece intolerable que los Ayuntamientos muestren tanta pasividad y tolerancia con la falta de profesionalidad y respeto a la ciudadanía de esta minoría empresarial, por lo que demandamos, como corresponde a un Estado de Derecho, la respuesta que merece su comportamiento.

El problema del ruido en nuestro país ha llegado a tener tal entidad que unido a la sensibilidad y conciencia que se ha creado sobre las afecciones que genera la contaminación acústica, ha llevado al legislador a contemplar, en el reciente Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de Octubre, de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, el derecho a un “domicilio libre de ruido”, como parte del Estatuto Básico del Ciudadano.

En efecto, el art. 5, que lleva por rúbrica “Derechos del Ciudadano”, establece, entre otros, que todos los ciudadanos tienen derecho a «a) Disfrutar de una vivienda digna, adecuada y accesible, concebida con arreglo al principio de diseño para todas las personas, que constituya su domicilio libre de ruido u otras inmisiones contaminantes de cualquier tipo que superen los límites máximos admitidos por la legislación aplicable y en un medio ambiente y un paisaje adecuados».

A la vista de todo ello y considerando que los derechos mencionados en este escrito pueden estar siendo vulnerados de manera reiterada por los titulares de establecimientos de hostelería que, sin estar autorizados para ello y violando las normas que regulan el funcionamiento de la actividad a la están autorizados, generan afecciones que no están obligados a soportar los vecinos que residen en la zona de la Alameda y su entorno, hemos decidido iniciar esta actuación de oficio, en la que, en coherencia con lo manifestado anteriormente y en relación con la situación que se vive en la Alameda y su entorno, nos hemos dirigido al Ayuntamiento de Sevilla interesando que se adopten las siguientes medidas, informándonos de sus resultados:

1. Que, con carácter urgente, se estudien y adopten medidas para impedir, por todos los medios legales que procedan, que, al menos los establecimientos que de manera reiterada se tiene conocimiento de que están vulnerando la normativa de aplicación en el funcionamiento de su actividad, generando una ilegal contaminación acústica, continúen ejerciéndola de manera impune.

2. Se establezca un dispositivo de seguimiento de las medidas adoptadas para supervisar el funcionamiento de estos locales en los horarios en los que la contaminación acústica tiene efectos más perjudiciales para la ciudadanía, es decir, no sólo en horario diurno, sino también por las noches.

3. Se convoque a las asociaciones de vecinos de la zona para informarles de las medidas y objetivos que se establezcan para luchar con este problema, facilitando su participación a fin de que sean tenidas en

cuenta sus reivindicaciones.

Reclamamos al Ayuntamiento de Algarrobo que actúe ante las actividades no autorizadas de dos bares

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 16/5048 dirigida a Ayuntamiento de Algarrobo (Málaga)

- 26 Junio 2017

El Defensor del Pueblo Andaluz recuerda al Ayuntamiento de Algarrobo que los bares están sujetos preceptivamente al trámite de calificación ambiental y que, por tanto, no pueden desarrollar su actividad sin el mismo. Asimismo, le recuerda que debe ejercer sus competencias legales de policía y vigilancia, a fin de comprobar que los establecimientos se ajustan en su actividad a las autorizaciones concedidas y que no disponen de elementos no autorizados, especialmente cuando se trata de elementos generadores de contaminación acústica, tales como equipos de reproducción de música o terrazas de veladores. Por ello, en cuanto a los dos establecimientos objeto de la queja, le ha recomendado que, previos trámites legales oportunos, incluida la valoración de clausura de los locales, se proceda a regularizar su situación mediante la tramitación del procedimiento de calificación ambiental, de la cual carecen, y que posteriormente, una vez legalizada su situación, se proceda a vigilarlos a fin de que no desarrollen actividades no autorizadas, especialmente visto el historial de denuncias de personas afectadas que pesan sobre ellos.

ANTECEDENTES

En su escrito de queja, la interesada nos relataba que desde hace años los vecinos de su inmueble venían soportando los ruidos que provocan dos establecimientos hosteleros situados en los bajos del mismo, que se producían hasta altas horas de la madrugada o a primeras de las tardes. En concreto nos decía lo siguiente:

"El problema se ha agravado en estos últimos años, cuando entró la anterior Alcaldesa, todo fue de mal a peor, daba permisos que se llaman por lo visto "permisos silenciosos", todos los días había alguna fiesta y cuando terminaba la fiesta empezaban con la música de disco hasta las 5 de la madrugada, con consecuencias graves para nuestra salud.

No he parado de escribir, llamar e ir personalmente a la alcaldía para exponer las quejas e incluso hablar con el alcalde en persona, prometiendo mucho y haciendo poco. Por poner un ejemplo, el 18 de agosto de 2016 empezaron con la música y un animador a las 11:00 horas de la mañana y la quitaron a las 21:00 de la noche, no habiendo pausa para descansar ni respetar las horas de siesta y luego siguen con la música normal de disco.

Con este escrito adjunto las últimas quejas y reclamaciones dirigidas hacia el Sr Alcalde, porque no puedo mandar todas las que tengo, son muchas y ya no tengo fuerzas para luchar más".

Constaban escritos de denuncia y queja presentados en ese Ayuntamiento en fechas de julio de 2014, febrero, marzo y mayo de 2015 y agosto de 2016.

Así expuesta la queja, fue admitida a trámite y solicitado el preceptivo informe al Ayuntamiento de Algarrobo (Málaga), que nos fue remitido en diciembre de 2016, en el que, en esencia, se venía a decir lo siguiente:

1.- Que el Ayuntamiento es consciente de la problemática surgida en los últimos años por los ruidos de música emitida en establecimientos hosteleros de ese municipio y que es cierto que constaban escritos de denuncia poniendo de manifiesto esta situación.

2.- Que partiendo de la Resolución de oficio dirigida por esta Institución a todos los municipios andaluces, en el seno de la **queja 14/2491**, ese Ayuntamiento comenzó a articular los trámites necesarios para cumplir con la normativa de aplicación, a partir de lo cual se dejaron sin efecto todas las autorizaciones o permisos para música a establecimientos hosteleros que no cumplieran las exigencias legales.

3.- Que a tal efecto se adoptó acuerdo de Junta Local de Gobierno que fue enviado a todos los establecimientos de la localidad y se convocó una reunión con la asociación de empresarios local para informar directamente de la situación y de las medidas adoptadas que había que respetar, adoptándose medidas adicionales con la policía local de vigilancia.

4.- Que resultado de ello se incoaron diversos expedientes sancionadores, algunos de ellos relativos a los dos establecimientos referidos en la queja que nos ocupa.

5.- Que con independencia de lo anterior, el Ayuntamiento había autorizado, conforme al régimen de actividades extraordinarias u ocasionales, algunos eventos extraordinarios en establecimientos que no cuentan con la autorización de establecimientos con música.

A la vista del contenido de este informe, dimos traslado del mismo a la promotora de la queja en trámite de alegaciones. En este sentido, la afectada presentó las siguientes:

a.- Que el problema no estaba resuelto, "*porque si estamos en pleno invierno y tenemos jaleo, jarana, música y futbolín todas las noches hasta las tres de la madrugada, no vea la que nos espera cuando llegue el buen tiempo*".

b.- Que tras el informe de Alcaldía se habían sucedido nuevas denuncias contra uno de los establecimientos, el denominado "…", tanto por parte de ella como de otros vecinos. En concreto, pudimos constatar las siguientes denuncias:

- Escrito de denuncia de enero de 2017, en el que se mencionaba que el "…" tiene una terraza de veladores con un futbolín y una mesa de billar, y que habitualmente dispone de música en su interior, pese a ser solo restaurante-bar, sin música, y algunas veces en la terraza.

- Escrito de denuncia de enero de 2017, en los que se denunciaba el ruido de las máquinas recreativas (futbolín especialmente) de los bares "…" y "…", utilizados hasta bien entrada la madrugada. En este escrito también se hablaba de que esos permisos puntuales para actividades extraordinarias habían sido más que habituales, perdiendo con ello la excepcionalidad que se predica en la normativa para este tipo de autorizaciones.

- Escrito de denuncia de enero de 2017, en el que se suplicaba que se hiciera algo para evitar el ruido de los bares "…" y "…", "*que tienen billares y futbolines que forman jaleo para reventar, en la misma terraza lo que hace muy difícil soportar esto un día sí y otro también*".

Además de estas tres denuncias del mismo día, se aportaban otras denuncias que se produjeron en los meses de agosto y julio de 2016, diciembre, julio, mayo, marzo, febrero y enero de 2015, agosto, julio y

marzo de 2014.

A la vista de estas alegaciones, interesamos nuevo informe de ese Ayuntamiento haciendo ver a la Alcaldía que entendíamos que, tratándose de un asunto en el que pueden verse afectados derechos fundamentales de las personas, y existiendo tantas denuncias por el mismo motivo contra los mismos establecimientos, debía ya ese Ayuntamiento adoptar medidas verdaderamente eficaces de vigilancia, control, disciplina y, llegado el caso, sanción, pues la actividad mercantil y empresarial debe hacerse dentro del marco de legalidad que actualmente se encuentra vigente, sin amparar, ni permitir directa o indirectamente flagrantes vulneraciones que puedan poner en peligro la salud de las personas.

El segundo informe ha sido cumplimentado mediante oficio de Alcaldía con registro de salida mayo de 2017. De este segundo informe resulta, en esencia, lo siguiente:

- Que uno de los bares, el "...", tiene licencia de apertura mediante acuerdo de Junta de Gobierno Local de junio de 2008, para la actividad de café-bar.

- Que el bar "...", cuenta con declaración responsable.

- **Que "*No consta trámite de calificación ambiental al respecto de los establecimientos citados*"**.

- Respecto a si los dos establecimientos tienen autorizada terraza de veladores de futbolín y mesa de billar, que "*en este Ayuntamiento no consta autorización para la instalación de terraza de veladores ni por tanto, para la instalación de futbolines ni billares en los suelos ocupados como terrazas por los establecimientos citados*".

- Que "*No obstante, desde este Ayuntamiento queremos comunicarle que damos por recibida la presente queja y se compromete a estudiar las posibilidades de actuación de las que dispone respecto a lo manifestado en su escrito, todo ello a fin de salvaguardar los posibles derechos fundamentales afectados de los vecinos del municipio*".

CONSIDERACIONES

De la documentación obrante en esta queja se desprende, además del incumplimiento del deber de vigilancia y sanción ante la disposición de música, terraza de veladores, futbolín y billar de dos bares que no tiene autorización para tales instalaciones, el incumplimiento más flagrante de la normativa reguladora de este tipo de establecimientos hosteleros, de la que ese Ayuntamiento es plenamente consciente sin que se haya advertido ni la más mínima intención de intervenir en lo que hasta el momento está desarrollándose sin cumplir todas las exigencias legales: nos referimos a la necesidad de calificación ambiental para este tipo de establecimientos, cuando desde Alcaldía se nos dice, sin más, que "*No consta trámite de calificación ambiental al respecto de los establecimientos citados*".

Resulta cuanto menos sorprendente que una Junta de Gobierno Local haya autorizado, en 2008, una actividad de bar sin que se hubiera tramitado la preceptiva calificación ambiental, tal y como exigía, y exige, la Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental de Andalucía (LGICA), cuya redacción originaria sometía los restaurantes, cafeterías, pubs y bares, al trámite de calificación ambiental (Anexo I, punto 13.32). El artículo 41.2 de esta norma era claro cuando decía entonces que la calificación ambiental favorable constituye requisito indispensable para el otorgamiento de la licencia municipal correspondiente; mientras que el 45 establecía que, en todo caso, la puesta en marcha de las actividades con calificación ambiental se realizará una vez que se traslade al Ayuntamiento la certificación acreditativa del técnico director de la actuación, de que ésta se ha llevado a cabo conforme al proyecto presentado y al condicionado de la calificación ambiental. De ahí que hayamos indicado que resulta sorprendente, por no decir sonrojante, la ausencia de este trámite de calificación ambiental y la puesta en funcionamiento de la actividad, con pleno conocimiento de ese Ayuntamiento.

Este trámite de calificación ambiental, como decía el originario artículo 19.4 de la referida Ley, era el

informe resultante de la evaluación de los efectos ambientales de las actuaciones sometidas a este instrumento de prevención y control ambiental, que se debe integrar en la licencia municipal. El artículo 43 de esta Ley decía en su redacción originaria que corresponde a los Ayuntamientos la tramitación y resolución del procedimiento de calificación ambiental, así como la vigilancia, control y ejercicio de la potestad sancionadora con respecto a las actividades sometidas a dicho instrumento.

Pues bien, si esto era lo exigible en el 2008, cuando la Junta de Gobierno Local concedió licencia de apertura para el café bar "...", no muy distinta era la situación legal en el año 2013, cuando parece que el titular del bar "..." presentó declaración responsable para el ejercicio de bar restaurante. **La LGICA exigía en 2008, y también en 2013, así como en la actualidad, el trámite de calificación ambiental para restaurantes, cafeterías, pubs y bares (Anexo I, punto 13.32).**

Por lo tanto, queda claro que ambos locales, "..." y "..." estaban obligados, y están obligados, a obtener la previa calificación ambiental favorable para poder poner en funcionamiento su actividad. Y no es algo que admita discusión o interpretación, pues ya antes de la vigencia de la LGICA, con la derogada Ley 7/1994, de 18 de mayo, de Protección Ambiental, también se sometía al trámite de calificación ambiental a los cafés-bares, restaurantes, pubs, discotecas y salas de fiestas, entre otros establecimientos.

En cuanto a las consecuencias que debe acarrear esta ausencia de calificación ambiental, debe tenerse presente el artículo 134 de la LGICA, que en su redacción vigente establece, punto 1, que es infracción muy grave el inicio, la ejecución parcial o total o la modificación sustancial de las actuaciones sometidas por esta Ley a calificación ambiental, incluidas las sujetas a presentación de declaración responsable de los efectos ambientales, sin el cumplimiento de dicho requisito; y, punto 2, que la comisión de las infracciones muy graves se sancionará con multa desde 6.001 hasta 30.000 euros.

Por lo tanto, sin perjuicio de aplicar el régimen legal previsto en la LGICA para la situación de ilegalidad detectada, consideramos que, previos trámites legales oportunos, debe adoptarse la resolución oportuna, incluida la clausura si a ella hubiera lugar en Derecho, sobre estos dos establecimientos, sin demoras ni retrasos injustificados, hasta que no obtengan el trámite de calificación ambiental favorable que les habilite para estar en funcionamiento.

Por otra parte, en cuanto a la disposición de terraza de veladores por parte de estos dos bares sin estar expresamente autorizados para ello, debe tener en cuenta ese Ayuntamiento que la disposición de este tipo de instalaciones precisa de autorización expresa por parte del municipio, siempre que la naturaleza de la actividad lo permita, pues como es sabido, con el vigente Decreto 78/2002, ni pubs, ni bares con música ni discotecas, pueden contar con terrazas de veladores. Por tanto, si no dispone de autorización, debe ser legalizada y, en caso contrario, ser clausurada.

Lo mismo sucede con la disposición de música en el interior de los dos locales, pues ninguno de ellos tiene autorización para música, así como en lo que respecta al billar y/o futbolín también denunciados por la promotora de la queja, pues se trata de instalaciones generadoras de elevados niveles de ruido que en todo caso precisan de autorización municipal expresa.

Sin embargo, lejos de hacer cumplir la normativa, parece que todo queda en una suerte de compromiso o de intenciones de la Alcaldía de que "*No obstante, desde este Ayuntamiento queremos comunicarle que damos por recibida la presente queja y se compromete a estudiar las posibilidades de actuación de la que dispone respecto a lo manifestado en su escrito, todo ello a fin de salvaguardar los posibles derechos fundamentales afectados de los vecinos del municipio*". No debe olvidar ese Ayuntamiento que la Ley 13/1999, de 15 de diciembre, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de Andalucía (LEPARA), atribuye a los municipios (art. 6.8), las funciones ordinarias de **policía de espectáculos públicos y actividades recreativas** que competan a los municipios, sin perjuicio de las que correspondan a la Administración autonómica, así como la inspección y control de los establecimientos públicos destinados a la celebración de espectáculos y actividades recreativas sujetos a los medios de intervención municipal que correspondan.

Al margen de las normas legales citadas que consideramos incumplidas, LGICA (en cuanto a la ausencia del trámite de calificación ambiental), LEPARA (en cuanto al incumplimiento de los deberes de vigilancia y policía), entendemos que, desde una perspectiva general, esta situación supone una vulneración flagrante del principio de legalidad previsto en los artículos 9.1 y 9.3 de la Constitución Española, que señalan respectivamente que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, y que la Constitución garantiza, entre otros, los principios de legalidad, de seguridad jurídica, de responsabilidad y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Asimismo, consideramos que también se ha vulnerado lo establecido en el artículo 103.1 de la Carga Magna, conforme al cual la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

Además de estos preceptos de la Constitución, cabe también citar, como vulnerados por ese Ayuntamiento algunos de los principios recogidos en el artículo 3 de la vigente Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), tales como los de legalidad, buena fe y confianza legítima o responsabilidad por la gestión pública.

A la vista de todo ello y de conformidad con lo establecido en el artículo 29, apartado 1, de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, se formula la siguiente

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO del deber de observar los preceptos mencionados en el cuerpo de este escrito y, en concreto:

- Los artículos 9.1 y 9.3 y 103.1 de la CE.

- El artículo 3 de la LRJSP.

- Los artículos 41 y siguientes, y 134 de la LGICA.

- El artículo 6.8 de la LEPARA.

RECOMENDACIÓN 1 para que, sin demoras ni retrasos injustificados, se proceda de forma inmediata, previos trámites legales oportunos, a dictar sobre los establecimientos objeto de la queja, la resolución a que haya lugar en Derecho, incluida la clausura si ello fuera lo procedente, así como a no permitir su funcionamiento hasta que obtengan la resolución de calificación ambiental favorable que les habilite para ello, conforme a las exigencias de la LGICA y de su reglamento de desarrollo en lo que respecta a la calificación ambiental.

RECOMENDACIÓN 2 para que, una vez que los dos establecimientos objeto de la queja hayan obtenido, en su caso, la calificación ambiental favorable y, por tanto, hayan legalizado su situación para desarrollar su actividad, se proceda por parte de ese Ayuntamiento a desplegar una actividad de vigilancia a fin de que se ajusten a lo que tengan autorizado, de tal forma que si no tienen licencia para veladores, ni billar y/o futbolín, se impida su uso y se sancione el incumplimiento; así como si no tienen autorización para música, para que no dispongan de ella, ni en el interior ni en el exterior, sin perjuicio de las autorizaciones excepcionales y puntuales que puedan darse conforme al régimen de actividades extraordinarias u ocasionales.

RECOMENDACIÓN 3 para que, en todo caso, si la actividad de vigilancia no fuera suficiente para procurar que estos dos establecimientos ajusten su funcionamiento a lo autorizado, se despliegue actividad sancionadora y, a tal efecto, se incoen los oportunos expedientes sancionadores a que haya lugar por los incumplimientos que se hayan detectado, además de desplegar la actividad ejecutiva o forzosa a que haya lugar en cumplimiento de la legalidad y en defensa de los derechos de la ciudadanía que puedan verse afectados.

En definitiva, tal y como ya trasladábamos a esa Alcaldía con ocasión de nuestra segunda petición de informe, entendemos que, tratándose de un asunto en el que pueden verse afectados derechos fundamentales de las personas, y existiendo tantas denuncias por el mismo motivo contra los mismos establecimientos, debe ya ese Ayuntamiento adoptar medidas verdaderamente eficaces de vigilancia, control, disciplina y, llegado el caso, sanción, pues la actividad mercantil y empresarial debe hacerse dentro del marco de legalidad que actualmente se encuentra vigente, sin amparar, ni permitir directa o indirectamente flagrantes vulneraciones que puedan poner en peligro la salud de las personas.

Es decir, debe irse un paso más allá de esa especie de compromiso que parece deducirse de las palabras de esa Alcaldía de que "*No obstante, desde este Ayuntamiento queremos comunicarle que damos por recibida la presente queja y se compromete a estudiar las posibilidades posibilidades de actuación de la que dispone respecto a lo manifestado en su escrito, todo ello a fin de salvaguardar los posibles derechos fundamentales afectados de los vecinos del municipio*". Y debe irse más allá porque de lo contrario, podrían surgir responsabilidades de diversa índole atribuibles tanto la Administración Pública en sí como a las autoridades y funcionarios que, teniendo conocimiento fehaciente de los hechos, deciden permitir una situación a todas luces contraria a la normativa que está redundando en un grave perjuicio en los derechos de las personas afectadas y de su calidad de vida.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Reclamamos la búsqueda de soluciones para aminorar el ruido en una plaza de Torremolinos

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 16/2909 dirigida a Ayuntamiento de Torremolinos (Málaga)

- 20 Noviembre 2017

Ante las molestias que denuncian los vecinos de la Plaza de la Nogalera por la celebración de eventos organizados por el Ayuntamiento de Torremolinos, que se unen a los ya existentes establecimientos hosteleros, el Defensor del Pueblo Andaluz ha recomendado a su Alcaldía-Presidencia que se valore esta situación y, previos los trámites legalmente establecidos, se estudie la declaración de la misma como Zona Acústicamente Saturada por la acumulación de locales y establecimientos de ocio y por la celebración de eventos en la misma. En todo caso, deben fijarse los dispositivos precisos sobre vigilancia, control y disciplina de actividades hosteleras especialmente en lo que respecta a las actividades autorizadas y régimen de horarios.

También se ha formulado sugerencia para que se mantenga una reunión entre las autoridades municipales, Policía Local y representantes vecinales de las zonas afectadas para tratar la problemática y plantear posibles soluciones, alternativas u otras formas de solventar o, al menos, hacer disminuir el ruido que vienen soportando los vecinos.

ANTECEDENTES

La queja de la interesada venía motivada por el excesivo ruido que tiene que soportar en su domicilio a consecuencia de la celebración constante y permanente de festividades y celebraciones oficiales, así como de eventos socioculturales y de todo tipo, en la Plaza de La Nogalera, en el municipio malagueño de Torremolinos, en la que tiene su domicilio. En este sentido, nos decía que "*todo se viste de fiesta y la gente celebra el día del turista, el décimo aniversario de la marca Andalucía y un centenar de fiestas más, cualquiera podría pensar que todos los ciudadanos nos sentimos felices y la verdad es que sí, pero cuando comienzan los preparativos a las doce del mediodía y dan las tres de la mañana al terminar, nuestro hijo de tan solo once meses se despierta llorando y no aguanta semejante ruido*". Además, también venía denunciando, desde hacía ya años, el ruido generado por la afluencia de público a los locales de hostelería y pubs con música que se encuentran en la citada plaza, tanto por la acumulación de personas en las puertas como por incumplimiento de horarios, música en el exterior o desde el interior con las puertas abiertas. Y, según pudimos comprobar, habían sido muchos los escritos que esta vecina, y otras personas residentes en la plaza, habían presentado en el Ayuntamiento de Torremolinos denunciando el ruido generado por las actividades autorizadas o desarrolladas por éste en la citada plaza.

En concreto, en cuanto al asunto relativo a la acumulación de eventos autorizados por el Ayuntamiento en la plaza, podía referirse un escrito presentado en junio de 2016, en el que se denunciaba, literalmente, *"los elevados niveles de ruido generados por la frecuente celebración de eventos autorizados por el propio Ayuntamiento en la Plaza de La Nogalera. (…). Siendo el mayor damnificado del núcleo familiar un bebé*

de 11 meses". Y a cuyo efecto se solicita "*Que se celebren dichos eventos en otro lugar donde no resulten vulnerados los derechos al descanso de los ciudadanos, que se celebren con los niveles de ruido permitidos por ley y que se cumplan los horarios de finalización de los mismos*".

Por otra parte, en cuanto al asunto relativo al ruido generado por incumplimientos de la normativa de actividades y horarios, según también pudimos comprobar, habían sido innumerables los escritos de denuncia presentados; por ejemplo, en junio, marzo, febrero y enero de 2016; diciembre, octubre, septiembre, agosto, julio y enero de 2015; julio, junio, mayo y marzo de 2014; diciembre y septiembre de 2013; octubre, julio y marzo de 2011; enero de 2010 y, por último, septiembre, agosto y abril de 2008. De todos estos escritos se desprendía que la problemática planteada por estos locales era grave, habida cuenta el número de denuncias presentadas, el número de personas afectadas y las diversas incidencias que se planteaban: desde peleas hasta incumplimiento de horarios de cierre, música en exterior, botellón, pubs con puertas abiertas, etc.

Sin embargo, parece que el Ayuntamiento no acababa de tomar una determinación para que el derecho al ocio que se planteaba en el entorno de esta plaza se desarrollase de forma compatible con el derecho al descanso de quienes tienen su domicilio en ella; desde luego, el primero no puede prevalecer sobre el segundo, debiendo prevalecer, en última instancia, este último, más si cabe si la vulneración tiene su origen en incumplimientos normativos y/o en actitudes incívicas.

Así expuesta la queja fue admitida a trámite y solicitado el preceptivo informe municipal solicitando conocer: (i) la valoración que se hacía en el Ayuntamiento ante la denuncia de saturación de eventos autorizados en la Plaza de La Nogalera y, en su caso, otros espacios públicos en los que pudieran autorizarse también para no hacer recaer la incidencia acústica siempre en los mismos vecinos; (ii) el tratamiento que estaba dando ese Ayuntamiento ante la problemática generada por locales de ocio y hostelería en la referida plaza, especialmente a nivel policial tanto a la hora de levantar boletines de denuncia como de establecer dispositivos de prevención; y (iii) si no se había planteado la calificación de la zona de la Plaza de La Nogalera como zona acústicamente saturada, de conformidad con las determinaciones del Decreto 6/2012, de Protección contra la Contaminación Acústica de Andalucía.

En respuesta, recibimos oficio de la Alcaldía de marzo de 2017, acompañado del informe del Jefe de Servicio de Medio Ambiente, emitido en julio de 2016. Este informe decía, en esencia, y en cuanto al fondo del asunto objeto de la queja, lo siguiente:

1.- Que el artículo 9 de la Ley del Ruido y el 70 de la Ley de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental de Andalucía, permiten dejar en suspenso temporalmente el cumplimiento de los objetivos de calidad acústica que sean de aplicación, con motivo de la organización de actos de especial proyección oficial, cultural, religiosa o de naturaleza análoga.

2.- Que la legislación de autonomía local de Andalucía incluye la promoción del turismo entre las competencias locales.

3.- Que la importancia del municipio como turístico, justifica estos eventos en la referida Plaza, pero que "*queda claro que no es la Delegación Municipal de Medio Ambiente quien tiene la competencia en la determinación del número, organización y ubicación de los diferentes eventos, actos, festejos, etc. que se realizan en el municipio, por tanto no es imposible informar en tal sentido*".

Analizado este informe, fue considerado por nuestra parte insuficiente para lo que habíamos solicitado del Ayuntamiento, pues en nada respondía a lo que preguntábamos, más aún cuando se reconocía por el propio Jefe de Servicio de Medio Ambiente que "*queda claro que no es la Delegación Municipal de Medio Ambiente quien tiene la competencia en la determinación del número, organización y ubicación de los diferentes eventos, actos, festejos, etc. que se realizan en el municipio, por tanto no es imposible informar en tal sentido*". Además, el informe se centraba esencialmente en defender la promoción del turismo, el ocio y la actividad empresarial, frente a la protección de los derechos de la ciudadanía que resultan

vulnerados por la contaminación acústica.

No obstante, ese informe fue trasladado a la promotora de la queja en trámite de alegaciones, que vino a decir que aunque se había de conjugar el interés público con el privado, solo se daba prevalencia a aquél en cuanto a promoción de la fiesta y el turismo, que la zona de la Plaza de la Nogalera está saturada de ruidos y rodeada de 408 viviendas distribuidas en seis bloques, que muchos propietarios a título individual y las comunidades de propietarios de estos inmuebles habían presentado quejas por el ruido de estas actividades. En concreto, decía entre otras cosas que "*si a un espacio saturado de ruidos se le añade una continua organización de eventos que generan más ruido, la situación se vuelve intolerable. Téngase en cuenta que, solo en los meses de junio a septiembre se organizaron en la Plaza La Nogalera un total de 11 eventos, mayoritariamente conciertos, por lo que la música se eleva notablemente y muchos de ellos por varios días (...) Basta acudir a la página web del Ayuntamiento de Torremolinos para comprobar de lo que estamos hablando*".

En estas alegaciones se indicaba también que "*En definitiva, la situación, en cuanto a inmisiones acústicas a las viviendas, dista mucho del planteamiento en que se basa el informe municipal, en tanto en cuanto, no es una situación puntual de «actos de especial proyección cultural, religiosa o de naturaleza análoga» que justifiquen la suspensión temporal de los objetivos de calidad acústica sino una actividad permanente. De hecho desconozco, y entiendo que no existe -pues de lo contrario lógicamente se habría hecho constar así en el informe- expediente de suspensión temporal de objetivos de calidad acústica, respecto de ninguno de los espectáculos organizados, como tampoco ha de existir informe técnico que valore el impacto acústico de tales eventos producen en las viviendas próximas a la plaza. Sin que pueda servir de excusa el hecho de que el Ayuntamiento no haya hecho una zonificación acústica ni un mapa de ruidos y mucho menos que la Delegación de Medio Ambiente no sea competente para determinar el número, tipo y ubicación de los eventos, porque la denuncia se dirige contra el Ayuntamiento de Torremolinos, no frente a esa Delegación* ".

En conclusión, decía el escrito de alegaciones, "*no puedo sino insistir en el incumplimiento, por parte del Ayuntamiento de Torremolinos, del derecho de quien suscribe -y de los vecinos residentes en La Nogalera- al descanso y a la intimidad en sus hogares, permitiendo en unos casos, cuando no produciendo directamente, en otros, un nivel de ruidos intolerable*".

En vista de estas alegaciones, insistimos en solicitar al Ayuntamiento respuesta a las cuestiones que habíamos planteado y que no habían sido contestadas con el informe del Jefe de Servicio de Medio Ambiente. Como contestación, hemos recibido informe de la Delegación de Eventos y de la Delegación de Promoción Cultural, de julio de 2017, remitido mediante oficio de Alcaldía. En este nuevo informe se indica, en esencia:

- Que el Ayuntamiento de Torremolinos está interesado en el desarrollo y promoción de actividades culturales y de diversa naturaleza, dado que es un municipio eminentemente turístico, reconocido así por la Junta de Andalucía, y que dispone de diversas ferias, romerías, con gran afluencia de visitantes nacionales y extranjeros, lo cual configura a esta localidad como uno de los puntos de destino principales del turismo internacional.
- Que es por ello que se fomentan actividades de corte cultural o lúdico-festivo, siendo los lugares de celebración varios, entre ellos la Plaza de La Nogalera, o el recinto ferial, la plaza de toros, playas, etc. siendo en espacios abiertos, como plazas, más frecuentes los eventos en el periodo primavera-verano, articulándose las autorizaciones de conformidad con la posibilidad de suspender los objetivos de calidad acústica que permite la normativa de ruido para eventos de interés social, cultural, oficial o análogo.
- Que los equipos de sonido que se utilizan son propiedad de una empresa municipal, salvo contadas excepciones, y que en otoño-invierno el horario es de 19 a 23 horas, y en primavera-verano, es de 20 a 1 de la madrugada.
- Que en cuanto a la Plaza de la Nogalera, objeto de la queja, al tratarse de una ubicación céntrica en la localidad, tener una mayor capacidad de aforo y por sus características (con un templete que puede ser usado como escenario), se programan en ella actividades especialmente seleccionadas. Según los datos

facilitados, en esta Plaza se celebraron 12 eventos.

La promotora de la queja, en trámite de alegaciones a este nuevo informe, indica que el Ayuntamiento elude dar respuesta a las cuestiones planteadas sobre las medidas a tomar para garantizar el derecho al descanso de quienes residen en el entorno de esta plaza y que, de hecho, sigue sin informar el departamento o área responsable en materia de medioambiente y que sigue haciéndolo el área de promoción y cultura. Que tampoco se pronuncia el Ayuntamiento sobre el ruido de los locales de ocio que alberga esta plaza permanentemente, colocando terrazas y veladores, incumpliendo horarios y poniendo música sin tener derecho a ello, "*provocando un nivel de ruido en nuestros hogares que nos hace imposible descansar*". Además, indica que en el listado de eventos celebrados en esa plaza, faltan otros muchos, algunos de los cuales duran varios días y mucho más allá de los horarios permitidos, pues las personas permanecen en el lugar mucho más tiempo tras la finalización de los eventos.

CONSIDERACIONES

De los informes recabados hasta el momento se desprende, con claridad, que ese Ayuntamiento justifica en todo caso la prevalencia de la promoción del turismo, del ocio y la fiesta, frente al derecho al descanso de quienes tienen su domicilio en los entornos afectados. Se olvida el Ayuntamiento de que tiene también la ineludible obligación de proteger los derechos de la ciudadanía al descanso, a la intimidad personal y familiar, a la inviolabilidad del domicilio, a un domicilio libre de ruidos, a un medio ambiente adecuado, a la protección de la salud, etc.

En cuanto a la celebración de eventos en la Plaza de la Nogalera, de Torremolinos, hemos de indicar que, sin perjuicio de que los eventos cuentan con autorización municipal, y que muchos de los eventos son promovidos por el propio Ayuntamiento, o patrocinados, dentro de sus competencias de fomento del turismo y el ocio, hay que conjugar tales eventos con los derechos de los demás, pues la incidencia que generan pueden chocar muchas veces, antes, durante y después de su celebración, con esos derechos de la ciudadanía que reside en el entorno de esta plaza. El ruido que generan no solo desde el montaje, durante la celebración y tras ella, con el público que se queda en las terrazas de veladores de los locales aledaños, puede dar lugar a situaciones de vulneración de derechos fundamentales. La incidencia acústica, como ya ha tenido ocasión de afirmar el Tribunal Constitucional, en sus Sentencias de 23 de febrero de 2004 y 24 de mayo de 2001, generan perniciosas consecuencias para la salud de las personas, afectando gravemente a su calidad de vida:

"*En efecto, el ruido puede llegar a representar un factor psicopatógeno destacado en el seno de nuestra sociedad y una fuente permanente de perturbación de la calidad de vida de los ciudadanos. Así lo acreditan, en particular, las directrices marcadas por la Organización Mundial de la Salud sobre el ruido ambiental, cuyo valor como referencia científica no es preciso resaltar. En ellas se ponen de manifiesto las consecuencias que la exposición prolongada a un nivel elevado de ruidos tienen sobre la salud de las personas (v. gr., deficiencias auditivas, apariciones de dificultades de comprensión oral, perturbación del sueño, neurosis, hipertensión e isquemia), así como sobre su conducta social (en particular, reducción de los comportamientos solidarios e incremento de las tendencias agresivas). Desde la perspectiva de los derechos fundamentales implicados, debemos emprender nuestro análisis recordando la posible afección al derecho a la integridad física y moral. A este respecto, habremos de convenir en que, cuando la exposición continuada a unos niveles intensos de ruido ponga en grave peligro la salud de las personas, esta situación podrá implicar una vulneración del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE). En efecto, si bien es cierto que no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del art. 15 CE, sin embargo cuando los niveles de saturación acústica que deba soportar una persona, a consecuencia de una acción u omisión de los poderes públicos, rebasen el umbral a partir del cual se ponga en peligro grave e inmediato la salud, podrá quedar afectado el derecho garantizado en el art. 15 CE*".

Es consolidada la jurisprudencia que determina que la contaminación acústica incide gravemente en el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.1 de la Constitución) y los derechos

constitucionales a la protección de la salud (art. 43), a un medio ambiente adecuado (art. 45) y a una vivienda digna (art. 47), por lo que resulta de todo punto ineludible su firme protección por parte de los poderes públicos (por todas, Sentencias del Tribunal Constitucional de 24 de mayo de 2001 y 23 de febrero de 2004 y Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2001, 26 de abril de 2003, 19 de octubre de 2006 y 2 de junio de 2008).

Entendemos, por ello, que ese Ayuntamiento debe reducir drásticamente el número de eventos autorizados, ya sean promovidos por el propio Consistorio, ya sea por particulares, en la Plaza de La Nogalera, a fin de que los derechos de quienes residen en su entorno no se vean alterados gravemente y de forma permanente en el periodo primavera-verano por un mero afán turístico, máxime cuando la alteración que de por sí ya produce por la acumulación de locales de ocio y hostelería es, al parecer, durante todo el año, acrecentada cuando se celebran esos eventos culturales y lúdico-festivos. En ese sentido, como principal medida que el Ayuntamiento debe valorar, además de la reducción de eventos en la Plaza, es la de la zonificación acústica y, en concreto, la declaración como Zona Acústicamente Saturada de esta Plaza.

A nuestro juicio y con los datos que obran en esta queja, la Plaza de la Nogalera posee aparentemente todos los elementos propios de las zonas acústicamente saturadas (ZAS), que son, según el artículo 20.1 del Decreto 6/2012, por el que se aprueba el Reglamento de Protección contra la Contaminación Acústica de Andalucía (RPCAA), aquellas zonas de un municipio en las que como consecuencia de la existencia de numerosas actividades destinadas al uso de establecimientos públicos y en las que, a pesar de cumplir cada una de ellas con las exigencias del Reglamento en relación con los niveles transmitidos al exterior, los niveles sonoros ambientales producidos por la concentración de las actividades existentes, y por las de las personas que las utilizan, sobrepasen los objetivos de calidad acústica, cuando excedan o igualen determinados valores. Esto, con independencia de que, en este caso, además, algunos de esos establecimientos puedan incumplir las exigencias del Reglamento en cuanto a niveles sonoros u otras exigencias o autorizaciones en materia de horarios, veladores, etc., tal y como se desprende del escrito de queja y queda plasmado con las actuaciones disciplinarias de que nos ha informado el propio Ayuntamiento.

Sin embargo, más parece ese Ayuntamiento -a tenor de los informes evacuados- interesado en justificar la celebración de eventos para fomentar el turismo y la afluencia de visitantes, fin desde luego loable y propio de un municipio turístico, pero olvidando en todo caso que esa promoción debe hacerse sin que suponga un grave quebranto para otros derechos afectados, como los citados anteriormente, algunos de naturaleza fundamental. Derechos que, dicho sea de paso, también es obligación proteger para las Administraciones Públicas.

La declaración de esta zona como ZAS, si efectivamente se dieran las circunstancias legales para ello, implicaría su sujeción a un régimen especial de actuaciones de carácter temporal, definido por el correspondiente plan zonal específico, que tendría por objeto la progresiva reducción de los niveles sonoros exteriores, hasta alcanzar determinados límites establecidos en el RPCAA. Estos planes zonales específicos podrían contemplar, entre otras, todas o algunas de las siguientes medidas previstas en el artículo 20.3 del citado RPCAA: a) Prohibición o limitación horaria de colocar mesas y sillas en la vía pública, así como suspensión temporal de las licencias o medios de intervención administrativa en la actividad correspondientes concedidos para su instalación en la vía pública; b) Establecimiento de restricciones para el tráfico rodado; c) Establecimiento de límites de inmisión más restrictivos que los de carácter general, exigiendo a los titulares de las actividades las medidas correctoras complementarias; d) Para aquellas actividades generadoras de ruido en horario nocturno, suspensión del otorgamiento de nuevas licencias de apertura, así como de modificación o ampliación, salvo que lleven aparejadas disminución de los valores de inmisión; e) Limitación del régimen de horarios de acuerdo con la normativa vigente en materia de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de Andalucía.

Además de este recurso previsto en el RPCAA, siempre, insistimos, que se cumplan los requisitos para ello, el Ayuntamiento de Torremolinos, dadas las especiales circunstancias que rodean esta plaza, debe

desempeñar con especial eficacia y celeridad las competencias legales que ostenta en materia de policía administrativa, de control, vigilancia y disciplina de establecimientos públicos y actividades recreativas, control del tráfico y protección contra la contaminación acústica, así como otras competencias previstas en el artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL). En cualquier caso, el ejercicio de estas competencias es independiente de que la zona pueda declararse como ZAS, e incluso cabría esperar un mayor esfuerzo municipal mientras la zona no esté declarada como ZAS, pues su régimen, pese al importante número de establecimientos, es el normal, sin restricciones ni limitaciones.

Ello, con independencia de que, en todo caso, se adopten también desde ya una serie de medidas de vigilancia, inspección, de policía, disciplinarias y, en su caso, sancionadoras, con las que controlar, disuadir y tratar de fomentar el cumplimiento de la legalidad vigente de las actividades hosteleras autorizadas, del cumplimiento de horarios de cierre, de posibles “botellones”, de conductas incívicas sancionadas por las ordenanzas municipales, de la legalidad de las terrazas, etc.

En todo caso, debe tenerse presente que el ruido exterior que se deriva de las concentraciones de personas en la vía publica encuentra su respuesta legal en los artículos 3 y siguientes de la Ley 7/2006, de 4 de Octubre, sobre Potestades Administrativas en Materia de Determinadas Actividades de Ocio en los Espacios Abiertos de los Municipios de Andalucía. De acuerdo con estos preceptos, quien realice una actividad de esa naturaleza puede ser sancionado, con lo cual el ruido que se produce en el interior de un local de ocio se somete a los condicionamientos inherentes a la autorización de estas actividades para que no creen afecciones acústicas en el exterior y el ruido que se produce en el exterior se combatiría con la mencionada Ley 7/2006.

A la vista de todo ello y de conformidad con lo establecido en el artículo 29, apartado 1, de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, se formula la siguiente

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO 1 de la obligación legal de ejercitar no solo las competencias relacionadas con la promoción del turismo y el fomento de actividades hosteleras y de ocio, sino también todas aquellas competencias en materia de protección medioambiental y de protección contra la contaminación acústica y el ruido, conforme a la Ley del Ruido y al Decreto 6/2012, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Protección contra la Contaminación Acústica en Andalucía.

RECORDATORIO 2 de la regulación legal contenida en la Ley 7/2006, de 24 de octubre, sobre potestades administrativas en materia de determinadas actividades de ocio en los espacios abiertos de los municipios de Andalucía, en cuanto a la permanencia y concentración de personas, en su caso, no autorizada en la Plaza de la Libertad, así como de la regulación contenida en el Decreto 6/2012, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Protección contra la Contaminación Acústica en Andalucía, en cuanto a la declaración de zonas acústicamente saturadas.

RECOMENDACIÓN 1 para que, con la coordinación de todas las áreas y/o delegaciones municipales con competencias en materia de autorización de actividades, medio ambiente urbano y, especialmente, de policía local, disciplina de actividades y seguridad ciudadana, se valore la situación en la que se encuentra esta plaza y, previos trámites legales oportunos, se estudie la declaración de dicha plaza como zona acústicamente saturada por la acumulación de locales y establecimientos de ocio, y por la celebración de eventos socio culturales y lúdico festivos autorizados o promocionados por el Ayuntamiento.

RECOMENDACIÓN 2 para que se fijen cuantos otros dispositivos sean precisos en cuanto al régimen de vigilancia, control y disciplina de actividades hosteleras y de ocio en establecimientos públicos, especialmente en lo que respecta a las actividades autorizadas y a las desarrolladas realmente, así como en lo que afecta al régimen de horarios de cierre.

SUGERENCIA para que, a tenor de la magnitud del problema que se desprende de los datos recabados

con la tramitación de esta queja y de la frecuente celebración de eventos, la acumulación de establecimientos hosteleros en esta plaza y el ruido que ello genera por la afluencia de público y clientes, se mantenga en el Ayuntamiento de la localidad una reunión entre las autoridades municipales, la policía local y una representación de los vecinos y vecinas afectados, a fin de tratar la problemática de la contaminación acústica generada y plantear frente al mismo posibles soluciones, alternativas u otras formas de solventarlo o hacerlo disminuir.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Festival de música electrónica en Vélez-Málaga. Pedimos una valoración previa de incidencia acústica para los vecinos

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 16/4051 dirigida a Ayuntamiento de Vélez-Málaga (Málaga)

- 21 Noviembre 2017

Ante la incidencia acústica que tiene un Festival de música electrónica en Vélez-Málaga, en periodo veraniego, en quienes residen en el entorno del lugar de celebración, el Defensor del Pueblo Andaluz ha recordado al Ayuntamiento de esa localidad que la Ley del Ruido exige, para este tipo de eventos de especial proyección que permiten suspender los objetivos de calidad acústica, que debe hacerse previamente la valoración de esa incidencia acústica que, a su vez, permita adoptar decisiones en garantía del derecho al descanso de la ciudadanía. Asimismo, el Defensor ha recomendado al Ayuntamiento que si este Festival vuelve a autorizarse para próximos veranos, previa valoración de la incidencia acústica, se haga con un plazo y horarios razonables y proporcionados, con objeto de hacer compatible el disfrute y el ocio de los participantes, con el descanso de quienes residen en la zona afectada. Finalmente, el Defensor ha sugerido que se adopten otras medidas que, en la medida de lo posible, limiten esta afección acústica a la ciudadanía con motivo de un evento de la naturaleza de un Festival de música electrónica.

ANTECEDENTES

El promotor de la queja nos trasladaba, en esencia, que *"Desde el día 6 hasta el 9 de julio, en Torre del Mar (Tenencia de Alcaldía de Vélez-Málaga) tuvimos que soportar niveles de ruido que sobrepasan varias veces los límites establecidos, y esto hasta las 9.00 AM. Son los conciertos del "Weekend Festival", en los que la Alcaldía de Torre del Mar participa junto con una empresa privada. Los niveles de ruido son tales que en nuestra vivienda, a casi 2 km, al otro lado del Paseo Marítimo, tuvimos que intentar dormir con las ventanas cerradas y aún así el sonido retumbaba dentro. No se puede justificar una supuesta animación cultural para la juventud y el fomento de la actividad económica de la zona a costa de atentar contra la salud pública y la privación del descanso de toda una localidad.*

Admitida a trámite la queja e interesado informe del Ayuntamiento de Vélez-Málaga (Málaga) recibimos oficio de Alcaldía de enero de 2017, acompañado de nota interior del Teniente Alcalde de Torre del Mar (Delegación de Playas) que, a su vez, tenía adjunta "*alegaciones realizadas por la mercantil … sobre la organización del Weekend Festival de Torre del Mar, en relación a la queja presentada ante el Defensor del Pueblo Andaluz por parte de D. …*".

Es decir, que el informe que habíamos solicitado al Ayuntamiento había sido redactado, no por el propio Ayuntamiento, sino por una empresa privada que fue la responsable de organizar y desarrollar el evento que tuvo que ser controlado por el Ayuntamiento, y cuyas incidencias y deficiencias habían provocado la queja de este ciudadano. En el citado escrito de alegaciones de la mercantil …, tal y como era de suponer,

se limitaba la citada empresa a exponer las bondades del evento organizado y, por supuesto, que dicho evento se ajustaba en todos sus extremos a la normativa. Por ello, solicitamos un nuevo informe municipal significando que quien debía informar era el Ayuntamiento, que ostenta las competencias en materia de control de la actividad (en cuanto a la seguridad, al control de la contaminación acústica, a la limpieza, etc.) y para asegurar y procurar que en su desarrollo se ajustaba a lo autorizado y a la normativa legal y reglamentaria de aplicación.

Este segundo informe se nos ha enviado mediante escrito de fecha de salida octubre de 2017, al que se adjunta el informe técnico emitido por el Jefe de Servicio de Medio Ambiente del Ayuntamiento. En este informe se indica, en esencia, que el evento que ocasiona esta queja es de naturaleza "ocasional", conforme al Decreto 195/2007, que fue autorizado por el Ayuntamiento mediante Resolución número …/2017, con los correspondientes informes preceptivos previos, incluido el estudio acústico que determinaba la superación de los límites máximos previstos, pero que, no obstante, los municipios pueden autorizar la suspensión de los objetivos de calidad acústica para eventos de carácter extraordinario de índole oficial, cultural, religiosa, etc.

CONSIDERACIONES

Una vez examinada la documentación aportada, resulta que del citado informe del Jefe de Servicio se desprende, con claridad, que las actividades a desarrollar en este evento superarían, de manera evidente, el nivel máximo de emisión de decibelios (dBA) prevista en la legislación aplicable. Ahora bien, ello no supondría una vulneración de dicha legislación al tratarse de un evento ocasional, que es un supuesto que supone una excepción en lo que concierne al límite de emisión de dBA a tenor de lo previsto en las normas vigentes.

Por otro lado, en lo que concierne al escrito enviado por esta Institución dando cuenta de su queja, se presentaron alegaciones de las que le dimos traslado.

De acuerdo con todo ello, se trata de un evento que, al mismo tiempo que genera una gran demanda por parte de la ciudadanía que acude a este festival, da lugar, como por otro lado suele ser habitual, a un rechazo importante por parte de personas que ven afectada su vida cotidiana o sus vacaciones por una actividad que genera una importante contaminación acústica durante varios días y toda la noche.

Desde luego, cuando se organizan eventos de esta naturaleza, salvo que realmente, por sus características y distancia del suelo de uso residencial no lleguen a los hogares de manera muy limitada las ondas acústicas, no es posible, respecto de las personas afectadas, garantizar la compatibilidad entre el derecho al ocio y el derecho al descanso o la protección de la salud (en función del impacto que genera la contaminación).

Sabemos, como el legislador, que se trata de eventos extraordinarios u ocasionales, pero también conocemos que tres días seguidos sin poder descansar por la noche pueden generar un enorme malestar en las personas afectadas. Esto es frecuente y es un tipo de queja que venimos atendiendo, no obstante la dificultad de encontrar una solución satisfactoria para todas las partes, con regularidad.

Hay que tener presente que el artículo 9.1 de la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido (LR), establece que, con motivo de la organización de actos de especial proyección oficial, cultural, religiosa o de naturaleza análoga, las Administraciones Públicas competentes podrán adoptar, en determinadas áreas acústicas, "*previa valoración de la incidencia acústica*", las medidas necesarias que dejen en suspenso temporalmente el cumplimiento de los objetivos de calidad acústica que sean de aplicación a aquéllas. Es decir, que es posible suspender los objetivos de calidad acústica con motivo de la celebración de actos de especial proyección (fiestas populares), previa valoración de la incidencia acústica.

Somos conscientes de la dificultad que entraña, en la celebración de eventos como el que ocasiona esta queja, llevar a cabo esa previa valoración de la incidencia acústica; sin embargo, esta dificultad no puede convertirse en un absoluto olvido de la afección acústica que tienen eventos de este tipo y, como poco,

deben adoptarse medidas alternativas para evitar que los niveles de ruido lleguen a hacer insoportable la vida cotidiana de las personas.

Como ya es sobradamente conocido, la ciudadanía que sufre los perjudiciales efectos del ruido puede ver vulnerados diversos derechos y libertades constitucionales, tales como el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad domiciliaria (art. 18 CE), a la salud (art. 43 CE), a un medio ambiente adecuado (art. 45) o a la libre elección de domicilio (art. 19 CE). La vulneración de estos derechos repercute, de una u otra forma, en la imposibilidad de ejercer ese socialmente denominado "*derecho al descanso*" y, en definitiva, redunda de forma perniciosa en el bienestar de muchos ciudadanos y en su calidad de vida, sobre todo cuando estas vulneraciones se producen durante las vacaciones, cuya finalidad no es otra que disfrutar de un periodo de ocio y de esparcimiento, pero también de un periodo de descanso.

Por todo ello, sin desconocer el derecho que también asiste a la ciudadanía a disfrutar de eventos ocasionales como un festival de música, debe buscarse un desarrollo sostenible en términos de contaminación acústica en el que se ordenen previamente algunos aspectos que permitan la coexistencia del derecho al ocio y del derecho al descanso de los ciudadanos, de tal forma que la ubicación elegida sea idónea para no anteponer un derecho frente al otro, con una duración razonable y con unos horarios en los que, en todo caso, debe primar el descanso, con controles de calidad acústica, con inspecciones para comprobar que se dispone de equipos limitadores, etc.

En este sentido, de la documentación obrante en esta queja no se desprende que se haya realizado esa previa valoración de la incidencia acústica que marca la ley, más allá de reconocer que según la documentación aportada por el promotor del evento, se iban a superar los límites legales máximos de dBA; sin embargo, no se realiza ninguna apreciación en temas de ruido, de tal forma que se permite, sin más, que se genere el nivel de ruido que se dice en esos estudios aportados de parte, o incluso se superen, pues no hay constancia alguna de que un técnico municipal, o la policía local, puedan controlar los niveles de ruido para evitar una doble superación, la del límite máximo marcado por la normativa, y la que los promotores del evento dicen en su documentación.

A la vista de todo ello y de conformidad con lo establecido en el artículo 29, apartado 1, de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, se formula la siguiente

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO de lo establecido en el artículo 9.1 LR, que exige previa valoración de la incidencia acústica cuando, con motivo de la organización de actos de especial proyección oficial, cultural, religiosa o de análoga naturaleza, se suspenda el cumplimiento de los objetivos de calidad acústica.

RECOMENDACIÓN para que si el evento objeto de esta queja vuelve a autorizarse para el próximo año y sucesivos, previa valoración de la incidencia acústica, tengan un plazo de duración y horarios razonables y proporcionados a fin de no exceder el tiempo en el que está en vigor la suspensión de los objetivos de calidad acústica, haciendo así compatible el descanso de las personas residentes en el entorno con la propia celebración del evento, adoptándose, adicionalmente, medidas de control del nivel de sonido de los equipos de reproducción audiovisual.

SUGERENCIA para que, dentro de la dificultad que, sin duda, entraña, se adopten las medidas necesarias para que, en razón de la localización, de medidas adecuadas para el control de los efectos de la contaminación acústica, del horario, etc., se valoren medidas que limiten las afecciones que la celebración de este festival genera en la ciudadanía que reside en ese municipio, teniendo que llevar a cabo el día siguiente sus tareas cotidianas o la elección del mismo como lugar de vacaciones o descanso, se limiten de alguna manera en un intento de garantizar que el necesario y reconocido derecho al ocio y a la cultura no genere una vulneración, aunque sea temporal, de los derechos de terceras personas que puedan resultar afectados por esta actividad.

Recomendamos al Ayuntamiento de El Puerto de Santa María que actúe ante los ruidos de un establecimiento por la zona de carga y descarga

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 15/1075 dirigida a Ayuntamiento de El Puerto de Santa María (Cádiz)

- 21 Noviembre 2017

El Defensor del Pueblo Andaluz recomienda al Ayuntamiento de El Puerto de Santa María que informe a esta Institución de las últimas novedades ocurridas tras la denuncia por ruidos y molestias de unos vecinos provenientes de la zona de carga y descarga de un establecimiento comercial sito en los bajos de su vivienda y, en su caso, que adopte las medidas legales necesarias para eliminar esa contaminación acústica.

ANTECEDENTES

Los promotores de la queja, con domicilio en la calle … de El Puerto de Santa María (Cádiz), exponían, en esencia, la problemática de ruidos que venían sufriendo por la carga y descarga de mercancías, en el espacio para ello autorizado por el Ayuntamiento, a un local de venta al por menor de ultramarinos y otros productos, situado bajo su vivienda. Sin embargo, también vendían, aseguraban, al por mayor frutas y verduras, de tal forma que la carga y descarga generaba elevados niveles de ruidos, insoportables por estar su domicilio justo sobre dicha zona de carga y descarga.

Entre otras, nos decían que se produce "*un continuo tránsito de mercancías que entran y salen del establecimiento, durante toda la jornada. Dicha actividad de venta al por mayor, no autorizada por la licencia municipal que tienen concedida, perturba la tranquilidad de las viviendas del entorno, principalmente de la nuestra, que se encuentra encima del referido local… Que dichas molestias son debidas principalmente a los frecuentes ruidos producidos, además de por las máquinas de la cámara de frío, por el trasiego de carga y descarga de la mercancía, que genera golpes de cajas y portazos. Estas faenas se inician diariamente a horas intempestivas, 6.00 AM, prolongándose durante gran parte de la jornada, perturbando el sosiego de las horas de descanso nocturno y del resto de la jornada*".

Admitida a trámite la queja e interesado el preceptivo informe de ese Ayuntamiento, nos fueron enviados tres informes: (i) informe de la Tenencia de Alcaldía Delegada de Seguridad, en el que se decía que se iba a mantener una reunión entre las distintas Áreas municipales con objeto de coordinar una actuación conjunta de forma que se intentase buscar una solución que fuera satisfactoria para todas las partes; (ii) informe de la Tenencia de Alcaldía Delegada de Movilidad, en el que se decía que, a juicio del Ingeniero Técnico de Obras Públicas municipal, del Servicio de Infraestructura y Urbanización, "*Actualmente se está a la espera de recibir instrucciones del nuevo Tte. de Alcalde de Movilidad, habiéndosele indicado que, desde el punto de vista técnico, la opción idónea es reubicar la carga y descarga, eliminándola de su situación actual*" y (iii) informe de la Tenencia de Alcaldía Delegada de Urbanismo, con el que nos remitía

copia de los expedientes administrativos incoados en el asunto de fondo planteado en la queja.

Trasladados estos informes a los promotores de la queja en trámite de alegaciones, formularon, en esencia, las siguientes: que en la reunión mantenida el 9 de octubre de 2015, el resultado fue "*desplazar tres metros hacia el vial la Carga y Descarga, poniendo una de 8 metros, coincidiendo con la medida de la furgoneta grande y dejando un recodo por el que la furgoneta pequeña seguirá Carga y Descarga, utilizándolo como uso privativo para sus vehículos particulares y que como no tardan 20 minutos en descargar, los vehículos como … descargarán delante de los vehículos aparcados, con lo que sufriremos el mismo ruido de coches y furgonetas entrando y saliendo desde donde está situado dicho local, todo expresado en el programa Adiario de Canal Sur Televisión el 19/10/2015*".

De confirmarse tal circunstancia, parecía no coincidir plenamente con lo que había informado el Ingeniero Técnico de Obras Públicas municipal del Servicio de Infraestructura y Urbanización, que decía que "… *desde el punto de vista técnico, la opción idónea es reubicar la Carga y Descarga, eliminándola de su situación actual*". Nos pareció, por ello, en principio, que no es lo mismo un desplazamiento de tres metros de esta zona de carga y descarga, que reubicarla en otro lugar y eliminarla de su situación al momento de la queja. Dicho en otros términos, parecía que la propuesta del técnico municipal ofrecía una solución más drástica que la que se había decidido finalmente. Y la realidad era que, lamentablemente, esta solución de desplazar sólo tres metros -si así se confirmaba- no había sido bien acogida por los afectados, que nos aseguraban que se sentían desamparados por ese Ayuntamiento al optar por, a su juicio, dar preferencia a los intereses del establecimiento frente a su derecho al descanso.

Interesamos, por ello, un último informe del Ayuntamiento al objeto de conocer si, tal y como nos decían los interesados, la decisión final adoptada en esta problemática había sido la de desplazar tres metros la zona de carga y descarga, en lugar de optar por, como informaba el técnico municipal, eliminarla de su ubicación actual y reubicarla en otro lugar. En todo caso, interesamos que también nos informasen si para adoptar esa decisión se había emitido informe favorable del Técnico Municipal y/o de la Policía Local, remitiéndonos copia.

En respuesta, recibimos oficio en el que se decía al final que "*La opción acordada por el Área de Policía Local y por el Servicio de Infraestructura es la de alejar la carga y descarga de debajo de las ventanas de la casa del denunciante, intentando paliar el ruido originado por estas labores, al no poder ya realizarse directamente desde los camiones hacia el local y obstaculizando las aceras. Para ello, es necesario desplazar la carga y descarga unos 5,50 m. hasta ubicarla en el carril de circulación (reestructurando la señalización) y donde ya se producía ruido al tránsito de los vehículos. Esta opción lleva aparajeda la prohibición de estacionamiento en la totalidad de la fachada del comercio en cuestión, o sea, bajo la casa del afectado*".

Pese a este último informe, recibimos justo después un escrito del denunciante en el que nos decía que esta decisión solo se había mantenido tres semanas y que se había restablecido la carga y descarga adonde estaba antes ubicada, esto es, bajo sus ventanas. En concreto, nos decía lo siguiente:

"*Después del último escrito del Ayuntamiento de El Puerto de Santa María de … febrero de 2016, los servicios de Infraestructura y Urbanización ejecutaron el cambio que en él se expresaba. Para retirar la zona de carga y descarga de la fachada del edificio los 5,5 m. colocaron tres jardineras de gran tamaño. Esto fue el 23 de febrero de 2016. El viernes 11 de marzo de 2016 el ayuntamiento organizó una asamblea pública en la que se decidió por votación, sin censo y sin registro ni presencia de fedatario público, la vuelta de la carga y descarga a la situación anterior. Por lo que esta modificación ha durado escasamente tres semanas.*

No nos parece coherente que se cambie una decisión avalada por técnicos municipales, en una asamblea, en la que además no estaba controlado el censo de los votantes, ni el control de un notario. Es por esto que le rogamos continúe con el trámite de este expediente".

A la vista de estas manifestaciones, pedimos al Ayuntamiento que nos informara si era cierto que tres semanas después de haber reubicado la carga y descarga en otro lugar, se había vuelto a su lugar originario. En segundo lugar, y para el caso de ser cierto lo que decía el interesado, pedíamos informe sobre cuál había sido la forma en la que se había tomado esa decisión de volver a ubicar la zona de carga y descarga en el lugar originario; esto es, si se había celebrado una asamblea vecinal y conforme a qué reglas y organización. En tercer lugar, pedíamos informe para conocer si para adoptar esta medida última se había tenido en cuenta, además de esa eventual asamblea vecinal y el acuerdo en ella adoptado, algún tipo de informe técnico que aconsejase o diera viabilidad a esa vuelta de la carga y descarga al lugar originario.

En cuanto a este último aspecto del que pedíamos informe, nos referíamos a ello porque sí nos constaba que había un informe técnico del Ingeniero Técnico de Obras Públicas municipal del Servicio de Infraestructura y Urbanización en el que se decía que "*Actualmente se está a la espera de recibir instrucciones del nuevo Tte. de Alcalde de Movilidad, habiéndosele indicado que, desde el punto de vista técnico, la opción idónea es reubicar la Carga y Descarga, eliminándola de su situación actual*". Precisamente este informe técnico era el que se tuvo en cuenta para decidir alejar la zona de carga y descarga esos 5,5 metros que ahora parecía que se había revertido.

Pues bien, esta petición de informe la hemos realizado mediante escritos enviados a ese Ayuntamiento en fechas abril, mayo y junio de 2016, además de mediante conversación telefónica con personal del Gabinete de Alcaldía y correo electrónico a la Delegación Municipal de Movilidad en febrero de 2017. Lamentablemente hasta el momento no hemos tenido respuesta, lo cual nos impide esclarecer plenamente el asunto de fondo objeto de esta queja, pese a los intentos realizados.

CONSIDERACIONES

El artículo 19.1 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz (LDPA), establece que todos los poderes públicos y organismos de la Comunidad Autónoma de Andalucía están obligados a auxiliar, con carácter preferente y urgente, al Defensor del Pueblo Andaluz en sus investigaciones e inspecciones. En este sentido, el hecho de que ya se hayan emitido diversos informes en este expediente de queja, no es óbice para que esta Institución considere necesario y requiera un último informe sobre el mismo asunto, especialmente cuando el afectado nos traslada que las circunstancias han variado respecto de la última comunicación del Ayuntamiento. Hay que recordar que esta obligación de auxilio y colaboración «con carácter preferente y urgente» que se debe a esta Institución, lo es durante toda la fase de investigación y comprobación de una queja o en un expediente iniciado de oficio.

En consecuencia, el Ayuntamiento de El Puerto de Santa María, al no enviarnos el último informe que hemos solicitado en esta queja, a pesar de haberlo requerido hasta en tres ocasiones por escrito, más una última de manera telefónica con posterior remisión de correo electrónico a la Delegación de Movilidad, ha incumplido el deber de auxilio y colaboración al que está obligado en función del artículo 19 de la LDPA.

En cualquier caso, la ausencia de este informe no ha impedido a esta Institución analizar, dentro de lo posible, el fondo del asunto y dictar la presente Resolución, en la consideración de que ésta es la mejor forma de cumplir el cometido que nos encomiendan los artículos 41 y 128 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, aprobado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo.

En cuanto al fondo del asunto, partiendo de la última información facilitada por ese Ayuntamiento y de las alegaciones de los interesados, debe significarse que las decisiones que se tomen por las Administraciones Públicas han de estar motivadas en Derecho, esto es, se debe dejar constancia de las razones verdaderas por las que se adoptan con el objetivo de permitir al destinatario y/o afectados el poder enfrentarse a ellas y, en su caso, combatir, tales decisiones. Se trata de expresar los motivos que justifican el acto administrativo, proceso en el que tienen un papel esencial los informes técnicos y/o jurídicos emanados de los funcionarios públicos; de ahí que llame la atención el que se haya tomado una decisión en base a un informe técnico emitido en base a la normativa y al leal saber y entender de un funcionario y,

supuestamente, pues no se nos ha confirmado tal dato, se haya variado esa decisión por una "asamblea vecinal", sin que conozcamos el fundamento de tal cambio.

Conviene, por lo tanto, emitir ese último informe que hemos pedido a ese Ayuntamiento y que nos permita esclarecer estas circunstancias que se han planteado durante la tramitación de la queja, pues cualquier decisión que se adopte para dar una solución al problema de fondo debe tener en cuenta no solo la normativa sectorial propia de la carga y descarga y de tráfico, sino también la de contaminación acústica en aras a proteger el derecho al descanso de quienes residen en un entorno ruidoso, tratando de hacer compatible el derecho al descanso y el derecho al desarrollo y ejercicio de una actividad económica, sin hacer prevalecer éste sobre aquél o sin imponer una carga excesiva a una determinada familia y/o domicilio.

Al respecto, de forma insistente venimos diciendo en nuestras Resoluciones que los Tribunales de Justicia vienen declarando con reiteración que los ruidos inciden perniciosamente sobre el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.1 de la Constitución) y los derechos constitucionales a la protección de la salud (art. 43), a un medio ambiente adecuado (art. 45) y a una vivienda digna (art. 47), por lo que los poderes públicos están obligados a su eficaz protección (por todas, Sentencias del Tribunal Constitucional de 24 de mayo de 2001 y 23 de febrero de 2004, y Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2001, 26 de abril de 2003, 19 de octubre de 2006, 12 de noviembre de 2007, 13 de octubre de 2008, 5 de marzo de 2012 y 17 de diciembre de 2014).

A la vista de todo ello y de conformidad con lo establecido en el artículo 29, apartado 1, de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, se formula la siguiente

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO 1 de la obligación de colaboración establecida en el artículo 19.1 de la LDPA, según el cual todos los poderes públicos y organismos de la Comunidad Autónoma de Andalucía están obligados a auxiliar, con carácter preferente y urgente, al Defensor del Pueblo Andaluz en sus investigaciones e inspecciones.

RECOMENDACIÓN 1 para que se emita el último informe interesado en el presente expediente de queja a la mayor brevedad posible, incluyendo en su contenido las novedades que hayan acontecido respecto del asunto objeto de esta queja desde que lo solicitáramos por primera vez.

RECORDATORIO 2 de la obligación, para el supuesto de que, a la fecha en que se reciba esta resolución, persista el problema de ruidos por la ubicación de la zona de carga y descarga del establecimiento de referencia, de velar por el derecho al descanso de quienes tienen sus domicilios en entornos ruidosos por la naturaleza de las actividades que se desarrollan en sus inmediaciones.

RECOMENDACIÓN 2 para que se adopten todas las medidas legales que sean necesarias para eliminar la contaminación acústica que están padeciendo los promotores de la queja por la ubicación bajo su domicilio de la zona de carga y descarga del establecimiento sito en los bajos del mismo.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Queremos saber si la cementera ubicada en El Candado provoca la contaminación atmosférica denunciada por los vecinos

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/0776 dirigida a Ayuntamiento de Málaga, Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio

- 02 Marzo 2017

El Defensor del Pueblo Andaluz ha iniciado una actuación de oficio al conocer, a través de los medios de comunicación, la queja de una asociación de vecinos de la zona de El Candado, en la ciudad de Málaga, por una posible falta de control de las Administraciones Públicas de la calidad del aire que se respira en la zona, debido fundamentalmente a las emisiones contaminantes a la atmósfera de una fábrica de cementos allí instalada.

Según la noticia de referencia, la asociación de vecinos en cuestión "*ha mostrado su preocupación por lo que considera «falta de control municipal y autonómico» sobre la calidad del aire en Málaga*". Además, se dice en la misma que esta asociación de vecinos viene, desde el 2003, "*luchando en los tribunales contra las emisiones de la fábrica de cemento …, para que las administraciones «lleven a cabo sus funciones de política medioambiental y urbanística»*". A este respecto, recuerda el colectivo vecinal que esta cementera es la industria más contaminante de la provincia de Málaga y la tercera más contaminante de Andalucía, aunque apuntan que las otras dos no se encuentran en capitales de provincia.

Recuerda la asociación de vecinos que las cementeras emiten a la atmósfera "*«contaminantes potencialmente peligrosos para la salud como los óxidos de nitrógeno, metales pesados, las dioxinas y los furanos, monóxido de carbono, dióxido de carbono, ácido de azufre, compuestos inorgánicos de flúor, partículas, etc.. y en el caso de la cementera coincineradora de La Araña, tiene además permitido utilizar como combustible algunos residuos peligrosos»*". Además, se menciona en la noticia la tramitación de diversos procedimientos judiciales con los que los vecinos esperan lograr la satisfacción de sus pretensiones respecto de la actividad de la cementera.

No obstante lo expuesto y al margen del curso de los procedimientos judiciales (en los que por aplicación del artículo 17.2 de la Ley del Defensor del Pueblo Andaluz, esta Institución no puede entrar) entablados en relación con las autorizaciones concedidas a esta industria, tanto por el Ayuntamiento de Málaga como por parte de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, parece que actualmente se encuentra en pleno funcionamiento, generando un alto nivel de contaminación atmosférica, consolidando un problema desde hace años denunciado.

Sobre lo expuesto, hay que tener en cuenta que conforme al Decreto 2329/2011, de 12 de julio, por el que se regula la calidad del medio ambiente atmosférico y se crea el Registro de Sistemas de Evaluación de la Calidad del Aire en Andalucía, corresponde a la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio

[apartado a)] la vigilancia y el control de la calidad del aire en Andalucía a través de la red de vigilancia y control de la calidad del aire prevista en la sección 1ª del capítulo II, así como [apartado i)] la vigilancia, inspección y ejercicio de la potestad sancionadora en relación con las emisiones a la atmósfera producidas por las actividades sometidas a autorización ambiental integrada, autorización ambiental unificada y autorización de emisión a la atmósfera, así como con las emisiones de compuestos orgánicos volátiles reguladas en el Real Decreto 117/2003.

En relación con ello, la producción de cemento se encuentra sujeta al trámite de autorización ambiental integrada o unificada en función de las circunstancias particulares previstas en el anexo de la Ley de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental de Andalucía. Por tanto, corresponde a la Consejería de Medio Ambiente la vigilancia, inspección y ejercicio de la potestad sancionadora.

Por otra parte, es también competencia de la Consejería garantizar que el público en general y las entidades interesadas reciban información adecuada y oportuna acerca de la calidad del aire y de los planes de mejora de la calidad del aire y de acción a corto plazo elaborados para la protección de la atmósfera o para minimizar los efectos negativos de la contaminación atmosférica, con arreglo a la Ley 27/2006.

Asimismo, el Decreto 231/2013, de 3 de diciembre, aprueba planes de mejora de la calidad del aire en determinadas zonas de Andalucía, entre ellas la aglomeración de Málaga y la Costa del Sol. Dichos planes surtirían efectos hasta el 31 de diciembre de 2015.

Más recientemente, además, se ha promulgado el Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Prevención y Control Integrado de la Contaminación, cuya Disposición Transitoria primera establece que «El órgano competente para el otorgamiento de las autorizaciones ambientales integradas llevará a cabo las actuaciones necesarias para la actualización de las autorizaciones para su adecuación a la Directiva 2010/75/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre, sobre las emisiones industriales, con anterioridad al 7 de enero de 2014» y que «Con posterioridad, las revisiones se realizarán de acuerdo a lo establecido en el artículo 25.2 y 3 de esta ley y para aquellas instalaciones de combustión acogidas a los mencionados mecanismos de flexibilidad incorporando las prescripciones que en estos mecanismos se estipulen».

A la vista de cuanto antecede, teniendo en cuenta la preocupación mostrada en medios de comunicación por vecinos de El Candado, Málaga, por la calidad del aire en esa zona con motivo de la actividad cementera, el Defensor del Pueblo Andaluz ha iniciado una actuación de oficio ya que entendemos que los hechos de fondo son susceptibles de motivar la intervención de esta Institución. Como dice la Exposición de Motivos del propio Decreto 239/2011, la contaminación atmosférica constituye una de las mayores amenazas para la salud de las personas y el medio ambiente en general, por lo que es necesario reducir los niveles de contaminación de manera que se minimicen los efectos perjudiciales para la salud humana.

De acuerdo con ello, nos hemos dirigido tanto a la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, como al Ayuntamiento de Málaga, con objeto de que nos remitan cuanta información dispongan sobre este asunto y de conocer su posición al respecto.

Pedimos al Ayuntamiento de Málaga que resuelva el problema de ruido por el tráfico de autobuses en las cercanías del paseo de Los Tilos

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 17/1750 dirigida a Ayuntamiento de Málaga

- 16 Agosto 2017

El Defensor del Pueblo Andaluz recomienda al Ayuntamiento de Málaga que adopte cuantas medidas sean necesarias para disminuir el ruido y molestias que padece la ciudadanía debido al tráfico de autobuses en las cercanías del paseo de Los Tilos.

ANTECEDENTES

El interesado denunciaba en su escrito de queja las molestias, tanto por contaminación acústica como atmosférica, de "*los autobuses de gran recorrido (...), que salen de la estación de autobuses central y se incorporan a la avenida Andalucía por el paseo de los Tilos*".

Tras admitir a trámite la queja y dirigirnos al Ayuntamiento de Málaga, la Delegación Municipal correspondiente nos informó que esta contaminación es muy similar a la que provoca el tráfico en otras calles cercanas. En este sentido, de la información remitida se deriva que existe, según el índice LDEN, una alta contaminación acústica en el Paseo de Los Tilos, bastante superior al nivel recomendable por la OMS y la propia normativa de protección contra la contaminación acústica. Ello, con independencia de que en otras calles cercanas, la situación no es distinta.

CONSIDERACIONES

Ello nos lleva a la conclusión de que la imagen que arroja el mapa del ruido evidencia que en estas calles ese Ayuntamiento no está garantizando el bienestar y calidad de vida demandable de una población que sufre diariamente las consecuencias de esta contaminación. Por otro lado, según se desprende de lo manifestado por el interesado, esta situación se agrava por las propias características de la calle donde reside ya que su estrechez hace que la contaminación acústica y atmosférica se haga más presente pues "*....casi se pueden tocar los autobuses desde las ventanas*".

Ante esta realidad caben dos opciones. La primera, entender que, en principio, el problema no tiene solución, pues según se desprende del informe del Ayuntamiento, el alivio ambiental que se puede generar en la calle del interesado agravaría la situación de los residentes en las calles cercanas a donde se derivaría el tráfico de autobuses de la calle Tilos.

La segunda es intentar, no obstante la dificultad que entraña, dar unas respuesta a una demanda social cada vez más presente en nuestras ciudades de acuerdo con una nueva sensibilidad hacia este tipo de contaminación que está haciendo que nuestras ciudades adopten una diversidad de medidas, antes impensables, para aumentar la calidad de vida de la ciudadanía y su derecho a la protección de la salud y el descanso. Es más, según una constante jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, nuestro Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, la contaminación acústica no es una mera molestia, sino que puede dar lugar a la vulneración de los derechos citados y de los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar en el hogar o a la inviolabilidad del domicilio.

Sin duda, fruto de esa sensibilidad es la inclusión entre los derechos de la ciudadanía que reconoce el art 5 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana del derecho «a) Disfrutar de una vivienda digna, adecuada y accesible, concebida con arreglo al principio de diseño para todas las personas, que constituya su domicilio libre de ruido u otras inmisiones contaminantes de cualquier tipo que superen los límites máximos admitidos por la legislación aplicable y en un medio ambiente y un paisaje adecuados».

Ese derecho, según el mapa de ruido de la zona aportado, no está garantizado para los residentes en esta calle ya que se superan los límites admisibles en derecho.

A la vista de todo ello y de conformidad con lo establecido en el artículo 29, apartado 1, de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, se formula la siguiente

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO del deber legar de adoptar las medidas que sean precisas para garantizar los objetivos de calidad acústica mínima que, en el caso de las áreas urbanizadas existentes a la entrada en vigor del Decreto 6/2012, de 17 de enero, por el que se prueba el Reglamento de Protección contra la Contaminación Acústica en Andalucía, era el establecido en la Tabla I, sectores del territorio con predominio de suelo de uso residencial 65 65 55 (según los distintos momentos del día).

RECOMENDACIÓN para que, con el fin de alcanzar los objetivos de calidad acústica a los que tienen derecho las personas residentes en esta calle, se adopten cuantas medidas sean necesarias (a título de ejemplo, instalar un tipo de asfaltado determinado, limitación de velocidad, colocación de radares, etc.) para disminuir el ruido al que están sometidos estos ciudadanos. Cuáles sean esas medidas concretas es una cuestión que corresponde a ese Ayuntamiento, en el ejercicio de sus competencias legales.

Ello, sin perjuicio de que dada las características de la calle Los Tilos y si se comparte lo alegado por el interesado en relación de las consecuencias especialmente perniciosas que la contaminación genera en la misma debido a su estrechez, se estudie la posibilidad de cambiar el destino de algunos autobuses, singularmente de aquellos que por no ser urbanos generan una menor demanda por parte de los residentes en esta calle que, al parecer, tiene una población de cierta entidad.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Pedimos al Ayuntamiento de La Rinconada que cierre una pista deportiva y recupere el espacio para plaza pública

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 17/2093 dirigida a Ayuntamiento de La Rinconada (Sevilla)

- 23 Noviembre 2017

El Defensor del Pueblo Andaluz recuerda al Ayuntamiento de La Rinconada su obligación legal de respetar las normas reglamentarias y, por tanto, su propio planeamiento, dado que que una pista deportiva ubicada en una plaza de esa localidad, es contraria al planeamiento municipal, puesto que prevé para dicho espacio una zona de esparcimiento, resposo, recreo y salubridad, acondicionándolo con arbolado y cultivos de flores. Por ello, recomienda a la Alcaldía que, previos trámites legales, proceda a clausurar dicha pista deportiva y configure la plaza tal y como dice el planeamiento, esto es, destinándola de manera efectiva al esparcimiento, al reposo y al recreo, y acondicionándola prioritariamente con arbolado y cultivos de flores, excluyendo en todo caso el uso deportivo que se le ha venido dando.

ANTECEDENTES

En su escrito de queja, el interesado indicaba que su vivienda, sita en el municipio sevillano de La Rinconada, tiene un patio que linda con una "*cancha de deportes polivalente instalada por el Ayuntamiento en la Plaza … hace ahora aproximadamente un año*". En este sentido, manifestaba en su queja ante esta Institución que "*Desde que se colocó la cancha, los vecinos afectados venimos denunciando a la Policía Municipal, al Alcalde y al Concejal de Vías Públicas, las molestias que venimos sufriendo por la colocación de esta cancha de deporte polivalente a tan pocos metros de nuestras viviendas, a la mía tan solo 8 metros. Denuncias que no han sido atendidas*".

Ello no obstante, añadía que "*Debido a nuestras reiteradas quejas, el Ayuntamiento se ha dignado a colocar una red de protección para evitar que las pelotas caigan en los patios, esta medida ha sido insuficiente, siguen cayendo pelotas en los patios, de las que podemos presentar grabaciones de audio conversando con los niños al entregar las pelotas. Además, este lugar origina un ruido exageradamente molesto a todas horas del día, llegando incluso hasta las tres de la madrugada. Todo esto debido al error de haber colocado la instalación tan cerca de nuestras viviendas*".

A todo ello añadía que su hija, con una discapacidad intelectual, no puede hacer vida normal pues debido a una intervención quirúrgica no podía salir al patio por el temor a que reciba un pelotazo. En este sentido, consideraba el interesado que con esta situación se ve vulnerado su derecho fundamental a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio, previsto en el artículo 18 de la Constitución Española. Por ello, exigía que "*se tomen medidas urgentes, como el cese inmediato de la actividad o el precintado para la tranquilidad y sosiego de los ciudadanos y la propia Ley del Ruido, ya que supera el máximo de ruido permitido*". Y, por si no fuera poco todo lo expuesto, añadía en el escrito que nos dirigió que el Ayuntamiento estaba

incumpliendo su propio planeamiento urbanístico, puesto que en la ficha del PGOU de la Plaza … se decía, y se dice, que "*Comprenden los terrenos destinados al esparcimiento, reposo, recreo y salubridad de la población. Se adecuarán básicamente para estancia de personas y recreo de niños, y su acondicionamiento atenderá prioritariamente a razones estéticas, siendo sus elementos fundamentalmente el arbolado y los cultivos de flores*".

Según pudimos comprobar, en el Ayuntamiento se habían presentado diversos escritos solicitando la clausura de esta instalación deportiva, en concreto en mayo, junio y noviembre de 2016 y abril de 2017. Además, se nos aportó también la copia de un informe de la arquitecta municipal, de enero de 2017, en el que se confirmaba, sin duda alguna, lo que decía el reclamante en su escrito de queja en cuanto a que el uso previsto para esta plaza es el de "*esparcimiento, reposo, recreo y salubridad de la población*", priorizando "*fundamentalmente el arbolado y los cultivos de flores*".

De todo lo expuesto, ya en un primer momento y a juicio de esta Institución, se desprendía la absoluta improcedencia de ubicar esta "cancha de deporte polivalente" en la Plaza … no solo por la incompatibilidad manifiesta con un mínimo de calidad de vida de quienes residen a escasos metros (que incluso ven cómo se les impide indirectamente la utilización de una estancia de su domicilio para no sufrir golpes por caída de balones, oír gritos o insultos, impactos de balón, etc.), sino que, por si fuera poco, el uso de dotación deportiva no estaba, ni está, contemplado en el planeamiento aplicable, que se refiere únicamente al "*esparcimiento, reposo, recreo y salubridad de la población. Se adecuarán básicamente para estancia de personas y recreo de niños, y su acondicionamiento atenderá prioritariamente a razones estéticas, siendo sus elementos fundamentalmente el arbolado y los cultivos de flores*". Es decir, no está previsto el uso deportivo en ningún caso, sin que quepa incluirlo en los términos de "*esparcimiento, reposo, recreo y salubridad*" debido a que quedan referidos a "estancia de personas y recreo de niños" y a "*arbolado y cultivo de flores*".

Por ello, entendíamos, y así se lo trasladamos a ese Ayuntamiento, que no resultaría difícil concluir que el uso deportivo de que se ha dotado a esta plaza es incompatible con el planeamiento vigente, por lo que considerábamos que procedía clausurar esta "cancha de deporte polivalente" de la Plaza … y destinar dicha plaza al "*esparcimiento, reposo, recreo y salubridad de la* población", adecuándola básicamente "*para estancia de personas y recreo de niños*", acondicionándola en atención "*prioritariamente a razones estéticas, siendo sus elementos fundamentalmente el arbolado y los cultivos de flores*".

Así expuesta la queja y hechas estas consideraciones por nuestra parte, fue solicitado el preceptivo informe al Ayuntamiento, que nos fue remitido mediante comunicación de Alcaldía de mayo de 2017. De este informe de Alcaldía cabe destacar, en esencia, las siguientes explicaciones:

1.- Que, en cuanto a los motivos por los que se ha ubicado esa zona de juego en la Plaza … "*queremos aclarar que la implantación de la referida zona no es contraria al Planeamiento Urbanístico, tal y como se manifiesta en su escrito de requerimiento de informe, ya que la citada plaza no es una* "*zona verde*" *como parece que ha podido ser interpretada por ese Organismo, que sí tiene unos usos más restringidos conforme a lo establecido en el artículo 11.54 del PGOU de La Rinconada referido al «esparcimiento, reposo, recreo y salubridad», sino que el espacio en cuestión está calificado como una Zona de Sistema de Espacios Libres dentro del Plan Parcial del Sector SUP-2.01.El Santísimo, aprobado definitivamente el 15 de octubre de 2002, y hoy planeamiento incorporado en el Plan General vigente como SUC/API-SUP-2.01 «El Santísimo»*".

2.- Que en este sentido, "*hay que indicar que el Plan General de Ordenación Urbanística vigente, en su artículo 12.13 «Criterios de Urbanización» de los Espacios Libres, para los jardines (Espacios libres de menos de 1 hectárea, como es el caso), establece una serie de mínimos, que no constituyen un* "*numerus clausus*", *de elementos a incorporar en su diseño, a fin de fortalecer el paisaje urbano, como sería al menos el arbolado, jardinería ornamental, pavimentación, mobiliario urbano de bancos, papeleras, juegos de niños, pero en ningún caso prohíbe la posibilidad de incorporar a mayores de esos mínimos otros elementos de actividades como pueden ser las áreas de juegos recreativos/deportivos o mobiliario para*

ejercicios y hábitos saludables. A mayor abundamiento, informamos que incluso en este artículo, en su apartado 3, letra e), se establece con carácter obligatorio la implantación de elementos de actividad como áreas deportivas en parques urbanos superiores a una hectárea. Por lo que, concluimos, que la ubicación de dichos elementos en los Espacios Libres no son incompatibles con el planeamiento".

3.- Que en este caso, hay que tener en cuenta además "*que las parcelas de Espacios Libres en cuestión, tienen una superficie aproximada de 6.000 m² y el Ayuntamiento lo que ha hecho, concretamente, es sustituir una zona de juegos infantiles que ya existía previamente en ese mismo espacio (donde había columpios, con gravillas y zonas en mal estado que eran necesario adecentar), por una zona de juegos que no excluyen los infantiles y que no son propiamente unas pistas deportivas homologadas como se podría interpretar a la vista del escrito de queja del Sr. ..., puesto que no cuentan con las dimensiones necesarias mínimas para que éstas sean consideradas como instalaciones deportivas (por tanto no requieren las exigencias de éstas, como podría ser la necesidad de un estudio acústico), concretamente es una zona de juego de 280 m², la cual ha sido ubicada en dicho lugar, primero porque como ya se ha dicho antes, preexistía una zona de juegos que era necesario adecentar y que con la finalidad de reforzar el paisaje urbano en dicho Espacio Libre por lo que se ha tomado la decisión de sustituirlo por otra zona con área de juego. En segundo lugar y fundamentalmente, atendiendo a razones de seguridad, a fin de alejarlo de las vías públicas que rodean dicho Espacio Libre y que cuentan con tráfico rodado, con el consiguiente peligro para los niños que utilizan dicha zona de juego*".

4.- Que ya el Ayuntamiento colocó unas redes de protección para evitar la caída de balones en los patios de los vecinos, y que también se han fijado unos horarios, limitando el uso de dichos espacios a fin de evitar molestias a los vecinos.

En definitiva, el Ayuntamiento considera que este uso de pistas deportivas es compatible con el Planeamiento en vigor.

Dado traslado de este informe al promotor de la queja en trámite de alegaciones, formuló las siguientes:

1.- Que la Plaza ..., tal y como indica el informe de la Arquitecta Municipal, debe tener como objeto el recreo y el esparcimiento de niños, pero que su acondicionamiento estético debe ser prioritaria y fundamentalmente el arbolado y el cultivo de flores.

2.- Que el motivo de su queja sigue siendo el mismo, esto es, el hecho de que con motivo de la remodelación de la plaza se haya ubicado una zona destinada a fútbol/baloncesto a tan solo 8 metros de su vivienda, siendo ésta la más afectada por ser la más próxima, donde el nivel de ruido que se alcanza durante el día y hasta altas horas de la madrugada, resulta excesivo y afectante a la convivencia diaria, sobre todo en horas de descanso.

3.- Que la medida adoptada por el Ayuntamiento ante las quejas presentadas, la colocación de una red y una placa limitando el uso de esta pista hasta las 23 horas, ha sido insuficiente, ya que "*no se respeta porque no hay nadie que lo haga cumplir*".

4.- Que la pista deportiva no precisa de luz directa, pues la recibe de unos focos potentes que tiene la misma Plaza y que la ilumina, lo que permite su uso hasta las 3 y 4 de la madrugada, sobre todo los fines de semana y todos los días en época estival.

5.- Que es consciente que esta pista es una interesante alternativa de ocio para los jóvenes del municipio, pero que también considera que su uso no debe ir en detrimento del derecho que tienen su familia y él a disfrutar de una vivienda sin ruidos, por lo que exigen el traslado de dicha pista.

CONSIDERACIONES

Esta Institución, pese al enorme esfuerzo argumental realizado por ese Ayuntamiento en su informe, no puede compartir las razones dadas para justificar la ubicación de unas pistas deportivas en una zona de

espacios libres para esparcimiento, reposo, recreo y salubridad que deberá adecuarse para la estancia de personas y recreo de niños, debiéndose acondicionar prioritariamente con arbolado y cultivos de flores. Máxime cuando estas pistas deportivas están causando un grave problema de contaminación acústica a los vecinos, entre éstos al que promueve la queja, que además tiene una hija en unas condiciones de salud que sufre especialmente las consecuencias del ruido por impactos de balones, caídas a su propio patio, gritos, voces, etc., de quienes practican deporte en esas pistas.

Las razones de nuestra postura en este asunto, que ya fijamos en la petición de informe a ese Ayuntamiento, son claras y en ellas nos mantenemos: principalmente el informe de la propia arquitecta municipal de La Rinconada, de enero de 2017, que obra en poder del interesado y en el seno de este expediente de queja, y cuyo tenor literal ya hemos reproducido pero que, no obstante, conviene volver a hacerlo. En este sentido, ya no solo es que el espacio en cuestión esté destinado al "*esparcimiento, reposo, recreo y salubridad de la población*"; sino que ninguna mención se hace al uso deportivo, al margen de que las pistas estén o no homologadas, pues es claro que esto último es una cuestión al margen del planeamiento y únicamente con perspectivas de ser sede de alguna competición oficial, pues no otra es la razón de ser pistas homologadas. No solo eso, es que, además, es claro el artículo 91º del Plan Parcial "El Santísimo" en su segundo inciso deja claro que el acondicionamiento de esta zona atenderá prioritariamente a razones estéticas, "*siendo sus elementos fundamentalmente el arbolado y los cultivos de flores*", lo cual de por sí ya excluye, por razones obvias, la posibilidad de una pista deportiva.

Lo prioritario en este espacio, por lo tanto, es el acondicionamiento con elementos de arbolado y cultivos de flores, precisamente para lograr un espacio destinado al esparcimiento, al reposo, al recreo y a la salubridad, de todas las personas cualquiera que sea su edad y su estado, que puedan disfrutarlo; y no solo dirigido a jóvenes que puedan practicar deporte en esas pistas; actividad esta que, a su vez, lo es de ocio y muy saludable, pero que se puede y se debe practicar en lugares y condiciones que no vulneren derechos de terceros. El sentido de este artículo 91º del Plan Parcial, norma de carácter reglamentario, es absolutamente claro y define su extensión y posibilidades con claridad. Sus términos son claros y precisos, y es que no puede olvidarse que el artículo 3.1 del Código Civil dice que las normas se interpretarán en el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto y la realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.

No nos cabe la menor duda que, si la intención en esa Plaza … hubiera sido la de acoger permanentemente unas pistas deportivas, se habría hecho mención expresa en el Plan Parcial o al menos por la vía de los usos compatibles; pero no se ha hecho, optándose expresamente por un modelo, digamos, de espacio libre "tranquilo", de Plaza “tranquila”, pues lo que rememoran las palabras "reposo", "arbolado", "cultivos de flores", es precisamente eso, un ambiente tranquilo, reposado, relajado, que invita a la tranquilidad. Ese es el sentido del artículo 91º del Plan Parcial y no otro, por mucho esfuerzo argumental, interpretativo y de conexión de normas que quiera hacerse para justificar lo que no es posible ubicar allí. Erróneamente a lo que se dice en el informe municipal, esta Institución en ningún momento ha asimilado este espacio con una zona verde; otra cosa es que, aunque se trate de una plaza, tenga, en cierto modo, vocación de zona verde al recoger el Plan Parcial que su "*acondicionamiento atenderá prioritariamente a razones estéticas, siendo sus elementos fundamentalmente el arbolado y los cultivos de flores*”.

Pero es que, incluso entrando en los propios argumentos del Ayuntamiento para justificar estas instalaciones, creemos que se fuerza sobremanera su interpretación, máxime en un tiempo como el actual en el que la evolución social y la concienciación de la ciudadanía, a la par que la jurisprudencia, son plenamente conscientes del respeto al descanso, a los derechos de intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio, que se pueden ver gravemente vulnerados por efecto del ruido, ya sea por acción, ya sea por omisión, de las Administraciones Públicas, en este caso del Ayuntamiento de La Rinconada. Baste recordar, en este contexto, el derecho de la ciudadanía a una vivienda que constituya su domicilio libre de ruidos, que se reconoce en el artículo 5 a) del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. Ello, sin olvidar que debió tenerse en cuenta en su momento antes de ubicar estas pistas deportivas en un entorno

plenamente residencial, pues la realidad es que da lugar a situaciones de ruido que sufren quienes residen a escasos metros, y no solo eso, sino que también sufren la contaminación acústica y las incidencias propias de la caída de balones a sus patios.

En cualquier caso, la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA), distingue con claridad los diferentes usos para dotaciones, en su artículo 17.1.2ª, cuando distingue en las reservas para dotaciones los "parques y jardines, centros docentes, sanitarios o asistenciales, equipamiento deportivo, comercial, cultural o social, alojamientos transitorios de promoción pública y aparcamientos, deberán localizarse de forma congruente con los criterios establecidos en el apartado E) del artículo 9 y establecerse con características y proporciones adecuadas a las necesidades colectivas del sector". Es decir, se consideran distintos los "parques y jardines", a lo que bien podría asimilarse la Plaza ... de La Rinconada, de los "equipamientos deportivos", con independencia de que se trate de equipamientos homologados o no, pues a efectos urbanísticos la homologación es algo indiferente, que únicamente tiene razón de ser a efectos de la federación del deporte al que obedezca el equipamiento y de las dimensiones, características o exigencias para poder albergar competiciones oficiales.

Incluso reconoce el Ayuntamiento que antes de la pista deportiva, en esa plaza lo que había era una zona de juegos infantiles (con columpios) que ha sido sustituida, sin más explicación que la propia decisión municipal, por esta pista deportiva, que tantos perjuicios en forma de contaminación acústica está generando en la familia del promotor de esta queja.

En definitiva y por todo lo expuesto, consideramos que las previsiones del planeamiento en vigor para la Plaza ... de La Rinconada, no amparan la ubicación en la misma de unas pistas deportivas, puesto que conforme al artículo 91º del Plan Parcial "El Santísimo", que ordenó esta zona, constituye un espacio destinado al esparcimiento, reposo, recreo y salubridad de la población, y que ha de adecuarse básicamente para estancia de personas y recreo de niños, y cuyo acondicionamiento atenderá prioritariamente a razones estéticas, siendo sus elementos fundamentalmente el arbolado y los cultivos de flores. Todo lo cual excluye, por razones obvias, una instalación deportiva, la cual no está mencionada en dicho artículo 91, ni tampoco es susceptible de ser incardinada de forma indirecta o por la vía de la interpretación.

A la vista de todo ello y de conformidad con lo establecido en el artículo 29, apartado 1, de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, se formula la siguiente

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO de la obligación de respetar, conforme al principio de legalidad previsto en los artículos 3.3 y 103.1 de la Constitución Española y 3 de la LRJSP, lo establecido en el artículo 91º del Plan Parcial del Sector SUP-2.01 "El Santísimo", de La Rinconada, en cuanto a la Plaza ... de dicha localidad, que incardina dicha plaza como espacio libre considerada como "*terrenos destinados al esparcimiento, reposo, recreo y salubridad de la población. Se adecuarán básicamente para estancia de personas y recreo de niños, y su acondicionamiento atenderá prioritariamente a razones estéticas, siendo sus elementos fundamentalmente el arbolado y los cultivos de flores*".

RECOMENDACIÓN para que, sin más demoras que las propias de los trámites legales oportunos previos y necesarios, se proceda por parte de ese Ayuntamiento a clausurar la pista deportiva que unilateralmente y contra el planeamiento ha ubicado en la Plaza ... de La Rinconada, así como para que se configure dicha Plaza, estrictamente, como dice el tantas veces citado artículo 91º del Plan Parcial "El Santísimo", esto es, destinándola de manera efectiva al esparcimiento, al reposo, al recreo y a la salubridad de la población, acondicionándola prioritariamente con arbolado y cultivos de flores, excluyendo en todo caso el uso deportivo que actualmente se le está dando.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

defensor del pueblo Andaluz

Investigamos los incidentes de seguridad ocurridos en la fiesta de fin de año celebrada en Espartinas

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/0004 dirigida a Ayuntamiento de Espartinas (Sevilla)

- 10 Julio 2017

RESUMEN DEL RESULTADO (CIERRE DE QUEJA DE OFICIO)

El Defensor del Pueblo Andaluz ha iniciado una actuación de oficio al conocer, tanto a través de noticias publicadas en diversos medios de comunicación como de mensajes que hemos recibido por distintas vías, entre ellas las redes sociales, las complicadas circunstancias en las que se vio envuelta la celebración y desarrollo de un "cotillón" de fin de año celebrado en una hacienda del término municipal de Espartinas (Sevilla).

El Defensor del Pueblo Andaluz da por concluida su actuación, aunque transmite sus valoraciones al Ayuntamiento de Espartinas.

10-01-2017 APERTURA DE LA QUEJA DE OFICIO

El Defensor del Pueblo Andaluz ha iniciado una actuación de oficio al conocer, tanto a través de noticias publicadas en diversos medios de comunicación como de mensajes que hemos recibido por distintas vías, entre ellas las redes sociales, las complicadas circunstancias en las que se vio envuelta la celebración y desarrollo de un "cotillón" de fin de año celebrado en una hacienda del término municipal de Espartinas (Sevilla).

Según esas noticias, la fiesta en cuestión fue organizada por una empresa radicada en la ciudad de Málaga y obtuvo la autorización del Ayuntamiento de Espartinas pese a que la Policía Local y la Guardia Civil hbrían emitido sendos informes contrarios a la autorización.

En este sentido, según lo publicado en los medios de comunicación, uno de los momentos más complicados se produjo al ceder la estructura de hierro, viniéndose abajo la misma, de la zona del guardarropa. El evento contaba con una participación de más de 3.000 personas y aunque sólo algunos jóvenes resultaron lesionados, con heridas superficiales, podría haber acabado en una verdadera tragedia pues se registró una avalancha, derivando en peleas y pérdida de prendas, con personas casi asfixiadas y, en algunos casos, los participantes han manifestado a estos medios de comunicación que vivieron momentos de auténtico miedo y el "*escaso personal de seguridad*" tuvo que intervenir para sacar a chicas que se estaban asfixiando porque las aplastaban.

En las últimas noticias publicadas, el Ayuntamiento defiende la autorización de la fiesta pese al informe

contrario de la Policía Local, en base a que dicho informe no era vinculante y que tampoco era negativo respecto de la actividad misma, puesto que únicamente contendría referencias a la falta de idoneidad de la vía de acceso al lugar y la carencia de medios para atender la regulación del tráfico, ya que es un carril sin asfaltar y cuyo colapso, según reza la noticia, llegó incluso a provocar retenciones en la A-49 Sevilla-Huelva. En una de estas últimas noticias se informa que aunque la solicitud de autorización de la fiesta se produjo el 30 de noviembre, la autorización no se firmó hasta el 27 de diciembre, solo 4 días antes de la celebración de la misma y una vez que se emitió informe favorable de la asesoría jurídica de Urbanismo en el que se habría analizado el cumplimiento de los requisitos técnicos y ambientales por parte de la empresa organizadora.

A la vista de ello y con independencia de que, en su caso, formalmente se diera el cumplimiento de los requisitos que legitimaran la autorización de este “cotillón” de fin de año, la realidad es que, según hemos leído en los medios de comunicación, habría al menos un informe de la Policía Local en contra de dicha autorización, al que habría que unir el informe supuestamente emitido por la Guardia Civil en el mismo sentido y que, en algunos medios, se ha citado. Todo ello en base a parámetros de seguridad y tráfico, circunstancias que deben ser tenidas muy en consideración a la hora de valorar, para conceder, o no, una autorización para un evento que bien podría ser calificado de "macrofiesta", pues como la realidad ha demostrado, el supuesto cumplimiento de los requisitos ha sido absolutamente insuficiente y, aunque afortunadamente no ha sucedido ninguna desgracia personal, el riesgo al que parece que han quedado expuestas miles de personas ha sido más que evidente.

Al margen de todo ello, hay que tener presente que el artículo 10.1 de la Ley 13/1999, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de Andalucía, señala que «Todos los establecimientos públicos que se destinen a la celebración de espectáculos públicos o actividades recreativas deberán reunir las condiciones técnicas de seguridad, de higiene, sanitarias, de accesibilidad y confortabilidad, de vibraciones y de nivel de ruidos que reglamentariamente se determinen en las normas específicas de cada actividad, en el Código Técnico de la Edificación, Protección contra Incendios o normativa básica que los sustituya y demás normativa aplicable en materia de espectáculos públicos, protección del medio ambiente y de accesibilidad de edificios».

Ello, además de otras exigencias propias del aforo de esta fiesta, especialmente las destinadas a garantizar asistencia médica y primeros auxilios en caso de accidente o enfermedad repentina; cuestiones éstas de especial trascendencia dado el aforo del evento y la asistencia al mismo de más de 3.000 personas.

Por todo ello, hemos iniciado esta actuación de oficio en la que nos hemos dirigido al Ayuntamiento de Espartinas para conocer los informes, técnicos y jurídicos, emitidos para la autorización del evento y, en especial, los de la Policía Local y, en su caso, Guardia Civil, así como el de las previsiones de seguridad y asistencia médica que hubiera consignado la empresa solicitante de la autorización en la documentación presentada; por último, también hemos solicitado copia del informe emitido por los distintos Servicios del Ayuntamiento en relación con los hechos acontecidos y, en especial, sobre aquellos aspectos que se consideren de interés en los mismos y las posibles causas.

10-07-2017 CIERRE DE LA QUEJA DE OFICIO

El Defensor del Pueblo Andaluz da por concluida su actuación, aunque transmite sus valoraciones al Ayuntamiento de Espartinas.

De la respuesta que recibimos del Ayuntamiento se desprendía, en síntesis, lo siguiente:

1.- Que no eran ciertas las informaciones que afirmaban la existencia de un informe negativo de la Guardia Civil, dado que dicho informe no existía y que el Cuerpo Armado fue informado previamente a la celebración del evento y contaba con toda la documentación del expediente.

2.- Que tampoco eran ciertas las informaciones que hablaban de un informe negativo de la Policía Local,

puesto que dicho informe era un informe “con salvedades”, aplicables a cualquier celebración en el lugar en que se realizó, que no era vinculante y cuyas indicaciones, no obstante, fueron tenidas en cuenta a la hora de dictar Resolución autorizatoria de la Alcaldía.

3.- Que se envió copia de la autorización a todas las Administraciones competentes, Delegación del Gobierno, Subdelegación del Gobierno y Guardia Civil.

4.- Que los incidentes acontecidos en la fiesta nada tuvieron que ver con las vías de acceso del tráfico rodado sobre las que alertaba la Policía Local en su informe de salvedades, ya que tuvieron lugar en el interior, donde la seguridad y orden es competencia exclusiva de la empresa organizadora.

5.- Que no eran ciertas las noticias que decían que los accesos a la fiesta llegaron a colapsar la A-49.

6.- Que se pudieron comprobar opiniones de personas asistentes a la fiesta que no coincidían con las noticias aparecidas en los medios de comunicación, dado que incluso se vendieron solo 2.000 entradas de un aforo total de 4.900 personas.

Analizado este informe y los documentos que nos remitieron, esta Institución entendió que “*los diferentes servicios del Ayuntamiento elaboraron un expediente completo que cumple con todas las exigencias de la ley, en materia de seguridad y garantías. La Resolución de autorización, debidamente notificada en tiempo y forma, recoge todas las advertencias y condicionantes bajo los cuales se concedía la autorización*”. Es decir, como ya apuntábamos en nuestra petición de informe, formalmente se da el cumplimiento de todos los requisitos que legitimaron la autorización de este “cotillón” de fin de año, por lo que entendimos que no eran precisas nuevas actuaciones en este expediente de queja, incoado de oficio.

Sin embargo, al margen de este cumplimiento formal que, como no podía ser menos y conforme a una potestad reglada, determinó que la fiesta fuera autorizada (constando así los informes técnico y jurídicos emitidos al efecto), no podíamos compartir del todo la apreciación municipal de que las salvedades e indicaciones de la Policía Local en su informe son “*salvedades e indicaciones por otra parte aplicables a cualquier celebración de …*”, indicando que el citado informe no es vinculante pero que no obstante se tuvieron en cuenta en las reuniones de coordinación previas a la autorización. Ello, por cuanto se trata de un lugar con un aforo de casi 5.000 personas.

En este sentido, el informe de Policía Local que consta en el expediente, de fecha 25 de diciembre de 2016 (y que, por cierto, no se menciona en los informes técnicos y jurídicos pese a ser éstos posteriores, y referirse al acceso a esta Hacienda), advierte que “*debido al aforo previsto, desde esta Jefatura se considera que la vía de acceso, de competencia exclusiva de este Ayuntamiento, no reúne las condiciones de seguridad y fluidez necesarias para la realización de un evento de dicha envergadura*” y que “*debido a la carencia de medios tanto humanos como técnicos de los que dispone esta Jefatura, en la fecha de celebración de dicho evento, el municipio sólo cuenta con la unidad mínima de trabajo (dos agentes)*”, resultando un número de agentes disponibles “*insuficiente para atender los requerimientos de un municipio con las características de Espartinas, debido a su número de habitantes y lo disperso que se encuentra su núcleo de población. Lo cual se verá agravado por el alto número de asistentes a la Fiesta Cotillón*”. Este informe finaliza indicando que “*en base a todo lo expuesto anteriormente, desde esta Jefatura, no se podrá garantizar la seguridad de los asistentes al evento ni la cobertura de sus requerimientos*”.

Este informe de Policía Llocal de Espartinas, que a juicio de la Alcaldía era de salvedades y en ningún caso vinculante, visto además los informes favorables a nivel técnico y jurídico, la realidad era que planteaba una deficiencia que, a nuestro juicio, podía ser grave dado que en el lugar de la celebración, en el que parece que se organizan eventos de este tipo con habitualidad y con más o menos previsión de asistencia, tiene un aforo máximo de 4.900 entradas, según informa la Alcaldía; ello, con independencia de que, como indica en su informe, estos accesos al lugar no hayan tenido nada que ver en las incidencias denunciadas por algunos afectados en los medios de comunicación y que en un principio ha motivado esta actuación de

oficio, puesto que tales incidencias fueron en el interior del establecimiento.

Por ello, insistimos, sin perjuicio de que el cumplimiento de las exigencias para autorizar este evento se haya producido y así lo acrediten los informes emitidos por los servicios municipales en los planos técnico y jurídico, entendemos que quizás debiera plantearse ya, antes de que esos accesos generen un problema ahora imprevisible o que no pueda imaginarse, que ese Ayuntamiento adopte alguna decisión sobre los mismos, para evitar que la Policía Local, cada vez que se le pida un informe sobre un evento ocasional en este lugar, informe eso que parece ser ya habitual y que determina que "*debido al aforo previsto, desde esta Jefatura se considera que la vía de acceso, de competencia exclusiva de este Ayuntamiento, no reúne las condiciones de seguridad y fluidez necesarias para la realización de un evento de dicha envergadura*".

Consideramos que se trata de una cuestión esencial en el plano de la seguridad de las personas asistentes a este tipo de eventos y que como tal puede ser vía de evacuación ante cualquier incidencia, riesgo o contingencia que pueda darse.

Investigamos si se están vertiendo depósitos de escombros en la playa de La Atunara, en La Línea de la Concepción

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/3638 dirigida a Ayuntamiento de La Línea de la Concepción, Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente, Demarcación de Costas de Andalucía Atlántico

- 25 Octubre 2017

RESUMEN DEL RESULTADO (CIERRE DE QUEJA DE OFICIO)

Tanto el Ayuntamiento de La Línea de la Concepción como la Demarcación de Costas de Andalucía Atlántico nos dan cuenta de las circunstancias que llevaron al vertido de escombros durante la regeneración de la playa de La Atunara, que ya han sido retirados, comunicándonos que la regeneración de la arena se ha ejecutado adecuadamente.

27-07-2017 APERTURA DE LA QUEJA DE OFICIO

El Defensor del Pueblo Andaluz ha iniciado una actuación de oficio al conocer, a través de los medios de comunicación, que una asociación ecologista ha denunciado que en la playa La Atunara, de La Línea de la Concepción, Cádiz, se viene produciendo, mediante maquinaría pesada, un movimiento de tierras en el litoral con el que se están llevando arena de playa, depositándolas en las cercanías de la Iglesia del Carmen, y, en su lugar, se está vertiendo todo tipo de residuos, citando la noticia restos de obras, hierros, plásticos y un sinfín de material de desecho.

En los medios de comunicación hemos observado que existe un vídeo en el que, efectivamente, se puede verificar que un camión deposita en la playa residuos de distinta naturaleza, como los citados anteriormente y otros materiales de desecho.

A la vista de tales hechos, nos hemos dirigido al Ayuntamiento de La Línea de la Concepción (Cádiz) y, en vía de colaboración, a la Demarcación de Costas de Andalucía Atlántico para conocer, en síntesis, si tienen conocimiento de tales hechos y si, con motivo de estos, se ha adoptado alguna medida para impedir que tales depósitos se realicen, salvo que se trate de una intervención que, por motivos que desconocemos, ha sido autorizada. En todo caso, se deberá vigilar que los residuos tengan las características acordes al fin de interés público que, en su caso, lo justifique.

25-10-2017 CIERRE DE LA QUEJA DE OFICIO

Tanto el Ayuntamiento de La Línea de la Concepción como la Demarcación de Costas de Andalucía Atlántico nos dan cuenta de las circunstancias que llevaron al vertido de escombros

durante la regeneración de la playa de La Atunara, que ya han sido retirados, comunicándonos que la regeneración de la arena se ha ejecutado adecuadamente.

Tras recibir la respuesta tanto del Ayuntamiento de La Línea de la Concepción (Cádiz) y de la Demarcación de Costas de Andalucía-Atlántico, conocimos que las obras de regeneración de la playa de La Atunara, en la zona de Tonelero, consistían en reposición de la arena con otra procedente de la misma playa, de una zona donde hay excedente por sedimentación. Esta reposición se realizó con medios de transportes convencionales por lo que se autorizó a la empresa adjudicataria a que construyera, de forma provisional, un paso o camino para que los camiones pudieran circular por la arena, que debía ser retirada después de realizar las obras.

Este fue el camino que se construyó con zahorra natural, y el material debía ser material inerte tratado en planta, pero la incidencia surge cuando el que se utiliza está contaminado siendo, según la Demarcación de Costas, "*más un escombro que un RCD (residuo de la construcción y demolición) apto para su reutilización*".

Tras esta incidencia no se aportó más material de estas características y, tras las obras de regeneración, se retiró el material que se utilizó para el camino, que fue devuelto al vertedero para su cribado.

A la vista de esta información, entendimos que se habían aclarado los hechos que motivaron esta actuación de oficio y, por tanto, dimos por concluidas nuestras actuaciones en la misma.

Actuamos de oficio para conocer la situación de la planta de reciclaje de neumáticos existente en Aznalcóllar

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/4626 dirigida a Ministerio del Interior, Servicio de Protección de la Naturaleza (SEPRONA) de la Guardia Civil (en vía de colaboración)

- 08 Septiembre 2017

El Defensor del Pueblo Andaluz ha iniciado una actuación de oficio al conocer, por las noticias publicadas en los medios de comunicación, que una asociación ecologista ha denunciado al SEPRONA (Servicio de Protección de la Naturaleza), de la Guardia Civil, y a la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, que una empresa encargada del reciclaje de neumáticos "*acumula en su planta de Aznalcóllar una importante cantidad de neumáticos fuera de uso que corren peligro de arder*". Siempre según estas noticias, la planta, con una capacidad, al parecer, de 20.000 toneladas de neumáticos al año, se abastece de agua de un pozo "*cuya capacidad puede ser insuficiente en caso de incendio, según la entidad conservacionista*". La asociación ecologista sostiene que esta empresa "*«está actualmente en muy mala situación, prácticamente en quiebra», en concurso de acreedores y con una deuda de más de 100 millones de euros, «debido a la crisis que sufre el sector del reciclaje de neumáticos». Además, recordó que esta empresa ingresa dinero en el momento de recibir los neumáticos porque cobra el reciclaje por adelantado, por lo que ha interpretado que, «en estas circunstancias, es posible que sea más rentable no gastar dinero en triturar y obtener liquidez cobrando el seguro de incendios»".*

A la vista de tales hechos nos hemos dirigido, en vía de colaboración y como actuación previa a una posible intervención ante la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, al SEPRONA para obtener información acerca de la situación en la que se encuentra esta planta de reciclaje de neumáticos, así como si tienen conocimiento de la existencia de otros plantas de reciclaje de neumáticos en la provincia de Sevilla que consideren que no cumplen con las exigencias de la normativa legal en su funcionamiento.

Investigamos el incendio que se produjo en la planta de reciclaje de Recicor

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/5613 dirigida a Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio

- 20 Noviembre 2017

El Defensor del Pueblo Andaluz ha iniciado una actuación de oficio al conocer, por las noticias publicadas en distintos medios de comunicación, el incendio producido en la Planta de Reciclaje de "Recicor" y cuya extinción ha tenido no pocas dificultades, tanto por las características de los materiales depositados, como por la dificultad que, al parecer, ha existido por parte de los servicios de extinción de incendios para activar los medios necesarios a fin de afrontar con prontitud y evitar la contaminación atmosférica que ha generado el mencionado incendio.

A la vista de tales hechos nos hemos dirigido a la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio para conocer si la empresa estaba autorizada a depositar los materiales plásticos que han ardido y cuál ha sido la causa del incendio provocado, así como si la empresa cuenta con los medios adecuados para evitar este tipo de situaciones y si la contaminación generada ha supuesto, o podría haber supuesto, un riesgo para la salud de las personas.

Actuamos de oficio al conocer una fiesta en una discoteca que superó el aforo permitido

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/5871 dirigida a Ayuntamiento de Sevilla

- 10 Noviembre 2017

El Defensor del Pueblo Andaluz ha iniciado una actuación de oficio al conocer, a través de los medios de comunicación, que en una fiesta celebrada en una discoteca, o sala de fiestas, por la celebración de la noche de "Halloween", se produjo tal situación que tuvo que intervenir la Policía Local dado que, siempre según estas noticias, se superó de forma holgada el aforo permitido, por lo que decenas de personas se encontraban en la puerta y no podían entrar en la fiesta.

La descripción, según una joven asistente a la fiesta, era la siguiente: cuando llegó a la discoteca, sobre las dos de la mañana, permaneció en la cola una hora y cuarto "*La gente empezó a desesperarse y a empujar de atrás hacia delante porque quería entrar. Nos fuimos apiñando y yo no veía la salida. El acceso donde esperábamos era una ratonera (...) cuando por fin pudimos entrar, nos colocamos en una esquina. La verdad es que yo no vi que hubiera exceso de público. Pero cuando fuimos a pedir una copa, nos fue imposible. Había un muro de dos metros de personas esperando su consumición. Desistimos porque además la barra se quedó sin vasos*".

Cuando llegaron los agentes de la Policía Local, el número de personas presentes en la discoteca y en su entrada era el siguiente: 150 personas esperando, 1.400 en el interior del local y, según "*el responsable de la fiesta*", contaban con "*una autorización verbal para 950*". Por su parte, según este medio de comunicación "*el Ayuntamiento sostiene que el evento carecía de licencia a pesar de que es un establecimiento donde se organizan regularmente fiestas, algunas de las cuales son promovidas por universitarios para recaudar fondos. La cita de este pasado miércoles se anunciaba como un evento de estudiantes de la Facultad de Psicología*". Mientras "*la promotora sostiene que los arrendadores sí disponen de permiso*".

A la vista de estos hechos, para esta Institución sorprendía que de vez en cuando nos encontremos que se repiten situaciones que suponen un gravísimo riesgo para las personas, en su mayoría jóvenes, que asisten a estas fiestas sin conocer de antemano tales riesgos, la pésima calidad de los servicios que en la práctica se le van a ofrecer y, en definitiva, el descontrol por parte de la organización del evento sobre las circunstancias en que se va a celebrar éste.

Llama, asimismo, la atención que con los antecedentes que existen sobre las gravísimas consecuencias que los locales que sobrepasaron el aforo han tenido en el pasado, se sigan repitiendo estas situaciones. En este caso, además se trataba de un local cerrado.

En este contexto nos es difícil creer que, tal y como dicen los promotores, se hubiera dado una autorización verbal por parte del Ayuntamiento para que el local pudiera contar con un aforo de 950

personas (aunque desconocemos el aforo autorizado se desprende de las declaraciones del responsable del evento que era inferior a este número).

Por otro lado, también sorprende que los promotores dijeran que el problema es que se habían vendido 400 entradas falsificadas como causa de la situación creada, pues tal afirmación podría estar justificada si una vez completo el aforo legal autorizado se hubieran quedado fuera 400 personas lo que, sin perjuicio del derecho a reclamación que, en su caso, tuvieran estas personas, al menos se había respetado el aforo.

Pero el problema, para esta Institución, es que, pese a contar con vigilantes de seguridad cuya función primordial entendemos es velar por la seguridad de los asistentes a la fiesta, sin perjuicio de sus tareas de vigilancia y control a la entrada de la discoteca, el aforo "*autorizado*" se había superado en 550 personas (es decir si efectivamente estaba autorizada la asistencia de 950 personas) sin que se hiciera nada para evitar el riesgo. Con que hubieran contabilizado los asistentes hasta completar el aforo legal hubiera sido suficiente para no crear esa situación de riesgo en el interior del local.

Por todo ello, nos hemos dirigido al Ayuntamiento de Sevilla para conocer, en síntesis, dentro de las competencias municipales, el aforo de la discoteca o sala de fiestas, número de personas que accedieron al local según los datos de la Policía Local, si la fiesta necesitaba autorización, si los promotores y responsables del local cuentan con antecedentes de haber celebrado fiestas de similares características en las que se haya superado el aforo y, en caso de que efectivamente se hubiera superado el aforo, medidas que se hayan adoptado para exigir las responsabilidades a las que haya lugar y medidas cautelares que se hayan adoptado para que hechos de esta naturaleza no se vuelvan a repetir.

Pedimos una reunión del Ayuntamiento de Sevilla con los vecinos del entorno de las Setas ante el problema de ruidos en la zona

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 11/4639 dirigida a Ayuntamiento de Sevilla

- 18 Octubre 2016

Ante las molestias que vienen sufriendo los vecinos del entorno de las Setas, por las actividades socio-culturales y lúdico-festivas que se organizan, el Defensor del Pueblo Andaluz ha sugerido al Ayuntamiento de Sevilla que mantenga una reunión con los representantes vecinales de la zona para tratar la problemática de la contaminación acústica generada y plantear posibles soluciones, recomendándole también que, en coordinación con todas las áreas municipales, se valore la situación a los efectos de saturación acústica y de acuerdo con la normativa autonómica y local de protección contra el ruido.

ANTECEDENTES

En esta Institución se viene tramitando la queja con número arriba indicado con motivo del ruido constante generado por el hilo musical del Metropol-Parasol y con motivo de las actividades socio-culturales y lúdico-festivas autorizadas por el Ayuntamiento en el entorno de las conocidas como Setas de la Encarnación.

Admitida a trámite en su momento la queja, constan emitidos dos informes por parte del Ayuntamiento de Sevilla, sin que de ninguno de ellos pudiera extraerse la solución a la problemática planteada, lo que nos obligó a pedir un tercer informe que, pese a haber sido requerido por escrito hasta en tres ocasiones, no fue enviado a esta Institución. En concreto, el asunto que quedó pendiente de resolver fue el de la conveniencia de llevar a cabo una medición acústica para determinar el nivel de ruido generado por el hilo musical del Metropol-Parasol al objeto de adoptar las medida que fueran exigibles en función de los resultados.

Pues bien, aunque seguimos sin recibir ese informe, la afectada y promotora de esta queja, vecina de la Plaza de la Encarnación, nos decía que *"A día de hoy, no sólo nadie del Ayuntamiento de Sevilla se ha puesto en contacto conmigo para preocuparse por mi situación ni por una medición sino que cada vez se desarrollan más actividades en Las Setas que causan grandes ruidos y molestias (en especial, los fines de semana, como conciertos durante todo el día con música a gran volumen sin interrupción alguna) a los vecinos sin que nadie ejerza ningún control sobre las mismas"*. Además, en un segundo escrito nos trasladaba la afectada lo siguiente:

"Le escribo, nuevamente, para rogarle una actuación ante la conculcación de los derechos de los vecinos de Las Setas de la Encarnación, quienes nos vemos todos los fines de semanas obligados a soportar

molestias y ruidos de eventos que la concesionaria …. acoge con la connivencia del Ayuntamiento.

Los viernes nos echamos a temblar (si me permite la expresión) ante la llegada de un fin de semana. El fin de semana pasado hubo un evento organizado por … con un escenario con música muy alta todo el día, al igual que este fin de semana, un evento organizado por la cadena …, sábado y domingo, con música altísima a todas horas (durante la hora de la siesta, de noche, viéndonos obligados a subir el volumen de la TV, leer con auriculares, etc.).

Adjunto le envío un vídeo de hoy, para que pueda hacerse una idea Ud. mismo de la situación en la que nos encontramos. Ruego, por favor, actúe sobre el asunto, exigiendo al Ayuntamiento de Sevilla que vele por el respeto de los derechos de sus ciudadanos".

A la vista de estas manifestaciones, y aunque no recibimos aquel tercer informe que en su momento interesamos de ese Ayuntamiento sobre el hilo musical del Metropol-Parasol, decidimos retomar este expediente bajo el prisma de la contaminación acústica que generaba la concentración de actividades autorizadas por el Ayuntamiento en Las Setas, así como el propio hilo musical, y que venían afectando sobremanera, según parecía, a los residentes del entorno, que sufrían los estragos del ruido de tantas y tantas actividades. Por ello, interesamos de ese Ayuntamiento la colaboración en este asunto en esos términos y, en concreto, pedimos que se nos remitiera informe de la Delegación Municipal correspondiente sobre la problemática expuesta afectante a la posible saturación de actividades socio-culturales y lúdico-festivas en el entorno de Las Setas, y su afectación, en términos de contaminación acústica, a las personas que residen en su entorno.

Sin embargo, pese a que este nuevo informe lo hemos solicitado mediante escritos de fechas 31 de julio, 21 de septiembre y 5 de noviembre de 2015, más una llamada telefónica al Gabinete de Alcaldía en fecha de 17 de febrero de 2016, no nos ha sido remitido hasta la fecha. Ello, unido a que en su momento tampoco se nos envió el tercer informe solicitado, determina el incumplimiento del deber legal de colaboración debido a esta Institución.

CONSIDERACIONES

El artículo 19.1 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz (LDPA), establece que todos los poderes públicos y organismos de la Comunidad Autónoma de Andalucía están obligados a auxiliar, con carácter preferente y urgente, al Defensor del Pueblo Andaluz en sus investigaciones e inspecciones. En este sentido, el hecho de que ya se haya emitido un primer informe en este expediente de queja, no es óbice para que esta Institución considere necesario y requiera un segundo o ulterior informe sobre el mismo asunto. Hay que recordar que esta obligación de auxilio y colaboración «con carácter preferente y urgente» que se debe a esta Institución, lo es durante toda la fase de investigación y comprobación de una queja o en un expediente iniciado de oficio.

En consecuencia, el Ayuntamiento de Sevilla, al no enviarnos el último informe que hemos solicitado en esta queja, a pesar de haberlo requerido hasta en tres ocasiones por escrito, más una última de manera telefónica con posterior remisión de correo electrónico a la Alcaldía, ha incumplido el deber de auxilio y colaboración al que está obligado en función del artículo 19 de la LDPA.

En cualquier caso, la ausencia de este informe no ha impedido a esta Institución analizar, dentro de lo posible, el fondo del asunto y dictar la presente Resolución, en la consideración de que ésta es la mejor forma de cumplir el cometido que nos encomiendan los artículos 41 y 128 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, aprobado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo.

En cuanto al fondo del asunto, ya hemos tenido ocasión de decir -por ejemplo, en la Resolución dirigida al Ayuntamiento de Córdoba en la **queja 12/6904**-, que "*la autorización de apertura de una discoteca y, singularmente, si ésta tiene una gran entidad por su aforo permitido, genera inevitablemente como efecto indirecto en el espacio exterior una importante afección acústica derivada del tránsito de personas y vehículos de motor, así como de las inevitables concentraciones de personas que se produce en su entorno*

”. Aunque aquel caso el problema era el generado por la afluencia de público a una discoteca de gran aforo y todo lo que ello conlleva, creemos que es perfectamente extrapolable al de la presente queja, en la que son varios los establecimientos y locales que se encuentran en el complejo Metropol-Parasol que provocan esa contaminación acústica por, según parece, la disposición de un hilo musical a elevado volumen, así como por la afluencia de público y el ruido ambiental provocado por la autorización de diversos eventos socio-culturales y lúdico-festivos, de naturaleza extraordinaria u ocasional, en los que se utilizan elementos de reproducción audiovisual, micrófonos, etc. Es decir, se genera una importante afección acústica exterior, tanto directamente (hilo musical del Metropol-Parasol, música y megafonía de los eventos autorizados en la vía pública) como indirectamente (afluencia de personas, tráfico, etc.).

Decíamos que es extrapolable en el sentido de que el Ayuntamiento, en el ejercicio de sus funciones urbanísticas y de planeamiento, tiene que saber que cuando adopta decisiones o permite que se ubiquen en un entorno residencial unas determinadas instalaciones que van a atraer no solo actividades hosteleras y de ocio sino mucha afluencia de público, se va a generar un grave problema de contaminación acústica de difícil solución, como es el caso que nos ocupa. Ahora bien, no por ello debe dejarse de intervenir para buscar una solución y garantizar la calidad ambiental y el ejercicio al derecho a un medio ambiente adecuado, protegiendo a la ciudadanía contra la contaminación acústica y sus efectos en la salud y en la calidad de vida.

Por ello, el Ayuntamiento de Sevilla debería valorar, en primer lugar, la conveniencia de considerar, en los términos previstos en el vigente Decreto 6/2012, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Protección contra la Contaminación Acústica de Andalucía, la saturación acústica del entorno del Metropol-Parasol como un problema al que darle solución, a fin de hacer compatibles tanto el ocio de quienes acuden a este lugar emblemático de Sevilla, como el descanso de quienes en él residen, que incluso aducen la conculcación de sus derechos fundamentales por la saturación acústica que sufren.

De hecho, consideramos que esta problemática debe ser tratada de forma estructural y haciendo uso, en todo caso, de los instrumentos jurídicos con los que la normativa vigente dota a los municipios, como por ejemplo la declaración de esta zona como zona acústica especial, conforme a la Ordenanza contra la contaminación acústica, ruidos y vibraciones de Sevilla, si hubiera lugar a ello, previos los trámites legales oportunos. De esta forma se permitiría abordar esta problemática con visión de conjunto y, llegado el caso, se podrían adoptar una serie de medidas anejas a tal declaración con las que minorar el nivel de ruido.

Ello, con independencia de que, en todo caso, se adopten también desde ya una serie de medidas de vigilancia, inspección, de policía, disciplinarias y, en su caso, sancionadoras, con las que controlar, disuadir y tratar de fomentar el cumplimiento de la legalidad vigente de las actividades autorizadas, del cumplimiento de horarios de cierre, del volumen del hilo musical, etc.

A la vista de todo ello y de conformidad con lo establecido en el artículo 29, apartado 1, de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, se formula la siguiente

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO de la obligación de colaboración establecida en el artículo 19.1 de la LDPA, según el cual todos los poderes públicos y organismos de la Comunidad Autónoma de Andalucía están obligados a auxiliar, con carácter preferente y urgente, al Defensor del Pueblo Andaluz en sus investigaciones e inspecciones.

RECOMENDACIÓN para que se emita el informe interesado en el presente expediente de queja a la mayor brevedad posible, incluyendo en su contenido las novedades que hayan acontecido respecto del espacio objeto de esta queja desde que lo solicitáramos por primera vez.

Por otra parte, para el supuesto de que, a la fecha en que se reciba esta Resolución persista el problema de contaminación acústica objeto de esta queja, se formula:

RECORDATORIO de la regulación contenida en el Decreto 6/2012, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Protección contra la Contaminación Acústica en Andalucía, y en la vigente Ordenanza de Sevilla contra la contaminación acústica, ruidos y vibraciones, en cuanto a la declaración de zonas acústicas especiales.

RECOMENDACIÓN para que, con la coordinación de todas las áreas y/o delegaciones municipales con competencias en materia de autorización de actividades, medio ambiente urbano y, especialmente, de policía local, disciplina de actividades y seguridad ciudadana, se valore la situación en la que se encuentra el entorno de las Setas de la Encarnación y el Metropol-Parasol, a los efectos de la saturación acústica que sufren los residentes y, especialmente, en cuanto al volumen del hilo musical y el número de actividades socio-culturales y lúdico-festivas autorizadas por ese Ayuntamiento.

SUGERENCIA para que, en todo caso, a tenor de la magnitud del problema que se desprende de los datos recabados con la tramitación de esta queja en cuanto al problema ambiental objeto de la misma, se mantenga en el Ayuntamiento de la localidad una reunión entre las autoridades municipales, la policía local y una representación de los vecinos y vecinas afectados, a fin de tratar la problemática de la contaminación acústica generada y plantear frente al mismo posibles soluciones, alternativas u otras formas de solventarlo o hacerlo disminuir.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Pedimos al ayuntamiento que actúe ante los ruidos de un bar y ante la posible caducidad de su licencia de actividad

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 15/3288 dirigida a Ayuntamiento de Sevilla

- 18 Octubre 2016

El Defensor del Pueblo Andaluz ha recomendado al Ayuntamiento de Sevilla que estudie y resuelva sobre la posible caducidad de la licencia de actividad con la que viene funcionado un bar con música en base a los argumentos y pruebas esgrimidos por los vecinos afectados por el elevado nivel de ruido que produce dicho establecimiento y, en el caso de que la licencia no haya caducado, realice las comprobaciones oportunas ante las denuncias de estos vecinos; en caso contrario, es decir que la licencia esté caducada, se ha recomendado que investigue estos hechos y, en su caso, exija la responsabilidad de quienes tuvieron la obligación de estudiar y resolver la petición de caducidad formulada por los denunciantes, ante la injustificada actitud pasiva que los responsables municipales han mantenido en este expediente.

ANTECEDENTES

El motivo de la queja era la situación de pasividad por parte del Ayuntamiento de Sevilla, más concretamente la Dirección General de Medio Ambiente, ante la posible caducidad de la licencia de actividad del bar con música denominado "...", que antes había funcionado con otras denominaciones, sito en la calle ... de Sevilla. En este sentido, manifestaba el interesado que los vecinos de esta calle llevaban desde noviembre de 2014 pidiendo que se declarase la caducidad de la citada licencia de actividad del referido bar con música. Constaban varias denuncias (22 de febrero, 9 y 11 de abril de 2015) formuladas ante la policía local por los vecinos afectados, especialmente los residentes en una vivienda de un conjunto residencial.

Al parecer, este local habría estado cerrado por tiempo superior a 4 años, existiendo incluso un certificado de la policía local que así lo acreditaría, de tal forma que en aquel momento la licencia estaría caducada y, por lo tanto, el nuevo establecimiento estaría operando sin autorización. Además de estas denuncias particulares antes referidas, la comunidad de vecinos del edificio también había presentado otras tantas denuncias solicitando que se declarase la caducidad de la licencia y el cese de la actividad.

En este sentido, entre la documentación obrante en este expediente de queja y que igualmente remitimos en su momento al Ayuntamiento constaban, entre otros, un acta notarial de manifestaciones de un vecino, diversas denuncias y escritos formulados y un certificado de la policía local donde se hacía constar que "*el local cesó su actividad hace al menos unos cuatro años*".

Sin embargo, pese a todas estas denuncias, al tiempo de presentarse esta queja no se había producido ningún pronunciamiento del Ayuntamiento, por lo que seguían sufriendo los ruidos que generaba esta

actividad de bar con música, que no sólo había sido denunciada por estar funcionando posiblemente con la licencia caducada, sino también por permitir el consumo fuera del establecimiento, por no presentar documento de titularidad y por incumplir horarios máximos de cierre.

Por otra parte, de la citada documentación se desprendía que la situación denunciada era de tal gravedad –por la afectación a la calidad de vida de los denunciantes- que los principales afectados, residentes en la vivienda en régimen de alquiler, habían tenido que abandonarla porque la vida en su interior "*ha resultado intolerable, sin que la respuesta del Ayuntamiento o del propio empresario haya resultado eficaz. Más bien no ha habido ninguna respuesta. Estando la actividad en la actualidad fuera de control, autocontrol o vigilancia del Ayuntamiento*", como se manifestaba en el acta notarial antes referida.

En esta misma acta notarial se hacía constar también que "*la vida en dicha vivienda era correcta hasta noviembre de 2014 en que los ruidos provenientes del local de abajo, bar que cree denominarse "...", han hecho su vida imposible... Sufriendo ambos miembros del matrimonio ansiedad, angustia, insomnio, estrés, dolores de cabeza, que han perturbado sus trabajos, su convivencia personal y su vida laboral, personal y habitual. En concreto su hijo lloraba desconsoladamente de madrugada transmitiendo sufrimiento. Que entiende que sus derechos fundamentales concernientes a la salud, intimidad e inviolabilidad de domicilio y a su vida personal y familiar han sido gravemente perturbados*". El citado menor al que se hacía referencia sólo contaba entonces con un año de edad y, por lo tanto, el grado de afectación que podía sufrir era máximo.

Admitida a trámite la queja e interesado el preceptivo informe nos fue remitido oficio de Alcaldía en el mes de octubre de 2015, acompañado de comunicación de la Tenencia de Alcaldía Delegada de Hábitat Urbano, Cultura y Turismo y, a su vez, de informe de la Dirección General de Medio Ambiente, Parques y Jardines, de septiembre de 2015. En este informe se decía, al final, lo siguiente:

"*El Jefe de Sección de Disciplina Ambiental traslada a la Sección de Licencias en fecha 24 de septiembre de 2015, documentos que constan en su expediente disciplinario y que considera oportuno que consten en mi sección. Se trata de denuncias de los vecinos, partes de la policía local sobre ruidos provenientes del local en c/ .., peticiones de revocación de licencia por estar sin funcionamiento la actividad más de cuatro años y una declaración indeterminada de un policía local (...) en el mismo sentido.*

Ante estos documentos y la queja del Defensor del Pueblo, la Sección de Licencias ha establecido una actuación de trabajo consistente en:

- Primero: revisar todos los cambios de titularidad presentados hasta el momento. Esta línea de actuación se establece por el motivo fundamental de que se ha observado una posible confusión con un local anexo situado en la calle ...

- Segundo: una vez concluida la labor anterior, y siempre que de la misma resulte la validez de toda la actuación administrativa, se procederá a recabar la información necesaria para determinar la caducidad de la licencia de actividad de bar sin música y sin cocina de la calle .., siempre con la debida audiencia a las partes interesadas como trámite constitucionalmente garantizado y sin perder de vista que la carga de la prueba recae en la parte que la alega".

Este informe del Director General de Medio Ambiente era de 29 de septiembre de 2015; sin embargo, cinco meses después, parece que la situación seguía siendo la misma, es decir, que el local denunciado seguía abierto sin que se hubiera tomado decisión alguna al respecto sobre la posible caducidad de la licencia concedida en su momento pese a las evidencias que habría de ello. Esto era, en definitiva, lo que se desprendía de un nuevo escrito del promotor de la queja en el que nos decía que el local no sólo seguía abierto, sino que incluso tenía actuaciones musicales en directo con frecuencia. Además, añadía que ni los vecinos ni la comunidad de propietarios tenían alguna noticia del Ayuntamiento sobre este asunto y que únicamente habían podido comprobar que sólo se hacían inspecciones en horario de mañana, cuando el local estaba cerrado.

A la vista de ello, interesamos nuevamente la colaboración del Ayuntamiento, concretamente de la Dirección General de Medio Ambiente, para que nos informara qué se había decidido respecto de la denunciada caducidad de la licencia del local sito en c/ ... Del mismo modo, interesamos también informe sobre si tenía conocimiento de que se celebrasen actuaciones musicales en directo en el local y qué medidas se había tomado al respecto para evitarlas en caso de que no estuviesen autorizadas.

Este segundo informe lo hemos solicitado mediante escritos de 11 de febrero, 4 de abril y 12 de mayo de 2016, sin que hasta el momento hayamos tenido respuesta de ese Ayuntamiento.

CONSIDERACIONES

El artículo 19.1 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz (LDPA), establece que todos los poderes públicos y organismos de la Comunidad Autónoma de Andalucía están obligados a auxiliar, con carácter preferente y urgente, al Defensor del Pueblo Andaluz en sus investigaciones e inspecciones. En este sentido, el hecho de que ya se haya emitido un primer informe en este expediente de queja, no es óbice para que esta Institución considere necesario y requiera un segundo o ulterior informe sobre el mismo asunto. Hay que recordar que esta obligación de auxilio y colaboración «con carácter preferente y urgente» que se debe a esta Institución, lo es durante toda la fase de investigación y comprobación de una queja o en un expediente iniciado de oficio.

En consecuencia, el Ayuntamiento de Sevilla, al no enviarnos el segundo informe que hemos solicitado en esta queja, a pesar de haberlo requerido hasta en tres ocasiones por escrito, más una última de manera telefónica con posterior remisión de correo electrónico a la Alcaldía, ha incumplido el deber de auxilio y colaboración al que está obligado en función del artículo 19 de la LDPA.

En cualquier caso, la ausencia de ese segundo informe no ha impedido a esta Institución analizar, dentro de lo posible, el fondo del asunto y dictar la presente Resolución, en la consideración de que ésta es la mejor forma de cumplir el cometido que nos encomiendan los artículos 41 y 128 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, aprobado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo.

En cuanto al fondo del asunto, el problema planteado en este expediente de queja exige, ante todo, que por parte del Ayuntamiento de Sevilla se estudie, si aún no se ha hecho, y se dé respuesta expresa a la cuestión planteada reiteradamente por los afectados, tanto a título individual, como colectivo a través de la comunidad de propietarios, de si la licencia concedida en su momento al local objeto de esta queja, está vigente o por el contrario ha quedado extinguida por el transcurso del plazo previsto en la Ordenanza actividad, en virtud de lo establecido en el artículo 23.1.f) de la Ordenanza reguladora de obras y actividades del Ayuntamiento de Sevilla, según el cual procederá declarar la caducidad de las licencias «Cuando la actividad cese o cierre por período superior a un año, por cualquier causa, salvo que la misma sea imputable a la Administración». Recuérdese que consta un certificado de la policía local donde se hacía constar que "*el local cesó su actividad hace al menos unos cuatro años*".

En cualquier caso, habría que atenerse a lo establecido en el apartado 4 del artículo 23 de la Ordenanza citada, y a las consecuencias que de ello se desprendieran: «La caducidad se producirá por el mero transcurso de los plazos señalados, incrementados, en su caso, con las posibles prórrogas que pudieran haber sido concedidas. Surtirá efectos una vez dictada resolución expresa por parte del órgano competente, previa audiencia al interesado, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Las actuaciones que se realicen una vez declarada la caducidad de la licencia, se considerarán como no autorizadas, dando lugar a las responsabilidades correspondientes».

No obstante, si se llegara a la conclusión, motivada en todo caso, de que la licencia está vigente y que es válida pese al tiempo transcurrido sin actividad, el Ayuntamiento debe, en todo caso, atender a las denuncias que la comunidad de propietarios ha formulado por el ruido generado por la actividad del local objeto de esta queja. En este sentido, los diversos escritos que se han presentado por este asunto deben

ser considerados por el Ayuntamiento de Sevilla como denuncias por incumplimiento de los niveles de calidad acústica en los términos del artículo 55 del Decreto 6/2012, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Protección contra la Contaminación Acústica de Andalucía (en adelante, RPCAA), cuyo apartado 1 señala que «1. Las denuncias que se formulen por incumplimiento de las normas de calidad y prevención acústica darán lugar a la apertura de las diligencias correspondientes, con la realización de la inspección medioambiental, con el fin de comprobar la veracidad de los hechos denunciados y, si es necesario, a la incoación de procedimiento sancionador a la persona responsable, notificándose a las personas denunciantes la iniciación o no del mismo, así como la resolución que recaiga, en su caso».

Como es conocido, la inspección medioambiental consiste, fundamentalmente, en la realización de mediciones, partiendo de la premisa de que las Administraciones Públicas cuentan con los medios humanos y materiales necesarios para que se efectúen estas inspecciones ante las denuncias que en materia de contaminación acústica les sean presentadas (art. 46 RPCAA), existiendo la posibilidad de solicitar la actuación subsidiaria de la Consejería competente en materia de medio ambiente (art. 52 del RPCAA).

Pero, parece que tampoco el Ayuntamiento, al tiempo de pedir el segundo informe no remitido a esta Institución, ha atendido estas denuncias por ruidos o, al menos no hay constancia de que haya llevado a cabo medición acústica alguna para controlar el cumplimiento de las normas de calidad y prevención acústica conforme al RPCAA.

Estando ante la falta de respuesta a una cuestión trascendental en el problema de fondo, que no es otro que la posible caducidad de la licencia, y estando también ante un posible incumplimiento de la obligación de realizar inspecciones medioambientales y mediciones acústicas, hay que recordar diversos principios que, a fuerza de ser reiterativos, son frecuentemente olvidados por las Administraciones Públicas a tenor de las actuaciones que de forma repetida llevamos a cabo por asuntos de esta naturaleza. Baste mencionar como incumplida en el asunto de este expediente de queja, sin ir más lejos, la obligación de resolver del artículo 42 de la Ley 30/1992, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), que señala en su apartado 1 que la Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación, y en su apartado 7 recuerda que el personal al servicio de las Administraciones públicas que tenga a su cargo el despacho de los asuntos, así como los titulares de los órganos administrativos competentes para instruir y resolver son directamente responsables, en el ámbito de sus competencias, del cumplimiento de la obligación legal de dictar resolución expresa en plazo, añadiéndose que el incumplimiento de dicha obligación dará lugar a la exigencia de responsabilidad disciplinaria, sin perjuicio a la que hubiere lugar de acuerdo con la normativa vigente. Esto, por cuanto a la obligación de resolver la petición de la comunidad de propietarios sobre la caducidad de la licencia.

Pero, además de la obligación de resolver las peticiones de los ciudadanos, también se ha incumplido el principio de la buena administración regulado como derecho en el artículo 41 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales y también en el artículo 31 del Estatuto de Autonomía para Andalucía (EAA, Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo). Este último precepto garantiza el derecho a una buena administración, en los términos que establezca la ley, que comprende el derecho de todos ante las Administraciones Públicas, cuya actuación será proporcionada a sus fines, a participar plenamente en las decisiones que les afecten, obteniendo de ellas una información veraz, y a que sus asuntos se traten de manera objetiva e imparcial y sean resueltos en un plazo razonable, así como a acceder a los archivos y registros de las instituciones, corporaciones, órganos y organismos públicos de Andalucía, cualquiera que sea su soporte, con las excepciones que la ley establezca.

Principio (y derecho) de buena administración que no es sino el reflejo de otros ya recogidos en la propia Constitución Española (art. 103.1), en la LRJPAC (art. 3) o en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, LRBRL (arts. 2 y 6), como los principios de eficacia, eficiencia, proximidad, sometimiento a la ley y transparencia, pues no en vano con la falta de respuesta a la cuestión de la posible caducidad de la licencia de sala de fiestas se está dando una situación de aparente falta de transparencia,

pues como en alguna ocasión se ha dicho, la transparencia no es sino el derecho de los ciudadanos de conocer y entender la actividad administrativa, derecho del que se está privando a la Comunidad de Propietarios con el silencio que impera, pues ni siquiera se ha respondido a este respecto a las preguntas que esta Institución ha formulado.

En consecuencia con todo lo anterior, se hace preciso que el Ayuntamiento, sin más demoras injustificadas, estudie y responda motivadamente a la cuestión afectante a la posible caducidad de la licencia que nos ocupa, y que actúe en consecuencia; así como también se hace preciso, si se llegara a la conclusión de que la licencia no ha caducado, que lleve a cabo una medición acústica cuando el local esté en funcionamiento, a fin de comprobar el cumplimiento de los estándares acústicos y, en función de sus resultados, exigir medidas correctoras o de aislamiento y, en caso de incumplimiento, incoar procedimiento sancionador con las medidas provisionales y accesorias que resultaran procedentes.

A la vista de todo ello y de conformidad con lo establecido en el artículo 29, apartado 1, de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, se formula la siguiente

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO de la obligación de colaboración establecida en el artículo 19.1 de la LDPA, según el cual todos los poderes públicos y organismos de la Comunidad Autónoma de Andalucía están obligados a auxiliar, con carácter preferente y urgente, al Defensor del Pueblo Andaluz en sus investigaciones e inspecciones.

RECOMENDACIÓN para que se emita el segundo informe interesado en el presente expediente de queja a la mayor brevedad posible, incluyendo en su contenido las novedades que hayan acontecido respecto del local objeto de esta queja desde que lo solicitáramos por primera vez.

Por otra parte, para el supuesto de que, a la fecha en que se reciba esta Resolución persista el problema de contaminación acústica objeto de esta queja, se formula:

RECORDATORIO 1 de la obligación de resolver del artículo 42 de la LRJPAC, así como de la obligación de actuar de acuerdo con los principios de eficacia, eficiencia, proximidad, sometimiento a la ley y transparencia previstos en la Constitución Española (art. 103.1), en la LRJPAC (art. 3) y en la LRBRL (arts. 2 y 6), garantizando el derecho a una buena administración en los términos del artículo 31 del EAA y del artículo 41 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales.

RECOMENDACIÓN 1 para que, a la mayor brevedad posible se proceda a estudiar la posible caducidad de la licencia concedida en 1998 para sala de fiestas objeto del presente expediente de queja, en los términos de la Ordenanza reguladora de obras y actividades del Ayuntamiento de Sevilla y teniendo en cuenta los argumentos y pruebas esgrimidos por los afectados.

RECORDATORIO 2 para el eventual supuesto de que se llegara, tras el estudio recomendado, a la conclusión de que la licencia concedida en su momento no ha caducado, de lo establecido en el artículo 55.1 del RPCAA, en cuya virtud las denuncias que se formulen por incumplimiento de las normas de calidad y prevención acústica han de dar lugar a la apertura de las diligencias correspondientes, con la realización de la inspección medioambiental, con el fin de comprobar la veracidad de los hechos denunciados y, si es necesario, a la incoación de procedimiento sancionador a la persona responsable, notificándose a las personas denunciantes la iniciación o no del mismo, así como la resolución que recaiga, en su caso.

RECOMENDACIÓN 2 para que, en ese mismo supuesto (es decir, si tras el estudio recomendado se llegara a la conclusión de que la licencia concedida en su momento no ha caducado y sigue siendo válida), a la mayor brevedad posible, se proceda a realizar una inspección medioambiental con la correspondiente medición acústica del local cuando éste se encuentre generando el ruido propio de su actividad y, en función del resultado y conclusiones obtenidas, se proceda, de resultar necesario, a exigir la ejecución de

medidas de insonorización y/o aislamiento del local y, en caso de incumplimiento, a incoar expediente administrativo sancionador, con las medidas provisionales y accesorias a que hubiera lugar.

RECOMENDACIÓN 3 habida cuenta las circunstancias puestas de manifiesto en este expediente de queja, para que, en el supuesto de que licencia otorgada a este local hubiera efectivamente caducado por las razones esgrimidas, se abra una investigación a fin de esclarecer, y en su caso exigir, las posibles responsabilidades que hayan de asumir quienes tuvieron la obligación de estudiar y resolver la petición de caducidad planteada desde que dicho asunto fue puesto por primera vez en conocimiento del Ayuntamiento mediante escrito, pues de haber caducado la licencia, en principio es injustificable de todo punto la actitud pasiva que los responsables han mantenido ante los diversos escritos de los interesados y de esta Institución que han sido enviados interesándose por este asunto.

SUGERENCIA para que, dada la naturaleza de las cuestiones tratadas en este expediente, dé traslado de este escrito tanto a la Dirección General de Medio Ambiente como a la Gerencia de Urbanismo a fin de que coordinen sus actuaciones en este concreto caso y se dé cumplimiento a las resoluciones dictadas por esta Institución.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

DEFENSOR DEL MENOR DE ANDALUCÍA

Adoptan las medidas necesarias para evitar las visitas no autorizadas de la madre drogodependiente a su hijo, en acogimiento permanente

Queja número 17/0058

- 31 Marzo 2017

La Administración informa se han ejercido todas las competencias que le corresponden en orden a evitar los contactos entre el menor y su madre y la pareja de esta, en interés superior de aquel.

La persona interesada expone que su familia tiene en acogimiento familiar permanente a un menor y solicita la intervención de esta Institución a fin de que se proteja al menor de los contactos y visitas no autorizadas que realiza su madre biológica, las cuales representan para el menor un grave riesgo por llevar su madre una pautas de vida inapropiadas, en ambientes relacionados con el consumo de drogas y prostitución.

DEFENSOR DEL MENOR DE ANDALUCÍA

Promovemos que en los acogimientos de urgencia se facilite el contacto del menor con los hermanos

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 17/1536 dirigida a Consejería de Igualdad y Políticas Sociales, Delegación Territorial de Jaén

- 26 Junio 2017

ANTECEDENTES

Esta Institución tramita el presente expediente de queja a instancias de una familia que viene colaborando con la Junta de Andalucía en el programa de familias acogedoras de urgencia. En su escrito de queja se lamentan de que no haya sido atendida la petición que realizaron para que a la menor que tenían acogida -la niña actualmente tiene 4 años de edad- le sea facilitado un contacto fluido con sus hermanos, en congruencia con los principios que inspiran la legislación sobre protección de menores.

Tienen a la niña acogida desde finales de octubre de 2016. Un hermano, de 3 años, fue acogido en la misma fecha por otra familia, mientras que sus otros 3 hermanos -de 7, 9 y 11 años de edad, respectivamente- han permanecido internados durante todo este tiempo en un centro residencial.

Al darse esta situación de separación de la convivencia de 2 de los hermanos respecto de los otros 3, han venido solicitando que la niña pueda tener contacto con éstos, siendo autorizadas por el Ente Público solo 4 visitas desde que convive con su familia acogedora -cerca de 6 meses-, lo cual consideran insuficiente y contraproducente para ella. Refieren que no existe ninguna causa que pudiera motivar una limitación de la relación entre hermanos, y que por ello lo aconsejable hubiera sido que desde el principio se hubiera acordado un régimen de relaciones semanal o al menos quincenal, permitiendo además el contacto telefónico habitual, por tratarse del medio más flexible, rápido y económico para preservar su relación.

Una vez que valoramos los hechos expuestos en la queja, decidimos admitirla a trámite y solicitar la emisión de un informe a la Administración. En el informe que nos ha sido remitido se corroboran los hechos expuestos en su queja por la familia acogedora, añadiendo que actualmente se encuentra en trámite un procedimiento para constituir la guarda de los menores con fines de adopción, el cual ha sido incoado por la Comisión Provincial de Medidas de Protección.

En lo que a la cuestión planteada en la queja respecta se señala que las visitas que hasta el momento han sido autorizadas han tenido un carácter puntual, dado que todavía no se ha aprobado por la Comisión Provincial de Medidas de Protección el régimen de visitas adecuado para los menores objeto de tutela

pública. Por otro lado, la medida de protección acordada para la menor -acogimiento familiar de urgencia- tiene un carácter temporal, en tanto se adopta otra medida más estable para ella y sus hermanos.

Especifica el informe que en tales visitas se ha garantizado que su desarrollo se efectúe en un entorno controlado y supervisado por personal técnico, con objeto de preservar los vínculos personales y la intimidad de los menores, garantizando además que en dichas visitas no se emitan mensajes inadecuados así como que no se generen falsas expectativas.

CONSIDERACIONES

I. Sobre el principio de preservación de los vínculos familiares.

La cuestión que analizamos en la queja incide de pleno en un principio de actuación de los poderes públicos que se extrae del articulado de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De esta Ley será un principio rector de la actuación de los poderes públicos el mantenimiento del menor en su medio familiar de origen salvo que no se considerara conveniente para su interés. También precisa que con independencia de la modalidad de acogimiento en que se encuentre el menor, éste tendrá derecho a relacionarse con su familia de origen en el marco del régimen de visitas, relación y comunicación establecido por la Entidad Pública.

A mayor abundamiento, el Código Civil establece, que se buscará siempre el interés del menor y se priorizará, cuando no sea contrario a ese interés, su reintegración en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona para que permanezcan unidos. La situación del menor en relación con su familia de origen, tanto en lo que se refiere a su guarda como al régimen de visitas y otras formas de comunicación, será revisada, al menos cada seis meses.

Por su parte, el artículo 176.bis 2. del Código Civil dispone que salvo que convenga otra cosa al interés del menor, la Entidad Pública suspenderá el régimen de visitas y relaciones con la familia de origen cuando se inicie el período de convivencia preadoptiva, con la salvedad de aquellos supuestos en que el interés del menor así lo aconseje, en razón de su situación familiar, edad o cualquier otra circunstancia significativa que será valorada por la Entidad Pública. De ese modo podrá acordarse el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto a través de visitas o comunicaciones entre el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la adoptiva, favoreciéndose especialmente, cuando ello sea posible, la relación entre los hermanos biológicos.

Así pues, resulta clara la opción del legislador, consonante con el mandato constitucional de protección la familia, de preservar los vínculos familiares siempre que ello resultara posible y teniendo además presente el interés superior del menor, y en esta clave se ha de analizar la reclamación que realizan la familia acogedora respecto del menor que tienen acogido, en orden a que fuese garantizado este derecho al mismo.

II. Sobre la aplicación del principio de preservación de los vínculos familiares en supuestos de acogimientos familiares de urgencia.

La regulación actual del Código Civil prevé la posibilidad de constituir un acogimiento familiar de urgencia cuya duración no superará los seis meses, en tanto se decide la medida de protección familiar que corresponda.

En consecuencia, se trata de una medida de protección provisional, que se adopta en tanto el Ente Público continúa analizando las circunstancias del menor y su familia y acuerda una medida más estable en su protección acorde a su supremo interés. Al tratarse de una medida transitoria resultan de aplicación las previsiones contenidas en la Ley orgánica 1/1996, antes aludida, que prevé que toda medida de protección no permanente que se adopte respecto de menores de tres años haya de ser revisada cada tres meses, y respecto de mayores de esa edad cada seis.

En lo que respecta a la relación con la familia de origen del menor la Ley Orgánica 1/1996, prevé que a la resolución de formalización del acogimiento familiar se acompañe un documento anexo que incluya, entre otros extremos, el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con sus familiares, el cual posteriormente podrá ser modificado por la Entidad Pública en atención al interés superior del menor.

Y si trasladamos estas previsiones al caso que analizamos en la queja podemos comprobar como en la propia resolución por la que se cesa el acogimiento residencial y se acuerda confiar la custodia de la menor a una familia del programa de acogimientos familiares de urgencia, se indica que el régimen de relaciones familiares se regulará, si procediere, en documento independiente, en el cual se abordaría la cuestión que venimos analizando resolviendo de forma motivada y en interés del menor la periodicidad y forma de relación con sus hermanos, restringiendo este derecho sólo por causa motivada.

Según se desprende de la información aportada por el Ente Público, desde un principio se ha considerado que la opción previsible para preservar los derechos de los menores consiste en la constitución de una guarda con fines de adopción, todo ello en función de los antecedentes disponibles sobre la situación familiar que, a priori, parece descartar la viabilidad de una posible reversión de las medidas de protección establecidas en su favor. En tal sentido, los escasos contactos familiares autorizados entre los hermanos parece que apuntan en esa dirección, todo ello, además, en consideración a la previsión legal de que la futura adopción produce la ruptura de vínculos con su familia biológica, y que se dispone que salvo que convenga otra cosa al interés del menor, la Entidad Pública habrá de suspender el régimen de visitas y relaciones con la familia de origen cuando se inicie el período de convivencia preadoptiva.

Pero, en este punto, nuestra obligada perspectiva de Defensor del Menor nos obliga a poner cierto reparo a este criterio de actuación, volviendo a recordar el principio de actuación de los poderos públicos en materia de protección de menores que expusimos en nuestra primera consideración, en especial ante las modificaciones introducidas en el artículo Código Civil por la Ley 26/2015, de 28 de julio.

Y es que en el caso que analizamos todavía ni siquiera se ha llegado al momento de constituir una guarda con fines de adopción -aunque en apariencia ésta fuera previsible- por lo cual no debiera anticiparse una decisión tan trascendente como la que supone restringir o limitar en exceso los contactos familiares entre hermanos.

Dicha limitación ha de estar suficientemente motivada, y creemos que debe realizarse de forma expresa en el momento en que se decide constituir el acogimiento familiar del menor tal como previene la normativa. De otro modo se estaría actuando con una inercia restrictiva o limitadora de la relación entre el menor y su familia biológica (en este caso sus hermanos) cuando precisamente, salvo que se hubiera dispuesto expresamente lo contrario en interés del menor, la actuación del Ente Público debía haber estado encaminada a lo contrario, esto es, a preservar los vínculos familiares.

Se ha de tener presente la trascendencia de la modificación introducida por la reciente Legislación de protección a la infancia y la adolescencia, en el sentido de que ahora se considera admisible, siempre que hubiera una valoración favorable para el interés del menor, el mantenimiento de relaciones del menor adoptado con su familia biológica, lo cual ha de conllevar un necesario cambio en la práctica administrativa y criterios que se venían aplicando hasta el momento, debiendo tener presente esta nueva posibilidad que se vería cercenada si se adopta el criterio, no suficientemente motivado en la correspondiente resolución, de limitar o no favorecer la relación del menor tutelado con su familia biológica, todo ello en tanto se continúa con la tramitación de su expediente de protección y se acuerdan las medidas más convenientes en atención a su supremo interés.

Así pues, al amparo de lo establecido en el artículo 29.1 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, formulamos la siguiente

RESOLUCIÓN

Que al momento de constituir un acogimiento familiar de urgencia, o en el plazo más breve posible tras la

formalización de este acogimiento, se establezca un régimen de relaciones con la familia biológica, limitando esta relación sólo en aquellos supuestos que estén suficientemente motivados y en interés del menor, todo ello aún en la previsión de que se pueda constituir una guarda con fines de adopción.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

DEFENSOR DEL MENOR DE ANDALUCÍA

Sugerimos que la regulación sobre las adopciones de menores contemple la periodicidad, el contenido y el modo de realizar su seguimiento

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 16/1037 dirigida a Consejería de Igualdad y Políticas Sociales, Dirección General de Infancia y Familias

- 12 Junio 2017

ANTECEDENTES

Esta Institución viene tramitando el presente expediente de queja, a instancias de una familia disconforme con el modo en que han de realizar los informes de seguimiento de la adopción de su hijo, la cual se tramitó en China con la participación de la entidad colaboradora ACI. En su escrito de queja exponen que para que la entidad colaboradora de adopción internacional (ECAI) realice los informes de seguimiento su familia tiene que desplazarse desde una provincia a otra, lo que les supone muchos gastos e inconvenientes, circunstancia que no ocurriría si dichos seguimientos les fueran realizados en su localidad de residencia, tal como han venido solicitando de forma expresa y tal como estaba previsto en el protocolo de adopciones establecido por China.

Una vez admitida la queja a trámite, solicitamos de la Dirección General la emisión de un informe al respecto, respondiéndonos que la Administración Autonómica carece de competencias para modificar las condiciones pactadas en el contrato privado, suscrito entre la familia y la ECAI. Conforme a dicho contrato la familia se comprometió a efectuar los seguimientos postadoptivos de su hijo a través de la ECAI e igualmente asumieron la obligación de abonar las tarifas establecidas para ello.

A dicho compromiso se unía el que asumió la familia ante la Delegación Territorial de la Consejería para la Igualdad, Salud y Políticas Sociales en Málaga, para remitir los informes de seguimiento establecidos por China, país de procedencia del niño.

Se indica en el informe remitido por el Ente Público que el Servicio de Adopción Internacional mantiene el criterio de que los 4 primeros seguimientos (habitualmente correspondientes a los 2 años iniciales de convivencia) se realicen en la sede de la ECAI de manera presencial. A partir del quinto seguimiento, la ECAI podría arbitrar otras fórmulas (cuestionarios, entrevistas telefónicas, videoconferencias, etc.) que facilitasen a las familias su cumplimiento.

A lo expuesto se añade que en caso de proponerlo las familias, y siempre y cuando se abonasen a la ECAI los gastos de desplazamiento, dietas y horas de trabajo de los profesionales encargados de realizar el seguimiento postadoptivo, se podría acordar con la entidad colaboradora que fuese su personal el que se desplazase hasta el domicilio de residencia del menor y no al revés. Esta opción es valorada por el Ente Público como técnicamente adecuada y fiable para la obtención de información durante la exploración del menor, ello sin dejar de lado el inconveniente que supondría el posible incremento del coste de los seguimientos.

De esta información dimos traslado a la familia interesada con la finalidad de que nos aportasen las alegaciones que estimasen convenientes, respondiéndonos que el hijo respecto del que tienen obligación de aportar informes del seguimiento y evolución de su adopción es el tercero que adoptan, y que por tanto son conocedores del proceso y siempre han cumplido con sus obligaciones. No obstante, insiste la familia en que por ser muchas las molestias que les ocasionaban los viajes, pidieron no tener que desplazarse y que les fueran realizados los informes de seguimiento en su misma localidad de residencia.

Recalcan en su escrito de alegaciones que desconocían y que, además, nunca se lo habían propuesto, la posibilidad de que los profesionales de la ECAI pudieran desplazarse a su provincia (asumiendo ellos los gastos). Nos decían que en ningún momento se les advirtió de esta posibilidad y tampoco se les informó de las tarifas de estos desplazamientos, como hubiera sido menester, tal como ocurre con otros gastos sobre los que sí recibieron información previa, y así estaban contemplados en las tarifas publicadas.

También se quejaban de que nadie les hubiera informado previamente que a partir del cuarto seguimiento -quinto y siguientes- éstos se podrían realizar por otros medios, no necesariamente con desplazamientos a la ECAI, lo cual les hubiera ahorrado muchos gastos y sobre todo molestias para su hijo.

Refieren que la controversia sobre la viabilidad de los desplazamientos de la ECAI a su domicilio para recabar datos con que realizar sus informes de seguimiento postadoptivo quedó finalmente resuelta en sede judicial, al haberse visto abocados a presentar una demanda en tal sentido, que fue finalmente resuelta en sentido favorable a su pretensión por el Juzgado.

Por último, nos exponen su desacuerdo con los gastos que les reclama la entidad colaboradora, indicando que al no estar prefijadas por el Ente Público las tarifas relativas a gastos de desplazamiento, el importe que aplica la ECAI es arbitrario y desproporcionado, y que ante su petición de que les fuesen aportadas facturas que justifiquen tales gastos siempre han encontrado obstáculos y reticencias, todo ello sin que en todo este proceso hayan sentido el apoyo de la Junta de Andalucía que debía velar por la transparencia y objetividad de tales liquidaciones de gastos.

CONSIDERACIONES

I. En cuanto a la obligatoriedad de los informes de seguimiento postadoptivo.

Para el análisis de la cuestión que se plantea en la queja se ha de partir de lo establecido en el artículo 11 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional que establece para las personas que hubieran adoptado a un menor la obligación de facilitar, en el tiempo previsto, la información, documentación y entrevistas que la Entidad Pública, organismo acreditado o entidad autorizada precisen para la elaboración de los informes de seguimiento postadoptivo exigidos por la Entidad Pública o por la autoridad competente del país de origen.

Especifica dicho artículo de la Ley de Adopción Internacional que la no colaboración de los adoptantes en esta fase podrá dar lugar a sanciones administrativas previstas en la legislación autonómica y podrá ser considerada causa de no idoneidad en un proceso posterior de adopción.

Es así que la labor de vigilancia y seguimiento de la evolución de una adopción tiene unas características diferentes a la actividad de control que de forma genérica realiza la Administración Pública para la detección de situaciones de riesgo de menores de edad. En este caso se parte de la especial coyuntura en

que se encuentra una familia en el proceso de integración en su seno de un nuevo miembro, menor de edad, lo cual conlleva necesarios reajustes en la dinámica de relaciones intrafamiliares, con la asunción de nuevos roles y obligaciones, y en cuyo éxito ha de estar especialmente comprometido el Ente Público que ha de velar por el bienestar, integridad de los derechos e interés superior del menor.

Es ésta la justificación última de esta labor de seguimiento y es por ello que normativamente, tanto a nivel internacional, nacional como de comunidad autónoma, la normativa establece el carácter obligatorio de estos controles y prevé la necesidad de elaboración de informes de seguimiento con los que las autoridades competentes pueden evaluar el estado del menor y la integración con su familia adoptiva, pudiendo poner remedio a cualquier inconveniente o dificultad que pudiera detectarse.

II. En cuanto al modo en que ha de realizarse dicho seguimiento.

Partiendo de la obligación que incumbe a la familia de someterse al seguimiento de la evolución de la adopción, la controversia surge en torno a una cuestión tan apegada a la vida cotidiana como lo es si dichos controles han de implicar el desplazamiento de la familia a la oficina administrativa de la entidad colaboradora, donde se someterán a una entrevista en la que los profesionales recabarán información directa de los padres y del menor; o bien si sería al contrario, esto es, si serían los profesionales de la entidad colaboradora quienes se desplazarían al domicilio de residencia de la familia, para obtener allí la información que después han de plasmar en su informe.

A priori, y sin atender a ningún otro condicionante, esta última opción se nos antoja como la más deseable pues permite conocer in situ el entorno en que se desenvuelve la familia, descargando de formalismo a la entrevista a realizar al menor, permitiendo que dicha entrevista se desarrolle en un contexto más relajado, y evitando también romper la rutina familiar con la programación del viaje de ida y vuelta a la oficina administrativa de la entidad colaboradora.

Pero si esto sería lo deseable, nos encontramos con el condicionante de los gastos que conllevaría el desplazamiento de profesionales al domicilio. Si éstos son asumidos por la familia y no suponen un especial quebranto para su economía no entenderíamos que se pusiera inconveniente a tales desplazamientos; cuestión distinta sería el que se impusiera, de forma generalizada, la obligación de realizar los seguimientos postadoptivos en el domicilio de la familia y a su costa, especialmente si la entidad acreditada para la intermediación en la adopción tiene sede en otra provincia, e incluso en provincia de distinta comunidad autónoma.

La legislación actual, en concreto la Ley de Adopción Internacional -a la que antes aludimos- regula en su artículo 6.3 las actuaciones que corresponde realizar a los organismos acreditados para intermediar en la adopción internacional, incluyendo entre éstas las relativas al seguimiento postadoptivo. Para dicha finalidad habrán de intervenir tanto en la tramitación como en la realización efectiva de las gestiones encaminadas a verificar el cumplimiento de las obligaciones postadoptivas establecidas para los adoptantes en la legislación del país de origen del menor adoptado. Previene la Ley de Adopción Internacional en su artículo 6.4 que dichas funciones se desarrollen en los términos fijados por la Entidad Pública española donde resida la familia que se ofrece para la adopción.

A lo expuesto se ha de añadir la competencia que asigna el artículo 7.3 de la Ley de Adopción Internacional a la respectiva Comunidad Autónoma para controlar la actividad del organismo acreditado sobre aquellas actuaciones que pudiera realizar en su ámbito competencial, esto es, sobre las actuaciones realizadas dentro del territorio andaluz.

Así pues, hemos de acudir a la normativa propia de la Comunidad Autónoma de Andalucía relativa a esta cuestión y, por tanto, referirnos al Decreto 282/2002, de 12 noviembre, sobre el Acogimiento Familiar y la Adopción, partiendo del hecho de que este Decreto se ha visto necesariamente afectado por las modificaciones introducidas en la legislación nacional sobre familia y protección de menores (Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia;

y Ley 26/2015, también de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia) que a su vez han supuesto una modificación de la normativa sobre adopción internacional.

En cualquier caso, en lo que no contradiga dicho Decreto a la nueva regulación estatal hemos de entenderlo todavía en vigor y plenamente aplicable -ello sin perjuicio de la necesaria y perentoria tarea normativa de actualización y reforma de su contenido- todo ello ya que no apreciamos especiales contradicciones tras efectuar un recorrido por los diferentes trámites que se han de cumplimentar en todo procedimiento de adopción, tanto nacional como internacional, y con referencia a este último desde la presentación de la solicitud hasta el momento de dirigir toda la documentación al país de elección, así como las posteriores actuaciones de seguimiento postadoptivo.

En lo que a la presente queja interesa hemos de referirnos al artículo 56, del Decreto 208/2002, que determina que la información acerca de la situación del menor posterior a su adopción, solicitada por la autoridad competente de su Estado de origen, será remitida a ésta por el centro directivo competente en la materia, previo informe de las Delegaciones Territoriales, equipos técnicos o profesionales autorizados, o bien por las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional que correspondan (la referencia a entidades colaboradoras habrá de entenderse realizada a organismos acreditados, tal como dispone la disposición adicional segunda de la Ley 26/2015).

A diferencia de lo que en el aludido Decreto 282/2002 se establece para la supervisión de la evolución de los acogimientos familiares, nada se regula para el seguimiento posterior a la adopción, simplemente la alusión a la que antes nos hemos referido relativa a la remisión de los informes de seguimiento que exigiera el país de origen del menor, pero sin ninguna concreción reglamentaria de periodicidad mínima de tales informes, contenido o modo de realizarlos.

Hemos de concluir, por tanto, que esta última fase del procedimiento de adopción internacional, en la que se produce el acople definitivo entre el adoptado y su nueva familia, adolece de escasa regulación, quizás motivado por la especial incidencia de la legislación del país en el que se realiza la concreta adopción, ya que sus normas internas pueden vincular tanto a España -vía convenios internacionales bilaterales o multilaterales- como a la familia adoptante al establecer determinadas obligaciones postadoptivas.

En consecuencia, salvaguardando las obligaciones que se hubieran podido asumir con el país en cuestión, y dentro del marco que configura la legislación española sobre adopción y protección de menores, en uso de las competencias asignadas a la Comunidad Autónoma de Andalucía en la materia por el artículo 61 de su Estatuto de Autonomía, estimamos que queda un amplio margen para la regulación de estas actuaciones que hasta el momento se desenvuelven en el terreno de meras instrucciones u órdenes de servicio -sin valor normativo- de los órganos administrativos jerárquicamente superiores sobre los subordinados, o bien acudiendo a los antecedentes de la práctica administrativa consolidada de los órganos administrativos concernidos por dichas actuaciones.

De este modo, en la respuesta que en la fase de instrucción del expediente de queja nos ha sido remitida por la Dirección General de Infancia y Familias se señala como es práctica habitual que se requieran entrevistas personales hasta el cuarto informe de seguimiento, siendo admisible que los posteriores se realicen mediante otros instrumentos técnicos que permitan obtener dicha información sin necesidad de desplazamientos. Valoramos esta actuación como una buena práctica administrativa, ya que sin eludir el rigor necesario a la actividad de supervisión y control de la evolución de una adopción permite una realización más flexible de tales controles, evitando inconvenientes a la vida cotidiana de las familias.

Otra buena práctica administrativa es aquella que posibilita, siempre que ello fuera admitido por el país de procedencia del menor, que los informes de seguimiento fuesen realizados por un organismo acreditado diferente del que intermedió en la adopción y cuya sede se encuentre en la provincia de residencia del menor. Este hecho facilita la labor de seguimiento al hacer más fáciles y accesibles los posibles desplazamientos. Y respecto de esta posibilidad también se ha de tener en cuenta que el articulo 6.5 de la Ley de Adopción Internacional contempla la posibilidad de acuerdos de colaboración entre

organismos acreditados para el cumplimiento de sus finalidades, lo cual, reiteramos, siempre que esta posibilidad fuese admitida por el país de procedencia del menor, facilitaría que la labor de seguimiento del cumplimiento de las obligaciones postadoptivas se pudiera realizar por organismos acreditados próximos al domicilio familiar del menor.

III. En cuanto a las obligaciones económicas derivadas de la intervencion de profesionales del organismo acreditado en tareas de seguimiento postadoptivo.

Analizaremos a continuación otra cuestión con indudable incidencia práctica en los expedientes de adopción internacional cual lo son las tarifas que por sus servicios corresponde a las familias abonar al correspondiente organismo acreditado.

En el caso que analizamos en la queja, la familia mantiene una agria disputa con el organismo acreditado no solo por la obligatoriedad de los desplazamientos a la sede de la entidad, sino también por el desglose y consecuente justificación de sus gastos, con especial referencia a aquellos gastos derivados de los desplazamientos que, finalmente, por sentencia judicial, se han visto obligados a realizar los profesionales del organismo acreditado al domicilio familiar.

Sobre este particular señala la Dirección General que en el cuadro de tarifas aprobado por el Ente Público no figuran estos gastos de desplazamiento, por considerar que dicha posibilidad no era una opción factible para las familias

Así pues, al no encontrar referente en el cuadro de tarifas aprobadas sobre los posibles gastos de desplazamiento, no existe otra posibilidad de controlar posibles excesos en las liquidaciones que acudir a criterios homologables de mercado sobre el coste de tales desplazamientos, así como en relación con el trabajo desarrollado por los profesionales fuera del horario estipulado, exigiendo el desglose pormenorizado de tales gastos y las correspondientes facturas justificativas.

A este respecto hemos de volver a traer a colación las obligaciones derivadas de las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma como Ente Público de Protección de Menores, y por tanto como Ente Público competente para el control de las actuaciones en su ámbito territorial de los organismos acreditados para la intermediación en adopciones internacionales (7.3 de la Ley de Adopción Internacional), siendo así que dicha actividad de control se ha de extender necesariamente a las tarifas, de tal modo que se cumpla con el requisito de que su intervención lo sea sin ánimo de lucro.

Al tratarse de un ente cuya actuación ha de ser obligatoriamente altruista, sin ningún ánimo de lucro, no debe existir ninguna sombra de sospecha sobre los gastos realizados ni sobre las tarifas aplicadas. El hecho de tratarse de entidades sin ánimo de lucro así lo exige, y estimamos que el Ente Público ha de ser especialmente sensible en este punto, evitando la mercantilización de actuaciones relacionadas con las adopción o acogimiento familiar de menores.

Tal como previene la Ley de Adopción Internacional, en su artículo 6.2, la actividad de intermediación en la adopción internacional queda circunscrita a organismos acreditados, tratándose por tanto de una actividad sujeta a autorización administrativa y estando por tanto vetada dicha actividad a cualquier otra persona o entidad.

El artículo 11 del Convenio de la Haya, de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, establece como condición de obligado cumplimiento para los organismos acreditados el que con sus actuaciones no se persigan fines lucrativos. De igual modo se pronuncia la Ley de Adopción Internacional, que en su artículo 7 previene que sólo podrán ser acreditadas para la adopción internacional las entidades sin ánimo de lucro inscritas en el registro correspondiente, que tengan como finalidad en sus estatutos la protección de menores, dispongan en territorio nacional de los medios materiales y equipos pluridisciplinares necesarios para el desarrollo de las funciones encomendadas y estén dirigidas y administradas por personas cualificadas por su integridad moral, por su formación y por su experiencia en el ámbito de la adopción internacional.

Por su parte, el artículo 6.6, de la Ley de Adopción Internacional, prohíbe que en las adopciones internacionales se produzcan beneficios financieros distintos de aquellos que fueran precisos para cubrir estrictamente los gastos necesarios de la intermediación y aprobados por la Administración General del Estado y por las Entidad Pública respectiva, en este caso la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Este fin altruista, sin ánimo de lucro, está también reflejado en el artículo 9, del Decreto 454/1996, que regulaba para Andalucía la acreditación de entidades colaboradoras de adopción internacional, exigiendo que la entidad colaboradora tuviese forma jurídica de asociación o fundación constituida legalmente, sin ánimo de lucro.

Para garantizar que dicha actuación sin ánimo de lucro fuese realidad el citado Decreto exigía que los estatutos de la entidad colaboradora recogieran los principios y bases según los cuales pueden repercutir a las personas solicitantes de adopción los gastos derivados de la tramitación efectuada por la entidad. A este respecto, la entidad estaba obligada a presentar un proyecto económico en el que se justificasen los costes de su actuación, incluidos los honorarios profesionales, con objeto de garantizar que no se obtendrían beneficios indebidos. A tal fin, estaban obligadas a incluir la determinación del importe aproximado de los gastos que, salvo imprevistos, ocasionarán los trámites de adopción a las personas solicitantes.

Este decreto entra en contradicción con lo establecido en el artículo 7.2, de la Ley de Adopción Internacional, ya que esta Ley atribuye en exclusiva la competencia para la acreditación de organismos intermediadores en la adopción internacional a la Administración General del Estado. Ahora bien, esta circunstancia no creemos que deba ser obstáculo para que pueda considerarse vigente su regulación -a falta de la necesaria actualización normativa- en lo relativo a la comprobación y, en su caso, aprobación de las concretas tarifas a aplicar por la mencionada actividad de intermediación en la adopción que afecta a una familia adoptante con residencia en Andalucía.

En cualquier caso, hemos de enfatizar que existen abundantes referencias normativas dirigidas a asegurar que aquellas entidades que vayan a desempeñar tareas de intermediación en la adopción internacional dispongan de profesionales preparados, con experiencia, y que la labor que ejerzan esté orientada a la protección de menores. Su actividad en ningún caso puede considerarse lucrativa, pudiendo obtener como ingresos únicamente las indemnizaciones por los gastos ocasionados.

Pero es que, además de tener que ceñirse las tarifas a los gastos indispensables para realizar la actividad, la familia no puede negociar las cláusulas del contrato a suscribir con el organismo acreditado. Conforme al artículo 8 de la antes citada Ley de Adopción Internacional el contrato ha de ajustarse a un modelo previamente homologado por el Estado o la Entidad Pública (Comunidad Autónoma de Andalucía), siendo así que tanto el articulado del contrato como la actividad del organismo acreditado ha de respetar la normativa que emane tanto de la Administración General del Estado -competente para la acreditación- como de la Comunidad Autónoma de Andalucía, competente para el control de las actuaciones del organismo acreditado en su ámbito territorial.

Conforme a los antecedentes y consideraciones expuestas, y al amparo de lo establecido en el artículo 29.1 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, formulamos la siguiente

RESOLUCIÓN

SUGERENCIA:

Al encontrarse en proceso de elaboración una normativa que actualice y adapte la normativa autonómica a las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia; y por la Ley 26/2015, también de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, estimamos necesario que dicha normativa autonómica incluya las siguientes prevenciones relativas a los seguimientos postadoptivos:

a) Estimamos que dicha regulación debería contemplar la periodicidad, contenido y modo de realizar dicha labor de seguimiento, todo ello respetando las obligaciones impuestas por la legislación del país de procedencia del menor.

b) Estimamos que se debe dotar de rango normativo a las buenas prácticas administrativas que compendian la labor desarrollada históricamente en materia de seguimientos postadoptivos, asumiendo la posibilidad de utilizar para ello nuevas tecnologías de la comunicación e información, así como evitando desplazamientos de la familia siempre que ello fuera posible y aconsejable, y respetando en este punto las obligaciones impuestas por la legislación del país de procedencia del menor.

c) Estimamos preciso que dicha reglamentación garantice a las familias afectadas que el coste de dichas actuaciones de verificación del cumplimiento de las obligaciones postadoptivas en ningún caso superará el de los gastos indispensables para dicha labor, preservando con ello el fin altruista, sin ánimo de lucro, que preside la actuación de los organismos acreditados para ello.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

- Ver asunto en vías de solución

DEFENSOR DEL MENOR DE ANDALUCÍA

Pedimos una carta de servicios para los Puntos de Encuentro Familiar de Andalucía

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 15/5780 dirigida a Consejería de Justicia e Interior, Dirección General de Justicia Juvenil y Cooperación

- 07 Abril 2017

ANTECEDENTES

Una persona usuaria de un Punto de Encuentro Familiar de Sevilla, exponía que el Punto de Encuentro Familiar (PEF) actuaba de forma sesgada en su contra, emitiendo informes al Juzgado sobre el desarrollo de las visitas de su hijo con el padre que le perjudicaban. Se quejaba también de que el PEF remitía información al padre de la que ella solo tenía conocimiento posteriormente a través del juzgado y que había querido dejar constancia de sus quejas o reclamaciones en el PEF y no le habían admitido la posibilidad de presentarlas.

En el curso de la tramitación del expediente de queja solicitamos la emisión de un informe a la Dirección General de Justicia Juvenil y Cooperación, en el cual se nos decía que el Servicio de Justicia de Sevilla había observado que en el expediente que afectaba a la interesada se habían producido por parte del PEF incidencias relativas a la forma y fecha de emisión de los informes al Juzgado que pudieran crear una imagen no fiel a la realidad, y que por ello se mantuvo una reunión con el personal técnico del PEF dando instrucciones de mejora sobre el modo y forma de emitir dichos informes, avanzando la intención de efectuar un seguimiento de sus actuaciones con la finalidad de comprobar si, efectivamente, las referidas instrucciones se estaban llevando a cabo.

Tras trasladar un extracto del informe recibido a la interesada, ésta nos respondió reiterando su queja en relación con la intervención del PEF, señalando que su actuación seguía siendo sesgada en su contra, contraviniendo los principios de neutralidad en su intervención establecidos en la normativa.

Así pues, ante la reiteración de la queja por parte de la interesada y tras dejar transcurrir un período de tiempo indispensable para que se efectuara la labor de seguimiento que se nos anunciaba, solicitamos de la Dirección General la emisión de un nuevo informe sobre el resultado de la supervisión realizada al PEF para garantizar que su intervención se ajustase al encargo institucional y a las concretas instrucciones recibidas para solventar los problemas detectados.

En este nuevo informe se señala que tras valorar la actuación del PEF, y demás documentación aportada por la entidad gestora del recurso, como son los informes de seguimiento, se constata la subsanación de las deficiencias e irregularidades detectadas inicialmente, del mismo modo que se han respetado los

plazos de emisión establecidos por la disposición judicial. A lo expuesto se añade que de la lectura de los informes efectuados por el PEF no se aprecia subjetividad ni aspectos que pudieran poner en cuestión el principio de neutralidad que debe regir la elaboración de dichos informes.

En congruencia con esta información, hemos de entender que el problema planteado en la queja ha quedado solventado o que al menos se encontraría en vías de solución, todo ello gracias a los controles e instrucciones emanadas de la Administración competente para la dirección y supervisión del correcto funcionamiento de dicho servicio público.

Tras congratularnos por esta solución, hemos de entrar a valorar otra de las cuestiones que de forma colateral al problema principal nos planteaba la interesada en su queja, cual era el hecho de no haber podido presentar en las mismas dependencias del PEF una hoja de reclamación para dejar constancia de su disconformidad con su modo de funcionamiento.

CONSIDERACIONES

En el primero de los informes que nos fue remitido por la Dirección General se señalaba que el punto de encuentro familiar es un servicio público que presta la Junta de Andalucía de forma indirecta, mediante contrato administrativo suscrito con la entidad privada seleccionada en la correspondiente licitación. Pero a pesar de tratarse de un servicio público, con funciones de atención directa a la ciudadanía, dichas dependencias no han sido concebidas ni habilitadas como registro público de la Junta de Andalucía, ni como registro general ni como registro auxiliar, por lo que carecen de la posibilidad de ejercer la función de registro de entrada de documentación.

A lo expuesto se añade que el Decreto regulador del Libro de Sugerencias y Reclamaciones de la Junta de Andalucía, dispone en su artículo segundo que en los registros generales de todas las Consejerías de la Junta de Andalucía y de sus Delegaciones Territoriales, así como en cuantas otros se determine, existirá un Libro de Sugerencias y Reclamaciones a disposición de los administrados. En consecuencia, al no haber sido habilitado el PEF como registro de entrada de documentos y tampoco haberle sido encomendada específicamente la gestión de un Libro de Sugerencias y Reclamaciones, no resultaría viable la pretensión de la interesada de presentar en dichas dependencias una hoja de reclamación.

No obstante, en el informe que nos fue remitido también se alude a las instrucciones dadas al equipo técnico del PEF de cómo debían actuar en el caso de que una persona quisiera presentar una queja sobre su funcionamiento, en cuyo caso habrían de facilitar información detallada del lugar y modo de presentar dicha reclamación.

Respecto de este particular hemos de estimar correcta la respuesta ofrecida por esa Administración, la cual se ciñe al tenor literal de la normativa reguladora del Libro de Sugerencias y Reclamaciones de la Junta de Andalucía, sin que este hecho sea obstáculo para que escrutemos la posibilidad de encontrar vías para hacer más accesible a la ciudadanía su participación en la mejora de la calidad de prestación del servicio, así como para presentar sugerencias o reclamaciones. Y es que en este punto no podemos pasar por alto que la normativa reguladora de los libros de quejas y reclamaciones acumula cerca de tres décadas de antigüedad, siendo así que en todo este tiempo la Administración de la Junta de Andalucía ha experimentado una variación muy significativa tanto en lo relativo a los servicios que se prestan a la ciudadanía, como en el modo en que se realizan y su propia configuración, con el recurso cada vez más frecuente a su gestión mediante entes instrumentales o mediante contratos administrativos con entes privados.

Veinticinco años después de instaurarse el Libro de Sugerencias y Reclamaciones de la Junta de Andalucía vio la luz el Decreto regulador de los Puntos de Encuentro Familiar en Andalucía, definiéndolos como un servicio público que presta la Administración de la Junta de Andalucía por derivación judicial en procesos y situaciones de separación, divorcio u otros supuestos de interrupción de la convivencia familiar, cuando las relaciones familiares son de difícil cumplimiento o se desenvuelven en un ambiente de alta

conflictividad, y con el fin de cumplir con el régimen de visitas acordado y establecido por resolución judicial.

Este Decreto vino a fijar unos criterios uniformes de actuación para los diferentes PEF que desde años atrás venían funcionando en Andalucía, dotándolos de estabilidad y definiendo unos requisitos mínimos en cuanto a condiciones materiales y funcionales.

Es cierto que en este Decreto nada se dice con relación a la disponibilidad en los PEF de hojas de reclamaciones, ni tampoco a posibles funciones de registro auxiliar para la presentación de documentos, pero por su relación con el asunto que venimos analizando hemos de destacar lo establecido en su artículo 10, relativo a evaluación de la calidad, que ordena que las actuaciones de los PEF seguirán un sistema de evaluación de calidad cuyo procedimiento específico y criterios serán establecidos por los órganos competentes de la Administración de la Junta de Andalucía, conforme a las previsiones del Decreto por el que se regulan las Cartas de Servicios y el sistema de evaluación de la calidad de los servicios públicos, mediante el cual se habrá de evaluar la adecuación del servicio a la demanda de las personas usuarias, su nivel de satisfacción, también aspectos cuantitativos y cualitativos de la prestación del servicio, así como el cumplimiento de los requerimientos realizados por la Consejería competente en materia de asistencia a víctimas.

Una vez se aprobase la Carta de Servicios del PEF, dicho documento habría de contener, necesariamente, la disponibilidad y acceso al Libro de Sugerencias y Reclamaciones de la Junta de Andalucía y en particular, las formas de presentación de las quejas y sugerencias, así como los plazos de contestación y efectos de las mismas.

Obliga el Decreto a los órganos administrativos correspondientes a divulgar sus Cartas de Servicios para que puedan ser conocidas por los usuarios, todo ello como mecanismo de participación de la ciudadanía en la mejora de la calidad, y como modo de hacer efectivo su derecho de reclamación ante funcionamientos deficientes o irregulares.

Tras consultar la página web de la Junta de Andalucía comprobamos que a fecha de hoy no se han aprobado las Cartas de Servicios correspondientes a los PEF de Andalucía, lo cual, además de suponer un incumplimiento formal de las previsiones del Decreto regulador de los puntos de encuentro familiar, conlleva una merma en el sistema de gestión de calidad en el que se ha implicado la Junta de Andalucía, con un compromiso de mejora constante en la calidad de los servicios, dando satisfacción a dicha demanda por parte de la ciudadanía.

Por dicho motivo, al amparo de lo establecido en el artículo 29.1 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, formulamos la siguiente

RESOLUCIÓN

SUGERENCIA:"*Que se acometa la elaboración y posterior aprobación de las Cartas de Servicios relativas a los Puntos de Encuentro Familiar de Andalucía, en las cuales deberá figurar claramente detallado, a disposición de la ciudadanía, las formas de presentación de las quejas y sugerencias, así como los plazos de contestación y efectos de las mismas”.*

Ver asunto solucionado o en vías de solución.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

DEFENSOR DEL MENOR DE ANDALUCÍA

Le renuevan el título de familia numerosa para solicitar las ayudas de la AEAT

Queja número 17/1612

- 30 Agosto 2017

La Administración informa que el título de familia numerosa fue expedido días antes de concluir el plazo de 3 meses establecido en la reglamentación.

La persona interesada expone su desconcierto por la demora que acumula la renovación de su título de familia numerosa, lo cual le causa gran perjuicio al no poder acceder a determinados beneficios sociales y ayudas económicas de los que podría resultar beneficiaria.

DEFENSOR DEL MENOR DE ANDALUCÍA

Pedimos que se modifique la Ordenanza del IBI, bonificando a una familia numerosa aunque no todos sus miembros residan en la vivienda solicitada

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 16/0419 dirigida a Ayuntamiento de Sevilla

- 02 Mayo 2017

ANTECEDENTES

La persona interesada en el expediente se mostraba disconforme con los requisitos exigidos por el Ayuntamiento de Sevilla para la bonificación del impuesto de bienes inmuebles por la condición de familia numerosa. Señalaba que a pesar de disponer del título de familia numerosa no podía acceder a dicha bonificación ya que para ello, entre la documentación que necesariamente tenía que aportar, se le exigía un justificante del padrón municipal en el que constase que todas las personas incluidas en su título de familia numerosa estaban empadronadas en el mismo domicilio, cuando dicho requisito no se contempla en la normativa que regula el reconocimiento y expedición del título de familia numerosa.

A este respecto, el interesado replica que tras su divorcio ha contraído matrimonio formando una nueva familia. Tiene dos hijos provenientes del matrimonio anterior -que conviven con su ex esposa- y otros dos hijos nacidos de su actual matrimonio. Nos dice que en aplicación de la normativa en vigor la Junta de Andalucía le ha reconocido el título de familia numerosa y por ello no entiende como los requisitos que exige el Ayuntamiento para la bonificación del impuesto de bienes inmuebles le impiden el disfrute de los derechos y ventajas sociales que le son inherentes.

Tras admitir la queja a trámite solicitamos la emisión de un informe al Ayuntamiento de Sevilla respondiéndonos que el impuesto de bienes inmuebles es un tributo directo de titularidad municipal y exacción obligatoria que grava el valor catastral de los inmuebles. Por ello, al tratarse de un tributo de titularidad municipal y tal como previene la Ley de Haciendas Locales el Ayuntamiento de Sevilla aprobó la Ordenanza Fiscal de medidas de solidaridad social, impulso de la actividad económica y fomento del empleo de 2016, que contempla una bonificación del impuesto de bienes inmuebles para las familias numerosas. Y especifica dicha Ordenanza Fiscal que el inmueble sobre el que se solicite la bonificación habrá de ser la vivienda habitual del sujeto pasivo, siendo necesario que estén empadronados en dicha vivienda los miembros integrantes de la familia numerosa.

Recalca la corporación local en su informe que para la aplicación de la bonificación fiscal aludida se debe

partir de la calificación jurídica de familia numerosa, previa expedición por parte de la Junta de Andalucía del correspondiente título que acredita dicha condición, pero este hecho no debe soslayar que el Ayuntamiento ha hecho uso de su potestad reglamentaria en el ámbito tributario prevista en la Ley de Haciendas Locales, y que conforme a dicha potestad ha regulado los aspectos sustantivos y formales de la bonificación, exigiendo el cumplimiento de determinados requisitos adicionales como lo es la necesidad de que todos los miembros de la unidad familiar incluidos en el título de familia numerosa se encuentren empadronados en la vivienda, que además ha de ser la residencia habitual de la familia.

CONSIDERACIONES

Hemos de proceder en primer lugar a analizar la conformidad a la legislación de las Ordenanzas Fiscales que regulan la bonificación fiscal objeto de controversia, y para dicha finalidad hemos de partir de la previsión contenida en el artículo 74, apartado 4, del antes citado Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, que aprueba el texto refundido de la Ley de Haciendas Locales, que establece que las Ordenanzas Fiscales podrán regular una bonificación de hasta el 90 por ciento de la cuota íntegra del Impuesto a favor de aquellos sujetos pasivos que ostenten la condición de familia numerosa. La ordenanza Fiscal de cada municipio, para el caso de que la tengan reconocida, deberá especificar la clase y características de los bienes inmuebles a que afecte, duración, cuantía anual y demás aspectos sustantivos y formales de esta bonificación.

Así pues, conforme a la Ley de Haciendas Locales las Entidades locales son competentes para regular y efectuar las bonificaciones, que -como las exenciones- pueden ser obligatorias y potestativas. Las primeras, reguladas directamente en la Ley de Haciendas Locales, afectan a las viviendas de protección pública, a las empresas constructoras inmobiliarias, etc. Las potestativas pueden aplicarse a familias numerosas, organismos públicos de investigación o enseñanza universitaria, inmuebles que hayan instalado sistemas de energía solar, etc. Al igual que las exenciones, las bonificaciones también se pueden clasificar en rogadas y no rogadas, en función de que sea preciso que la persona interesada haya de solicitarlas o bien la Administración pueda aplicarlas de oficio.

En uso de la habilitación contenida en el aludido artículo 74.4 de la Ley de Haciendas Locales y en ejercicio de sus competencias de autoregulación, dichas Ordenanzas Fiscales fueron aprobadas en sesión plenaria del Ayuntamiento de Sevilla celebrada el 29 de diciembre de 2015, cumpliendo con los trámites legales oportunos, entre ellos un plazo de alegaciones a la ciudadanía.

Por tanto, hemos de manifestar la inexistencia de irregularidades en cuanto a la aprobación y contenido de dicha disposición reglamentaria, resultando plenamente aplicables desde la fecha de su entrada en vigor. En consecuencia, tras la solicitud efectuada por el interesado, la respuesta del correspondiente órgano administrativo municipal no pudo ser otra que la que se derivaría de la aplicación de la citada reglamentación, exigiendo al sujeto pasivo solicitante de la bonificación la acreditación de que el inmueble se trata de su vivienda habitual y que todas las personas incluidas en el título de familia numerosa están empadronadas en dicha vivienda.

Ahora bien, tras dejar sentada la conformidad a la legislación de lo dispuesto en las Ordenanzas Municipales, la misión encomendada a esta institución como Defensor del Pueblo Andaluz, también Defensor del Menor de Andalucía, nos hace ir más allá y poner nuestras miras en los avances conseguidos en materia de derechos sociales congruentes con los principios rectores de la política social y económica establecidos en el Capítulo tercero del Título primero de la Constitución, para la protección social y económica de las familias y los menores (artículo 39 de la Constitución), estableciendo condiciones para el progreso social y para redistribuir rentas equitativamente (artículo 40 de la Constitución) y promoviendo las condiciones necesarias para el disfrute de una vivienda digna (artículo 47 de la Constitución).

En congruencia con dicha previsión constitucional, la Exposición de Motivos de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas, refleja la problemática particular que afecta a las familias numerosas por el coste que representa para ellas el cuidado y educación de los hijos o el acceso a

una vivienda adecuada a sus necesidades. Estas circunstancias pueden implicar una diferencia sustancial con el nivel de vida de otras familias con menos hijos o sin ellos. En este sentido, no debe olvidarse que el artículo 9.2 de nuestra Constitución establece el principio de igualdad material, que debe llevar al legislador a introducir las medidas correctoras necesarias para que los miembros de las familias numerosas no queden en situación de desventaja en lo que se refiere al acceso a los bienes económicos, culturales y sociales.

Para dicha finalidad, en el Título II de la Ley de Familias Numerosas se detallan los beneficios sociales, en el ámbito de las actividades y servicios públicos o de interés general, vivienda y régimen fiscal. Y una de las posibles ventajas sociales derivadas de la obtención del título de familia numerosa viene referida a la previsión contenida en la Ley de Haciendas Locales respecto a la bonificaciones a las familias numerosas de la cuota a abonar en el impuesto de bienes inmuebles por su vivienda habitual, dejando en manos de las correspondientes ordenanzas fiscales municipales la concreción del alcance y requisitos de la bonificación.

Sobre este particular, nos hemos detenido en comparar como se regula esta cuestión en las diferentes capitales de provincia de Andalucía y podemos concluir que en las respectivas Ordenanzas Fiscales de Almería, Granada, Cádiz, Córdoba y Jaén se prevé la bonificación del impuesto de bienes inmuebles a la vivienda habitual de las familias numerosas sin que para ello se exija específicamente el empadronamiento de todos los miembros incluidos en el título. Por otro lado, tal como ya sabemos, las Ordenanzas de Sevilla sí lo exigen pero, en sentido contrario, las Ordenanzas de Málaga y Huelva precisan que tendrán que estar empadronados en la vivienda habitual la mayoría de los miembros de la familia numerosa incluidos en el título, sin que sea necesario que lo estuviesen todos.

Esta disparidad de regulación responde a la propia autonomía local, lo cual no es óbice para que resaltemos que la Ordenanza Fiscal de Sevilla capital, para el concreto supuesto debatido en la queja, es la más restrictiva de todas las analizadas, y que su rigurosa aplicación puede conllevar un trato injusto -desde el punto de vista material, que no formal- en aquellos casos de rupturas de convivencia familiar, que a su vez derivan en nuevas agrupaciones familiares.

Se trata de una realidad social cada vez más presente y que tiene traslación en la regulación del título de familia numerosa, posibilitando la inclusión en el mismo no sólo a los hijos que residan con el solicitante, sino también a los hijos sobre los que se tuvieran obligaciones económicas a pesar de residir en distinto núcleo familiar y que no estuvieran ya incluidos en otro titulo de familia numerosa.

Éste es el supuesto del titular de la queja, se trata de una pareja con hijos propios, a los que añaden las obligaciones que él tiene respecto de los hijos fruto de una relación anterior, a pesar de que éstos no residen con él sino con la madre. En esta situación obtuvieron el título de familia numerosa y no consideramos equitativo que para obtener el beneficio inherente a la condición de familia numerosa se exija a esta familia numerosa el empadronamiento de todos los miembros incluidos en el título en la misma vivienda que él, precisamente porque la custodia de los hijos procedentes de la relación anterior la tiene la madre a pesar de que él, tras la separación, contribuya económicamente a las cargas familiares.

A este respecto hemos de resaltar que en ningún caso un mismo hijo podría estar incluido de forma simultánea en dos títulos de familia numerosa, ya que esta circunstancia se encuentra expresamente vetada por el artículo 3, apartado 3, de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas, que dispone que nadie podrá ser computado, a los efectos de dicha ley, en dos unidades familiares al mismo tiempo.

Por tanto, volviendo nuestra mirada a las distintas Ordenanzas Fiscales existentes en las capitales de provincia de Andalucía, consideramos más acertada la opción establecida en Málaga y Huelva que, suponemos que en previsión de un posible uso abusivo de la bonificación, exigen que la mayor parte, no todos, de los miembros incluidos en el título de familia numerosa estén empadronados en la vivienda habitual de la familia, sobre la que se solicita la bonificación.

Así pues, conforme a los hechos expuestos, al amparo de lo establecido en el artículo 29.1 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, formulamos las siguiente

RESOLUCIÓN

RECOMENDACIÓN: Que se valore la posibilidad de modificar la ordenanza reguladora del impuesto de bienes inmuebles para que permita disfrutar de la bonificación del impuesto a aquellas familias numerosas en que la mayor parte de las personas incluidas en el título residen habitualmente en la vivienda sobre la que se solicita la bonificación.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

DEFENSOR DEL MENOR DE ANDALUCÍA

Instamos a resolver la demora en la revisión del título de familia numerosa

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 16/6374 dirigida a Consejería de Igualdad y Políticas Sociales. Delegación Territorial en Cádiz

- 17 Abril 2017

ANTECEDENTES

La interesada expresaba su disconformidad con la tramitación efectuada de su solicitud de renovación del título de familia numerosa. Exponía que no había podido beneficiarse de determinadas ayudas y ventajas fiscales al no disponer del títulos acreditativo de dicha condición, siendo ese el motivo por el que solicitaba la intervención del Defensor del Pueblo Andaluz.

Por ello solicitamos a esa Delegación Territorial la emisión de un informe sobre lo acontecido en el procedimiento administrativo señalado por la interesada. En dicho informe se nos indica que el título que se pretendía renovar tenía vigencia desde el 28 de octubre de 2015 al 1 de mayo de 2016, y toda vez que la solicitud de renovación se presentó el 11 de agosto de 2016, la Delegación Territorial estimó que esta solicitud de renovación lo era en realidad de reconocimiento ex novo del título de familia numerosa ya que el anterior debía considerarse caducado. En consecuencia, el nuevo título de familia numerosa se expidió con efectos desde el 11 de agosto de 2016 -fecha de la solicitud- hasta el 23 de noviembre de 2020.

Es por ello que la Administración considera que en el período comprendido entre el 1 de mayo de 2016 y el 11 de agosto de 2016 la interesada carecía de título de familia numerosa y por dicho motivo durante el mencionado período no podría disfrutar de ninguno de los beneficios y derechos que le son inherentes.

Sobre este particular la interesada replica que la demora en la presentación de la solicitud de renovación del título de familia numerosa obedeció a las indicaciones que le dieron en la propia oficina administrativa en que se realizan los trámites de renovación de los títulos de familia numerosa en Cádiz. Refiere que allí le indicaron que no se podría dar trámite a su solicitud de renovación en tanto no quedase resuelto el procedimiento de revisión de oficio del grado de minusvalía adjudicado a su hijo.

La interesada nos aporta una copia de resolución dictada en el expediente de revisión de oficio del grado de minusvalía, la cual tiene fecha de 26 de julio de 2016, y registro de salida del 28 de ese mismo mes. Mediante dicha resolución se ratifica que el menor sigue teniendo un grado de minusvalía de 46%, manteniendo por tanto los requisitos necesarios para su inclusión en el título de familia numerosa.

Tras serle notificada esta resolución, de forma inmediata presentó el 11 de agosto de 2016 la solicitud de renovación que antes no le fue admitida por encontrarse en tramite la revisión del grado de minusvalía,

dando curso a esta solicitud la Delegación Territorial como si se tratase de una nueva petición de título de familia numerosa sin continuidad con el anterior.

CONSIDERACIONES

I. En primer lugar hemos de señalar que desde el punto de vista formal, y con referencia exclusiva al cumplimiento de los trámites y plazos previstos para la renovación del título de familia numerosa, resultaría correcta la respuesta ofrecida por esa Delegación Territorial, esto es, que una vez concluida la vigencia del título de familia numerosa sin haber solicitado la familia su renovación en el plazo establecido para ello, dicho título habría caducado, por lo cual no procedería su renovación sino la solicitud de un nuevo título de familia numerosa.

II. Pero esta conclusión, a la que se llega sin tener en consideración otros elementos concurrentes en la tramitación de ese expediente, no puede ser admitida como válida ya que dicho trámite de renovación pendía del resultado de otro expediente administrativo, en este caso tramitado de oficio por esa misma Administración Pública, orientado a comprobar que el hijo seguía siendo merecedor del reconocimiento del grado de minusvalía necesario para ostentar la condición legal de minusválido y, por tanto, susceptible de ser computado por dicha condición como miembro integrante de la familia numerosa.

Esta circunstancia no puede ser desdeñada por esa Delegación Territorial máxime cuando, tal como afirma la interesada, tras acudir a las dependencias administrativas en que se gestionan los títulos de familia numerosa en esa provincia, allí le informan que en tanto no dispusiera del resultado del expediente de revisión de oficio del grado de minusvalía no podrían tramitar su solicitud de renovación. Se ha de recordar que tal como establece el Real Decreto de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, el grado de minusvalía reconocido ha de ser objeto de revisión siempre que se prevea una mejoría razonable de las circunstancias que dieron lugar a su reconocimiento, debiendo fijarse el plazo en que debe efectuarse dicha revisión. Y así aconteció en el caso que afecta al hijo de la interesada, cuyo grado de minusvalía reconocido tenía prevista una fecha de revisión cuyo trámite coincidió con la fecha en que también tenía que efectuarse la renovación del título de familia numerosa.

III. A lo expuesto hemos de añadir que en todo este tiempo la familia de la interesada ha seguido reuniendo los requisitos establecidos en la normativa para continuar siendo beneficiaria del título de familia numerosa, especialmente en lo referente a la minusvalía del hijo, siendo así que por cuestiones meramente formales, no achacables a la interesada, su familia perdió la condición de familia numerosa en el período de tiempo en que se demoró la tramitación de la revisión del grado de minusvalía del hijo, y dicha pérdida ocasionó a su vez perjuicios por la consecuente merma en los derechos, beneficios y exenciones de los que podría resultar beneficiaria.

IV. Sobre esta cuestión hemos de traer a colación lo establecido en el artículo 3 del Código Civil que impone un necesario criterio de equidad en la aplicación de las normas jurídicas. Y desde la perspectiva de esta Defensoría no consideramos justo ni equitativo que se haga cargar a la familia con los efectos de la demora que pudieran haber acumulado los trámites de revisión de oficio del grado de minusvalía del hijo, debiendo considerar muy rigurosos los efectos que se derivan de la consideración de la solicitud de renovación del título de familia numerosa como si se tratase de una solicitud de nuevo título sin continuidad con el anterior.

Es por ello que, tomando de nuevo como referente nuestro Código Civil, hemos de recordar lo que dispone su artículo 1116 al señalar que aquellas condiciones cuyo cumplimiento fuese imposible anularán la obligación que de ellas dependiese. Y si trasladásemos dicho precepto a la exigencia de aportar un certificado acreditativo de la condición de minusválido del hijo, cuando precisamente en esos momentos se encontraba en trámite la revisión de la resolución que asignaba el grado de minusvalía, esta exigencia resultaba de imposible cumplimiento ya que dependía precisamente de la decisión que al respecto pudiera adoptar la Administración Pública que también era competente para dictaminar la renovación del título de

familia numerosa.

Y a los argumentos expuestos hemos de añadir que la Ley de familias numerosas, establece que el título de familia numerosa mantendrá sus efectos durante todo el tiempo a que se refiere su concesión o renovación, o (…) se dejen de reunir las condiciones exigidas para tener la consideración de familia numerosa . Dicho precepto es reproducido con idéntico tenor en el artículo 4, apartado 2, del Real Decreto 1621/2005, por el que se aprueba el reglamento de la Ley de Familias Numerosas, añadiendo que dicha vigencia lo es con independencia del cumplimiento de la obligación impuesta a la familia de notificar a la Administración cualquier variación con incidencia en la posible modificación o extinción del título.

En consecuencia, apreciamos que el título de familia numerosa que afecta a la interesada debió ser renovado y desplegar sus efectos a continuación del anterior, todo ello porque su familia nunca dejó de reunir las condiciones exigidas para tener la consideración de familia numerosa, siendo así que los trámites de renovación se vieron condicionados por el trámite paralelo de otro procedimiento administrativo cuya gestión era competencia de la misma Administración.

Por todo lo expuesto, al amparo de lo establecido en el artículo 29.1 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, formulamos la siguiente

RESOLUCIÓN

RECOMENDACIÓN Que se atienda la reclamación presentada por la familia y, en consecuencia, se revise la resolución por la que se reconoce el título de familia numerosa retrotrayendo su fecha de efectos a la que correspondería como renovación del título de familia que hasta esos momentos se encontraba en vigor.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

DEFENSOR DEL MENOR DE ANDALUCÍA

Nos interesamos por el estado de un parque infantil en Bormujos (Sevilla)

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/0111 dirigida a Ayuntamiento de Bormujos (Sevilla)

- 01 Marzo 2017

Diferentes medios de comunicación se han hecho eco de la protesta protagonizada ante el Ayuntamiento de Bormujos (Sevilla) por un colectivo de vecinos de la barriada Blanca Paloma denunciando el mal estado de un parque infantil existente en dicha barriada cuyas deficiencias implican una situación de riesgo para los menores que disfrutan de dichas instalaciones lúdicas.

Algunas personas vienen presentando escritos de queja/denuncia en el registro municipal en los que solicitan soluciones para las aludidas deficiencias sin que hasta el momento la Corporación Local haya emprendido ninguna iniciativa al respecto. Se alude al incidente ocurrido a una niña que cayó de uno de dichos elementos lúdicos debido al mal estado de la madera.

Los vecinos reclaman que se arregle el mal estado de los columpios y demás atracciones y que además se encuentre una solución para otros elementos de riesgo tales como bordillos, escasa iluminación o la existencia de una calle paralela con circulación de vehículos sin badenes que contribuyeran a limitar la velocidad con la que suelen circular. También se incide en la presencia habitual de ratas, probable síntoma de un problema de salud pública en el propio recinto del parque o en sus inmediaciones.

Por todo lo expuesto, y con fundamento legal en la Ley reguladora del Defensor del Pueblo Andaluz, hemos decidido emprender, de oficio, una actuación en salvaguarda de los derechos de los menores afectados.

DEFENSOR DEL MENOR DE ANDALUCÍA

Actuamos de oficio ante el fallecimiento de un menor tras caer en altura en una zona restringida del hospital Juan Ramón Jiménez

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/0951 dirigida a Consejería de Salud, Servicio Andaluz de Salud, Hospital Juan Ramón Jiménez de Huelva

- 02 Marzo 2017

Diferentes medios de comunicación se hicieron eco del accidente sufrido el pasado 18 de febrero de 2017 por un menor al acudir junto con sus padres al Hospital Juan Ramón Jiménez, de Huelva capital, para visitar a un familiar.

El menor accedió a una zona restringida de las instalaciones del hospital donde pisó una claraboya que tras ceder provocó su caída desde cierta altura. Este accidente le causó un traumatismo craneo encefálico de especial gravedad que requirió de una intervención médica de urgencia en el propio hospital. A pesar de la atención sanitaria urgente que recibió, el incidente concluyó con el fatal desenlace del fallecimiento del menor.

A pesar de tratarse de un hecho aparentemente fortuito, la obligada perspectiva de Defensor del Menor de Andalucía nos hace interesarnos por las circunstancias que rodean el suceso, sobre todo para comprobar que el acceso a la zona a la que accedió el menor estaba convenientemente delimitada y señalizada, sin un acceso fácil para menores de edad, todo ello con la finalidad de prevenir accidentes similares en el futuro.

Por todo ello y con fundamento legal en la Ley reguladora del Defensor del Pueblo Andaluz, hemos decidido emprender, de oficio, una actuación en salvaguarda del interés superior de las personas menores de edad que pudieran acceder al recinto hospitalario.

DEFENSOR DEL MENOR DE ANDALUCÍA

Niegan la licencia para practicar fútbol federado a un niño venezolano de 12 años. Investigamos por qué la discriminación

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/1633 dirigida a Federación Andaluza de Futbol

- 03 Abril 2017

Diferentes medios de comunicación se vienen haciendo eco de la situación en que se encuentra un menor de edad procedente de Venezuela y se encuentra en España pendiente de que concluyan los trámites de su expediente de protección jurídica internacional.

El menor acude a entrenar junto con sus amigos a un club de fútbol de su barrio y pretende ser inscrito con su licencia federativa para participar en competiciones oficiales de fútbol, pero por problemas burocráticos, derivados de su condición de extranjero, dicha licencia federativa no acaba de ser tramitada, lo cual le impide practicar el deporte federado en condiciones de igualdad con el resto de sus amigos y compañeros.

Es por ello que al constatar una aparente situación de discriminación de un menor de edad por su condición de extranjero, en ejercicio de nuestras competencias como Defensor del Menor de Andalucía, y con fundamento legal en reguladora del Defensor del Pueblo Andaluz, hemos decidido emprender, de oficio, un expediente de queja a fin de aclarar las circunstancias que concurren en el trámite de la licencia federativa para la inscripción del menor en competiciones oficiales de fútbol correspondientes a su edad.

DEFENSOR DEL MENOR DE ANDALUCÍA

¿Qué atención se les presta a los menores con problemas de salud mental?. Lo preguntamos tras la nueva normativa

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/1836 dirigida a Consejería de Igualdad y Políticas Sociales, Dirección General de Infancia y Familias

- 07 Septiembre 2017

RESUMEN DEL RESULTADO (CIERRE DE QUEJA DE OFICIO)

Esta Institución viene prestando una especial atención a los menores afectados por trastornos de conducta. Este colectivo se ha convertido en un grave problema social, cuyas consecuencias trascienden a las propias familias para recaer también sobre el vecindario, la escuela, el sistema sanitario o, incluso, los Tribunales de Justicia. Pero se trata además de un problema que rompe las tradicionales barreras sociales para afectar a todas las capas y estratos de la sociedad.

Con fundamento legal en la Ley reguladora del Defensor del Pueblo Andaluz; y en los Derechos y la Atención al Menor, esta Institución inició, de oficio un expediente de queja.

Se recibe informe de la Administración dando respuesta a las distintas cuestiones formuladas por esta Defensoría sobre los centros de menores con problemas de conducta, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2015.

29-03-2017 APERTURA DE LA QUEJA DE OFICIO

Esta Institución viene prestando una especial atención a los menores afectados por trastornos de conducta. Este colectivo se ha convertido en un grave problema social, cuyas consecuencias trascienden a las propias familias para recaer también sobre el vecindario, la escuela, el sistema sanitario o, incluso, los Tribunales de Justicia. Pero se trata además de un problema que rompe las tradicionales barreras sociales para afectar a todas las capas y estratos de la sociedad.

Las familias llegan a nuestra Institución implorando ayuda para afrontar las manifestaciones más graves de este problema en sus hijos e hijas. Especialmente, cuando tras un largo e infructuoso peregrinar por las Administraciones públicas comprueban que la única alternativa que les ofrecen para conseguir un tratamiento efectivo para sus hijos pasa, bien porque éste sea desamparado y su tutela asumida por la entidad de protección de menores; o bien por esperar a que cumpla 14 años y su comportamiento le lleve ante un Juzgado de Menores que decrete como medida su internamiento en un centro cerrado.

Para ahondar en esta realidad, la Defensoría elaboró un Informe especial que se presentó ante el Parlamento de Andalucía a finales de noviembre de 2007, y en el mismo quedó reflejada de manera patente la incapacidad de la Administración para dar una respuesta a los menores con trastornos de conducta, tanto en los procesos de detección y diagnóstico como en los de tratamiento terapéutico.

En cuanto a la detección, las familias suelen resistirse a reconocer que su hijo o hija adolescente padece un trastorno de conducta, aunque los indicios sean abundantes y preocupantes. Normalmente este tipo de comportamientos suelen achacarse a los problemas propios de la etapa adolescente. Pero también los sistemas públicos –educativos, sanitarios y sociales- que deberían detectar la presencia de este tipo de trastornos y adoptar las medidas oportunas no realizan adecuadamente su función, ya sea por escasez de medios, por falta de preparación o por una deficiente organización y coordinación de los recursos.

Por lo que respecta al tratamiento, los trastornos de conducta no pueden abordarse exclusivamente desde una perspectiva sanitaria, sino que es necesaria la participación también de los ámbitos educativo y social y, por supuesto, de las familias.

Y es aquí precisamente, en el abordaje conjunto del tratamiento de los trastornos conductuales, donde en nuestra investigación encontramos mayores lagunas y deficiencias en la respuesta de los recursos públicos.

Los principales problemas se producen en el propio sistema sanitario de salud mental, comenzando por el hecho de que el mismo presenta una clara insuficiencia en cuanto a recursos disponibles a los cuales derivar al menor para su tratamiento, sobre todo por lo que se refiere a los recursos destinados al tratamiento de los casos más graves de trastorno de conducta en los que se ha constatado la imposibilidad de que el menor continúe en el entorno familiar y han fracasado los recursos ambulatorios o de estancia diurna.

La consecuencia de ello es que al final del recorrido por el sistema sanitario, la familia se queda con un diagnóstico que, si bien reconoce la realidad y la gravedad del trastorno que sufre el menor, incluye un plan de intervención que resulta a todas luces inaplicable en la práctica, por lo que a la postre la familia se queda en la misma situación en que se encontraba al principio, es decir, con el menor a su cargo y sin perspectivas de solución.

Pero no todos los menores con trastorno de conducta recibían la misma asistencia en la Comunidad Autónoma Andaluza. Y ello porque para los menores que se encuentran tutelados por la Administración sí se han creado recursos específicos.

La decisión de la entonces Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de crear centros de atención a menores con estas patologías surge como consecuencia de la inexistencia de recursos adecuados para los mismos en el sistema sanitario público, y esta decisión no puede por menos que ser valorada de forma muy positiva, ya que ha servido para ofrecer soluciones válidas y eficaces a los menores aquejados de estas conductas que se encuentran bajo su tutela.

Ahora bien, siempre hemos manifestado, y así se recogió expresamente en nuestro Informe, que no existen razones que justifiquen que los menores tutelados con trastornos de conductas tengan un trato distinto al que reciben el resto de los menores no tutelados que padecen el mismo problema, en concreto, por lo que se refiere a la posibilidad de acceder a unos recursos terapéuticos, y así lo hemos venido reiterando en diversos foros.

En el Informe al que aludimos formulamos muchas propuestas como fueron una investigación que permita conocer los datos básicos sobre la incidencia real del problema de los trastornos conductuales entre los menores andaluces; que de forma coordinada entre las diferentes Administraciones (sanitaria, educativa y social) se elaborara un plan de intervención en menores con problemas conductuales, que contemple todas las cuestiones relativas a la detección temprana, diagnóstico y tratamiento de los menores afectados por estos trastornos; o también la inmediata asunción por la Consejería de Salud de la responsabilidad de ofrecer cuantos recursos terapéuticos se estimen necesarios para la correcta atención de todos los menores andaluces con trastornos de conducta.

Desde que presentamos el mencionado documento hemos venido desarrollando distintas líneas de actuación tendentes a promover encuentros entre las Administraciones implicadas: sanitaria, educativa y social, para

debatir, obtener compromisos y conclusiones operativas de cada una de ellas. También hemos realizado un seguimiento a de cada una de las Administraciones con el objetivo de analizar y comprobar –dentro del ámbito de sus respectivas competencias- los recursos destinados y las actuaciones desarrolladas para la atención de menores con problemas conductuales.

A pesar de los esfuerzos realizados y de la implicación de algunas de las Administraciones afectadas, lo cierto es que pocos avances se han producido en el ámbito que analizamos. Hemos seguido comprobando cómo la respuesta que desde el ámbito educativo se otorga a estos menores ha estado centrada principalmente en su abordaje desde el régimen sancionador, a pesar de la existencia de equipos de orientación educativa especializados en este tipo de trastornos. Comprobamos la incapacidad del Sistema sanitario público para atender adecuadamente a estos menores por la saturación de las USMIJ así como la ausencia de recursos especializado para los casos más graves. También hemos sido testigos de cómo ha sido necesario formalizar una guarda legal para que el menor pudiera acceder a un recurso que, en principio, sólo estaba a disposición de los menores tutelados por el Sistema de protección.

Y constatamos como, por desgracia, los trastornos de conducta que presentan algunos menores han debido ser abordados desde la vertiente penal. Es así que ante las conductas disruptivas y la ausencia de tratamientos adecuados, algunos de estos chicos han cometido alguna actividad delictiva que ha motivado que por el juzgado de menores se decrete su ingreso en un centro de internamiento para menores infractores donde, en un módulo terapéutico, reciben la ayuda y asistencia que antes no tuvieron.

En este contexto se produce en el año 2015 la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, que viene a incidir en el asunto que abordamos. En esta norma se regula, atendiendo a instituciones como las Defensorías del Pueblo, la Fiscalía General del Estado, el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, o el Tribunal Constitucional, el ingreso de menores en centros de protección específicos para menores con problemas de conducta.

Justifica la norma la existencia de estos recursos -en los que está previsto la utilización de medidas de seguridad y de restricción de libertades o derechos fundamentales- en los cambios sufridos en la sociedad española que ha motivado la aparición de un nuevo perfil de los usuarios de los servicios sociales y de los servicios de protección a la infancia.

Destaca la exposición de motivos de la Ley Orgánica señalada el incremento de ingresos en los centros de protección, a petición de las familias, de menores con problemas de comportamiento agresivo, inadaptación familiar, violencia filioparental, etc; situaciones que requieren el ingreso en centros especializados previo informe sobre su situación social y sobre su estado psíquico. De esta manera los centros para menores con problemas de conducta tienen como finalidad atender los graves problemas del comportamiento o situaciones de crisis, proporcionando a los menores un contexto más estructurado socio-educativo y psicoterapéutico, tratando el problema desde un enfoque positivo y de oportunidades.

Acorde con esta finalidad el artículo 26 de la Ley de referencia prohíbe expresamente el ingreso en estos recursos de menores que presenten enfermedades o trastornos mentales que requieren un tratamiento específico por parte de los servicios competentes en materia de salud mental o de atención a las personas con discapacidad.

Precisamente la prohibición del ingreso de los menores con problemas de salud mental en estos recursos es lo que motiva el inicio de la presente investigación. Y es que la experiencia acumulada de esta Institución en relación con los problemas de menores con trastornos de conducta nos ha permitido conocer un importante número de casos de chicos y chicas que han sido ingresados en los centros de protección como último recurso para atender sus patologías. En no pocas ocasiones, estos ingresos se han llevado a efecto a instancias de los profesionales de salud mental infantil y ante la ausencia de recursos específicos por el Sistema sanitario público. De este modo, ha sido necesario poner en marcha los procedimientos de declaración de desamparo o de guarda administrativa para que los menores accedieran a tales recursos públicos.

Atendiendo a este nuevo contexto marcado por la Ley Orgánica 8/2015, es voluntad de esta Defensoría abordar la atención que reciben los menores que, padeciendo algún trastorno o enfermedad mental, y que requieren tratamiento específico para su patología, ya no pueden estar en los centros especializados, antes denominados

para menores con trastornos de conducta. Asimismo, en su calidad de garantes de derechos, esta Institución ha de velar por los derechos y libertades de los menores en los centros de protección de menores con problemas de conducta, comprobando que su permanencia en los mismos se acomode a las normas contempladas en el capítulo IV de la citada Ley Orgánica.

Sobre la base de lo señalado, con fundamento legal en la Ley reguladora del Defensor del Pueblo Andaluz; y en los Derechos y la Atención al Menor, esta Institución ha decidido iniciar, de oficio, un expediente de queja.

07-09-2017 CIERRE DE LA QUEJA DE OFICIO

Se recibe informe de la Administración dando respuesta a las distintas cuestiones formuladas por esta Defensoría sobre los centros de menores con problemas de conducta, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2015.

En este sentido, el centro directivo destaca los siguientes datos:

1) La naturaleza de los centros de protección específicos de menores con problemas de conductas excluye por si misma como alternativa, el tratamiento a un menor con una enfermedad mental diagnosticada, tanto es así como el artículo 26 de la Ley 8/2015 prohíbe expresamente tal posibilidad al considerar que estos menores deben recibir un tratamiento acorde con la problemática que cada uno de ellos presente.

Partiendo de tal premisa, la problemática se suscita a la hora de delimitar los supuestos en los que, sin tener una enfermedad previamente diagnosticada, la persona menor de edad manifiesta signos que lindan entre el trastorno de orden social y educativo y el puramente psiquiátrico, debiéndose definir tales situaciones en la medida de lo posible, a efectos de proporcionar el adecuado tratamiento e intervención terapéutica.

Sin embargo, en la práctica, y excluyendo los casos de diagnóstico de enfermedad mental, tales como esquizofrenia, psicosis, etc., no es fácil delimitar estas situaciones.

El artículo 26.3 de la Ley 8/2015 establece que, si bien es la Entidad Pública que tutela o guarda al menor o en su caso el Ministerio Fiscal, previa fundamentación a través de informes psicosociales, quienes pueden instar el ingreso del mismo en un centro de protección específico para problemas de conducta, es en último término la autoridad judicial la que determina y autoriza tal ingresos, tras examinar y oír al menor y recabar el dictamen de un facultativo por él designado, así como todas aquellas pruebas que considere necesarias, dirimiendo en estos casos si el perfil del menor se adecua a la medida propuesta.

2) Respecto de los menores que si tienen una enfermedad mental diagnosticada y cuya tutela o guarda ostenta la Entidad Pública, se propicia la adecuada atención, siempre dentro del encuadre que el propio sistema sanitario público realiza respecto del tratamiento de la salud mental, abordando la problemática mediante la asistencia que se proporciona en tales casos, similar a la recibida por cualquier menor con tales psicopatologías.

Resulta esencial, la detección precoz de la problemática del menor, tarea que normalmente suele ser realizada por los educadores y miembros de equipo técnico del centro donde reside, el personal docente del centro educativo al que asiste, o el médico de atención primaria que atiende su salud, dado que son estos profesionales quienes tiene un contacto más cercano y cotidiano con los menores. Pero en todo caso, y como señala el artículo 25 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, el problema de conducta debe determinarse mediante una valoración psicosocial especializada, emitida bien por profesionales del ámbito psicosocial o por los dispositivos específicos del Sistema Sanitario Público (Equipos de Salud Mental, Unidades de Salud Mental Infanto-Juveniles, etc.), que deberán además disponer recursos para la atención de los problemas que estén relacionados con enfermedades o trastornos mentales.

Por todo ello, resulta indispensable la coordinación y colaboración con el sistema sanitario para que la

atención a los problemas de conducta de las personas menores bajo tutela cumpla con los requisitos que establece la modificación legislativa reciente, de modo que existan recursos suficientes tanto en el ámbito de los servicios sociales como de salud, para que puedan estar atendidas convenientemente sus necesidades específicas a través de un tratamiento individualizado.

3) Actualmente existen 146 plazas destinadas a menores en acogimiento residencia que presentan problemas de conducta en Andalucía.

4) A lo largo de 2016 se han atendido a 136 nuevos menores con problemas de conducta en Andalucía. El tiempo medio de permanencia en estos centros es variable en función del problema diagnosticado en el menor, pero como mínimo no suele permanecer en ellos menos de 10 o 12 meses, en otros casos la permanencia en el centro se dilata hasta conseguir que los menores alcancen los objetivos previstos para conseguir su bienestar psicológico y personal.

5) A finales del mes de abril de 2017 se encontraban acogidos en todos los centros de problemas de conducta de Andalucía un total de 139 menores.

Tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, en los centros de trastorno de conducta regionales ningún menor tuvo que abandonar el recurso donde se encontraba ingresado.

DEFENSOR DEL MENOR DE ANDALUCÍA

Preguntamos por la publicidad de bebidas alcohólicas en las marquesinas de autobuses de Sevilla

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/2475 dirigida a Ayuntamiento de Sevilla

- 19 Junio 2017

Se ha tenido conocimiento de una campaña publicitaria que, con ocasión de la próxima feria de abril, se viene realizando en las marquesinas de los autobuses urbanos y metrocentro de Sevilla.

A este respecto algunas personas nos han hecho llegar fotografías en las que se observa dicha campaña publicitaria, en unos caso referida a cerveza o vino, y en otros casos referida a bebidas alcohólicas de alta graduación.

En alguno de los citados carteles publicitarios se utiliza un mensaje que equipara los momentos de ocio con el consumo de alcohol, tratándose de una bebida alcohólica destilada con una graduación cercana a los 38 grados.

La Ley General de Publicidad, prohíbe la publicidad de bebidas con graduación alcohólica superior a 20 grados en aquellos lugares donde esté prohibida su venta o consumo.

Dicha limitación publicitaria se ha de poner en contexto con lo establecido en la Ley sobre potestades administrativas en materia de determinadas actividades de ocio en los espacios abiertos de los municipios de Andalucía, en tanto que dicha Ley prohíbe el consumo de bebidas alcohólicas por menores de edad en los espacios abiertos de los municipios de Andalucía, independientemente de que tales espacios hayan sido previamente autorizados por el Ayuntamiento para el consumo de bebidas o de que no haya mediado tal autorización municipal.

En virtud de lo expuesto, y con fundamento legal en el art. 10 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, reguladora del Defensor del Pueblo Andaluz, hemos decidido emprender, de oficio, un expediente de queja al respecto.

DEFENSOR DEL MENOR DE ANDALUCÍA

¿En qué situación se encuentran los niños de VIllamanrique, encerrados con cadenas en su habitación?. Lo investigamos

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/3155 dirigida a Ayuntamiento de Villamanrique de la Condesa (Huelva)

- 19 Junio 2017

Los medios de comunicación de Andalucía vienen relatando noticias referentes a la situación de riesgo en la que fueron localizados el pasado mayo de 2016 unos menores residentes en Villamanrique de la Condesa.

Según las crónicas periodísticas, la unidad policial adscrita a la Junta de Andalucía especializada en menores, en coordinación con la Guardia Civil, detectó en una vivienda de esa localidad a 3 menores, de edades comprendidas entre los 3 y 6 años, quienes se encontraban en una de las habitaciones encerrados con una cadena, todo ello sin que en la vivienda hubieran ninguna persona adulta que se hiciera cargo de ellos.

En las cronicas periodísticas se destaca que dicha vivienda, al igual que otras colindantes, se encuentran ocupadas por familias de forma irregular, sin ningún título jurídico que les permita habitarlas. Las viviendas citadas, de reciente construcción, carecen de las condiciones básicas para su habitabilidad, ya que no disponen de agua corriente, ni electricidad, y aún no tienen instaladas ventanas.

También se reseña que los menores objeto de la intervención policial no estaban escolarizados, ni constaba que hubiesen acudido al pediatra o médico de cabecera para el control sanitario previsto para su edad, siendo así que era frecuente verlos deambular por la localidad sin la compañía de personas adultas responsables de su cuidado.

En virtud de lo expuesto, y con fundamento legal en el art. 10 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, reguladora de esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz, también Defensor del Menor de Andalucía, se ha incoado, de oficio, un expediente con la finalidad de corroborar las actuaciones que hubieran podido realizar los servicios sociales de esa localidad para detectar e intervenir en la situación de riesgo de los menores y su núcleo familiar de convivencia y, en su caso, la posible propuesta de intervención que se hubiera podido elevar a los servicios de protección de menores de la Junta de Andalucía.

DEFENSOR DEL MENOR DE ANDALUCÍA

Investigamos la muerte de un bebé de siete meses zarandeado

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/3387 dirigida a Consejería de Salud, Servicio Andaluz de Salud, Hospital Universitario "Virgen Macarena", Unidad de Trabajo Social., Consejería de Igualdad y Políticas Sociales, Delegación Territorial en Sevilla., Ayuntamiento de Sevilla

- 23 Junio 2017

Los medios de comunicación de Andalucía vienen relatando noticias referentes al fallecimiento de un niño, de 7 meses de edad, que ingresó el pasado día 12 de junio en las urgencias del hospital Virgen Macarena con graves lesiones en su cabeza compatibles con un posible maltrato (síndrome de niño zarandeado).

Según las crónicas periodísticas, tras el ingreso hospitalario del niño la policía procedió a la detención y puesta a disposición judicial de los padres, todo ello ante los indicios de que el menor pudiera haber sido objeto de malos tratos a consecuencia de los cuales sufrió las lesiones que a la postre motivaron el fatal desenlace.

Del relato de los hechos destaca la juventud de sus padres, de 18 y 19 años de edad, respectivamente, y los antecedentes conocidos de la situación de riesgo en que se encontraría el menor. Es así que la madre estuvo en prisión mientras estaba embarazada. Su hijo nació de forma prematura con solo kilo y medio de peso, debiendo ser ingresado para recibir cuidados especiales en la unidad de neonatos. Tras recibir el alta hospitalaria, los padres ejercieron la guarda y custodia de su hijo pero sin cumplir con los controles programados de pediatría, y sin que, en apariencia, los servicios sociales efectuaran un seguimiento de su situación.

Una vez que el niño ingresó en el hospital, el Ente Público de Protección de Menores declaró su situación de desamparo, la cual no llegó a ejecutarse ante el fallecimiento del niño consecuencia de las graves lesiones que padecía.

En virtud de lo expuesto, y con fundamento legal en el art. 10 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, reguladora de esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz, también Defensor del Menor de Andalucía, se ha incoado, de oficio, un expediente con la finalidad de corroborar las actuaciones que hubieran podido realizar tanto los servicios sociales del hospital como los servicios sociales correspondientes al domicilio de los padres para detectar e intervenir ante la posible situación de riesgo del menor. De igual modo, se supervisará la intervención del Ente Público de Protección en este caso, en especial si disponían de antecedentes de la situación de la familia y las decisiones que en protección del menor se hubieran podido adoptar.

DEFENSOR DEL MENOR DE ANDALUCÍA

Actuamos de oficio ante el alojamiento de menores inmigrantes en sendas casas ante la saturación de los centros de protección

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/3620 dirigida a Consejería de Igualdad y Políticas Sociales, Dirección General de Infancia y Familias

- 11 Agosto 2017

Los medios de comunicación de Andalucía vienen relatando noticias referentes a un importante número de menores inmigrantes no acompañados -aproximadamente 40- que ante la saturación de los recursos residenciales previstos por el Ente Público para su guarda y custodia se encuentran acogidos temporalmente por familias de Estación de Jimena (Cádiz).

Según las crónicas periodísticas, los menores se habrían dividido en 2 grupos de 20 y habrían sido alojados de manera temporal en 2 viviendas de dicha localidad, cada una de las cuales estaría a cargo de 2 monitores/educadores.

Estas 2 viviendas están gestionadas por la Fundación SAMU y habrían sido habilitadas de forma urgente por la Dirección General de Infancia y Familias, con cargo al programa de Unidades Temporales de Acogida de Emergencia.

La situación de saturación de los recursos disponibles para la acogida de menores inmigrantes se viene acentuando en los últimos tiempos, tal como viene denunciando el Comité de Empresa de la Delegación Territorial de Igualdad y Políticas Sociales de Cádiz, que alerta de los problemas que esta saturación producen en el funcionamiento ordinario de los centros de protección de menores.

También alerta el Comité de Empresa de que los menores inmigrantes llegan a los centros sin ningún examen previo sobre su estado de salud, con el consiguiente riesgo de propagación de enfermedades intecto-contagiosas para el personal y menores residentes. A lo expuesto añáden que el hacinamiento de jóvenes genera problemas de convivencia y desórdenes de todo tipo que dificultan la labor educativa.

En virtud de lo expuesto, y con fundamento legal en el art. 10 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, reguladora de esta Institución, se ha decidido iniciar, de oficio, un actuación en salvaguarda de los derechos de los menores antes citados.

Reclamamos al Ayuntamiento que le reconozca y abone la deuda por el suministro de maquinaria para limpieza de playas

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 16/4969 dirigida a Ayuntamiento de Albuñol (Granada)

- 19 Diciembre 2016

El Defensor del Pueblo Andaluz formula Resolución al Ayuntamiento de Albuñol recomendando que tenga por efectuada la reclamación de cantidad que reitera el interesado y, estimando la misma, dicte lo oportuno en relación a la comprobación de su importe y al reconocimiento de la deuda, así como a la orden de pago, por la realización y puesta a disposición del Ayuntamiento de la maquinaria antes referida.

Asimismo recomienda que, igual y subsidiariamente, se adopte medida de previsión económico financiera en el Presupuesto municipal, si el mismo se estuviere tramitando, o se lleve a cabo la modificación pertinente, en tanto en cuanto en él no se prevea y contenga dotación presupuestaria para hacer efectivo el pago de la cantidad que se le adeude al interesado. Solicitándole, en su caso, aporte la documentación pertinente y necesaria a fin de acreditar los compromisos adquiridos por el Ayuntamiento con él, en forma verbal o escrita.

ANTECEDENTES

I.- El interesado nos exponía el impago de encargo de suministro de maquinaria para el Ayuntamiento de Albuñol; aportando copia de escrito remitido el 12 de abril de 2016 a ese Ayuntamiento y documentación que consideraba acreditativa de suministro de maquinaria para limpieza de playas, que no le ha sido pagada pese al tiempo transcurrido desde la formalización del contrato y presentación reiterada de la referida documentación al efecto, desde el año de su entrega a la Administración municipal.

II.- Solicitado informe al Ayuntamiento de Albuñol, el mismo nos contestaba que en la Administración municipal no consta copia del contrato de suministro de la maquinaria para la limpieza de playas de fecha 17 de mayo de 1991 y que, el interesado (Empresa de Suministros Industriales CIF 18083097) no lo ha aportado en la continuas reclamaciones que venía formulando ante la misma.

Añadía el informe municipal que sí había constancia de un Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 17 de abril de 1995, sobre reconocimiento de deuda existente entonces, por un importe de 1.175.277 ptas. También reiteradas peticiones de pago de la deuda pendiente formuladas por el interesado desde 1995, sin que consten a la Administración Municipal las razones del impago, ni las razones por las que no se acogió el interesado al Plan de Pago a Proveedores de 2012.

La Alcaldía considera que actualmente la liquidación de deuda pendiente se presenta de forma unilateral, sin documentación de apoyo y puede que sea inexacta, no permitiendo la situación económica de la

Corporación el pago de la deuda.

CONSIDERACIONES

Primera.- *Competencias municipales en materia de playas*

Como expone el interesado y así se desprende implícitamente de la respuesta recibida del Ayuntamiento, por el mismo se efectuó el encargo, y por el proveedor se habría procedido a realizar en su día el suministro de la maquinaria referida en las actuaciones y, pese a las múltiples ocasiones en que se ha dirigido a la Administración municipal concernida, reclamando el pago del suministro, ni se le abona ni se le indica fecha para su cobro, pese a que en el Ayuntamiento sí había constancia de un Acuerdo de la Junta de Gobierno Local ya de fecha 17 de abril de 1995, reconociendo deuda pendiente de pago.

Circunstancias de hecho las anteriores que vienen a incardinar el contrato de suministro de la maquinaria que refiere el interesado, en el ámbito del ejercicio por una Administración Local de competencias generales señaladas en el art. 25, en relación con el art. 26 de la Ley 7/1985, de 2 de Abril (y modificaciones posteriores), sobre espacios públicos, ornato y limpieza de los mismos; promoción y defensa de los intereses generales del Municipio; y conforme estableció el artículo 115 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas (y modificaciones posteriores):

> «Las competencias municipales, en los términos previstos por la legislación que dicten las Comunidades Autónomas, podrán abarcar los siguientes extremos:
>
> **Mantener las playas y lugares públicos de baño en las debidas condiciones de limpieza, higiene y salubridad,** así como vigilar la observancia de las normas e instrucciones dictadas por la Administración del Estado sobre salvamento y seguridad de las vidas humanas.»

Lo que nos permite, sobre la base de la constatación de datos que ya efectúa el informe municipal, presuponer la existencia y celebración del contrato para el suministro de maquinaria para la limpieza de playa que refiere el interesado y, el necesario cumplimiento de las obligaciones derivadas de la celebración del mismo para las partes. Y, desde luego la obligación de pago del Ayuntamiento respecto del precio de la máquina, acordado en el contrato.

Segunda.- *Cumplimiento de obligaciones*

Según comunicación escrita referente, remitida por el interesado a la Alcaldía, hay cantidad pendiente de pago respecto del coste total del suministro, sin que se haya hecho efectivo el importe indicado y que reclama aquél; y sin que, cuando menos se inicie una investigación en la Intervención municipal y en el Archivo del Ayuntamiento sobre los asientos contables efectuados en los Libros correspondientes para tratar de determinar el importe de la deuda contraída y de los pagos a cuenta que se hubieren efectuado, así como las cantidades pendientes.

Tales circunstancias nos indican que de facto se estaría incumpliendo la obligación contraída por la Administración municipal y por sus representantes en su nombre, ya en 1991 y posteriormente confirmadas en fecha 17 de abril de 1995.

A tenor de lo establecido en el art. 1089 del Código Civil: *"Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia"*.

Así mismo y conforme a lo establecido en art. 1090 del citado Cuerpo Legal: ***"Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos".***

Por cuanto antecede, en aplicación de lo establecido en el Art. 29.1 de la Ley 9/1983 de 1 de Diciembre

del Defensor del Pueblo Andaluz, formulamos a esa Alcaldía la siguiente

RESOLUCIÓN

RECOMENDACIÓN 1: Tenga por efectuada la reclamación de cantidad que reitera el interesado y, estimando la misma, dicte lo oportuno en relación a la comprobación de su importe y al reconocimiento de la deuda, así como a la orden de pago, por la realización y puesta a disposición del Ayuntamiento de la maquinaria antes referida.

RECOMENDACIÓN 2: Igual y subsidiariamente, se adopte medida de previsión económico financiera en el Presupuesto municipal, si el mismo se estuviere tramitando, o se lleve a cabo la modificación pertinente, en tanto en cuanto en él no se prevea y contenga dotación presupuestaria para hacer efectivo el pago de la cantidad que se le adeude al interesado. Solicitándole, en su caso, aporte la documentación pertinente y necesaria a fin de acreditar los compromisos adquiridos por el Ayuntamiento con él, en forma verbal o escrita.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Reclamamos que se le dé de baja en la tasa por recogida de residuos domésticos y se le devuelva lo cobrado

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 16/4247 dirigida a Ayuntamiento de Cártama (Málaga)

- 18 Agosto 2016

El Defensor del Pueblo Andaluz formula Resolución al Ayuntamiento de Cártama recomendando que se tramite la baja en el padrón de la Tasa por la prestación del servicio de gestión de residuos domésticos a la parte promotora de la queja y, en consecuencia, se proceda a anular las liquidaciones emitidas, tanto si se han abonado como si estuvieran pendientes de pago, y a devolver los ingresos indebidamente cobrados por las mismas, si fuere el caso.

ANTECEDENTES

I.- El interesado presentó escrito de queja en fecha 22 de julio de 2016 (recepción en el Servicio de Correos) manifestando que mediante Decreto 2016/0294 de la Delegación Municipal de Hacienda se incluyó la vivienda con referencia catastral (...) como objeto tributario en el Padrón de la Tasa de Recogida de Residuos, para el ejercicio de 2014.

Resolución que al mismo tiempo liquidaba por los hechos imponibles de ejercicios anteriores no prescritos, en aplicación de las Tarifas incluidas en el Art. 5.1 de la Ordenanza Fiscal nº 10 , en concepto de vivienda en diseminado, por un importe de 42 euros /ejercicio.

Acreditaba el interesado en la documentación adjunta a su queja, que en fecha 2 de marzo de 2016 había formulado reclamación y, tras la desestimación de ésta, recurso de reposición en fecha 7 de abril de 2016, haciendo constar en sus alegaciones básicamente y en síntesis que la Administración municipal en la zona de diseminado en que habita no cuenta con elementos del servicio que permitan considerar que el mismo se presta de forma efectiva.

Los contenedores más próximos que se dice haber instalado por el Ayuntamiento, están a un kilómetro, presentando difícil acceso desde la vivienda del interesado, por lo que éste cuestionaba la procedencia de realizarle liquidaciones por la Tasa del servicio de gestión de residuos domésticos, al entender que la distancia existente entre su propiedad y el contenedor del servicio más próximo excedía de los límites que permitirían considerar que el servicio referido se presta efectivamente.

II. Entre la documentación aportada con el escrito de queja, el interesado nos enviaba copia de la notificación recibida de la Administración municipal por la que se le trasladó Decreto de Alcaldía 2016/1862, de 12 de abril de 2016, desestimatorio del Recurso de Reposición antedicho (Expte. ...), argumentando la Administración en favor de su pretensión de incluir el objeto tributario en el Padrón

fiscal referido y, para liquidar por los hechos imponibles de los ejercicios no prescritos, que tal actuación resultaba conforme a la Ordenanza referida, con reducción en la tarifa, al considerar que el servicio -si bien para viviendas en diseminado- estaba efectivamente establecido al facilitar contenedores para la recogida de residuos en la zona en cuestión, reconociendo en informe técnico-administrativo incorporado a la resolución, que el más próximo para el interesado estaba a un kilómetro de distancia.

Por todo lo anteriormente expuesto, tras la admisión a trámite al constar en la queja -suficientemente documentada- actos administrativos sustanciales del procedimiento seguido y la documental acreditativa de su realización y tramitación, deseamos formular al respecto las siguientes

CONSIDERACIONES

Primera.- La Ordenanza Fiscal Reguladora y la normativa básica de Haciendas Locales.

Como consta en el artículo 1 de la Ordenanza Fiscal número 10, reguladora de la tasa de recogida de basuras, el Ayuntamiento, en uso de las facultades que le corresponden por aplicación de lo establecido los artículos 133.2 y 142 de la Constitución, y en el artículo 106 de la Ley 7/1.985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 15 y siguientes del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobó la Tasa por recogida de Basuras que se regirá por la citada Ordenanza Fiscal, cuyas normas atienden a lo previsto en el artículo 57 del citado Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales y al principio de legalidad y restantes que configuran el sistema tributario, en virtud de lo establecido en el artículo 31 de la Constitución:

> «1 Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio.
>
> 2 El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía.
>
> 3 Sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley.»

El artículo 2 de la ordenanza fiscal reguladora de la Tasa por la prestación del servicio de gestión de residuos domésticos señala que constituye su hecho imponible la prestación del servicio de recepción obligatoria de recogida de basuras domiciliarias y residuos sólidos de inmuebles, dentro de la zona de cobertura y prestación del servicio citado.

Por otra parte, el artículo 20 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales establece que el hecho imponible de las Tasas será «la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local, así como por la prestación de servicios públicos o la realización de actividades administrativas de competencia local que se refieran, afecten o beneficien de modo particular a los sujetos pasivos».

El problema de fondo objeto de la queja que se somete a nuestra consideración radica en la determinación de si se produce el hecho imponible, conforme a lo regulado en el Ordenamiento antes citado.

Aun cuando en las presentes actuaciones el Ayuntamiento reconoce directamente al interesado que el servicio no se presta en las mismas condiciones que en zona urbana, sí mantiene que lo presta y está efectivamente establecido en la mejor forma posible, habiendo instalado diversos grupos de contenedores en accesos al diseminado a cierta distancia de la vivienda del interesado, razón por la cual ha reducido la cuantía de la tasa con respecto a la que cobra en zona urbana.

Así, la cuota tributaria según la tarifa establecida en el Artículo 5.1 de la Ordenanza Fiscal número 10, es

de 42 euros para vivienda en diseminado, y de 59 euros en vivienda en zona urbana.

SEGUNDA.- La interpretación jurisprudencial sobre la efectiva prestación del servicio.

Para fundamentar nuestra Resolución hemos de recurrir a la interpretación jurisprudencial contenida en la doctrina fijada por el Tribunal Supremo en sus Sentencias al respecto.

El Alto Tribunal defiende que **procede la tasa cuando el servicio se presta efectivamente, con independencia del grado de uso, o no uso, que el particular haga de de dicho servicio** en lo que se ha dado en llamar "la efectiva prestación del servicio o realización de la actividad por la Administración municipal", que se convierte en el requisito clave para poder someter al hecho imponible y liquidar por la tasa, que solamente se devenga cuando, además de que exista el servicio en el municipio, dicho servicio se preste de manera efectiva a quienes se exige su pago.

Han sido diversas las Sentencias que se han venido pronunciando sobre la cuestión:

En Sentencia de 20 de febrero de 1996, afirma el Tribunal que «*la efectiva prestación de un servicio municipal es presupuesto imprescindible para que pueda exigirse tasa por tal concepto por cuanto el hecho imponible en el mismo viene constituido por la efectiva prestación de un servicio que beneficie o afecte de modo particular al sujeto pasivo, sin que la mera existencia del servicio municipal sea suficiente para constituir a una persona en sujeto pasivo de la tasa establecida para su financiación, si el servicio no se presta en forma que aquélla pueda considerarse especialmente afectada por aquél, en forma de beneficio efectivo o provocación de la actividad municipal.*»

En parecidos términos, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1997, consideró que:

> «…Es obligado, a este respecto, recordar que el hecho imponible de la tasa viene constituido por la prestación de un servicio o la realización de una actividad que beneficia o afecta de modo particular al sujeto pasivo. Lo dice taxativamente el artículo 26.1. a) de la Ley General Tributaria de 1963 (RCL 1963, 2490 y NDL 15243), según el cual 'las tasas son tributos cuyo hecho imponible consiste en la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de Derecho público que se refieran, afecten, o beneficien a los sujetos pasivos, cuando concurran las dos circunstancias siguientes:
>
> a) Que sean de solicitud o recepción obligatoria para los administrados; b) Que no puedan prestarse o realizarse por el sector privado por cuanto impliquen intervención en la actuación de los particulares o cualquier otra manifestación del ejercicio de autoridad o por que, en relación a dichos servicios, esté establecida su reserva a favor del sector público conforme a la normativa vigente.
>
> … ni siquiera la mera existencia de un servicio municipal es suficiente para constituir a una persona en sujeto pasivo de la tasa establecida para su financiación, si el servicio no se presta de modo que aquélla pueda considerarse especialmente afectada por él, en forma de beneficio efectivo o provocación por el interesado de la actividad municipal, pues solo con esas características puede ser un servicio municipal legitimador de la exigencia de la tasa.»

Igualmente hemos de traer a colación la interpretación doctrinal de los Tribunales Superiores de Justicia muy detallada en relación a cómo probar la efectiva prestación del servicio, considerando la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 11 de mayo de 1998, que «a carga de probar el hecho imponible generador de cualquier tributo incumbe a la Administración que reclama su pago. Y esa prueba, por lo que hace a la tasa de basuras, requiere demostrar que el domicilio del pretendido obligado no sólo ha dispuesto de un servicio de recogida en su proximidad sino que ha podido beneficiarse del mismo en términos y condiciones que no comporten un sacrificio personal superior al que se considera tolerable a estos efectos en los usos sociales».

Por otra parte, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 27 de septiembre

de 1997, declaró improcedente el cobro de la tasa, al haber quedado acreditado que en el domicilio de la recurrente no existía contenedor de basuras a menos de 300 metros. No se considera prestado el servicio municipal y por ello no se realiza el hecho imponible que habilita a reclamar el pago de la tasa.

En ese sentido señalaba la citada Sentencia: «en el domicilio de la entidad recurrente no existe ni ha existido nunca contenedor de basuras, encontrándose el más próximo a 300 metros de distancia, y que por tanto no se le ha realizado el servicio de recogida de basuras, procede declarar vulnerados los artículos 20 y 26 de la Ley de Haciendas Locales, ya que para poderse exaccionar una tasa determinada es necesario que el municipio preste el servicio y que éste beneficie especialmente al administrado o le afecte de modo particular, por lo que no se puede exaccionar una tasa por un servicio que no se presta».

Así pues, como lo cuestionado en las presentes actuaciones resulta ser que el interesado no dispone a una distancia razonable de los elementos del servicio instalados para la recogida de los residuos de su vivienda, que se encuentran a un kilómetro de distancia de la misma, de acuerdo con la interpretación jurisprudencial señalada, y en ejercicio de las facultades y atribuciones que a esta Institución confiere el artículo 29.1, de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, formulamos a la Alcaldía Presidencia del Ayuntamiento de Cártama la siguiente

RESOLUCIÓN

RECOMENDACIÓN en el sentido de que se tramite la baja en el padrón de la Tasa por la prestación del servicio de gestión de residuos domésticos al interesado y, en consecuencia, se proceda a anular las liquidaciones emitidas, tanto si se han abonado como si estuvieran pendientes de pago, y a devolver los ingresos indebidamente cobrados por las mismas, si fuere el caso.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

¿Qué medidas se han adoptado para la protección de las pinturas rupestres de la Cueva de Atlanterra en Tarifa?. Lo investigamos

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/2688 dirigida a Consejería de Turismo y Deporte, Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte en Cádiz

- 28 Septiembre 2017

RESUMEN DEL RESULTADO (CIERRE DE QUEJA DE OFICIO)

Tuvimos conocimiento de que, en el municipio de Tarifa, un yacimiento de alto valor arqueológico, de 18.000 años de antigüedad, había sido objeto de expolios y daños contra pinturas de arte rupestre producidos por actos vandálicos en las cuevas del paraje de Atlanterra.

Por ello, incoamos queja de oficio para conocer las medidas que se han adoptado por la autoridad cultural en orden a la delimitación y protección de este importante yacimiento, así como los elementos de protección y defensa ante el riesgo de estos actos que violentan los restos susceptibles de tutela y defensa.

En el informe recibido desde la Delegación Territorial de Cultura de Cádiz se nos indica que:

"Ante las agresiones sufridas en la cueva en 2010, esta Delegación financió su restauración y limpieza, junto a la Cueva de los Alemanes, por importe de 6000,00 euros.

No obstante, a pesar de estar ubicada en una parcela urbanizada y supuestamente controlada, el cerramiento instalado por esta Delegación ha sido violentado, y las pinturas han vuelto a ser agredidas.

Recientemente, la Comisión Provincial de Patrimonio Histórico de Cádiz, de fecha 21 de junio de 2017 ha informado favorablemente el proyecto presentado por el Ayuntamiento de Tarifa de cerramiento de dicha Cueva. Dicho cerramiento se realiza a base de enrejado de acero en la misma embocadura del abrigo.

El informe explica que:

"Ante este problema, la implantación de medidas de seguridad a través de instalación de vallados o colocación de rejas han demostrado ser de dudosa eficacia, además de estar muy cuestionada por numerosos especialistas en arte rupestre, dada la agresión que supone a la roca, además del impacto visual y paisajístico".

Por ello, en estos momentos en los que se prepara la ejecución del nuevo proyecto de protección, procede aguardar sus resultados y disponer de futuras evaluaciones de su aplicación. En todo caso, debemos insistir en la máxima diligencia a la hora de disponer la protección de estos valiosos restos pictóricos de antigüedad milenaria.

19/06/2017 APERTURA DE LA QUEJA DE OFICIO

Esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz ha venido desarrollando una amplia y dilatada labor de atención al eficaz sistema normativo de promoción y protección del patrimonio histórico artístico.

Así, en los sucesivos Informes Anuales al Parlamento, al igual que con motivo de la elaboración de los Informes Especiales, la Institución ha querido contribuir al mejor desempeño de las actuaciones de los poderes públicos para la protección y puesta en valor de nuestra riqueza monumental. Todo ello en consonancia con las funciones de protección y tutela de los derechos establecidos en los artículos 44 de la Constitución y 33 y 37.1º.18 del Estatuto de Autonomía en el ámbito de la cultura.

En el amplio escenario de intervenciones de este tipo que se producen a lo largo del territorio andaluz, ocupa un lugar preeminente las acciones que posibilitan el efectivo disfrute de nuestro patrimonio cultural gracias a promover su conocimiento e investigación a través de las intervenciones arqueológicas «con el objetivo de que la investigación revierta en un aumento y cualificación del conocimiento histórico de nuestro pasado y presente», en los términos que afirma el Decreto 168/2003, de 17 de Junio (BOJA 134, de 15 de Julio), por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Arqueológicas.

En el conjunto de actividades de protección de la riqueza arqueológica andaluza, las autoridades culturales ha venido desarrollando una importante labor de localización, descripción e investigación de las zonas que han acreditado este interés en el conjunto de elementos que componen el rico y variado Patrimonio Histórico Andaluz.

Así, en el caso del territorio de la provincia de Cádiz, concretamente en el entorno del Parque de los Alcornocales y zona del Estrecho, hemos tenido conocimiento del asalto y ataque de las pinturas rupestres de la denominada Cueva de Atlanterra. Se trata de un recinto, en el término municipal de Tarifa, que alberga importantes ejemplos de pinturas rupestres datadas en 18.000 años de antigüedad y, por tanto, de gran valor por ser exponentes del denominado “Arte Sureño”, dentro de estas reseñas propias del Paleolítico Superior, Neolítico y Edad de Cobre.

Según las informaciones publicadas, se han denunciado agresiones con motivo del ataque con pinturas a estos recintos y sus entornos. Tales hechos han sido conocidos por investigadores y entidades ciudadanas comprometidas con este patrimonio que coinciden en señalar que las medidas de protección no resultan eficaces.

Por ello, interesa conocer las medidas que se han adoptado por la autoridad cultural en orden a la delimitación y protección de este importante yacimiento, así como los elementos de protección y defensa ante el riesgo de estos ataques que violentan los restos susceptibles de tutela y defensa. Igualmente, es necesario conocer el alcance de los daños supuestos en estas inscripciones y las medidas que, en su caso, se prevean adoptar para su reparación.

En suma, resulta de sumo interés conocer el resultado práctico de las disposiciones declarativas de un régimen de delimitación y protección de este yacimiento no sólo como objeto de intervenciones de investigación y estudio sino, en particular, como instrumento que ponga en marcha todas las medidas de protección y tutela que se nos antojan esenciales para hacer posible la conservación de tales restos y su posterior explotación científica y para impedir supuestos de agresiones y expolios de la envergadura como la que se ha descrito en el lamentable caso del yacimiento de la “Cueva de Atlanterra”, en Tarifa (Cádiz).

Por ello, hemos considerado oportuno proponer incoar queja de oficio al amparo del artículo 10 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre del Defensor del Pueblo Andaluz, ante la Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte de Cádiz, a fin de conocer:

- medidas de protección de la “Cueva de Atlanterra”, en Tarifa (Cádiz).
- labores de intervención arqueológica que se hubieran realizado.
- descripción de los daños que se hubieran provocado sobre las inscripciones y pinturas del yacimiento.

28-09-2017 CIERRE DE LA QUEJA DE OFICIO

En el informe recibido desde la Delegación Territorial de Cultura de Cádiz se nos indica que:

"Ante las agresiones sufridas en la cueva en 2010, esta Delegación financió su restauración y limpieza, junto a la Cueva de los Alemanes, por importe de 6000,00 euros.

No obstante, a pesar de estar ubicada en una parcela urbanizada y supuestamente controlada, el cerramiento instalado por esta Delegación ha sido violentado, y las pinturas han vuelto a ser agredidas.

Recientemente, la Comisión Provincial de Patrimonio Histórico de Cádiz, de fecha 21 de junio de 2017 ha informado favorablemente el proyecto presentado por el Ayuntamiento de Tarifa de cerramiento de dicha Cueva. Dicho cerramiento se realiza a base de enrejado de acero en la misma embocadura del abrigo.

Las soluciones y actuaciones para la protección del Arte Rupestre no es tan inmediata como algunos tratan de poner en evidencia (instalar rejas, intervenir arqueológicamente, etc.) y que si es cierto que el problema existe, y hay que tomar medidas allí donde se manifieste, su solución de manera preventiva y sistemática, no puede depender exclusivamente de los presupuestos de la Administración pública. Siendo altamente recomendable no solo la denuncia, sino también la implicación directa de otros colectivos en la protección de dicho patrimonio, así como la participación de los expertos a fin de determinar cuáles son las fórmulas idóneas de actuación."

Ciertamente, nos encontramos ante un supuesto singularmente grave de expolio de un yacimiento que parece que no ha logrado hacer operativas ni efectivas las medidas de protección que, como tal elemento del patrimonio cultural, ostenta.

El informe explica que:

"Ante este problema, la implantación de medidas de seguridad a través de instalación de vallados o colocación de rejas han demostrado ser de dudosa eficacia, además de estar muy cuestionada por numerosos especialistas en arte rupestre, dada la agresión que supone a la roca, además del impacto visual y paisajístico".

Por ello, en estos momentos en los que se prepara la ejecución del nuevo proyecto de protección, procede aguardar sus resultados y disponer de futuras evaluaciones de su aplicación. En todo caso, debemos insistir en la máxima diligencia a la hora de disponer la protección de estos valiosos restos pictóricos de antigüedad milenaria.

Agradecemos la colaboración prestada y procedemos a la finalización de nuestras actuaciones, sin perjuicio de la continuidad de las acciones de seguimiento que el caso merece.

Queremos que Motril cuente con mayor protección de su patrimonio

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 17/2407 dirigida a Ayuntamiento de Motril (Granada)

- 27 Julio 2017

Que se agilicen los trámites destinados a adoptar medidas para la protección de inmuebles singulares en Motril

ANTECEDENTES

1.- Con fecha 2 de Mayo de 2017 el Defensor del Pueblo Andaluz acordó la apertura de queja de oficio relativa a la protección de edificios singulares en el centro de la localidad de Motril ante su Ayuntamiento. Dicha queja de oficio supuso la petición de información dirigida ante ese organismo en los siguientes términos:

> *"Esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz ha venido desarrollando una amplia y dilatada labor de atención ante el sistema normativo de promoción y protección del patrimonio histórico artístico.*
>
> *Así, en los sucesivos Informes Anuales al Parlamento, al igual que con motivo de la elaboración de los Informes Especiales, la Institución ha querido contribuir al mejor desempeño de las actuaciones de los poderes públicos para la protección y puesta en valor de nuestra riqueza monumental. Todo ello en consonancia con las funciones de protección y tutela de los derechos establecidos en los artículos 44 de la Constitución y 33 y 37.1º.18 del Estatuto de Autonomía en el ámbito de la Cultura.*
>
> *En el amplio escenario de intervenciones de este tipo que se producen a lo largo del territorio andaluz, ocupa un lugar preeminente las acciones que posibilitan el efectivo disfrute de nuestro patrimonio cultural gracias a promover su conocimiento y protección.*
>
> *Sin duda, en determinadas comarcas y localidades de Andalucía, esta tarea compleja e ingente adquiere la dificultad de proteger un importante patrimonio con recursos siempre escasos de la alta concentración de este patrimonio histórico y monumental. Tal es el caso, sin lugar a dudas, de algunos municipios de la costa granadina.*
>
> *Acorde con este objetivo de promover todas las condiciones que inciden en la conservación y puesta en valor de las características de los núcleos urbanos, hemos tenido conocimiento, a través de los medios de comunicación, de concretas acciones de derribo de inmuebles con un valor arquitectónico relevante del centro de la capital motrileña que ha provocado una reacción de protesta y desacuerdo de determinados sectores de la sociedad local. Frente a una voluntad*

declarada de conservar y proteger edificios de estas tipologías, se ha manifestado desde las instancias municipales la dificultad normativa para impedir estas demoliciones al carecer de instrumentos jurídicos eficaces para limitar estas intervenciones.

Se explica que "El Plan de Urbanismo vigente en Motril, que data de 2003, sacó prácticamente todas las viviendas privadas del catálogo de edificaciones protegidas, donde sí figuran edificios públicos y otros privados singulares".

La situación descrita refleja una aparente inexactitud ya que el ordenamiento jurídico ha conformado una amplia herramienta para dotar de instrumentos de identificación y categorización para los bienes inmuebles que, por una rica tipología de valores, merezcan un régimen especial que garantice finalmente su conservación y protección (...).

En suma, ya sea referido a las disposición específicas de carácter urbanístico, como a través de la normativa patrimonial y cultural, las Administraciones Públicas disponen de instrumentos perfectamente válidos para acometer esas medidas normativas que ofrezcan la protección de los conjuntos urbanos y de sus inmuebles dignos de interés.

En base a dichas potestades, y ante la aparente carencia de instrumentos normativos de protección que se alude desde las instancias municipales, esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz considera oportuno interesarse por el conocimiento de las medidas que se han adoptado, o se prevean adoptar, para dotar al municipio de Motril de las políticas de protección del patrimonio inmueble amenazado.

Por ello, hemos considerado oportuno proponer incoar queja de oficio al amparo del artículo 10 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre del Defensor del Pueblo Andaluz, ante el Ayuntamiento de Motril, a fin de conocer:

- *régimen de protección que ostente en la actualidad el centro histórico de la ciudad de Motril.*
- *medidas de carácter urgente que se pretendan adoptar para la identificación o catalogación de los inmuebles susceptibles de contar con un régimen singular de protección y amenazados en su conservación.*
- *iniciativas adoptadas para la protección urbanística o cultural de los inmuebles merecedores de tutela.*
- *cualquier otra circunstancia que consideren oportuno transmitir para esclarecer el asunto que nos ocupa".*

2.- Con fecha 30 de Junio de 2017, el Ayuntamiento de Motril, a través de su alcaldesa, remitió un informe en el que expone:

"El municipio de Motril, cuenta con un Plan General de Ordenación Urbanística vigente (en adelante PGOU) aprobado definitivamente mediante acuerdo adoptado por la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismo (CPOTU) el 19 de diciembre de 2003 y adaptado a la ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación urbanística de Andalucía (LOUA). Desde el propio planteamiento general se recoge el ámbito del centro histórico y comercial de la ciudad, estableciéndose también la necesidad de la redacción de un Plan Especial de Protección que estudie y desarrolle los valores reales y potenciales que le son propios, no existiendo a día de la fecha ni planeamiento ni una normativa urbanística específica para esta zona.

Asimismo, el PGOU cuenta entre los documentos con un Catálogo de Elementos Protegidos del Término Municipal, donde se recogen los elementos (construcciones, conjuntos urbanos, zonas o áreas del territorio) que por sus singulares valores estéticos, históricos, ambientales, étnicos, cultural, etc., deben de ser conservados como patrimonio cultural de la ciudad, limitándose las actuaciones sobre cada uno de ellos de acuerdo con las medidas o grados de protección que el documento establece para cada uno de ellos, así como atendiendo a la normativa sectorial de protección de patrimonio en los casos de aplicación (...).

Sin embargo, este documento deja edificaciones privadas con cierta relevancia arquitectónica sin protección alguna, quedando solamente los edificios públicos y algunos edificios privados singulares bajo una protección que garantiza su conservación, y ello a pesar de que desde el año 1984, con una clara voluntad de conservar y proteger el Patrimonio inmueble de la ciudad, se aprobó inicialmente un documento de Catálogo que incluía la mayor parte del mismo que en su momento todavía permanecía en buen estado de conservación, pero lamentablemente dicho expediente no llegó a completar su tramitación. En el año 1990, la revisión del Plan General dejó catalogada una muestra mínima de edificaciones privadas y el Plan General del año 2003, que es el vigente, no amplió esta catalogación, recogiendo prácticamente los mismos elementos a proteger que la anterior.

En base a lo anteriormente referido y a consecuencia de las necesidades detectadas en cuanto a protección del patrimonio se refiere, se inicia en el año 2015 por parte de los Servicios Técnicos Municipales, la redacción del documento de Avance del Plan Especial de Protección del Casco Histórico (en adelante PEPCH).

En tal sentido, al objeto de dar respuesta a esta necesidad planteada, el PEPCH se estructura a partir del análisis de cinco aspectos o ejes básicos de estudio relacionados entre si para obtener un diagnóstico adecuado y actuar en consecuencia ,entendiendo la complejidad del conjunto e interviniendo sobre el mismo. Uno de ellos, el Eje 1 "Arquitectura", constituye un pilar fundamental en cuanto a la intervención decidida sobre el patrimonio de interés y los elementos singulares de valor que merecen protección, entre otros el inmueble de la plaza de los jardinillos recientemente demolido.

El documento elaborado (Avance PEPCH) fue remitido en Agosto de 2016 a los diferentes grupos políticos con representación en la Corporación municipal ,a fin de recabar las sugerencias que estimasen oportunas.

Ante los hechos acontecidos y debido a la dilatada tramitación que conlleva la aprobación del documento del PEPCH, en fecha 5 de mayo de 2017 se aprueba el Avance del Plan Especial en sesión Plenaria, con el objetivo, entre otros, de revisar el Catálogo del PGOU vigente e incorporar ciertas edificaciones que actualmente no cuentan con protección alguna, teniendo en cuenta que si no se actúa cuanto antes, la antedicha situación se repetirá en los escasos inmuebles privados representativos de la arquitectura de primeros de siglo XX que quedan en nuestra ciudad.

También se aprobó junto al referido documento de Avance, una medida cautelar por el plazo de un año, para todas las edificaciones del término municipal cuya antigüedad sea igual o superior a 100 años, dicha medida consiste en la obligación de someter las licencias que se soliciten sobre las mismas a pronunciamiento expreso del pleno municipal sobre el interés público merecedor o no de la conservación e incorporación al catálogo, previa valoración técnica de la actuación, en caso de demolición, o Junta de Gobierno Local, para el resto de actuaciones.

Del mismo modo, y de conformidad con lo establecido en el artículo 27.1 de la LOUA, se acordó suspender, por el plazo de un año, el otorgamiento de aprobaciones, autorizaciones y licencias urbanísticas en el ámbito afectado por el PEPCH, en los casos en los que dicho otorgamiento contravenga las previsiones en dicho Plan Especial en trámite."

Analizado el contenido de su información, hemos de ofrecerles a la luz de los datos las siguientes

CONSIDERACIONES

Primera.- El marco normativo de protección de inmuebles singulares.

La Exposición de Motivos de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, determina que «La lectura integrada de los mandatos constitucionales contenidos en los

artículos 45, 46 y 47 de nuestra Carta Magna refleja con meridiana claridad la voluntad del constituyente de que los derechos de todos a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, y de los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, puedan ser ejercidos en ciudades y pueblos cuya conservación, así como el enriquecimiento de su patrimonio histórico, cultural y artístico, estén garantizados por los poderes públicos. Por su parte, el Estatuto de Autonomía para Andalucía, en los apartados 5º y 6º de su artículo 12.3, insiste en los mismos principios de calidad de vida, vinculada a la protección de la naturaleza y del medio ambiente y al desarrollo de los equipamientos sociales, y de protección del paisaje y del patrimonio histórico-artístico, como uno de los objetivos del ejercicio de los poderes por nuestra Comunidad Autónoma».

La modificación experimentada por el Estatuto de Autonomía para Andalucía con ocasión de la reforma habida en el año 2007 no ha hecho sino potenciar más si cabe la idea expresada en la párrafo trascrito. En este sentido, a través del artículo 33 de la norma estatutaria se establece que «Todas las personas tienen derecho, en condiciones de igualdad, al acceso a la cultura, al disfrute de los bienes patrimoniales, artísticos y paisajísticos de Andalucía, al desarrollo de sus capacidades creativas individuales y colectivas, así como el deber de respetar y preservar el patrimonio cultural andaluz».

Asimismo, los ordinales 17º y 18º del apartado primero del artículo 37 prevén, como principios rectores de las políticas públicas, «el libre acceso de todas las personas a la cultura y el respeto a la diversidad cultural»; y «la conservación y puesta en valor del patrimonio cultural, histórico y artístico de Andalucía, especialmente del flamenco».

De este modo, en el actual panorama normativo tiene perfecta razón de ser uno de los grandes objetivos que señaló el legislador para la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía: "*dotar de contenido normativo positivo los mandatos constitucionales y estatutarios mencionados*".

Para ello, el apartado segundo del artículo 3 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, señala que la ordenación urbanística establecida en los instrumentos de planeamiento, en el marco de la ordenación del territorio, tiene por objeto, entre otros:

- La protección del patrimonio histórico y del urbanístico, arquitectónico y cultural.

- El cumplimiento de los deberes de conservación y rehabilitación de las construcciones y edificaciones existentes.

Se trata de dos objetivos independientes en su configuración jurídica pero íntimamente vinculados entre sí, ya que sin el cumplimiento efectivo de los deberes de conservación y rehabilitación difícilmente podrá garantizarse la protección del patrimonio histórico, arquitectónico y cultural.

Igualmente, la Sección segunda del Capítulo V del Título IV de la LOUA, ya citada, es la encargada de regula pormenorizadamente el deber de conservación de edificaciones e inmuebles, indicando el apartado primero del artículo 155 lo siguiente:

> «Los propietarios de terrenos, construcciones y edificios tienen el deber de mantenerlos en condiciones de seguridad, salubridad y ornato público, realizando los trabajos y obras precisos para conservarlos o rehabilitarlos, a fin de mantener en todo momento las condiciones requeridas para la habitabilidad o el uso efectivo.
>
> Los municipios podrán ordenar, de oficio o a instancia de cualquier interesado, la ejecución de las obras necesarias para conservar aquellas condiciones».

Este deber de los propietarios alcanza hasta la ejecución de trabajos y obras por importe equivalente a la mitad del valor de una construcción de nueva planta, con similares características e igual superficie útil o, en su caso, de dimensiones equivalentes que la preexistente, realizada con las condiciones necesarias para que su ocupación sea autorizable.

No obstante, cuando las obras de conservación y rehabilitación rebasasen ese límite pero su ejecución pudiese aportar mejoras o beneficios de interés general, en tal caso los propietarios deben asumir su coste hasta la cuantía señalada, y lo que exceda de ella deberá ejecutarse a costa de la entidad que las ordene.

A este respecto, la LPHA en el artículo 14 apartado primero, establece en relación a la conservación y mantenimiento lo siguiente:

> «Las personas propietarias, titulares de derechos o simples poseedoras de bienes integrantes del Patrimonio Histórico Andaluz, se hallen o no catalogados, tienen el deber de conservarlos, mantenerlos y custodiarlos de manera que se garantice la salvaguarda de sus valores. A estos efectos, la Consejería competente en materia de patrimonio histórico podrá asesorar sobre aquellas obras y actuaciones precisas para el cumplimiento del deber de conservación».

En suma, ya sea referido a las disposición específicas de carácter urbanístico, como a través de la normativa patrimonial y cultural, las Administraciones Públicas disponen de instrumentos perfectamente válidos para acometer esas medidas normativas que ofrezcan la protección de los conjuntos urbanos y de sus inmuebles dignos de interés.

Segunda.- La normativa local de Motril para la protección de sus edificios singulares.

Ante este corolario de disposiciones adecuadas para fijar y regular la protección de nuestro patrimonio inmueble, en función de la categorización que se le otorgue, resulta evidente la disponibilidad de los instrumentos normativos que permiten a las Administraciones Públicas desplegar estas medidas. Lo cual, tampoco es un singular descubrimiento, ya que los ejemplos de localidades que han optado por aplicar tales regímenes de protección se cuentan por miles y su aprobación, en sus diferentes modalidades y tipologías, se ha convertido en un instrumento esencial para explicar muchos de los esfuerzos que se han volcado desde los poderes públicos en la protección de los valores patrimoniales y culturales en los inmuebles de nuestros espacios urbanos.

En el caso del Ayuntamiento de Motril se nos informa;

> *"El municipio de Motril, cuenta con un Plan General de Ordenación Urbanística vigente (en adelante PGOU) aprobado definitivamente mediante acuerdo adoptado por la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismo (CPOTU) el 19 de diciembre de 2003 y adaptado a la ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación urbanística de Andalucía (LOUA). Desde el propio planteamiento general se recoge el ámbito del centro histórico y comercial de la ciudad, estableciéndose también la necesidad de la redacción de un Plan Especial de Protección que estudie y desarrolle los valores reales y potenciales que le son propios, no existiendo a día de la fecha ni planeamiento ni una normativa urbanística específica para esta zona".*

De hecho, la información que nos remite ese Ayuntamiento expone la reciente iniciativa de aprobar un Plan Especial de Protección de Casco Histórico (PEPCH) para el casco histórico de Motril. Y se afirma:

> *"… se inicia en el año 2015 por parte de los Servicios Técnicos Municipales, la redacción del documento de Avance del Plan Especial de Protección del Casco Histórico (en adelante PEPCH).*
>
> *En tal sentido, al objeto de dar respuesta a esta necesidad planteada, el PEPCH se estructura a partir del análisis de cinco aspectos o ejes básicos de estudio relacionados entre si para obtener un diagnóstico adecuado y actuar en consecuencia ,entendiendo la complejidad del conjunto e interviniendo sobre el mismo. Uno de ellos, el Eje 1 "Arquitectura", constituye un pilar fundamental en cuanto a la intervención decidida sobre el patrimonio de interés y los elementos singulares de valor que merecen protección, entre otros el inmueble de la Plaza de los jardinillos recientemente demolido.*

El documento elaborado (Avance PEPCH) fue remitido en Agosto de 2016 a los diferentes grupos políticos con representación en la Corporación municipal ,a fin de recabar las sugerencias que estimasen oportunas".

Además, mientras se tramita la aprobación de dicho Plan Especial (PEPCH), se ha dispuesto de un Avance, aprobado el 5 de Mayo de 2017, para poder revisar el catálogo de bienes inmuebles a los que se les otorga una especial protección por contar con una antigüedad de 100 años y que necesitarán el pronunciamiento expreso del pleno municipal para otorgar licencias en orden a su interés de conservación.

Todo lo cual no hace sino ratificar el argumento central de esta actuación que nos es otro que la disponibilidad de nuestro ordenamiento jurídico para dotar de regímenes de protección eficaces y versátiles para atender las necesidades de tutela de un patrimonio inmueble que identifica el devenir de nuestras ciudades y otorga singularidad a su reciente historia. Cuestión distinta es analizar, no tanto el título competencial o el régimen procedimental para adoptar estas medidas, sino la ausencia de tales iniciativas con la antelación y el rigor necesarios que hubieran situado casos como el que nos ocupa de obligadas demoliciones ante un escenario bien distinto.

No se han ofrecido respuestas municipales para argumentar la ausencia de estas medidas de protección para la capital motrileña desde la aprobación del PGOU vigente en 2003. Antes al contrario; cuando se afirma que ha existido *"una clara voluntad de conservar y proteger el Patrimonio inmueble de la ciudad"*, es para citar la redacción en 1984 de un Catálogo de inmuebles protegibles que *"lamentablemente no llegó a completar su tramitación".*

Desde hace treinta y siete años no se han logrado establecer estas medidas singulares de protección e incluso se alude al vigente PGOU como un instrumento que tampoco recogía en sus términos las necesarias medidas protectoras del caserío singular que ahora se añoran. No ha sido hasta el reciente Avance del PEPCH de Mayo de 2017, cuando se han adoptado disposiciones que atienden tales carencias.

De hecho, estas deficiencias normativas se apuntan en el propio informe municipal al indicar que entre las medidas del futuro PEPCH estará "*revisar el Catálogo del PGOU vigente e incorporar ciertas edificaciones que actualmente no cuentan con protección alguna, teniendo en cuenta que si no se actúa cuanto antes, la antedicha situación se repetirá en los escasos inmuebles privados representativos de la arquitectura de primeros de siglo XX que quedan en nuestra ciudad".*

Compartimos plenamente tales diagnósticos y serias amenazas que se ciernen para un determinado inventario de inmuebles que pudieran tener el mismo destino del edificio singular demolido. Por ello, en base a tan abierta previsión —y sobre todo por lo inquietantes antecedentes—, debemos entender que, quizás, la actividad municipal, bajo sus sucesivas responsabilidades, no hay acreditado exactamente *"una clara voluntad de conservar y proteger el Patrimonio inmueble de la ciudad".*

Las fechas que analizamos evidencian el transcurso de décadas en las que no se ha podido incorporar un cuerpo normativo en el ámbito local para dotar al caserío singular de Motril de la protección que hubiera fomentado la preservación de singulares inmuebles. En todo caso, sin poder evitar el desconcierto que suscitan ciertas apelaciones a la falta de herramientas normativas para atender estos supuestos, cabe aguardar que los trámites que se anuncian concluyan felizmente incorporando el régimen de protección que, en cada caso, merezcan los edificios, inmuebles y elementos arquitectónicos de interés para la ciudad de Motril y toda su sociedad.

Tercera.- Valoración final.

La valoración concluyente que provoca el asunto en cuestión es la lamentable reiteración de supuestos de pérdida de un caserío que primero se abandona y luego se demuele sobre el débil argumento de lo inevitable. La crónica de la desaparición de nuestros espacios urbanos más característicos es una

paradoja de excusas de sucesivas autoridades que se autoexcluyen de adoptar soluciones que se insertan en sus propias competencias.

Nuestro ordenamiento jurídico se ha dotado de instrumentos sobradamente eficaces y operativos para ofrecer la protección que el variado patrimonio inmobiliario necesita y merece a lo largo de nuestro territorio. Confiemos, por tanto, que los múltiples valores que implica nuestro patrimonio cultural sean plenamente incorporados entre los objetivos de tutela y protección de todos los poderes públicos y sepan actuar coherentemente en defensa de los mismos.

A la vista de las anteriores Consideraciones, esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz ha acordado dirigir al **Ayuntamiento de Motril** la siguiente

RESOLUCIÓN

SUGERENCIA, de que se agilicen los trámites para la aprobación de las disposiciones que otorguen al municipio de Motril de las medidas de conservación de los inmuebles singulares que merezcan un especial régimen de protección.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Investigamos los daños ocasionados al molino de aceite en Gandul en Alcalá de Guadaira (Sevilla)

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/0105 dirigida a Ayuntamiento de Alcalá de Guadaíra (Sevilla), Consejería de Turismo y Deporte, Delegación Territorial de Cultura , Turismo y Deporte en Sevilla

- 01 Marzo 2017

RESUMEN DEL RESULTADO (CIERRE DE QUEJA DE OFICIO)

Con motivo de la tramitación de la presente queja, incoada de oficio, relativa a medidas de protección en el entorno de El Gandul, en Alcalá de Guadaira (Sevilla), esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz solicitó a la Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte de Sevilla y al Ayuntamiento de Alcalá de Guadaira, información sobre el estado de conservación y posibles intervenciones sobre el sitio.

A la vista de las informaciones recibidas, ambas administraciones actúan para definir los usos y actuaciones que afectan a este elemento, así como para intervenir mediante la aplicación de las medidas que el transcurso del tiempo aconseja adoptar.

Dados los compromisos indicados en las medidas posibles a acordar, procede concluir nuestras actuaciones, sin perjuicio de desplegar en adelante las acciones de seguimiento que el caso aconseje velando por las medidas garanticen y protejan este entorno de El Gandul y sus elementos amparados por la protección que la legislación les otorga.

01-03-2017 APERTURA DE LA QUEJA DE OFICIO

Esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz ha venido desarrollando una amplia y dilatada labor de atención al eficaz sistema normativo de promoción y protección del patrimonio histórico artístico.

Así, en los sucesivos Informes Anuales al Parlamento, al igual que con motivo de la elaboración de los Informes Especiales, la Institución ha querido contribuir al mejor desempeño de las actuaciones de los poderes públicos para la protección y puesta en valor de nuestra riqueza monumental. Todo ello en consonancia con las funciones de protección y tutela de los derechos establecidos en los artículos 44 de la Constitución y 33 y 37.1º.18 del Estatuto de Autonomía en el ámbito de la cultura.

En el amplio escenario de intervenciones de este tipo que se producen a lo largo del territorio andaluz, en ocasiones aparecen noticias sobre la ausencia de protección y tutela de estos inmuebles o espacios, por lo que se sitúan bajo la amenaza de intervenciones de terceros que perjudiquen su conservación o incluso quedando en un riesgo cierto de expolio.

En esta ocasión hemos conocido, según diversos medios de comunicación, de la destrucción por una excavadora de un antiguo molino de aceite que abastecía a la aldea alcalareña de Gandul, elemento de gran interés etnológico, y que como destaca el medio, tiene hasta solera literaria al ser el lugar en el que se alojó el escritor Washington Irving en 1829, y que quedo inmortalizado en su obra «Cuentos de la Alhambra».

Ante el mal estado del molino al parecer se había solicitado por un grupo ecologista su rehabilitación, denunciándose que no se trataba de un hecho aislado y que la destrucción del patrimonio de este entorno dificulta el proyecto de creación en la zona de un Parque Cultural que garantice la conservación de todos sus elementos: poblado, necrópolis, ciudad romana y valores naturales. Todo ello a pesar de que en marzo de 2014 se aprobara por el Pleno municipal de Alcala de Guadaira el impulso del Parque Cultural.

Según la base de datos de Patrimonio Inmueble de Andalucía del Instituto Andaluz de Patrimonio Histórico el código 01410040108 identifica el Conjunto Arqueológico de El Gandul, catalogado como Bien de Interés Cultural con fecha 4-6-1931, por lo que ostenta los valores y régimen de protección que resultarían claramente vulnerados, según la descripción de la situación.

Esta Institución al tener conocimiento de esta noticia sobre el caso, ha considerado oportuno profundizar en las causas de esta peculiar situación que, en todo caso, necesitaría una información más detallada y explicativa. Por ello, hemos considerado oportuno proponer incoar queja de oficio al amparo del artículo 10 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre del Defensor del Pueblo Andaluz, ante el Ayuntamiento de Alcalá de Guadaira y la Delegación Territorial de Cultura de Sevilla, a fin de conocer:

- causas y motivos por los que se han producidos los daños descritos en el molino de aceite.

- medidas protectoras previstas para el Conjunto Histórico de Gandul.

- ejecución y control de las mismas.

- proyectos que se prevean realizar para la conservación del entorno.

- denuncias o iniciativas que se hayan recibo sobre estos daños y sus respuestas.

10-11-2017 CIERRE DE LA QUEJA DE OFICIO

Con motivo de la tramitación de la presente queja, incoada de oficio, relativa a medidas de protección en el entorno de El Gandul, en Alcalá de Guadaira (Sevilla), esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz solicitó a la Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte de Sevilla y al Ayuntamiento de Alcalá de Guadaira, información sobre el estado de conservación y posibles intervenciones sobre el sitio.

Esa Delegación nos ha remitido informe en el que, entre otras consideraciones, nos indica que:

"La legislación autonómica (patrimonial, urbanística y medioambiental) contempla procedimientos que garantizan la protección de los bienes integrantes del patrimonio histórico de los municipios, así como de sus valores paisajísticos y ambientales, fundamentalmente a través de los plantes urbanísticos y territoriales, en concreto con los trámites de Evaluación Ambiental Estratégica y los correspondientes informes sectoriales, para que en el caso de los bienes integrantes del patrimonio histórico éstos pasen a formar parte de los catálogos urbanísticos (cuya elaboración corresponde a los Ayuntamientos) y por tanto al "Inventario de Bienes Reconocidos del Patrimonio Histórico Andaluz, inventario que se ha creado tras la entrada en vigor de la Ley 14/2007 del PHA (art. 13), como complemento al Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz, en colaboración con los Ayuntamientos, a quienes corresponde también la misión de colaborar activamente en la protección y conservación de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Andaluz que radiquen en su término municipal, en especial a través de la ordenación urbanística, así como realzar y dar a conocer el valor cultural de los mismos (art. 14)."

Por su parte, el Ayuntamiento de Alcalá de Guadaira explica:

"Este molino pertenece a una propiedad privada y no tiene hasta la fecha protección ni catalogación específicas, ni a nivel local, ni autonómico ni estatal. En este sentido, el expediente de queja referido adolece de ciertos errores en lo referente a la protección del área de Gandul, que es relevante señalar. Actualmente en la zona concurren dos protecciones de carácter patrimonial:

- *La Declaración de la "Necrópolis doménica de Los Alcores, en Gandul", realizada en 1931 y que en virtud de la Ley 16/1986 de Patrimonio Histórico Español pasa a ostentar la categoría de Bien de Interés Cultural. Esta protección afecta exclusivamente a los elementos funerarios de época prehistórica, de los que no se documenta ninguno en la zona afectada por el derrumbe en cuestión.*
- *La incoación de expediente de "Zona Arqueológica de Gandul", realizada en 1991 y sin resolución administrativa hasta la fecha. Dicho expediente sí incluye la parcela del molino de aceite arruinado, si bien por su propia naturaleza atiende exclusivamente a la protección de elementos arqueológicos explícitamente identificado, lo que no es el caso.*

Por el contrario, no existe el denominado "Conjunto Arqueológico de Gandul", ni los edificios adscritos a la antigua aldea de Gandul se encuentran amparados por ningún tipo de protección específica.

Los mencionados derrumbes, efectivamente observados en la visita realizada, aparentaban no ser recientes, y en cualquier caso no han sido provocados por ninguna máquina ni son consecuencia de ninguna demolición, con el carácter de intencionalidad que este término conlleva, sino que se han producido por causas naturales. La excavadora objeto de la denuncia no ha tenido otra función que la retirada de los restos de dicho derrumbe, por iniciativa de los propietarios del inmueble afectado".

A la vista de las anteriores informaciones, ambas administraciones actúan para definir los usos y actuaciones que afectan a este elemento, así como para intervenir mediante la aplicación de las medidas que el transcurso del tiempo aconseja adoptar.

Dados los compromisos indicados en las medidas posibles a acordar, procede concluir nuestras actuaciones, sin perjuicio de desplegar en adelante las acciones de seguimiento que el caso aconseje velando por las medidas garanticen y protejan este entorno de El Gandul y sus elementos amparados por la protección que la legislación les otorga.

¿Qué medidas se están abordando contra el vandalismo gráfico y pintadas en El Albaicín de Granada?

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/0431 dirigida a Ayuntamiento de Granada, Consejería de Turismo y Deporte, Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte en Granada

- 17 Noviembre 2017

RESUMEN DEL RESULTADO (CIERRE DE QUEJA DE OFICIO)

La queja de oficio 17/431 fue incoada por el Defensor del Pueblo Andaluz a fin de procurar indagar en la situación que pesa en la zona de El Albaicín provocada por los actos vandálicos en sus inmuebles y daños en sus itinerarios.Tras las investigaciones desarrolladas, con fecha 26 de Junio de 2017, el Defensor del Pueblo Andaluz dirigió un pronunciamiento formal en forma de resolución ante el Ayuntamiento de Granada y la Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte

Ante dichas resoluciones la Delegación Territorial de Cultura y el Ayuntamiento de Granada respondieron.

Del conjunto de las respuestas recibidas, el Defensor ha de interpretar la aceptación de las Resoluciones dirigidas y, por tanto, la conformidad con las medidas propuestas para abordar la protección integral del entorno de El Albaicín, espacio emblemático de los valores universales de la ciudad de Granada.

02-03-2017 APERTURA DE LA QUEJA DE OFICIO

Esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz ha venido desarrollando una amplia y dilatada labor de atención al eficaz sistema normativo de promoción y protección del patrimonio histórico artístico.

Así, en los sucesivos Informes Anuales al Parlamento, al igual que con motivo de la elaboración de los Informes Especiales, la Institución ha querido contribuir al mejor desempeño de las actuaciones de los poderes públicos para la protección y puesta en valor de nuestra riqueza monumental. Todo ello en consonancia con las funciones de protección y tutela de los derechos establecidos en los artículos 44 de la Constitución y 33 y 37.1º.18 del Estatuto de Autonomía en el ámbito de la cultura.

En el amplio escenario de intervenciones de este tipo que se producen a lo largo del territorio andaluz, en ocasiones aparecen noticias sobre la ausencia de protección y tutela de estos inmuebles o espacios, por lo que se sitúan bajo la amenaza de intervenciones de terceros que perjudiquen su conservación o incluso quedando en un riesgo cierto de daños en los paramentos, muros y elementos de las fachadas .

En esta ocasión hemos conocido, según diversos medios de comunicación, de la deplorable imagen que

presentan varios itinerarios urbanos del barrio de El Albaicín, con una presencia continua y reiterada de pintadas y agresiones gráficas en paredes, muros y otros elementos exteriores de los edificios que conforman este barrio cargado de valores históricos, y artísticos de la ciudad.

En concretos las imágenes recogen un estado ciertamente colmatado de maltrato a los paños de estos muros y paredes junto a la Iglesia de San Andrés, el Aljibe del Zenete, Huerto del Carlos, Arco de las Pesas, Palacio de Dar-Al-Horra, etc. Podría decirse que la integridad de los valores y atractivos de estos entornos urbanos resulta igualmente coherente en relación a su degradación sistemática a través de una presencia absolutamente generalizada de estas pintadas y acciones vandálicas.

Esta situación dista mucho de ser considerada un hecho aislado, hasta el extremo de que los daños al patrimonio de este entorno del barrio granadino dificulta la propia apreciación de sus valores y belleza que quedan rotundamente degradadas.

Según se recoge en distintas informaciones, se han abordado algunos proyectos de rehabilitación y limpieza. Se alude a proyectos autorizados por la Comisión de Patrimonio que fueron asumidos en 2014 por la Agencia Albaicín, pero no fueron finalmente ejecutados.

Esta Institución al tener conocimiento de esta noticia sobre los hechos, ha considerado oportuno profundizar en las causas de esta peculiar situación que, en todo caso, necesitaría una información más detallada y explicativa. Por ello, hemos considerado oportuno proponer incoar queja de oficio al amparo del artículo 10 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre del Defensor del Pueblo Andaluz, ante el Ayuntamiento de Granada y la Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte de Granada, a fin de conocer:

- estado de situación y daños de los inmuebles, recorridos y escenarios del barrio del Albaicín causados por pintadas, ataques gráficos o vandalismo.
- medidas protectoras previstas para el Conjunto del barrio del Albaicín.
- ejecución y control de las mismas.
- proyectos que se prevean realizar para la conservación del entorno.
- denuncias o iniciativas que se hayan recibido sobre estos daños y sus respuestas.

17-11-2017 CIERRE DE LA QUEJA DE OFICIO

La queja de oficio 17/431 fue incoada por el Defensor del Pueblo Andaluz a fin de procurar indagar en la situación que pesa en la zona de El Albaicín provocada por los actos vandálicos en sus inmuebles y daños en sus itinerarios. Tras las investigaciones desarrolladas, con fecha 26 de Junio de 2017, el Defensor del Pueblo Andaluz dirigió un pronunciamiento formal en forma de resolución ante el Ayuntamiento de Granada y la Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte:

> *"**RESOLUCIONES***

***RECORDATORIO** del marco normativo citado a lo largo de la presente Resolución.*

> ***RECOMENDACIÓN** de que se extremen las medidas de vigilancia y protección de los entornos de El Albaicín a fin de evitar daños y acciones lesivas contra los elementos que componen sus itinerarios urbanos y que perjudican sus valores patrimoniales e históricos.*
>
> ***SUGERENCIA**, para que se potencien las acciones de concienciación y educación de los valores protegibles del entorno patrimonial de El Albaicín y se potencie la implicación ciudadana y vecinal en su conservación y mejora".*

Ante dichas resoluciones la Delegación Territorial de Cultura respondió conforme señala el artículo 29 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, indicando que

"Por parte de esta Delegación Territorial seguiremos utilizando los instrumentos que la legislación en materia de Patrimonio Histórico nos ofrece para ejercer la tutela sobre los bienes integrantes del Patrimonio para la salvaguarda de sus valores, actuaciones de protección, inspección, asesoramiento, apercibimiento y sanción en caso de incumplimiento.

Seguirá siendo una prioridad en los presupuestos anuales la limpieza de grafitos en inmuebles declarados Bien de Interés Cultural y en posesión de esta Administración.

Se continuará trabajando en estrecha colaboración con la Unidad de Policía Judicial, el Ayuntamiento y el Arzobispado de Granada sobre cualquier tema relacionado con la protección y difusión de todos aquellos bienes integrantes del Patrimonio Histórico".

Igualmente, el ayuntamiento de Granada, a través de su alcalde, ha informado acerca de las medidas que se han puesto en marcha para la protección y conservación de los entornos de El Albaicín, así como de las diversas líneas de actuación futuras que se ponen en marcha para la protección y puesta en valor de este singular espacio de la ciudad granadina. Así, se nos indica la instalación de cámaras de videovigilancia, campañas de concienciación ciudadana, trabajos de reparación y conservación de fachadas e itinerarios, así como una especial atención en las actuaciones de índole sancionador que disuadan y exijan responsabilidades por estos ataques al patrimonio urbano y monumental.

Del conjunto de las respuestas recibidas, el Defensor ha de interpretar la aceptación de las Resoluciones dirigidas y, por tanto, la conformidad con las medidas propuestas para abordar la protección integral del entorno de El Albaicín, espacio emblemático de los valores universales de la ciudad de Granada.

Investigamos los destrozos en un yacimiento arqueológico en Benahadux (Almería) durante unas obras

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/1625 dirigida a Consejería de Turismo y Deporte, Delegación Territorial de Cultura , Turismo y Deporte en Almeria

- 29 Mayo 2017

RESUMEN DEL RESULTADO (CIERRE DE QUEJA DE OFICIO)

En el informe recibido desde la Delegación Territorial de Cultura se nos indica que *"La actuación llevada a cabo en febrero pasado no ha sido autorizada, puesto que el Ministerio de Fomento la ha realizado sin presentar proyecto previamente para su autorización".*

Tuvimos conocimiento de que, en el municipio almeriense de Benahadux, un yacimiento de alto valor habría sido objeto de un reciente expolio con motivo de las obras de construcción de infraestructuras viarias. Este lugar cuenta con declaración de Bien de Interés Cultural (BIC).

03-04-2017 APERTURA DE LA QUEJA DE OFICIO

Esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz ha venido desarrollando una amplia y dilatada labor de atención al eficaz sistema normativo de promoción y protección del patrimonio histórico artístico.

Así, en los sucesivos Informes Anuales al Parlamento, al igual que con motivo de la elaboración de los Informes Especiales, la Institución ha querido contribuir al mejor desempeño de las actuaciones de los poderes públicos para la protección y puesta en valor de nuestra riqueza monumental. Todo ello en consonancia con las funciones de protección y tutela de los derechos establecidos en los artículos 44 de la Constitución y 33 y 37.1º.18 del Estatuto de Autonomía en el ámbito de la cultura.

En el amplio escenario de intervenciones de este tipo que se producen a lo largo del territorio andaluz, ocupa un lugar preeminente las acciones que posibilitan el efectivo disfrute de nuestro patrimonio cultural gracias a promover su conocimiento e investigación a través de las intervenciones arqueológicas «con el objetivo de que la investigación revierta en un aumento y cualificación del conocimiento histórico de nuestro pasado y presente», en los términos que afirma el Decreto 168/2003, de 17 de Junio (BOJA 134, de 15 de Julio), por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Arqueológicas.

En el conjunto de actividades de protección de la riqueza arqueológica andaluza, las autoridades culturales ha venido desarrollando una importante labor de localización, descripción e investigación de las zonas que han acreditado este interés en el conjunto de elementos que componen el rico y variado Patrimonio Histórico Andaluz.

Así, en el caso del municipio de Benahadux, hemos tenido conocimiento de un yacimiento de alto valor que habría sido objeto de un reciente expolio en este año con motivo de las obras de construcción de infraestructuras viarias. Este lugar cuenta con declaración de Bien de Interés Cultural (BIC). Según la información publicada *"fue la Asociación de Amigos de la Alcazaba quien advirtió y denunció en primer lugar ante la Fiscalía los daños causados en alrededor de 1.000 metros cuadrados de este yacimiento prehistórico, ibérico, púnico y romano de 'El Chuche', protegido como BIC desde 1999. Las obras de ampliación de una rotonda han arrasado al menos una tumba de la Cultura de Los Millares y la Edad del Cobre de unos 5.000 años de antigüedad"*. La misma entidad añadía que *"...es muy llamativo que la misma Administración que ha destruido el yacimiento sin pedir permiso a la Consejería de Cultura para acometer las obras, como establece la Ley".*

Desconocemos si tales hechos han sido investigados y si se están siguiendo las correspondientes actuaciones judiciales.

No obstante, y más allá de esta vía judicial, interesa conocer las medidas que se han adoptado por la autoridad cultural en orden a la delimitación y protección de este importante yacimiento, así como los elementos de protección y defensa ante el riesgo de estos supuestos actos que violentan los restos susceptibles de tutela y defensa.

Por ello, y al margen de esas actuaciones que dé lugar la denuncia o la instrucción judicial del caso, resulta de sumo interés conocer el resultado práctico de las disposiciones declarativas de un régimen de delimitación y protección de este yacimiento; no sólo como objeto de intervenciones de investigación y estudio sino, en particular, como instrumento que ponga en marcha todas las medidas de protección y tutela que se nos antojan esenciales para hacer posible la conservación de tales restos y su posterior explotación científica.

A la luz de los acontecimientos, resulta de especial interés conocer las medidas de protección establecidas y, asimismo, la capacidad de respuesta y reacción de la autoridades culturales para impedir supuestos de agresiones de la envergadura como la que se ha descrito en el yacimiento de "El Chuche" en Benahadux (Almería).

Por ello, hemos considerado oportuno proponer incoar queja de oficio al amparo del artículo 10 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre del Defensor del Pueblo Andaluz, ante la Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte de Almería, a fin de conocer:

- medidas de protección del yacimiento arqueológico de "El Chuche" en Benahadux (Almería), declarado BIC.
- labores de intervención arqueológica que se hubieran realizado o calendario de intervenciones arqueológicas previstas sobre tal yacimiento.
- proyectos de obra sobre la delimitación del BIC y régimen de autorizaciones, en su caso concedidas.
- acciones de control y seguimiento de la ejecución de las mismas.
- entidad de los supuestos daños causados en el ámbito protegido del BIC y medidas adoptadas.

29-05-2017 CIERRE DE LA QUEJA DE OFICIO

En el informe recibido desde la Delegación Territorial de Cultura se nos indica que *"La actuación llevada a cabo en febrero pasado no ha sido autorizada, puesto que el Ministerio de Fomento la ha realizado sin presentar proyecto previamente para su autorización".*

Ciertamente, nos encontramos ante un supuesto singularmente grave de expolio de un yacimiento formalmente declarado como BIC que parece que no ha logrado hacer operativas ni efectivas las medidas de protección que, como tal elemento del patrimonio cultural, ostenta.

Y adquiere una dimensión de mayor gravedad a partir de que el factor que ha provocado el impacto ha sido la ejecución de una obra pública viaria que, por su propia naturaleza, debiera

aportar una especial definición de su localización y definición del proyecto. Analizando la normativa aplicable, resulta difícil imaginar la elaboración de un proyecto que no haya advertido la localización previa, formal y publicitada de este yacimiento arqueológico.

Tomamos buena cuenta de las reacciones inmediatas que se han puesto en marcha desde las autoridades culturales para adoptar las medidas oportunas y para la investigación técnico-arqueológica del impacto que se ha producido en el yacimiento. Así se nos indica que a partir de un llamada a la Policía Autonómica el 22 de Febrero alertando de las obras, se han realizado las inspecciones necesarias y puesto en aviso a la Fiscalía así como a los supuestos promotores de las obras a través de la Subdelegación del Gobierno y su Demarcación de Carreteras.

El informe hasta ahora realizado explica que:

"Zona Arqueológica de El Chuche para generar nuevos taludes. Este aporte ha ocultado tanto un tramo del antiguo trazado de la carretera como los taludes por ella generados.

En el antiguo talud situado frente a la rotonda actual, en torno a la coordenada UTM 548788-4084996, se podía observar hasta la fecha los restos de una estructura arqueológica seccionada por la antigua carretera que correspondían a una tumba en fosa.

El volumen de terreno aportado es cuantioso generando taludes de gran extensión y pendiente no muy acusada hacia la zona de contacto con la carretera y de gran altura y pendiente hacia el Este.

No es posible establecer si la estructura arqueológica que se veía en el antiguo talud ha sido destruida o sólo ha quedado sepultada bajo el terreno. Para determinar el grado de afección concreto debería realizarse una excavación arqueológica de la zona."

En estos momentos se nos informa de que:

"Únicamente comentar que, desde la llamada de la Policía Autonómica el día 22 de febrero, sobre las 14,00 horas, procedimos de la forma anteriormente expuesta, y que, tras este proceder, un Funcionario del a Dirección General de Carreteras se personó en esta Delegación con un Arqueólogo el pasado 30 de marzo, mostrando su intención de presentar un proyecto de intervención arqueológica en el área afectada por la actuación y, desde entonces, el Arqueólogo ha venido varias veces para consultar cuestiones del proyecto con nuestra Arqueóloga."

Por ello, en estos momentos en los que se preparan los estudios para evaluar la afectación a este elemento, procede aguardar sus resultados y disponer todas la actividad para impulsar los procedimientos incoados desde el punto de vista de la disciplina patrimonial y cultural, así como en el ámbito judicial.

En su momento se podrán analizar las circunstancias por las que el yacimiento ha permanecido ignorado en relación con las obras invadiendo los terrenos afectos al BIC, al igual que analizar el funcionamiento concreto de las medidas de detección y denuncia de los hechos junto al esclarecimientos de las responsabilidades y reparación de los daños evaluados.

Nos interesamos por las medidas para dar a conocer la recomendación del reconocimiento médico en las pruebas deportivas

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/2997 dirigida a Consejería de Turismo y Deporte, Secretaría General para El Deporte, Federación Andaluza de Municipios y Provincias (FAMP)

- 19 Junio 2017

El deporte tiene la condición de factor corrector de desequilibrios sociales, así el Preámbulo de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, señala que «constituye como un elemento fundamental del sistema educativo y su práctica es importante en el mantenimiento de la salud y, por tanto, es un factor corrector de desequilibrios sociales que contribuye al desarrollo de la igualdad entre los ciudadanos, crea hábitos favorecedores de la inserción social y, asimismo, su práctica en equipo fomenta la solidaridad. Todo esto conforma el deporte como elemento determinante de la calidad de vida y la utilización activa y participativa del tiempo de ocio en la sociedad contemporánea».

La recientemente aprobada Ley 5/2016, de 19 de julio, del Deporte Andaluz, incide en dicho aspecto «postulando al deporte como un derecho de la ciudadanía, mediante el reconocimiento de la existencia de la práctica deportiva en toda su magnitud, que incluye desde el deporte de competición al deporte de ocio», «teniendo la consideración de actividad de interés general que cumple funciones sociales, culturales, educativas, económicas y de salud», «inspirada en el principio de igualdad efectiva y en la plena integración de las personas con discapacidad, personas mayores y los grupos de atención especial … reconociendo del derecho al deporte con carácter universal e imponiendo a todas las administraciones públicas el deber de garantizar el acceso de la ciudadanía a la practica del deporte en igualdad de condiciones y de oportunidades».

Partiendo de esta premisa, queremos en este momento destacar la novedad introducida por nuestra Ley del Deporte en relación a la protección de salud a tenor del gran número de deportistas que ya sean en competiciones oficiales y no oficiales, o de mero ocio, inundan nuestras calles y entorno de los municipios.

La propia exposición de motivos hace repetidas referencias a la misma, y así «se plantea la estructura de la presente ley … como gran dintel de la estructura deportiva andaluza que se encuentra soportado por cuatro pilares básicos, cuales son la prevención y promoción de la salud, la protección de la seguridad, la educación en valores y el impulso de la calidad y la excelencia del nuevo modelo deportivo en Andalucía» (Exp. Mot. VII), o tras la clasificación de los deportistas en deportistas de competición y deportistas de ocio, la regulación de «los reconocimientos médicos previos de no contraindicación para la práctica deportiva, que habrán de implantarse progresivamente como instrumento para la prevención y protección de la salud de los deportistas federados … Otra innovación viene representada por la tarjeta deportiva sanitaria, que constituye un instrumento de primer orden para preservar la salud de los deportistas que

participen en competiciones oficiales deportivas federadas» (Exp. Mot. XXI).

Si bien esto último hace referencia a los deportistas federados, posteriormente el artículo 41 viene a determinar lo siguiente:

> «Corresponde a la Consejería con competencia en materia de deporte el impulso y la coordinación de las políticas públicas relativas a la protección de la persona deportista, con independencia del tipo de práctica y modalidad deportiva, mediante:
>
> a) El estudio de líneas específicas de actuación encaminadas a la prevención y seguimiento médico de la aptitud y condiciones de los deportistas para la práctica deportiva.
>
> b) La divulgación de instrucciones informadoras de las prácticas adecuadas en las distintas modalidades deportivas según su naturaleza y características, en orden a obtener un mejor rendimiento de los practicantes y en prevención de accidentes o potenciales riesgos para su salud.
>
> c) La determinación de las características y requisitos de las certificaciones médicas exigibles para la práctica del deporte en sus diversas modalidades y clases de deportistas.

Y en el artículo 43 determina que:

> «1. La Consejería competente en materia de deporte en coordinación con la Consejería competente en materia de salud garantizarán a todas las personas que deseen practicar deporte, de ocio o competición, el acceso a la información y recomendaciones específicas para cada tipo de deporte sobre los riesgos para la salud que supone la práctica del mismo.

1. Al objeto de proteger la salud de los deportistas federados, la Junta de Andalucía, al margen de las prestaciones sanitarias del sistema sanitario de Andalucía, en el marco de las recomendaciones internacionales y estatales, regulará un sistema progresivo de reconocimientos médicos previos a la práctica del deporte en aquellas modalidades deportivas que reglamentariamente se determinen.
2. En la regulación de estos reconocimientos médicos previos en los que se determine la no contraindicación de la práctica deportiva, se tendrán en cuenta el plazo de vigencia, el tipo de modalidad o práctica deportiva, los factores de esfuerzo, riesgo físico, nivel de competición, edad o discapacidad del deportista, entre otros».

Se trata, en suma, de promover la práctica deportiva en el contexto de un modo de vida saludable desde un concepto integral, donde la salud de la persona practicante es consustancial a los hábitos deportivos acordes con el estado de salud y capacidad de cada persona.

Esbozada la importancia del deporte en el conjunto de principios rectores de la política social y económica, y destacando como principio rector «la promoción de las condiciones que favorezcan el desarrollo del deporte para todos», consideramos que todo ello redunda en la promoción de derechos de la ciudadanía, en la mejora de su calidad de vida, en la promoción de hábitos de vida saludables, pero también de la misma forma contribuyen al crecimiento sostenible de la ciudad.

De otra parte, debemos reseñar el gran auge que esta suponiendo en los últimos años la practica del deporte por la ciudadanía, lo que también está redundando en un más que considerable aumento de celebración de eventos deportivos en todas las localidades, repercutiendo tanto en el ámbito social como en el económico. Y por tanto, es una cuestión que afecta e interesa a todos los municipios con independencia de su extensión o importancia.

Nuestra experiencia a este respecto, por medio de los expedientes de quejas o de consultas que se nos realiza por la ciudadanía, las demandas sociales realizadas por determinados colectivos, o por medio de los medios de comunicación, nos hace tener consciencia de la gran cantidad de personas de toda condición, sexo y edad que se inician en la práctica del deporte o bien han aumentado su nivel de

exigencias participando cada vez más en pruebas que requieren unos mínimos de condiciones físicas para ello.

Todo ello, ha provocado que en la actualidad nos encontremos ante una acogida social de todos los mensajes que promocionan unos estilos de vida sanos y de calidad y donde la práctica habitual del ejercicio físico y del deporte avanzan progresivamente atrayendo a colectivos y grupos ciudadanos. Esa dimensión colectivizada y amplia de la práctica deportiva aconseja, correlativamente, la disposición de sistemas que compatibilicen estas evidentes tendencias hacia un escenario de seguridad y prevención en la salud de los practicantes.

En este sentido, se entiende oportuno que esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz tome mayor conocimiento de la situación, y en virtud de lo dispuesto en el art. 10.1 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, reguladora de esta Institución, se propone iniciar una actuación de oficio para que por parte de la Secretaria General para el Deporte de la Consejería de Turismo y Deporte, y la Federación Andaluza de Municipios y Provincias, se nos informe sobre los siguientes extremos:

- medidas establecidas para garantizar a las personas practicantes de deporte, competitivo o de ocio, el acceso a las recomendaciones específicas para cada tipo de deporte sobre los riesgos para la salud que supone su práctica.
- sistemas previstos para acreditar requisitos sobre el estado de salud para poder participar en determinadas pruebas deportivas (maratones, triatlones, modalidades de resistencia, ...).
- calendario de regulación del sistema de reconocimientos médicos deportivos.

Actuamos de oficio ante los daños y pintadas contra restos neolíticos en la Cueva del Tesoro, en Rincón de la Victoria (Málaga)

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/3240 dirigida a Consejería de Turismo y Deporte, Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte en Málaga, Ayuntamiento de Rincón de la Victoria (Málaga)

- 25 Enero 2018

RESUMEN DEL RESULTADO (CIERRE DE QUEJA DE OFICIO)

Tomamos buena cuenta de las reacciones que se han puesto en marcha desde las autoridades culturales para adoptar las medidas oportunas y para la investigación técnico-arqueológica del impacto que se ha producido en el yacimiento. Así se nos indican las actuaciones de investigación e intervención arqueológica que se aluden en sendas informaciones.

Por ello, en estos momentos en los que se relatan los estudios para evaluar la afectación a este elemento, procede aguardar sus resultados y analizar toda la actividad de impulso a los procedimientos incoados desde el punto de vista de la disciplina patrimonial y cultural. En su momento se podrán analizar las circunstancias del yacimiento arqueológico y poder evaluar las medidas anunciadas dirigidas a su protección, custodia y puesta en valor.

19/06/2017 APERTURA DE LA QUEJA DE OFICIO

Esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz ha venido desarrollando una amplia y dilatada labor de atención al eficaz sistema normativo de promoción y protección del patrimonio histórico artístico.

Así, en los sucesivos Informes Anuales al Parlamento, al igual que con motivo de la elaboración de los Informes Especiales, la Institución ha querido contribuir al mejor desempeño de las actuaciones de los poderes públicos para la protección y puesta en valor de nuestra riqueza monumental. Todo ello en consonancia con las funciones de protección y tutela de los derechos establecidos en los artículos 44 de la Constitución y 33 y 37.1º.18 del Estatuto de Autonomía en el ámbito de la cultura.

En el amplio escenario de intervenciones de este tipo que se producen a lo largo del territorio andaluz, ocupa un lugar preeminente las acciones que posibilitan el efectivo disfrute de nuestro patrimonio cultural gracias a promover su conocimiento e investigación a través de las intervenciones arqueológicas «con el objetivo de que la investigación revierta en un aumento y cualificación del conocimiento histórico de nuestro pasado y presente», en los términos que afirma el Decreto 168/2003, de 17 de Junio (BOJA 134, de 15 de Julio), por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Arqueológicas.

En el conjunto de actividades de protección de la riqueza arqueológica andaluza, las autoridades culturales ha venido desarrollando una importante labor de localización, descripción e investigación de las zonas que han acreditado este interés en el conjunto de elementos que componen el rico y variado Patrimonio Histórico Andaluz.

Así, en el caso del territorio de la provincia de Málaga, concretamente en el entorno de su costa, hemos tenido conocimiento del asalto y ataque de las pinturas rupestres de la denominada Cueva del Tesoro, en Rincón de la Victoria, en la zona de las cavidades de Higuerón-Suizo y Victoria. Se trata de un recinto, en dicho término municipal, que alberga concretos ejemplos de pinturas rupestres datadas en las épocas del Paleolítico y Neolítico y, por tanto, de gran valor.

De hecho, tal recinto ostenta la clasificación de Bien de Interés Cultural (BIC) como Zona Arqueológica bajo la denominación de Cuevas del Tesoro-Higuerón y de la Victoria, o también "*Cuevas del Tesoro-Higuerón-Victoria, Complejo Cantal Alto:Cueva del Higuerón, Cueva de la Victoria, Cueva de los Gures y Cueva de la Esperanza, Cuevas del Higuerón o del Suizo y de la Victoria*"(BOE de 16 de mayo de 2002).

Según las informaciones publicadas, se han denunciado agresiones con motivo del ataque con pinturas a estos recintos y sus entornos. Tales hechos han sido conocidos por las autoridades descubriendo indicios, como utensilios y cierto mobiliario, que parecen apuntar a una cierta continuidad en la presencia habitual de sujetos en estos recintos. Algunas declaraciones hablan de *"daños incalculables que ponen en peligro las pinturas rupestres de la cueva".*

Por ello, interesa conocer las medidas que se han adoptado por la autoridad cultural en orden a la delimitación y protección de este importante yacimiento, así como los elementos de protección y defensa ante el riesgo de estos ataques que violentan los restos susceptibles de tutela y defensa. Igualmente, es necesario conocer el alcance de los daños supuestos en estas inscripciones y las medidas que, en su caso, se prevean adoptar para su reparación.

En suma, resulta de sumo interés conocer el resultado práctico de las disposiciones declarativas de un régimen de delimitación y protección de este yacimiento no sólo como objeto de intervenciones de investigación y estudio sino, en particular, como instrumento que ponga en marcha todas las medidas de protección y tutela que se nos antojan esenciales para hacer posible la conservación de tales restos y su posterior explotación científica y para impedir supuestos de agresiones y expolios de la envergadura como la que se ha descrito en el lamentable caso de este yacimiento en Rincón de la Victoria (Málaga).

Por ello, hemos considerado oportuno proponer incoar queja de oficio al amparo del artículo 10 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre del Defensor del Pueblo Andaluz, ante la Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte de Málaga y el Ayuntamiento de Rincón de la Victoria, a fin de conocer:

- medidas de protección de la "Cueva del Tesoro", en Rincón de la Victoria.
- labores de intervención arqueológica que se hubieran realizado.
- descripción de los daños que se hubieran provocado sobre las inscripciones y pinturas del yacimiento.

25-01-2018 CIERRE DE LA QUEJA DE OFICIO

En el informe recibido desde la Delegación Territorial de Cultura de fecha 11 de julio de 2017, se nos indica que:

"*Con fecha 20/06/2017, esta Delegación Territorial remitió el anterior informe de los Servicios Técnicos de Arqueología de esta Delegación al Puesto Principal de la Guardia Civil de Rincón de la Victoria y al Equipo de Policía Judicial de la Guardia Civil de Vélez-Málaga para su conocimiento e incorporación a las investigaciones policiales en curso.*

Con fecha 20/06/2017, esta Delegación Territorial dirigió escrito de requerimiento al Excmo.

Ayuntamiento de Rincón de la Victoria, para que, de conformidad con lo establecido en el artículo 14.1 de la Ley 14/2007, de 26 de noviembre del Patrimonio Histórico de Andalucía, y como titular del citado bien, procediera presentar, en el plazo de dos meses, ante esta Delegación, un proyecto o propuesta técnica, que contemple las siguientes medidas:

El establecimiento de un sistema de cerramiento de los accesos a la cueva así como las medidas de seguridad que sean necesarias para evitar el libre acceso a la cavidad, garantizando la salvaguarda de los valores patrimoniales de la misma.

La limpieza de la cueva para extraer de su interior todos los elementos exógenos a ésta (mobiliario, desechos, etc.).

Igualmente se le comunicó que, para ello, debería llevarse a cabo una Actividad Arqueológica Preventiva de Control Arqueológico de Movimientos de Tierra, durante el proceso de limpieza, que sería autorizada, previamente por esta Delegación Territorial y realizado por técnico competente (arqueólogo), debiendo presentar el correspondiente proyecto de actividad arqueológica que deberá ajustarse a los requisitos y condiciones establecidos por el Reglamento de Actividades Arqueológicas, aprobado por Decreto 168/2003, de 17 de junio".

Además el propio Ayuntamiento de Rincón de la Victoria nos indica que:

"*Con fecha 27-06-2017, se recib e escrito de la Consejería de Cultura, Turismo y Deporte sobre requerimiento conservación y mantenimiento Cueva de la Victgoria, dentro de la Z.A. BIC, Cuevas del Higuerón y la Victoria en Cantal Alto, Rincón de la Victoria, solicitando a este Ayuntamiento que presente un proyecto o propuesta técnica que contemple las siguientes medidas:*

1.- Establecimiento de un sistema de cierre de los accesos a la cueva, así como las medidas de seguridad que sean necesarias para evitar el libre acceso a la cavidad, garantizando la salvaguarda de los valores patrimoniales de la misma.

2.- La limlpieza de la cueva para extraer de su interior todos los elementos exógenos a ésta (mobiliario, desechos, etc.).

Con fecha 25/08/2017, se presenta en el Registros General de la Delegación Territorial de Cultura, un Proyecto de Intervención arqueológica Puntual en modalidad movimiento de tierras, para que se conceda la autorización pertinente.

Posteriormente, con fecha 22-09-207, se recibe requerimiento de la Consejería de Cultura para subsanación de documentación en relación a dicha solicitud. La documentación requerida ha sido presentada el día 06-10-2017, en la Consejería de Cultura, estando a la espera de la autorización para la referida intervención arqueológica de la Cueva de la Victoria."

Tomamos buena cuenta de las reacciones que se han puesto en marcha desde las autoridades culturales para adoptar las medidas oportunas y para la investigación técnico-arqueológica del impacto que se ha producido en el yacimiento. Así se nos indican las actuaciones de investigación e intervención arqueológica que se aluden en sendas informaciones.

Por ello, en estos momentos en los que se relatan los estudios para evaluar la afectación a este elemento, procede aguardar sus resultados y analizar toda la actividad de impulso a los procedimientos incoados desde el punto de vista de la disciplina patrimonial y cultural. En su momento se podrán analizar las circunstancias del yacimiento arqueológico y poder evaluar las medidas anunciadas dirigidas a su protección, custodia y puesta en valor.

¿Cierran los museos por las tardes en verano?. Lo preguntamos

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/3454 dirigida a Consejería de Cultura

- 26 Junio 2017

Esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz ha venido desarrollando una amplia y dilatada labor de atención al eficaz sistema normativo de promoción y protección del patrimonio histórico artístico.

Así, en los sucesivos Informes Anuales al Parlamento, al igual que con motivo de la elaboración de los Informes Especiales, la Institución ha querido contribuir al mejor desempeño de las actuaciones de los poderes públicos para la protección y puesta en valor de nuestra riqueza monumental. Todo ello en consonancia con las funciones de protección y tutela de los derechos establecidos en los artículos 44 de la Constitución y 33 y 37.1º.18 del Estatuto de Autonomía en el ámbito de la cultura.

En el amplio escenario de intervenciones de este tipo que se producen a lo largo del territorio andaluz, ocupa un lugar preeminente las acciones que posibilitan el efectivo disfrute de nuestro patrimonio cultural gracias a promover su conocimiento y contemplación. Este objetivo es ciertamente esencial en el contexto de hacer partícipe a la ciudadanía de los valores que ofrecen nuestros bienes culturales y que permiten su disfrute, pero también el general reconocimiento de la sociedad de las manifestaciones culturales de su pasado. Una conciencia que revierte en un lógico orgullo y motivo añadido para su defensa y protección.

Entre los instrumentos singulares de la conservación, estudio y puesta en valor de la riqueza artística de Andalucía, contamos con la red de Museos y servicios análogos dependientes de la Junta de Andalucía. Por ello la Ley 8/2007, de 5 de Octubre, de Museos y Colecciones Museográficas de Andalucía declara:

> «…la idea de superar el concepto de museo como simple depósito de materiales y centro de investigación reservado a una minoría y, por el contrario, su entendimiento como un núcleo de proyección cultural y social. Lo cierto es que durante estos años los museos han adquirido un papel protagonista en el desarrollo e impulso de la cultura, además de ser un innegable elemento de atracción turística. Así, el museo ha dejado de ser tenido en cuenta nada más que en función de su contenido y ha pasado a tener sentido en función de su papel sociocultural, como institución a la que los ciudadanos acceden siendo conscientes del disfrute de un patrimonio que les pertenece y demandan una mayor calidad en los servicios que presta el museo».

Con todo, en el curso de esta situación, esta Institución ha tenido conocimiento de la orden de restringir los horarios de visita del Museo de Málaga y que, según las mismas informaciones, estaría acogido a un régimen de apertura que no ha podido *"encontrar fórmulas para compatibilizar el convenio colectivo del personal con el horario habitual de apertura"*. Tal es así que la entidad de la Aduana de la capital, que ha adquirido una referencia propia en la oferta cultural de Andalucía, es accesible en horario único de mañana de 9,00 horas a 15,00 horas de martes a domingo.

Según se explicaba, se trata de un criterio aplicable al conjunto de empleados adscritos la sistema de museos de la Junta de Andalucía, y no sólo de Málaga.

En todo caso, y sin perjuicio de analizar las informaciones que se reciban en orden al marco convencional del personal afectado, el resultado no parece coherente con la apuesta de promoción y potenciación de los centros museísticos específicos de la ciudad de Málaga, con un carácter estratégico para su posicionamiento entre los destinos culturales preferentes, cuando se restringe la disponibilidad de acceso de visitantes de esta manera tan rotunda y precisamente afectando a una de las épocas del año en la que la ciudad despliega toda su capacidad de atracción y presencia en los itinerarios elegidos por su potenciales visitantes.

Pero este ejemplo resulta absolutamente predicable del conjunto de la oferta museística de Andalucía en la época de mayor afluencia de visitantes de nuestra Comunidad Autónoma.

Por ello, hemos considerado oportuno proponer incoar queja de oficio al amparo del artículo 10 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre del Defensor del Pueblo Andaluz, ante la Consejería de Cultura, a fin de conocer:

- régimen de horarios de visitas establecido para los museos de Málaga, en particular el centro de La Aduana, así como del resto de Andalucía.
- disponibilidad para ampliar el régimen horario de apertura diario o de sus jornadas semanales.

Ver Resolución del dPA

Preguntamos por la suspensión de una carrera de la mujer contra el cáncer de mama en Sevilla

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/5334 dirigida a Ayuntamiento de Sevilla

- 23 Noviembre 2017

La Institución del Defensor del Pueblo Andaluz ha tenido conocimiento, por distintos medios de comunicación (prensa escrita, redes sociales, noticias de televisión de ámbito nacional) de la suspensión el pasado domingo día 8 de Octubre de la prueba denominada "*Carrera de la Mujer*" de Sevilla.

Desde esta Institución abogamos por la condición, entre otros, del factor corrector de desequilibrios sociales y fomento de la solidaridad que supone el deporte, así el Preámbulo de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, señala que «constituye como un elemento fundamental del sistema educativo y su práctica es importante en el mantenimiento de la salud y, por tanto, es un factor corrector de desequilibrios sociales que contribuye al desarrollo de la igualdad entre los ciudadanos, crea hábitos favorecedores de la inserción social y, asimismo, su práctica en equipo fomenta la solidaridad. Todo esto conforma el deporte como elemento determinante de la calidad de vida y la utilización activa y participativa del tiempo de ocio en la sociedad contemporánea».

La recientemente aprobada Ley 5/2016, de 19 de julio, del Deporte Andaluz, incide en dicho aspecto «postulando al deporte como un derecho de la ciudadanía, mediante el reconocimiento de la existencia de la práctica deportiva en toda su magnitud, que incluye desde el deporte de competición al deporte de ocio», «teniendo la consideración de actividad de interés general que cumple funciones sociales, culturales, educativas, económicas y de salud», «inspirada en el principio de igualdad efectiva y en la plena integración de las personas con discapacidad, personas mayores y los grupos de atención especial … reconociendo del derecho al deporte con carácter universal e imponiendo a todas las administraciones públicas el deber de garantizar el acceso de la ciudadanía a la practica del deporte en igualdad de condiciones y de oportunidades».

Por lo tanto, partimos de la premisa de apoyar toda iniciativa deportiva que redunde en beneficio de la sociedad en general, y más aún, cuando en un evento como el que nos ocupa, no solo se dan cita deportistas de todas las edades, condiciones y niveles, sino que se congrega un gran número de personas que están o han estado enfermas de cáncer de mama, así como sus familias; y que su única finalidad es aportar, en la medida de sus posibilidades, su contribución al avance en el estudio de esta enfermedad y sus respuestas contra la misma.

Los objetivos perseguidos por los colectivos promotores de esta iniciativa ciudadana merecen el reconocimiento y apoyo de toda la sociedad, así como de los poderes públicos.

El pasado jueves 5 de Octubre, previo a la carrera, fue presentada oficialmente en el Ayuntamiento de Sevilla, con la presencia de cuatro deportistas sevillanas que iban a participar en la prueba: Almudena

Rodríguez, María Pujol, Carmen Valle Atienza y Carmen Gutiérrez. Acudieron autoridades del Ayuntamiento de Sevilla, así como de la dirección del circuito nacional de la Carrera de la Mujer, entidades de apoyo y la Junta Provincial de Sevilla de la Asociación Española Contra el Cáncer.

La organización, por su parte, destacó el fuerte apoyo recibido por parte del Ayuntamiento de Sevilla, su compromiso con el deporte femenino y el impulso para que la carrera volviera a celebrarse en el mítico escenario donde se ha desarrollado durante las diez primeras ediciones, entorno a la Plaza de España y el Parque de María Luisa de la ciudad de Sevilla.

Esta convocatoria, ampliamente publicitada y aplaudida, supo despertar la adhesión de numerosas participantes y el apoyo de variados colectivos implicados en la lucha contra el cáncer y el apoyo a las personas afectadas.

Cuando todo se disponía a servir de una movilización para fundir la solidaridad y el deporte, la convocatoria se ve súbitamente truncada con la cancelación de su celebración. La repentina decisión que implicaba la suspensión del evento suscitó de inmediato una confrontación de versiones y motivos entre los responsables municipales y la entidad organizadora.

Por parte del Ayuntamiento de Sevilla se publicó el siguiente comunicado oficial:

"El gobierno aclara que la suspensión de la Carrera de la Mujer es responsabilidad exclusiva de la empresa privada que la organiza.

La celebración de la Carrera de la Mujer en Sevilla ha sido suspendida por una decisión exclusiva de la empresa privada que organiza el evento que es la única responsable de que se cumplan las adecuadas medidas de seguridad y movilidad, así como que se garantice la adecuación a la normativa de ocupación del espacio público.

Durante los últimos días se han sucedido los avisos dado que la empresa privada promotora del evento no había cumplido con los requisitos exigidos en materia de seguridad, movilidad y ocupación del espacio público dependiente de la Gerencia de Urbanismo, fundamentales para la autorización por parte de la Delegación de Seguridad, Movilidad y Fiestas Mayores.

No obstante, durante los últimos días se ha venido trabajando de forma intensa con el único objetivo de no causar molestias y dar respuesta a las miles de personas que habían confiado en esta empresa privada y habían adquirido los dorsales para el evento, sobre todo dada la importancia que tienen para la ciudad los eventos deportivos en la vía pública.

Por este motivo, se ha trabajado hasta el último momento y el dispositivo del Ayuntamiento estaba preparado para la celebración de la Carrera desde todas las áreas municipales, y así se le comunicó a la organización.

En la inspección realizada en la mañana de hoy y tal y como se les había advertido se les comunicó que el dispositivo estaba preparado para la realización de la carrera pero que se mantenían incumplimientos administrativos en cuanto a la documentación y las autorizaciones necesarias para la celebración de un evento de estas características. Ante ese aviso, y de forma imprevista, la organización anunció la suspensión del evento al negarse a asumir cualquier tipo de responsabilidad administrativa que pudiera derivar".

Por su parte, la empresa organizadora -Motor Press Ibérica-, comunicó lo siguiente:

"El Ayuntamiento de Sevilla ha impedido dar la salida de la Carrera de la Mujer 2017, con 14.000 participantes ya preparadas para celebrar uno de los mayores festivales del deporte femenino en Europa

Antes que nada queremos pedir disculpas a las 14.000 mujeres que hoy iban a formar una marea rosa

maravillosa en las calles de Sevilla. Somos muy conscientes de la ilusión con la que afrontáis cada año la prueba, lo dentro que lleváis la Carrera de la Mujer, y la desilusión que os ha supuesto que hoy no os hayan dejado correr.

El año pasado la prueba ya sufrió un cambio de recorrido comunicado apenas 72 horas antes de su celebración. Este año el Ayuntamiento de Sevilla propuso a la organización llevar el evento a la Isla de La Cartuja en un circuito que por las dimensiones de las calles hacía imposible albergar con un mínimo de seguridad a las 14.000 participantes, que igualmente hubieran tenido graves problemas para trasladarse a la salida ante la escasez de transporte público en domingo.

Finalmente por parte del Ayuntamiento, se decidió retornar la Carrera de la Mujer al lugar donde se celebró desde su primera edición pero sólo este mismo lunes fue comunicada a la organización tal decisión, dándose a esta sólo 48 horas para poder entregar toda la documentación requerida que incluía un plan de autoprotección que nunca había sido solicitado para este evento. Fue preparada y entregada en tiempo récord en el Ayuntamiento, que este mismo jueves estuvo presente en la presentación en la que en ningún momento se refirió a problemas en la organización.

Queremos dejar muy claro que desde el viernes por la tarde está en poder del Ayuntamiento absolutamente toda la documentación correcta para la celebración del evento. La organización, a pesar del perjuicio económico generado, ha decidido devolver íntegramente el importe de las inscripciones a todas las mujeres. Toda la información para esta devolución será publicada en la web oficial de la prueba.

Motorpress Ibérica se reserva el derecho de emprender todas las acciones jurídicas y legales que estén en su mano para proteger sus derechos y su imagen. Tras 14 años celebrando esta prueba en España queremos transmitir nuestro más profundo pesar por los inconvenientes causados a todas las participantes y esperamos que la fuerza de la marea rosa sea lo suficientemente fuerte para superar este difícil momento para el evento deportivo y solidario más importante de Europa".

Sin perjuicio de profundizar más adelante en los detalles del caso, ambas versiones aluden a un intercambio de proyectos desde la entidad promotora y de correcciones que se requieren desde el Ayuntamiento. Se desprende, finalmente, que la definición del proyecto de carrera y las medidas adoptadas no obtuvieron la conformidad municipal para la realización del evento.

En este sentido, se entiende oportuno que esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz tome mayor conocimiento de la situación, y en virtud de lo dispuesto en el art. 10.1 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, reguladora de esta Institución, se propone iniciar una actuación de oficio para que por parte del Ayuntamiento de Sevilla se informe al respecto y, en concreto, sobre los siguientes extremos:

- Normativa aplicada a la tramitación y estudio de la solicitud para la organización del evento. Protocolos o procedimientos especiales diseñados por el Ayuntamiento para la formalización y tramitación de estos eventos o actividades en la vía pública.
- Fecha de la solicitud formal para la celebración del evento y descripción de los aspectos sustanciales del proyecto de carrera en materia de seguridad, movilidad, ocupación del espacio público, etc.
- Requerimientos municipales efectuados para su corrección o adecuación por la empresa organizadora en cada una de estas materias.
- Resultado de la aplicación por la entidad promotora de las subsanaciones requeridas.
- Título de licencia o autorización municipal, en su caso, para la celebración de la prueba y fecha de su expedición.
- Revocación o resolución contraria, en su caso, de la celebración de la prueba y notificación a la entidad promotora.
- Identidad del sujeto, entidad o autoridad que suspende la prueba.
- Consecuencias que podrían derivar de dichas irregularidades o incumplimientos de haberse celebrado la prueba.

Pedimos que se extremen las medidas de vigilancia y protección de los entornos de El Albaicín

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 17/0431 dirigida a Ayuntamiento de Granada, Consejería de Turismo y Deporte, Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte en Granada

- 26 Junio 2017

Esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz tramita la queja identificada con el número señalado en el encabezamiento. Las diferentes actuaciones en el curso de este expediente nos han permitido analizar la situación planteada en la queja y, tras diversos trámites, que a continuación se detallan, hemos considerado procedente emitir un pronunciamiento formal como Resolución, según establece el artículo 29.1 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, reguladora del Defensor del Pueblo Andaluz.

ANTECEDENTES

1.- Con fecha 27 de Febrero de 2017 el Defensor del Pueblo Andaluz acordó la apertura de queja de oficio relativa a proliferación de daños y pintadas en los entornos de El Albaicín en Granada, ante el Ayuntamiento de la ciudad y la Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte. Dicha queja de oficio supuso la petición de información dirigida ante estos organismos en los siguientes términos:

> *"Esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz ha venido desarrollando una amplia y dilatada labor de atención al eficaz sistema normativo de promoción y protección del patrimonio histórico artístico.*
>
> *Así, en los sucesivos Informes Anuales al Parlamento, al igual que con motivo de la elaboración de los Informes Especiales, la Institución ha querido contribuir al mejor desempeño de las actuaciones de los poderes públicos para la protección y puesta en valor de nuestra riqueza monumental. Todo ello en consonancia con las funciones de protección y tutela de los derechos establecidos en los artículos 44 de la Constitución y 33 y 37.1º.18 del Estatuto de Autonomía en el ámbito de la cultura.*
>
> *En el amplio escenario de intervenciones de este tipo que se producen a lo largo del territorio andaluz, en ocasiones aparecen noticias sobre la ausencia de protección y tutela de estos inmuebles o espacios, por lo que se sitúan bajo la amenaza de intervenciones de terceros que perjudiquen su conservación o incluso quedando en un riesgo cierto de daños en los paramentos, muros y elementos de las fachadas .*
>
> *En esta ocasión hemos conocido, según diversos medios de comunicación, de la deplorable imagen que presentan varios itinerarios urbanos del barrio de El Albaicín, con una presencia continua y reiterada de pintadas y agresiones gráficas en paredes, muros y otros elementos exteriores de los*

edificios que conforman este barrio cargado de valores históricos, y artísticos de la ciudad.

En concretos las imágenes recogen un estado ciertamente colmatado de maltrato a los paños de estos muros y paredes junto a la Iglesia de San Andrés, el Aljibe del Zenete, Huerto del Carlos, Arco de las Pesas, Palacio de Dar-Al-Horra, etc. Podría decirse que la integridad de los valores y atractivos de estos entornos urbanos resulta igualmente coherente en relación a su degradación sistemática a través de una presencia absolutamente generalizada de estas pintadas y acciones vandálicas.

Esta situación dista mucho de ser considerada un hecho aislado, hasta el extremo de que los daños al patrimonio de este entorno del barrio granadino dificulta la propia apreciación de sus valores y belleza que quedan rotundamente degradadas.

Según se recoge en distintas informaciones, se han abordado algunos proyectos de rehabilitación y limpieza. Se alude a proyectos autorizados por la Comisión de Patrimonio que fueron asumidos en 2014 por la Agencia Albaicín, pero no fueron finalmente ejecutados.

Esta Institución al tener conocimiento de esta noticia sobre los hechos, ha considerado oportuno profundizar en las causas de esta peculiar situación que, en todo caso, necesitaría una información más detallada y explicativa. Por ello, hemos considerado oportuno proponer incoar queja de oficio al amparo del artículo 10 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre del Defensor del Pueblo Andaluz, ante el Ayuntamiento de Granada y la Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte de Granada, a fin de conocer:

- *estado de situación y daños de los inmuebles, recorridos y escenarios del barrio del Albaicín causados por pintadas, ataques gráficos o vandalismo.*
- *medidas protectoras previstas para el Conjunto del barrio del Abaicín.*
- *ejecución y control de las mismas.*
- *proyectos que se prevean realizar para la conservación del entorno.*
- *denuncias o iniciativas que se hayan recibido sobre estos daños y sus respuestas.*
- *cualquier otra circunstancia que consideren oportuno transmitir para esclarecer el asunto que nos ocupa".*

2.- La queja de oficio incoada nos ha permitido conocer los informes elaborados desde la Agencia Albaicín, el Ayuntamiento de la ciudad y la Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte.

Dicha "Agencia Pública Administrativa Local Albaicín Granada" nos indica, en un detallado informe sobre estos daños que:

"En el año 2011 esta limpieza incluyó dos áreas. La primera fue la eliminación de graffitis en un muro de bloques de hormigón de cerramiento de un solar en la Cuesta del Chapiz mediante el encalado del muro. Esta actividad fue sufragada por el voluntariado del Grupo Scout Albaicín 524 y la Asociación de Vecinos Albaicín Alto.

La segunda área de limpieza fue un muro de ladrillo y mampostería en el Callejón de las Monjas. Estas limpieza fue sufragada por el extinto IMFE (Instituto Municipal de Formación y Empleo del Ayuntamiento de Granada) a través de los alumnos de un curso monográfico sobre limpieza de Graffitis. Estos alumnos estuvieron dirigidos por el tutor del curso, responsable de la empresa Entorno SinGraffiti S.L.

En 2012 la acción de limpieza tuvo lugar sobre los muros de ladrillo y hormigón que cierran el solar de la muralla zirí, en la calle Aljibe de la Gitana. La financiación de esta actuación estuvo nuevamente sufragada mediante el voluntariado del grupo Scout Albaicín 524 y la Asociación de Vecinos Albaicín Alto".

Por su parte, la Delegación Territorial de Cultura manifiesta que:

> *"Las actuaciones de inspección, se amplían con la comprobación, informe y autorización de las medidas propuestas por el Ayuntamiento de Granada en las ordenes de ejecución para exigir a los particulares el cumplimiento del deber de conservación contemplado en la vigente; con la tramitación de las denuncias recibidas de particulares.*
>
> *Existe una estrecha colaboración con la Unidad de Policía Judicial adscrita la Fiscalía Superior de Andalucía en virtud del protocolo establecido en diciembre de 2009, a propósito de la tramitación de las Diligencias Informativas número 90/2009; y con la Administración de Justicia, para emisión de informes periciales de valoración del daño producido al BIC y la asistencia a procedimientos judiciales para asesoría en materia de protección de patrimonio histórico.*
>
> *Con fecha 11 de noviembre de 2016 se dicta Resolución de la Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte en Granada, por la que se autoriza el proyecto de colocación de cámaras de vigilancia destinadas a evitar las agresiones producidas por los graffitis en el patrimonio histórico del barrio del Albaicín.*
>
> *Entre las propuestas de inversión para la protección y conservación de Bienes de Interés Cultural, elevadas por la Delegación Territorial de Cultura para el ejercicio 2017, se incluyó como prioridad el proyecto de eliminación de pintadas en los BIC "Puerta de las Pesas" y "Puerta Monaita", con una inversión de 120.000 euros. Esta medida fue incluida entre las propuestas de inversión como medida previa y complementaria a la instalación de las cámaras de vigilancia en el barrio del Albaicín, fruto del acuerdo alcanzado entre el Ayuntamiento de Granada y la Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte.*
>
> *Finalmente hay que señalar la firma del Convenio suscrito entre el Patronato de la Alhambra y el Ayuntamiento de Granada donde contemplan actuaciones encaminadas a la limpieza de pintadas".*
>
> También los servicios municipales de la Policía Local nos indicaron que
>
> "*desde este Cuerpo de Policía Local, se ha llevado a cabo una intensísima labor de vigilancia a fin de evitar esos comportamientos incívicos, mediante minutas permanentes en las zonas más emblemáticas del mismo. Prueba de ello es más de 41 intervenciones llevadas a cabo por unidades de Policía Local, de lasque se desprenden diligencias contra el patrimonio artístico, ilícitos, administrativos, etc….*
>
> *Es para este servicio de Policía Local, una prioridad absoluta en la protección de nuestro patrimonio, que en este caso se concentra en el Barrio del Albaycín."*

Analizado el contenido de dicha información, hemos de ofrecer a la luz de los datos las siguientes

CONSIDERACIONES

Primera.- La protección normativa del entorno de El Albaicín.

Estos aspectos analizados de deterioro en los entornos urbanos de El Albaicín tienen su régimen de protección establecido por la Ley de Patrimonio Histórico 16/1985, de 25 de Junio, la propia Ley de Patrimonio Histórico Andaluz, Ley 14/2007, de 26 de Noviembre (LPHA) y específicas disposiciones de desarrollo y especiales, en concreto citamos el Plan Especial de Protección y Reforma Interior del Albaicín (PEPRI-A).

Desde luego, citamos igualmente que, a partir de la entrada en vigor del nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía (Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo), el fundamento de la citada Ley de Patrimonio Histórico de Andalucía encuentra en el artículo 10.3.3º su principal referencia cuando se refiere «al

afianzamiento de la conciencia de identidad y de la cultura andaluza a través del conocimiento, investigación y difusión del patrimonio histórico» como uno de los objetivos básicos de la Comunidad Autónoma. A su vez, el artículo 68.3.1º del Estatuto de Autonomía para Andalucía atribuye a la Comunidad Autónoma «la competencia exclusiva en materia de protección del patrimonio histórico, artístico, monumental, arqueológico y científico».

Ciertamente la modificación experimentada por el Estatuto de Autonomía para Andalucía, con ocasión de la reforma habida en el año 2007, no ha hecho sino potenciar, más si cabe, las ideas y principios expresados en el anterior texto estatutario de 1981.

En este sentido, a través del artículo 33 de la norma estatutaria se establece que «Todas las personas tienen derecho, en condiciones de igualdad, al acceso a la cultura, al disfrute de los bienes patrimoniales, artísticos y paisajísticos de Andalucía, al desarrollo de sus capacidades creativas individuales y colectivas, así como el deber de respetar y preservar el patrimonio cultural andaluz».

Asimismo, los ordinales 17º y 18º del apartado primero del artículo 37 prevén, como principios rectores de las políticas públicas, «el libre acceso de todas las personas a la cultura y el respeto a la diversidad cultural»; y «la conservación y puesta en valor del patrimonio cultural, histórico y artístico de Andalucía, especialmente del flamenco».

Esta apuesta decidida supone una perfecta reivindicación de la cultura como auténtico valor característico de la sociedad andaluza y, por tanto, su disfrute y acceso se convierten en objetivos prioritarios para los poderes púbicos y autoridades culturales, en particular.

De todo ello deducimos la importancia de disponer en el ordenamiento jurídico andaluz de las normas adecuadas para definir y alcanzar los objetivos citados promoviendo su aprobación y cumplimiento. En el seno de dichas normas se establecen una serie de disposiciones destinadas a la protección y puesta en valor del patrimonio histórico-cultural, entre las que aparece la catalogación de los bienes y su adscripción a un determinado régimen legal para garantizar los objetivos establecidos por el ordenamiento jurídico cultural.

Volviendo al ámbito que nos ocupa, la citada LPHA en su artículo 14 establece la obligación de los titulares de los inmuebles y bienes integrantes del Patrimonio, catalogados o no, a conservarlos, mantenerlos y custodiarlos para la salvaguarda de sus valores. La zona afectada dispone de inmuebles de distinta titularidad ya sea eclesiástica, municipal, autonómica, o también privada.

Junto a estos elementos considerados, el PEPRI-A se detiene de manera muy concreta en señalar aspectos que deben ser acogidos en su ámbito de protección de este ámbito específico de la ciudad de Granada y así cita:

> *"PROTECCIÓN DE OTROS ELEMENTOS DE INTERÉS*

1. *BIENES OBJETO DE PROTECCIÓN*

> *Se consideran bienes de protección específica aquellos lugares, sitios o parajes naturales vinculados a acontecimientos o recuerdos del pasado, a tradiciones populares, creaciones culturales o de la naturaleza y a obras del hombre, así como a aquellos elementos urbanos de interés en la caracterización de la historia o imagen urbana de la ciudad, conforme a lo establecido por la vigente legislación en materia de protección del patrimonio.*

1. *ÁMBITO Y CONDICIONES ESPECIALES DE APLICACIÓN*

> *En el ámbito del presente Plan, se consideran como elementos de interés a proteger:*
>
> *- Los itinerarios o recorridos de interés*

- Los sitios y lugares de interés o valor histórico

- Las vistas de interés

1. *ITINERARIOS O RECORRIDOS DE INTERÉS*
2. *Tendrán consideración de itinerarios de interés los recorridos que destacan por su carácter histórico y/o por sus valores ambientales o paisajísticos.*
3. *En el ámbito del presente Plan se consideran itinerarios o recorridos de interés:*

- Camino del Sacromonte, Ermita del Santo Sepulcro, Abadía del Sacromonte

- Recorrido desde el Callejón del Santo Sepulcro a la Fuente de la Bicha

- Recorrido por el circuito del trazado de la muralla zirí

1. *SITIOS Y LUGARES DE INTERÉS O VALOR HISTÓRICO*
2. *Son espacios, sitios o parajes naturales o urbanos vinculados a acontecimientos, recuerdos del pasado, o tradiciones que destacan por su especial interés o por su valor histórico.*

Se trata, por tanto, de lugares que fueron soportes de acontecimientos históricos que soportan conmemoraciones relacionadas con el acervo cultural del Albayzín y Sacromonte.

1. *En el ámbito del presente Plan Especial, se señalan los siguientes sitios o lugares de interés:*

- Abadía del Sacromonte y su entorno

- Ermita de San Miguel

1. *VISTAS DE INTERÉS*
2. *Se consideran paisajes y vistas de interés para su protección las perspectivas observables desde enclaves determinados que configuran visiones tradicionales o de interés del Albayzín y Sacromonte o de alguno de sus elementos.*
3. *En el ámbito del presente Plan Especial, se consideran vistas de interés:*

- Las vistas de la Alhambra desde el Camino del Sacromonte

- Las vistas de la Alhambra y el Generalife desde el Mirador de San Nicolás

- Las vistas de la Alambra, la Ciudad y la vega de Granada desde el Mirador de San Cristóbal

- Las vistas del recinto monumental de la Alhambra perceptibles desde la Plaza de Carvajales, San Miguel Alto y cuevas.

- Las vistas del valle del Darro desde el Camino del Sacromonte".

Citamos igualmente la Ordenanza Municipal para la convivencia en el espacio público de Granada, así como el artículo 155 de la Ley 7/2002 de 17 de Diciembre de Ordenación Urbanística de Andalucía.

Por tanto, la normativa recoge una amplitud de instrumentos que otorgan a estos entornos urbanos un régimen de protección sólidamente establecido y que dispone de las vías y medidas necesarias para ofrecer a tales elementos la tutela que merecen.

Segunda.- La descripción del daño.

A partir de la información detallada y cronificada que hemos recibido, debemos destacar, en primer lugar, la plena confirmación de un estado generalizado de ataques y deterioros de las fachadas y elementos viarios en El Albaicín granadino.

Los datos aportados ratifican una reiterada presencia de estos actos vandálicos en los itinerarios de esta emblemática zona de la capital granadina. Las imágenes del estado de fachadas, mobiliario urbano, pavimentos y toda superficie susceptible de ser lastimada son ciertamente impactantes en un doble sentido. De un lado, por la contemplación de abandono y deterioro que generan y, de otro, por la consternación que ese resultado provoca degradando un espacio que encierra todos los mejores valores de la cultura y de la historia de una ciudad como Granada.

Las imágenes que se han aludido a la hora de motivar la presente actuación de oficio han sido ofrecidas por los medios de comunicación locales implicados en el problema, si bien son la actualización, en una concreta fecha, del estado de situación cotidiano que este entorno presenta y, por desgracia, con la categoría de normalizado; en el sentido de que el impacto de estos ataques han ocupado la "norma" de su imagen y estado.

El reportaje aludido no es una noticia; es la crónica de una situación permanente que podría relatarse en cualquier otro momento. La continuidad de este atentado permanente, grave e indeleble, ha llegado a identificarse en la propia habitualidad de El Albaicín. Resulta difícil ver este espacio sin la huella del vandalismo que se lo ha apropiado.

El informe que nos ha ofrecido la Agencia hace un relato de los edificios intervenidos para su limpieza. El listado de tales intervenciones de este Plan URBAN parece reflejar casi la globalidad del caserío, plazas, aljibes, mobiliario y fachadas del entorno afectado. Tras este detallado elenco de inmuebles, más que una relación de intervenciones puntuales, parece el listado catastral de la zona. ¿Queda algo sin manchar, pintar o degradar?

El informe no hace sino ratificar ese factor de generalidad que ha adquirido El Albaicín en su imagen deteriorada y antiestética de sus zonas y recorridos. La contemplación de estos itinerarios —como una suma de fachadas, edificios, paseos y espacios dispuestos como crisol patrimonial de una ciudad y su historia— queda escondida y degradada por la barbarie de estas acciones que destrozan toda esta belleza con la misma facilidad con la que se aprieta un aerosol.

El daño que se provoca se expande como un racimo ya que no sólo afecta a los elementos propios de los viarios públicos, fachadas y paramentos de inmuebles sino que contagian los espacios contemplativos en los que se integran cada uno de estos elementos dañados. La mancha gráfica deteriora la fachada, destroza la lucidez de la calle, anula la imagen integrada de un itinerario característico y termina por destruir un recorrido urbano frustrado en mostrarse con todo su esplendor.

Una pintada es un deterioro para la superficie afectada; pero también el soporte sobre el que se cercena la posibilidad de disfrutar de un escenario visual integral cargado de valor y de belleza. El supuesto de los miradores desactivados en su potencial contemplativo por estas pintadas son un perfecto ejemplo del efecto exponencial que provoca la pintada obscena hasta destrozar toda la sensibilidad de un paisaje.

Tercera.- Las medidas correctivas y de reparación.

Las informaciones por las Administraciones implicadas son un relato del empeño por mitigar los impactos de los daños de pintadas y agresiones gráficas que padece el Albaicín.

Estos esfuerzos son continuos en el tiempo y generalizados en cuanto a los actores que se ven compelidos

a acometer tales reparaciones. Ya hemos comprobado la repartida titularidad de los elementos atacados que implican a titulares de carácter público y, desde luego, también privados que asumen la obligación de mantener y conservar estos inmuebles cada vez que son objeto de los asaltos de estas pintadas.

Somos conscientes de que, una y otra vez, se procuran reparar estos daños con un considerable esfuerzo para los vecinos afectados que, de nuevo y al poco tiempo, deben soportar añadidas pintadas a su costa. Obviamente, si ese gasto de reparación termina resultando inasumible para las disponibilidades presupuestarias públicas, las economías familiares de estos titulares no pueden soportar una sucesiva asunción de las acciones de adecentamiento de sus paredes y fachadas cada vez que vuelven a producirse estos ataques.

Frente a esta situación, hemos de constatar, igualmente, la notable reacción de las autoridades en relación con la aplicación de medidas paliativas. Las informaciones ofrecidas son una cronología de esfuerzos por atajar los efectos de este vandalismo crónico.

El relato de los planes, programas, convenios, acuerdos e intervenciones para la protección y limpieza de estas zonas ofrece un corolario de décadas de lucha contra estas prácticas. Y del mismo modo, se aluden a cifras destinadas a la protección de la zona, y sus espacios de cientos de miles de euros, que, en parte, se destinan a la reparación de los ataques de pinturas y otros deterioros.

Citamos algunos de estos programas que han servido, entre otras acciones, para responder a este sistemático ataque. Hablamos del Programa europeo URBAN de 2002 o de la acción “Échale una mano al Albaicín” de 2008, medidas de sensibilización y participación asociativa en 2009, con ejecución de retiradas de pintadas por importe de 10.000 euros y otra ejecución a finales de ese año por una cuantía de 95.615,2 euros. Añadimos, dentro del URBAN por importe de 2.000.000 euros, el proyecto de “Rehabilitación de cubiertas y fachadas de edificios singulares”, el plan de mantenimiento de la red de aljibes de 2009 y 2010, donde se realizaron tareas de limpieza de estas agresiones con un coste de más de 8.000 euros, a los que se sumaron otros 8.750 euros en 2012 para nuevas tareas de limpieza de estos elementos. Se añade en la información recibida una nueva actuación en diciembre de 2016 para un total de 13 aljibes atacados y pintados que contará con una segunda fase para finales del presente ejercicio de 2017.

Incluso dentro de las subvenciones el Ministerio de Cultura sobre paisajes y valores contemplativos, se realizan en 2010 y 2011 actuaciones en miradores de la ciudad distorsionados en su contemplación por la frecuente presencia de pintadas y ataques a estos entornos. Como ejemplo, se cita que el programa de 2010 sobre cuatro miradores tuvo un importe de 162.749,00 euros. En 2011 el arreglo de nuevos miradores supuso un importe de 151.402,84 euros.

No terminan aquí estas reparaciones. El plan de Turismo de Granada 2005-2015 acogió una intervención especial en el entorno de la Ermita y mirador de San Miguel Alto con la obligada limpieza de pintadas con una inversión global de 273.305,91 euros.

La Delegación Territorial de Cultura apunta, en su esfuerzo más reciente, sendos proyectos para limpiar las Puertas de las Pesas y Monaita por valor de 120.000 euros en este ejercicio de 2017.

En suma, aunque las cifras no se hayan facilitado con un desglose específico que concrete el destinado a la limpieza y adecentamiento de estos daños gráficos, son cientos de miles de euros los que se deducen de esta relación de intervenciones correctivas que tratan de paliar los daños infringidos en este entorno urbano de valor histórico y patrimonial de alcance mundial.

Estas reacciones públicas denotan, ciertamente, una respuesta orientada en el compromiso por evitar estos efectos y evidencian la preocupación por reparar los desperfectos provocados en itinerarios, fachadas, aljibes y superficies del entorno de El Albaicín. Esta idea se desprende del relato de las informaciones ofrecidas y que sitúan desde 2002 (Plan URBAN) las acciones programadas de lucha contra este modelo de vandalismo, sin descartar otras intervenciones, probablemente, muy anteriores.

Pero, tras la dilatada cronología de medidas correctivas y los resultados cuasi permanentes de destrozos e impactos, a pesar de esos empeños, la lucha contra el vandalismo gráfico ofrece más sombras que luces. Las pintadas siguen, y hasta crecen, en su extensión e impactos. Tanto que el ritmo reparador que requieren no puede, ni de lejos, lograr una amortiguación que persista apenas un plazo de tregua que se agota desde el caprichoso instante en el que los autores de estas fechorías ratifican su cómoda e irresponsable animosidad dañina. Cómoda por la facilidad con la que se generan e irresponsable por la nula trascendencia personal de estos daños.

Podemos, pues, deducir que la estrategia parece centrarse en procurar arreglar lo que se estropea, en el plazo que se pueda y con el alcance que permita el presupuesto. Todo parece indicar que difícilmente se podrá limpiar más; ahora toca ensuciar menos.

Y ello habrá de venir de la mano de avanzar en las labores de concienciación ciudadana en favor de este patrimonio común, en la línea que se apuntaba desde el Ayuntamiento, de trabajar en formación en centros escolares, espacios específicos para murales alternativos, concienciación social, reforzar la implicación vecinal, etc. Y algo más.

Cuarta.- Otras iniciativas relativas a la exigencia de responsabilidades.

Destacamos el dato aportado en el informe de la Agencia Municipal Albaicín de la detención en 2010 de un grupo de vándalos y la condena de uno de ellos por los daños producidos. No se relata otro caso, lo cual no deja de resultar aparentemente contradictorio con la contumacia de estas actitudes lesivas, su concentración en escenarios repetidos (*"Pintada sobre pintada"*) y su continuidad en el tiempo.

La ejecución de la medida sancionadora al menor condenado es un ejemplo de la dimensión reparadora del reproche judicial, ya que el pago de la multa y las horas de trabajos en beneficio a la comunidad que se impusieron se dedicaron expresamente a la reparación y limpieza del aljibe dañado a cargo del responsable. Lástima que no se dispongan de otros ejemplos que permitan analizar el impacto social de estas respuestas correctivas que están legalmente previstas pero poco aplicadas.

Se alude a 41 intervenciones de la Policía Local de las que podrían desprenderse diligencias contra el patrimonio, ilícitos administrativos, etc. Pero resulta obvio que el escenario de las responsabilidades exigidas a los sujetos que protagonizan estos daños reincidentes queda aún por explorar.

La reacción de los poderes públicos ante el grave quebrantamiento de las normas de convivencia es también un deber de las denominadas Autoridades que ostentan la responsabilidad —irrenunciable e insustituible— de aplicar las normas que nuestra comunidad ciudadana ha fijado para garantizar y defender los valores y derechos de todos. Del mismo modo que se dispone de un amplio desarrollo normativo de identificación y protección de estos valores patrimoniales que se expresan en el entorno del Albaicín, también existe un régimen correctivo y sancionador para ser aplicado ante tales supuestos lesivos y dañinos. El sistema normativo es bifronte: protección de un patrimonio y responsabilidad para quien lo ataque.

En el marco de acciones preventivas parece situarse los proyectos de dotar, siempre con las debidas garantías, sistemas de vigilancia de estos itinerarios urbanos amenazados y que, con su puesta en marcha, podrán merecer una evaluación de su eficacia.

En suma, hoy Andalucía, y Granada como entidad señera, se ofrecen al mundo desde la plataforma irreemplazable de su cultura y su historia como un foco de atracción mundial de reconocimiento y desarrollo. La fuerza y convicción de estos mensajes necesita la credibilidad de sus compromisos efectivos para su protección y puesta en valor.

Por ello, la joya de El Albaicín no tolera la condena que le equipara a los peores rincones degradados y

sucios del peor suburbio imaginado. Nos resistimos a que su dimensión universal de belleza patrimonial e histórica amenace con invertirse, para transformarse en la imagen de la dejación y la incapacidad de proteger sus méritos.

La entidad universal de El Albaicín, el orgullo de una ciudad por su patrimonio y la capacidad otorgada a sus poderes públicos para defenderlos deben ser argumentos más que suficientes para vencer la estulticia de un vándalo.

A la vista de las anteriores Consideraciones, esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz ha acordado dirigir al Ayuntamiento de Granada y a la Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte de Granada las siguientes

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO del marco normativo citado a lo largo de la presente Resolución.

RECOMENDACIÓN de que se extremen las medidas de vigilancia y protección de los entornos de El Albaicín a fin de evitar daños y acciones lesivas contra los elementos que componen sus itinerarios urbanos y que perjudican sus valores patrimoniales e históricos.

SUGERENCIA, para que se potencien las acciones de concienciación y educación de los valores protegibles del entorno patrimonial de El Albaicín y se potencie la implicación ciudadana y vecinal en su conservación y mejora.

Ver cierre de actuación de oficio

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Pedimos que la identificación del instituto se haga de acuerdo a la normativa de la Memoria Histórica y Democrática

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 17/2318 dirigida a Consejería de Educación

- 28 Diciembre 2017

Esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz tramita la queja identificada con el número señalado en el encabezamiento. Las diferentes actuaciones en el curso de este expediente nos han permitido analizar la situación planteada en la queja y, tras diversos trámites, que a continuación se detallan, hemos considerado procedente emitir un pronunciamiento formal como Resolución, según establece el artículo 29.1 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, reguladora del Defensor del Pueblo Andaluz.

ANTECEDENTES

I.- Con fecha 20 de Abril de 2017 en nombre del "Foro por la Memoria del Campo de Gibraltar" se presenta escrito de queja discrepando de la identificación de un centro educativo en base a identidades y sujetos que contraviene la normativa de memoria democrática. Se trata del Instituto de Educación Secundaria (IES) "Menéndez Tolosa", de la Línea de la Concepción (Cádiz) en referencia a Camilo Menéndez Tolosa, Ministro del Ejército y Capitán General.

II.- Esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz entendió oportuno admitir a trámite la queja orientada a conocer con mayor detalle las circunstancias acaecidas, así como las medidas adoptadas en relación con el cambio de denominación de dicho Instituto de Educación Secundaria (IES) de la Línea de la Concepción (Cádiz). La respuesta ofrecida por la Consejería de Educación se basó en los argumentos empleados mediante resolución de 24 de Julio de 2017:

> *"En virtud de lo previsto en el Decreto 207/2015, de 14 de julio, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Educación, es la Dirección General de Planificación y Centros, bajo la dirección, coordinación y control de la Viceconsejería, como encargada de la planificación de los centros docentes (art. 7.2.a) y de la propuesta de clasificación, creación, autorización, cese, modificación o transformación de los centros docentes y el mantenimiento del registro de los mismos (art. 7.2.g), la encargada de proponer el cambio (a instancias del Consejo Escolar del centro de que se trate), y la persona titular del a Consejería la que debe aprobarlo mediante Orden.*
>
> *Teniendo en cuenta que se ha cumplido el procedimiento establecido en la norma para la propuesta de cambio de denominación específica del centro educativo, y que en dicho procedimiento no está prevista fase de alegaciones alguna, habría que concluir que no procede el escrito del "Foro por la Memoria del Campo de Gibraltar", ni la pretensión del recurrente, o al menos, que las*

manifestaciones vertidas en dicho escrito no tienen por qué ser tenidas en cuenta necesariamente a la hora de aprobar el cambio.

Por otro lado, en cuanto a la cuestión de fondo planteada, estas dependencias administrativas no tienen elementos de juicio suficientes para entrar a valorar si la nueva denominación prevista, "Tolosa", pudiera resultar contraria a lo previsto en el art. 15 de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, de la Memoria Histórica.".

Teniendo en cuenta los antecedentes descritos, se estima oportuno realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

Primera.- El motivo central de la queja presentada es la discrepancia expresada por una entidad implicada en la defensa de los valores de la memoria histórica, el denominado "Foro por la Memoria democrática del Campo de Gibraltar", ante la denominación de un Instituto de Enseñanza Secundaria (IES) en La Línea de la Concepción, aludiendo a una figura identificada con la dictadura.

Dicha denominación contravendría la Ley 52/2007, de 26 de Diciembre, de Memoria Histórica, así como la Ley 2/2017, de 28 de marzo, de Memoria Histórica y Democrática de Andalucía. (BOJA número 63 de 03/04/2017) y sus disposiciones de desarrollo.

En concreto, la ley estatal señala:

«Artículo 15. Símbolos y monumentos públicos.

1. Las Administraciones públicas, en el ejercicio de sus competencias, tomarán las medidas oportunas para la retirada de escudos, insignias, placas y otros objetos o menciones conmemorativas de exaltación, personal o colectiva, de la sublevación militar, de la Guerra Civil y de la represión de la Dictadura. Entre estas medidas podrá incluirse la retirada de subvenciones o ayudas públicas.

2. Lo previsto en el apartado anterior no será de aplicación cuando las menciones sean de estricto recuerdo privado, sin exaltación de los enfrentados, o cuando concurran razones artísticas, arquitectónicas o artístico-religiosas protegidas por la ley.

3. El Gobierno colaborará con las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales en la elaboración de un catálogo de vestigios relativos a la Guerra Civil y la Dictadura a los efectos previstos en el apartado anterior.

4. Las Administraciones públicas podrán retirar subvenciones o ayudas a los propietarios privados que no actúen del modo previsto en el apartado 1 de este artículo».

Por su parte, la norma legal andaluza especifica:

«Artículo 32. Elementos contrarios a la Memoria Histórica y Democrática.

1. La exhibición pública de escudos, insignias, placas y otros objetos o menciones, como el callejero, inscripciones y otros elementos adosados a edificios públicos o situados en la vía pública, realizados en conmemoración, exaltación o enaltecimiento individual o colectivo del golpe militar de 1936 y del franquismo, de sus dirigentes o de las organizaciones que sustentaron al régimen dictatorial, se considera contraria a la Memoria Democrática de Andalucía y a la dignidad de las víctimas.

2. Las administraciones públicas de Andalucía, en el ejercicio de sus competencias y de conformidad con lo establecido en el apartado primero, adoptarán las medidas necesarias para proceder a la retirada o eliminación de los elementos contrarios a la Memoria Democrática de Andalucía, sin perjuicio de las actuaciones que las víctimas, sus familiares o las entidades memorialistas puedan llevar a cabo en defensa

de su derecho al honor y la dignidad (...)

5. Cuando los elementos contrarios a la Memoria Democrática estén colocados en edificios de carácter público, las instituciones o personas jurídicas titulares de los mismos serán responsables de su retirada o eliminación.

6. Para la determinación de los elementos contrarios a la Memoria Democrática que no hayan sido retirados o eliminados voluntariamente, mediante Orden de la persona titular de la Consejería competente en materia de memoria democrática, se constituirá un comité técnico que elaborará una relación de los elementos que deben ser retirados o eliminados. La composición y las reglas de funcionamiento de este comité técnico, que estará adscrito a la Dirección General competente por razón de la materia, serán establecidas asimismo por Orden, con sujeción a lo dispuesto en la sección 1.ª del capítulo II del título IV de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía. La Dirección General competente notificará a las personas titulares de los elementos incluidos en esa relación el incumplimiento de su obligación de eliminarlos o retirarlos».

A la vista de tales preceptos, no parece que permanezcan dudas respecto de la inidoneidad del uso de la denominación del IES afectado y, por tanto, quedando llamada a su adecuación.

Segunda.- Ante la petición dirigida por el interesado, quien comparece a su vez en nombre del "Foro por la Memoria del Campo de Gibraltar", la argumentación que merece en la resolución de la Consejería está basada en dos argumentos que podríamos intentar resumir.

De un lado, de carácter procedimental, se indica que el proceso de denominación del IES ha seguido los pasos establecidos de realizar una proposición del Consejo Escolar y su elevación a la autoridad educativa para la aprobación, en su caso, por el titular de la Consejería competente del nuevo nombre del IES. También se explica que no está previsto las manifestaciones de terceros actores que pudieran alegar distintas cuestiones al respecto, como es el caso del denominado "Foro por la Memoria del Campo de Gibraltar", cuyas opiniones *"no tienen por qué ser tenidas en cuenta necesariamente a la hora de aprobar el cambio".*

Y, en cuanto al núcleo de la cuestión debatida, contenida en el *petitum* del recurso resuelto, se alude a que *"estas dependencias administrativas no tienen elementos de juicio suficientes para entrar a valorar si la nueva denominación propuesta "Tolosa" pudiera resultar contraria a lo previsto en el artículo 15 de la Ley 52/2007, de 26 de Diciembre de Memoria Histórica".*

En suma, aunando las anteriores argumentaciones, se desestima por la Consejería de Educación el recurso interpuesto.

Tercera.- Ciertamente, la respuesta que ofrece la entidad educativa merece una opinión discrepante. Siguiendo el correlato que resumimos antes, podemos indicar que

a) En relación con la aportación al debate de las posiciones del "Foro por la Memoria del Campo de Gibraltar", compartimos la apreciación de no estar esa Administración supeditada a los criterios o alegaciones de terceros en este proceso de estudio, propuesta y evaluación del nombre de los centros educativos, como señala el texto de la resolución. Probablemente, en el proceso de elaboración del cambio de nombre, el papel de estas entidades ciudadanas encajaría mejor en el curso de los contactos o apreciaciones que se generan en el seno del Consejo Escolar entre sus miembros y contando con sus conocimientos, criterios o intereses representados.

Lo cual no se contradice con la aprovechable aportación de elementos que, desde su función participativa, o de un concreto conocimiento, realiza ese Foro como una contribución específica al caso y que puede incorporar datos o referencias que, sin duda, enriquecen ese ejercicio racional para discernir los mejores criterios para la selección del nombre idóneo con el que identificar al IES.

Pero incluso, en el ámbito de la normativa que procura estas participaciones, se ha partido de un especial reconocimiento al indicar la norma estatal «El legislador considera de justicia hacer un doble reconocimiento singularizado. En primer lugar, a los voluntarios integrantes de las Brigadas internacionales, a los que se les permitirá acceder a la nacionalidad española sin necesidad de que renuncien a la que ostenten hasta este momento (art. 18); y, también, a las asociaciones ciudadanas que se hayan significado en la defensa de la dignidad de las víctimas de la violencia política a que se refiere esta Ley (art. 19)».

E insistiendo en esta línea, la Exposición de motivos de la Ley andaluza establece también «El título IV reconoce la relevancia del movimiento asociativo y fundacional en la preservación de la Memoria Democrática y en la defensa de los derechos de las víctimas, y establece que la Administración de la Junta de Andalucía adoptará medidas de fomento en su favor. Además, prevé el Registro de las Entidades de Memoria Democrática de Andalucía y crea el Consejo de la Memoria Histórica y Democrática de Andalucía como órgano colegiado consultivo y de participación del movimiento memorialista que opera en Andalucía».

Por tanto, la normativa en materia de Memoria Democrática resulta especialmente acogedora de todo el movimiento asociativo y de participación ciudadana, reconociéndole un papel impulsor en todos los procesos de recuperación de la memoria y reparación de las víctimas.

b) El objetivo nuclear de la normativa aplicable al caso es evitar el uso de denominaciones, símbolos o manifestaciones externas realizadas en su día en claro apoyo, reconocimiento o mérito del bando vencedor de la contienda civil.

En el marco de tales mandatos legales, la actuación emprendida por la Administración educativa parte de una situación evidente, cual es la presencia de un IES denominado "Camilo Menéndez Tolosa", que contradice los principios y objetivos que se han descrito en la normativa aplicable.

Resulta evidente que la denominación del IES otorgada en su día pretendía ofrecer público reconocimiento a la persona del militar aludido. Y así la corrección de la denominación del IES *"Camilo Menéndez Tolosa"* por el de *"Tolosa"* se presenta, evidentemente, como la respuesta de la administración educativa para superar ese inicial efecto, aunque no deja de quedarse en una alteración formal del nombre de una concreta persona, eliminando el primer apellido y permaneciendo el de "*Tolosa*".

No parece que se haya abordado la cuestión del cambio de denominación en base a ideas creativas o de mayor espectro. Ha bastado eliminar ese apellido inicial (*"Menéndez"*) y permanecer el segundo ("*Tolosa* ") con una denominación más singular que precisamente conserva los términos más especiales que ayudan a la identificación del centro ("*el Tolosa*") y, por ello, deja inmutable la referencia a la identidad que se pretende superar. Descartamos que la intención sea realizar referencia alguna a esa ciudad guipuzcoana o despertar alguna sobrevenida acción de evocación a dicha localidad, cuyas razones permanecerían ignotas.

Desde luego, el gesto manifiesto e intencionado de superar el uso de una concreta figura militar para nombrar al IES no se consigue con tan timorato abordaje. Es decir; si se trata de atender los principios y objetivos establecidos por una norma de rango legal como es la Ley de Memoria Histórica, el resultado final no se aproxima a un elemental aprobado. La referencia identificativa del centro educativo en torno al militar aludido sigue perfectamente presente y el objetivo, a la hora de superar dicho referente en su denominación oficial, permanece fallido.

Ante este relato, la argumentación expresada en la resolución no responde a la cuestión analizada. Antes al contrario; proclama una actitud inhibitoria señalando que *"estas dependencias administrativas no tienen elementos de juicio suficientes para entrar a valorar si la nueva denominación propuesta "Tolosa" pudiera resultar contraria a lo previsto en el artículo 15 de la Ley 52/2007, de 26 de Diciembre de Memoria Histórica".*

La lectura de esta idea reconoce la falta de criterio sobre la cuestión debatida para dictar a continuación una resolución de la autoridad educativa. Tal carencia —tan expresamente manifestada— nos induce a considerar que, si esa autoridad adolece de "*elementos de juicio suficientes",* no debe concluir en la ratificación de tal carestía de criterios, sino en procurar adquirirlos en el curso de las actuaciones que el propio procedimiento administrativo común le otorga.

Partiendo de esa valoración expresada de ausencia de criterios, el impulso de los trámites deberían llevar a la solicitud de los informes necesarios, preceptivos o no, para poder completar los fundamentos y conocimientos oportunos para resolver con rigor el caso. Así se desprende los artículos 79 y 80 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común.

Y, a tales efectos, baste señalar la existencia, en el seno del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, de una Consejería de Presidencia, Administración Local y Memoria Democrática en la que poder completar esos *"elementos de juicio necesarios"*. Concretamente a la Dirección General de Memoria Democrática le corresponden las atribuciones previstas en el artículo 30 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, y las funciones de planificación, dirección, coordinación, control técnico y propuesta de actuación en materia de Memoria Histórica y Democrática.

De igual modo, a la hora de procurar adquirir un repositorio de criterios, y sin ánimo de ser exhaustivos, la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía alteró la denominación del Centro de Salud de Algeciras " *Camilo Menéndez Tolosa*" por el de "*Algeciras-Centro*", en aplicación de la normativa de Memoria Histórica. Pero es que, en idéntica situación a la que nos encontramos, con fecha 6 de Octubre 2017, el pleno del ayuntamiento de Burgos retiró la Medalla de Oro de la ciudad precisamente a Camilo Menéndez Tolosa, junto a otras personas relacionadas con la dictadura.

Parecen supuestos suficientemente claros y aplicables al caso como para servir de precedentes sólidos que habilitan a la Consejería para una intervención más decidida en la supresión del nombre "*Tolosa*" del IES linenese.

Cuarta.- En resumen, y más allá de la aplicación práctica de este posicionamiento en el seno del procedimiento administrativo que se sustancia con la resolución dictada, consideramos que no se ha alcanzado un resultado acorde con la idoneidad del nombre que se otorga la IES de La Línea de la Concepción, en relación con los preceptos reguladores de la Memoria Histórica y Democrática de Andalucía.

Por todo lo anterior, y de conformidad con lo establecido en el artículo 29, apartado 1, de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, se formula a la **Consejería de Educación** la siguiente

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO del deber de cumplir los preceptos de legalidad constitucional y ordinaria que hemos referido en la parte expositiva.

RECOMENDACIÓN, a fin de que se promueva una identificación del IES de La Línea de la Concepción acorde con la normativa reguladora de la Memoria Histórica y Democrática.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Queremos que los museos abran por las tardes durante el verano

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 17/3454 dirigida a Consejería de Cultura

- 16 Octubre 2017

Esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz tramita la queja identificada con el número señalado en el encabezamiento. Las diferentes actuaciones en el curso de este expediente nos han permitido analizar la situación planteada en la queja y, tras diversos trámites, que a continuación se detallan, hemos considerado procedente emitir un pronunciamiento formal como Resolución, según establece el artículo 29.1 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, reguladora del Defensor del Pueblo Andaluz.

ANTECEDENTES

1.- Con fecha 25 de Junio de 2017 el Defensor del Pueblo Andaluz acordó incoar queja de oficio relativa al régimen de apertura del museos malagueños ante la Consejería de Cultura. El interés de esta actuación de oficio se centraba en desarrollar algunas informaciones a propósito del funcionamiento del Museo de La Aduana en Málaga pero que, sin duda, podría aplicarse a un ámbito generalizado de la organización de la oferta de servicios museísticos en el conjunto de Andalucía.

Dicha queja de oficio supuso la petición de información dirigida ante dicha Consejería a fin de conocer:

- *"régimen de horarios de visitas establecido para los museos de Málaga, en particular el centro de La Aduana, así como del resto de Andalucía.*
- *disponibilidad para ampliar el régimen horario de apertura diario o de sus jornadas semanales.*
- *cualquier otra circunstancia que consideren oportuno transmitir para esclarecer el asunto que nos ocupa".*

2.- Con fecha 31 de Julio la Dirección General de Bienes Culturales y Museos emitió un clarificador informe en el que se exponía:

> *"El Museo de Málaga, es un museo de titularidad estatal y gestión autonómica, siendo el único de estas características en Málaga. Fue creado por Real Orden de 3 de marzo de 1073, y en él se unificaban en una sola entidad administrativa los antiguos Museos Provinciales de Bellas Artes y Arqueología.*
>
> *En 2005 se firma en Málaga el Acuerdo entre la Junta de Andalucía y el Estado por el que el Palacio de la Aduana, de titularidad estatal, se destina a sede del Museo de Málaga, quedando desde entondes adscrito al Ministerio deCultura. Desde el año 2006 hasta el 2 de diciembre de*

20015, fecha en la que se firma el Protocolo de cesión por parte del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte a la Juanta de Andalucía, una vez acometidas las obras de rehabilitación del edificio y la ejecución museográfica, la consejería deCultura asume todos aquelloa trabajos destinados a su puesta en funcionamiento como equipamiento cultural de primer orden, en sintonía con el posicionamiento estratégico desarrollado e impulsado por la ciudad de Málaga, y, de manera principal, en respuesta a la demanda y movilización de la sociedad malagueña en favor dela apertura del Museo de Málaga.

El contexto en el que se planifica la apertura del Museo de Málaga atiende, de una parte , al necesario rigor que una institución de esta complejidad exige, y de otra, a innegables criterios de sostenibilidad y, por tanto, ajustados a la realidad de la gestión pública de este tipo de equipamientos culturales. La apertura del Museo de Málaga responde a un firme compromiso de la Junta de Andalucía en un contexto donde los efectos de las limitaciones de gasto público impuestas en 2012 aún persisten, y, aún así, la administración autonómica atendió las obligaciones inherentes a la contratación del personal necesario para la apertura pública del Museo de Málaga, con las garantías y acuerdos necesarios en lo que se refiere al ordenamiento previsto por la Función Pública andaluza.

El Museo de Málaga forma parte de la instituciones museísticas gestionadas por la Consejería de Cultura, y, en consecuencia, cumple con las medidas relativas a los horarios de apertura de los museos y conjuntos culturales gestionados por la Consejería Cultura y que han sido aprobados en la Subcomisión de la Vigilancia de la Consejería de Cultura del VI Convenio Colectivo del personal laboral de la Junta de Andalucía.

El 20 de octubre de 2014 se suscribió un Acuerdo para el calendario de apertura pública en los museos y conjuntos culturales, por parte de todas las centrales sindicales que integran dicha comisión: USTEA, CSIF, CCOO Y UGT. La vigencia del acuerdo es de 4 años por lo que tiene validez hasta octubre de 2018.

El horario de apertura de los museos acordado en dicho documento es el siguiente:

-Horarios de apertura pública en museos:

- Del 1 de enero al 15 de junio y del 16 de septiembre al 31 de diciembre:

- De martes a sábados, la jornada de apertura será de 9,00 horas a 19,30 horas.

-Domingos y festivos de 9,00 horas a 15,30 horas.

-Verano: de 16 de junio al 15 de septiembre:

-De martes a domingo y festivos incluidos: de 9,00 horas a 15,30 horas.

En noviembre de 2015, la Subcomisión de Vigilancia acordó por unanimidad de todas las centrales sindicales, la ampliación para 2016 del horario de apertura de los museos en una hora en el horario de invierno, manteniendo el horario del periodo estival previsto en el acuerdo de 2014. De esta manera pasaba a cerrar en el horario de invierno a las 20,30 horas, en lugar de la 19,30 horas. Ello fue posible gracias a la eliminación de la reducción del 10% de la jornada laboral temporal a partir de enero de 2016.

Un año más tarde, la Subcomisión de Vigilancia, en reunión mantenida el 21 de diciembre de 2016, adoptó mediante acuerdo mantener para 2017 el mismo horario que regía hasta esa fecha, si bien minorando en media hora, como consecuencia de la entrada en vigor del Decreto Ley 5/2016, de 11 de octubre, que restablece la jornada ordinaria de treinta y cinco horas semanales de promedio de cómputo anual.

De esta manera, el horario que rige para los museos, de conformidad con las centrales sindicales en 2017 es el siguiente:

-Horarios de apertura pública en museos:

- Del 1 de enero al 15 de junio y del 16 de septiembre al 31 de diciembre:

- De martes a sábados, la jornada de apertura será de 9,00 horas a 20,00 horas.

-Domingos y festivos de 9,00 horas a 15,00 horas.

-Verano: de 16 de junio al 15 de septiembre:

-De martes a domingo y festivos incluidos: de 9,00 horas a 15,00 horas.

Con carácter previo es preciso incidir que la reducción de los horarios de tarde en la época estival se produce en el año 2012, como consecuencia de las restricciones financieras, de déficit y de la imposibilidad de contratar nuevo personal excepto para sectores prioritarios derivadas de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera impulsada por el Gobierno de la Nación. Ello motivó a su vez que el Parlamento de Andalucía, se viese obligado a aprobar la Ley 3/2012, de 21 de septiembre. De Medidas Fiscales, Administrativas, laborales y en materia de Hacienda Pública para el reequilibrio económico-financiero de la Junta de Andalucía.

Recuérdese que la citada Ley Orgánica, a partir de su entrada en vigor en las CCAA, debían respetar no sólo un límite máximo de déficit sino también un crecimiento limitado de le gasto público y un objetivo de deuda. Todo ello acompañado de un detallado mecanismo sancionador en caso de incumplimiento.

Finalmente hay que señalar que una modificación de los horarios de los museos, debe ser acordada con las centrales sindicales presentes en la Subcomisión de Vigilancia de la Consejería de Cultura del VI Convenio Colectivo del personal laboral de la Junta de Andalucía."

Analizado el contenido de su información, hemos de ofrecerles a la luz de los datos las siguientes

CONSIDERACIONES

Primera.- Esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz ha venido desarrollando una amplia y dilatada labor de atención al eficaz sistema normativo de promoción y protección del patrimonio histórico artístico.

Así, en los sucesivos Informes Anuales al Parlamento, al igual que con motivo de la elaboración de los Informes Especiales, la Institución ha querido contribuir al mejor desempeño de las actuaciones de los poderes públicos para la protección y puesta en valor de nuestra riqueza monumental. Todo ello en consonancia con las funciones de protección y tutela de los derechos establecidos en los artículos 44 de la Constitución y 33 y 37.1º.18 del Estatuto de Autonomía en el ámbito de la cultura.

En el amplio escenario de intervenciones de este tipo que se producen a lo largo del territorio andaluz, ocupa un lugar preeminente las acciones que posibilitan el efectivo disfrute de nuestro patrimonio cultural gracias a promover su conocimiento y contemplación. Este objetivo es ciertamente esencial en el contexto de hacer partícipe a la ciudadanía de los valores que ofrecen nuestros bienes culturales y que permiten su disfrute, pero también el general reconocimiento de la sociedad de las manifestaciones culturales de su pasado. Una conciencia que revierte en un lógico orgullo y motivo añadido para su defensa y protección.

Entre los instrumentos singulares de la conservación, estudio y puesta en valor de la riqueza artística de Andalucía, contamos con la red de Museos y servicios análogos dependientes de la Junta de Andalucía. Por

ello la Ley 8/2007, de 5 de Octubre, de Museos y Colecciones Museográficas de Andalucía declara:

> «…la idea de superar el concepto de museo como simple depósito de materiales y centro de investigación reservado a una minoría y, por el contrario, su entendimiento como un núcleo de proyección cultural y social. Lo cierto es que durante estos años los museos han adquirido un papel protagonista en el desarrollo e impulso de la cultura, además de ser un innegable elemento de atracción turística. Así, el museo ha dejado de ser tenido en cuenta nada más que en función de su contenido y ha pasado a tener sentido en función de su papel sociocultural, como institución a la que los ciudadanos acceden siendo conscientes del disfrute de un patrimonio que les pertenece y demandan una mayor calidad en los servicios que presta el museo».

Por tanto, desde el punto de vita de la normativa de alcance cultural, la actividad museística se relaciona como «núcleo de proyección cultural y social» elementos esenciales de acopio y exhibición de la actividad creativa y reflejo de una cultura y una historia dignas de conocimiento y disfrute por parte de la ciudadanía andaluza y, desde luego, con una inequívoca vocación universal.

Segunda.- A partir de este marco, la Institución del Defensor del Pueblo Andaluz ha tenido conocimiento de la restricción de los horarios de visita del Museo de Málaga y que, según las mismas informaciones, estaría afectada por un régimen de apertura que no ha podido *"encontrar fórmulas para compatibilizar el convenio colectivo del personal con el horario habitual de apertura"*. Tal es así que la entidad de La Aduana de la capital malagueña, que ha adquirido una referencia propia en la oferta cultural de Andalucía, es accesible durante el verano en horario único de mañana de 9,00 horas a 15,00 horas de martes a domingo.

Pero es que, según se explicaba, se trata de un criterio aplicable al conjunto de empleados adscritos la sistema de museos de la Junta de Andalucía, y no sólo de Málaga. Por ello, este ejemplo resulta absolutamente predicable del conjunto de la oferta museística de Andalucía en la época de mayor afluencia de visitantes de nuestra Comunidad Autónoma.

Según la información ofrecida, la fijación de la jornada y horario deviene del VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Junta de Andalucía, aplicado en la Subcomisión de Cultura según sucesivos acuerdos de 20 de Octubre de 2014, Noviembre de 2015 y Diciembre de 2016.

Obviamente, el marco convencional implica el escenario de negociación y acuerdos que debe aplicarse a los recursos culturales como son los museos para la fijación de los horarios de su personal sin que desde esta Institución se contradiga su legitimidad. Es el resultado final de dichos horarios y jornadas lo que sometemos a la consideración de la Administración Cultural para que sean abordados en las negociaciones hasta obtener el resultado que, creemos, resulte más acorde con las necesidades del servicio que se presta por estos recursos culturales museísticos.

Nada más lejos de la motivación de esta Institución parecer simplista o desatenta a las dificultades que implica alcanzar este resultado que permita un horario amplio y versátil para los museos; máxime ante reducciones de jornada y severas limitaciones de personal, como las que se describen en el informe de la Consejería.

Pero hemos de insistir en la necesidad de disponer de un régimen de apertura al público coherente con la entidad del servicio que se presta y con la obligación de otorgar a la oferta museística la presencia y desarrollo de toda la potencialidad para el que se ha creado.

Tercera.- Sin perjuicio de las informaciones que se reciben en orden a los condicionantes del convenio colectivo aplicable para el personal adscrito a estos museos, el resultado no parece coherente con otros

mensajes de fomento y atracción promovido desde los poderes públicos. Nos referimos a la afectación de este sistema de apertura y exhibición de los museos frente a sus potenciales interesados en su contemplación y disfrute, entre los que destacan los visitantes que viajan a estos destinos atraídos por unos elementos variados que dan forma a una determinada oferta turística.

Resulta evidente la apuesta de promoción y potenciación de Andalucía como destino cultural y donde los centros museísticos constituyen una herramienta imprescindible. La fundamentación legal de estos recursos culturales, que hemos citado más arriba, profundiza en estos espacios como perfectos focos de atracción para visitantes que ratifican el interés de su presencia en nuestra tierra para valorar y reconocer una trayectoria histórica de cultura. Pero a ellos, también se suman otros turistas que superan durante su estancia los objetivos típicos —y tópicos— hasta descubrir esos valores culturales que refuerzan la validez y la potencialidad de un destino que puede darles más, mucho más, que esa versión constreñida que reduce Andalucía como destino de toalla y sangría.

Así, se ha acuñado una noción de turismo cultural que pretende aunar los rasgos de la actividad ordinaria de visitante ocasional con una motivación enriquecida por otros intereses que, a su vez, amplifican las ofertas que se brindan en un concreto destino añadiendo una versatilidad en sus focos o motivos de visita y presencia.

Precisamente, la Ley 3/2011, de 23 de Diciembre, de Turismo de Andalucía (BOJA 255 de 31 de Diciembre) ofrece el marco normativo de esta argumentación. Así:

> «Artículo 1. Objeto y finalidad de la Ley.
>
> 1. El objeto de la presente Ley es la ordenación, la planificación y la promoción del turismo sostenible.
>
> 2. En el marco del Estatuto de Autonomía la presente Ley tiene como finalidad:
>
> a) El impulso del turismo sostenible como sector estratégico de la economía andaluza, generador de empleo y desarrollo económico.
>
> b) La promoción de Andalucía como destino turístico, atendiendo a la realidad cultural, medioambiental, económica y social, favoreciendo la desestacionalización y garantizando el tratamiento unitario de su marca turística».

Igualmente a la hora de señalar las acciones de planificación que la Ley persigue, se establece:

> «Artículo 10. Acciones de ordenación y fomento.
>
> La consecución de los objetivos generales de la Ley se llevará a cabo mediante el apoyo y el impulso de las acciones siguientes:
>
> … e) La preservación y, en su caso, mejora del atractivo de los espacios culturales o naturales objeto de frecuente visita turística, facilitando su transitabilidad y la comprensión de los valores que los caracterizan y manteniendo su especificidad y su integridad ambiental…

Sin duda, esta línea de trabajo implica, para una industria turística como la española, toda un visión estratégica de enorme calado y que requiere, junto a una planificación compleja, un compromiso de muy largo recorrido entre todos los sectores implicados. Del mismo modo, territorialmente los destinos o áreas de recepción de estos flujos de visitantes se han ido adaptando para mejorar y actualizar sus ofertas dentro de estas líneas generales que el sector turístico demanda. Y entre estos proyectos que se han esforzado por reinterpretar sus potencialidades de atracción y actividad turísticas, destaca la ciudad de Málaga.

La citada Ley del Turismo relata, entre sus objetivos, toda esta apuesta cuyos resultados se pueden contemplar entre las dotaciones museísticas creadas en Málaga con todo su sentido y estrategia. Dice el citado artículo 10 entre los objetivos de la actividad promocional:

> «i) La rehabilitación de espacios y edificios de interés patrimonial, sin menoscabo de las competencias atribuidas a la Consejería competente en materia de patrimonio histórico, con destino al desarrollo de actividades turísticas o a la prestación de servicios turísticos».

Ciertamente, la capital mediterránea ha sido escenario de un trabajo ímprobo para su posicionamiento entre los destinos culturales preferentes. Pocos ejemplos pueden parecer más claros a la hora de orientar un modelo consolidado de oferta turística con otros contenidos que han elegido la cultura, en sus más variadas formas, como motor de atracción y prestigio.

La expresión de desconcierto, y hasta enfado, de la persona que formula la queja podría ser predicable a otras muchas personas que acuden a nuestra tierra atraídas por una potente oferta apoyada en el potencial artístico e histórico de Andalucía y reciben esta incoherente limitación en los accesos.

Tras este relato de trabajo, compromiso y esfuerzo desplegado en Málaga —y en otros destinos andaluces— confirmar la restricción de los horarios de tarde en museos, coincidiendo con la época estival, es toparse con un despropósito. Limitar el disfrute de estas auténticas joyas de atracción cultural tras el esfuerzo por crearlas define, cuando menos, la incongruencia. Cuando se restringe la disponibilidad de acceso de visitantes de esta manera tan rotunda, y precisamente afectando a la época del año en la que la ciudad despliega toda su capacidad de atracción y presencia, desaparece toda la inteligencia desplegada durante décadas para construir el turismo que soñábamos.

Cuarta.- Buena parte de la argumentación de las políticas de turismo, que se desprende de la normativa comentada, hace alusión a una interdependencia que el sector turístico presenta sobre otros sectores y valores. Así se habla de la implicación en la ordenación del territorio, la sostenibilidad, sus efectos en el medio ambiente, en las comunicaciones, yacimientos de empleo, cualificación de profesionales, etc.

Y también se habla de los retos de una actividad económica, como es la del turismo, globalizada y con una feroz competencia. Retomando el caso que analizamos, hemos querido indagar, sin mayor alcance, algunos otros ejemplos de horarios y regímenes de aperturas de varios museos, obtenidos de sus respectivas informaciones en internet.

Así el Centro Reina Sofía de Madrid, en su sede principal del edificio Sabatini y edificio Nouvel publica sus horarios:

Lunes 10:00 - 21:00 h

Martes Cerrado

*Miércoles-sábado 10:00 - 21:00 h**

Domingo Consultar horarios de apertura

Festivos Consultar los días de cierre

Hemos consultado otro centro de ubicación provincial y de alcance más limitado como el Museo de Arte Contemporáneo de Cuenca, que establece:

De martes a viernes y festivos: 11:00 – 14:00 h. y 16:00 – 18:00 h.

Sábados: 11:00 – 14:00 h. y 16:00 – 20:00 h.

Domingos: 11:00 – 14:30 h.

Lunes: cerrado

Cierra: 1 de enero; Jueves Santo (tarde); Viernes Santo; 18, 19, 20 y 21 de septiembre; 24, 25 y 31 de diciembre

Por su parte el Museo de Valladolid fija el siguiente régimen de visitas para su público:

Horario de apertura:

Invierno (de Octubre a Junio)

- *de Martes a Sábado: de 10 a 14 y de 16 a 19 horas*
- *Domingo: de 10 a 14 horas*

Verano (de Julio a Septiembre)

- *de Martes a Sábado: de 10 a 14 y de 17 a 20 horas*
- *Domingo: de 10 a 14 horas*

Cerrado los Lunes y los días 1 y 6 de Enero, 13 de Mayo, 8 de Septiembre, 24, 25 y 31 de Diciembre. Consultar festivos restantes.

El Museo de arte clásico en Mérida tiene establecido sus horarios como:

Invierno (1 de octubre al 31 de marzo): *De 09:30 a 18:30 h (de martes a sábado)*

Verano (del 1 de abril al 30 de septiembre) *De 09:30 a 20:00 h (de martes a sábado)*

Domingos y festivos *De 10:00 a 15:00 h (todo el año)*

Cerrado: *Todos los lunes del año, 1 de enero, 1 de mayo, 24, 25 y 31 de diciembre, 2 festivos locales (1 de septiembre y 10 de diciembre)*

Parece desprenderse que las jornadas de tarde se ofrecen en las aperturas durante todo el año y el criterio estival no condiciona ni limita esa posibilidad de acceso del público. Desde luego estos breves apuntes no pretenden ofrecer una analítica comparativa del sistema museístico de ámbito nacional. Tan sólo se ha procurado indagar en diversos destinos y en museos variados por su localización y contenidos para comprobar que el criterio de limitación de los horarios de tarde no se aplica.

Podría objetarse que algunos de estos ejemplos son museos o centros señeros por su trascendencia (Reina Sofía de Madrid) o muy especializados (Museo de Mérida), pero creemos que también pueden ser referentes a los que se aspira a emular procurando en la oferta museística andaluza lograr la mayor equiparación en todo aquello que refuerce el valor y prestigio de nuestras propias organizaciones expositivas.

Pero es que esta comparación se hace más destacada si atendemos a otros recursos culturales en la propia ciudad de Málaga. Y así, la Colección del Museo Ruso de Málaga establece un horario de martes a domingo: de 9:30 a 20:00. 24 y 31 de diciembre: de 9:30 a 15:00. Y el propio Centro Pompidou de Málaga fija su apertura Lunes, Miércoles, Jueves, Viernes, Sábado y Domingo 9:30 - 20:00h (incluyendo festivos). Cerrado todos los martes, 1 de enero y 25 de diciembre.

Añadimos un último argumento a la hora de atender a la organización y horarios de los recursos culturales, como es el caso de la bibliotecas. Desde 2011 se acordó el cierre de estos servicios en jornadas de tarde desde 16 de Junio a 15 de Septiembre, lo que ha generado repetidas quejas de usuarios y

entidades que finalmente han merecido una información ofrecida desde la Administración Cultural indicando que se confía que sea el verano de 2017 el último en el que se aplica esta restricción del horario de tarde durante el verano. Hoy, tras no pocas gestiones correctivas, se ultiman los preparativos para superar esta anomalía del servicio. Esperemos que los Museos merezcan un trato que recupere la utilidad de un horario adecuado a su función.

Quinta.- En suma, la restricción de horario de tarde de los museos dependientes de la gestión autonómica parece comportarse como una peculiar seña de los centros andaluces que no se compadece ni con las prácticas comparadas de los horarios del sector, ni con la funcionalidad que se exige a estos recursos en cuanto a su esencial aportación a la actividad cultural y turística.

Estos recursos creados para la conservación y estudio de la riqueza artística y cultural son, ante todo, instrumentos de exhibición, atracciones para la contemplación y puesta en valor de sus contenidos. Constituyen un atractivo que tienen en su propia esencia la vocación de presencia y alarde ante un público incitado para despertar su interés y provocar su visita.

El cierre de estos espacios durante las tardes en la época del año con mayor potencialidad de visitantes es una inadecuada medida que contradice el sentido y alcance del sistema museístico andaluz. Creemos que la superación de esta situación debe ser un objetivo prioritario para los responsables y gestores culturales de la Junta de Andalucía.

A la vista de las anteriores Consideraciones, esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz ha acordado dirigir a la **Consejería de Cultura** las siguientes

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO de la normativa citada a lo largo de la presente resolución.

SUGERENCIA, a fin de procurar la apertura de los recursos museísticos en jornadas de tarde sin restricciones en periodos estivales.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Pedimos que se proceda a la adecuación de la Ordenanza Fiscal de Tasa por visitas en el Conjunto Monumental de San Luis de los Franceses de Sevilla

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 17/5253 dirigida a Diputación Provincial de Sevilla

- 29 Noviembre 2017

Esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz tramita la queja de oficio identificada con el número señalado en el encabezamiento. Los antecedentes sobre la cuestión debatida, así como las diferentes actuaciones en el curso de este expediente, nos han permitido analizar la situación planteada en la queja y, tras diversos trámites, que a continuación se detallan, hemos considerado procedente emitir un pronunciamiento formal como Resolución, según establece el artículo 29.1 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, reguladora del Defensor del Pueblo Andaluz.

ANTECEDENTES

I. La Institución del Defensor del Pueblo Andaluz tuvo conocimiento, por medio de la publicación en el Boletín Oficial de la Provincia de Sevilla nº 181 de fecha 7 de Agosto de 2017, del Anuncio por el que se aprobaba la Ordenanza reguladora de las tasas por visitas en el Conjunto Monumental de San Luis de los Franceses.

Dicha Ordenanza viene a establecer en su artículo 4º el reconocimiento de exenciones y bonificaciones, indicando que «No se concederán otros beneficios fiscales que los expresamente determinados en las normas con rango de ley o los derivados de la aplicación de los tratados internacionales, en la cuantía que por cada uno de ellos se concedan.», y seguidamente establece el artículo 5º una tarifa general de 4 euros/visitante, una tarifa reducida de 1 euro/visitante para entre otros los residentes en Sevilla o municipios de su provincia, y una tarifa de grupo de 2 euros/visitante.

II. Teniendo en cuenta lo anterior, y la existencia de distintos derechos en juego, esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz entendió oportuno iniciar una actuación de oficio orientada a conocer con mayor detalle las circunstancias de dicha cuestión.

III. Evacuada la petición de informe por la Diputación Provincial de Sevilla, se indica lo siguiente en relación a los anteriores puntos:

- *Con carácter previo, la Ordenanza Fiscal en cuestión es una norma con carácter reglamentario plenamente vigente, al haber sido aprobada por unanimidad del Pleno, haberse seguido con rigor los trámites normativos establecidos, sin objeción alguna tras su exposición pública, y sin que conste su*

impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa tras su publicación.

- Respecto a las exenciones, se indica que no se recoge ninguna respecto al pago de las tasas, lo que no impide el establecimiento de diferentes tarifas.
- En relación a las tasas, se indica haberse respetado el "*principio de equivalencia entre costes y rendimientos de las tasas*", estableciéndose *"unas tarifas muy reducidas para garantizar el mantenimiento y desarrollo razonable del servicio que se presta al visitante, habiéndose tenido en cuenta criterios genéricos de capacidad económica de los sujetos obligados a satisfacerla, lo que no excluye otros criterios conforme al carácter potestativo que se utiliza «podrán tenerse en cuenta criterios genéricos de capacidad económica» (art. 24.4 LHL)".*
- Que *"con el único objeto de acercar la cultura y la historia a los ciudadanos de Sevilla y su provincia, y como estimulo a una asistencia mas continuada se ha considerado, en ejercicio de la potestad reglamentaria, la idoneidad de aplicar una tarifa reducida de 1 euro, que no se estima contraria a derecho ni al principio de igualdad ni parece censurable de conformidad con los artículos 14 y 31.1 de la CE".*

Teniendo en cuenta los antecedentes descritos, se estima oportuno realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

Primera.- El derecho de acceso a la cultura y el deber de conservación como elemento imprescindible para la protección del patrimonio

La Constitución Española viene a establecer dentro del título de los derechos y deberes fundamentales, y como uno de los principios rectores de la política social y económica el derecho de acceso a la cultura de los ciudadanos, estableciendo que «Los poderes públicos promoverán y tutelaran el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho» (art. 44.1 CE.).

Como derecho fundamental, el derecho a la cultura se establece en su artículo 20.1 de la siguiente forma:

«1. Se reconocen y protegen los derechos:

a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.

c) A la libertad de cátedra.

d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades».

Como se ve el concepto de cultura, ya de por sí enormemente amplio, no tiene el mismo valor ni el mismo ámbito en sus distintas apariciones en el texto constitucional. Así, encontramos, al menos, un triple tratamiento jurídico de la cultura, en sus acepciones de libertad de creación, de cátedra, de manifestación de las distintas formas con que aparecen los fenómenos culturales; de diversidad, como reconocimiento y coexistencia de culturas distintas; y como actividad promocional, dirigida a facilitar el acceso y disfrute de lo que es un derecho.

Por lo tanto, es el artículo 44.1 donde el concepto de cultura se comporta como un concepto integral de todas las demás nociones y contenidos presentes en la Constitución, y que supone una responsabilidad activa por parte de la administración que debe garantizar el acceso de todos a la misma, acceso que se producirá bien como creador de bienes culturales, bien como consumidor de dichos bienes culturales.

A este respecto, el propio Estatuto de Autonomía para Andalucía viene a garantizar este derecho en su artículo 33:

«Todas las personas tienen derecho, en condiciones de igualdad, al acceso a la cultura, al disfrute de los bienes patrimoniales, artísticos y paisajísticos de Andalucía, al desarrollo de sus capacidades creativas individuales y colectivas, así como el deber de respetar y preservar el patrimonio cultural andaluz.».

Asimismo, los ordinales 17º y 18º del artículo 37.1 prevén, como principios rectores de las políticas públicas, «el libre acceso de todas las personas a la cultura y el respeto a la diversidad cultural»; y «la conservación y puesta en valor del patrimonio cultural, histórico y artístico de Andalucía, especialmente del flamenco».

Y enlazando con la anterior referencia al acceso a la cultura como consumidor de bienes culturales, el artículo 27 establece que:

«Se garantiza a los consumidores y usuarios de los bienes y servicios el derecho a asociarse, así como a la información, formación y protección en los términos que establezca la ley. Asimismo, la ley regulará los mecanismos de participación y el catálogo de derechos del consumidor».

Sentados estos principios, y con el objetivo de la transmisión de nuestro legado, la Ley de Patrimonio Histórico de Andalucía (Ley 14/2007, de 26 de Noviembre) pretende ordenar la conservación de dicho patrimonio mediante «la tutela, protección, conservación, salvaguarda …, asegurando su conocimiento a través de su difusión» (art. 1), siendo «de aplicación a todos los bienes de la cultura, materiales e inmateriales, en cuanto se encuentren en Andalucía y revelen un interés artístico, histórico, arqueológico, etnológico, documental, bibliográfico, científico o industrial» (art. 2).

Inscrito el bien inmueble que nos ocupa en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz como Bien de Interés Cultura (BIC) (art. 7), le hace gozar de una singular protección y tutela (art. 8), quedando obligada el titular del bien a su conservación, mantenimiento y custodia, debiendo permitir su inspección, así como la visita pública gratuita al menos cuatro días al mes (art. 14).

Segunda.- De la capacidad de intervención de la administración en la actividad de los ciudadanos.

La Ley 7/1985, de 2 de Abril Reguladora de las Bases de Régimen Local, establece en su artículo 84.1.a) que las Entidades locales podrán intervenir la actividad de los ciudadanos a través de Ordenanzas y bandos, ajustándose dicha actividad de intervención a los principios de igualdad de trato, necesidad y proporcionalidad con el objetivo que se persigue (art. 84.2).

Es la propia Constitución la que autoriza que «las Corporaciones locales podrán establecer y exigir tributos de acuerdo con la Constitución y las leyes» (art. 133.2 CE). Y así, la Ley de Bases de Régimen Local regula en su artículo 106 lo siguiente:

«1. Las entidades locales tendrán autonomía para establecer y exigir tributos de acuerdo con lo previsto en la legislación del Estado reguladora de las Haciendas locales y en las Leyes que dicten las Comunidades Autónomas en los supuestos expresamente previstos en aquélla.

2. La potestad reglamentaria de las entidades locales en materia tributaria se ejercerá a través de Ordenanzas fiscales reguladoras de sus tributos propios y de Ordenanzas generales de gestión, recaudación e inspección. Las Corporaciones locales podrán emanar disposiciones interpretativas y aclaratorias de las mismas. …»

A este respecto, y para la determinación de la cuota tributaria de las tasas de aplicación en el ámbito local, el Legislador estableció -en el Art. 24.2 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo- que su importe no podrá exceder en su conjunto del coste real o previsible del servicio o de la actividad de que se tratare, o en defecto de ambos

del valor de la prestación recibida.

Complementando el Legislador tributario aquellas previsiones con las del citado Art. 24, en su apartado 4, que establece: «Para la determinación de la cuantía de las tasas podrán tenerse en cuenta criterios genéricos de capacidad económica de los sujetos obligados a satisfacerlas».

Conforme a las consideraciones recogidas en la presente resolución, nada que objetar en el informe elaborado por la Diputación Provincial de Sevilla en relación a la tramitación en la aprobación de la Ordenanza Fiscal, la no aplicación de exenciones, al cálculo del importe de la tasa respetando el principio de equivalencia entre costes y rendimientos, el que quede garantizado el mantenimiento y desarrollo razonable del servicio prestado, que se haga posible el acceso de todos al patrimonio, o el establecimiento de visitas públicas gratuitas al estar catalogado el bien como BIC. Y es que esta Institución debe posicionarse, como no podía ser de otra forma, en el respeto a toda la normativa que sea de aplicación, velando por el cumplimiento de los derecho y obligaciones que se han de observar tanto por parte de la ciudadanía como de la administración.

Sin embargo, no podemos sino discrepar del criterio adoptado en cuando al objeto principal del presente expediente, que fue incoado con la intención de conocer la concreta aplicación de la tasa por las visitas al Conjunto Monumental de San Luis de los Franceses, en la ciudad de Sevilla.

Debemos partir de la premisa de que nos encontramos ante una Ordenanza Fiscal que regula el establecimiento de las tarifas de una «tasa», y no de un precio público, ya que ese caso el criterio sería distinto. Ambos conceptos parten de un mismo hecho, la entrega de bienes o la prestación de servicios por un ente público a cambio de una cantidad de dinero, pero mientras en la tasa el sector público tiene el monopolio para su prestación, en el precio público, el bien o servicio puede ser prestado por el sector público y privado indistintamente. Además, dejamos apuntado el debatido régimen de ambas figuras de ingresos públicos que determinan en una compleja aplicación de variados criterios (entidad prestadora, voluntariedad del servicio, régimen de su aprobación, etc) que, ciertamente, no resultan pacíficos y cuyo desarrollo escapa del alcance de la presente queja.

Pero, en todo caso, nos encontramos ante la figura de «tasa» y, por lo tanto, «Para la determinación de la cuantía podrán tenerse en cuenta criterios genéricos de capacidad económica de los sujetos obligados a satisfacerlas» (art. 24.4. LHL).

A este respecto, el artículo 4 de la Ordenanza no regula sólo las exenciones sino también las bonificaciones, indicando que «No se concederán otros beneficios fiscales que los expresamente determinados en las normas con rango de ley o los derivados de la aplicación de los tratados internacionales, en la cuantía que por cada uno de ellos se concedan», por lo tanto entendemos que el establecimiento de diferentes tarifas no vienen a suponer una exención pero si una bonificación al aplicar determinadas "*tarifas reducidas*".

En defensa de tal criterio, se alude al establecimiento de unas tarifas muy reducidas para garantizar el mantenimiento y desarrollo razonable del servicio que se presta al visitante, habiéndose tenido en cuenta criterios conforme al carácter potestativo que se señala en la norma. Es decir, la norma permite estos tratamientos diferenciados en función del concepto genérico de «capacidad económica», acorde con la finalidad de establecer un criterio tarifario de valor económico que merezca, en su caso, un resultado de importes diferentes según los sujetos pasivos afectados.

Lo que no resulta acorde con dicho aspecto justificante de un trato tarifario distinto es la alusión que se recoge en la propia motivación de la Ordenanza Fiscal que aprueba la tasa, cuando indica en la parte final del informe, que "*con el único objetivo de acercar la cultura y la historia a los ciudadanos de Sevilla y su provincia y como estimulo a una asistencia más continuada se ha considerado, en ejercicio de la potestad reglamentaria, la idoneidad de aplicar una tarifa reducida de 1 euro, que no se estima contraria a derecho ni al principio de igualdad ni parece censurable de conformidad con los arts. 14 y 31.1 de la CE.*".

Discrepamos del aludido argumento del carácter potestativo del art. 24.4 de la LHL («podrán tenerse en cuenta»), que justifica una tarifa reducida para así acercar la cultura y la historia a ciertos ciudadanos respecto a otros. Cuando se alude a ese carácter potestativo se refiere a razones de «capacidad económica», sin que la norma haga ninguna referencia a criterios diferentes, como el que es objeto de debate en el presente expediente, en cuanto al beneficio que supone el ser residente en Sevilla o en los municipios de su provincia, o la entrada en grupo entre 10 y 20 personas.

La Ordenanza, en todo, alude a razones de índole económico para aplicar supuestos que minoren los precios y la explicación ofrecida para beneficiar a residentes en la Ordenanza Fiscal no resuelve esa obligada motivación.

Insistimos que esta cuestión no ha dejado de ser objeto de controversias ante los Tribunales de Justicia. Motivo por el que traemos a colación la interpretación contenida en las resoluciones judiciales al respecto de la cuestión debatida y en las que, generalmente, se viene manteniendo y declarando la improcedencia de acudir a los anteriores criterios referidos para el establecimiento de determinados beneficios fiscales sobre las tasas municipales.

Para comenzar, hemos de decir que la Jurisprudencia viene manteniendo una línea constante en la materia; baste aquí con señalar la Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Contencioso Administrativo Sección 2ª), de 12 de Julio de 2006 (RJ/2006/6166TS) que utilizando como fundamento el art. 150 del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprobó el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, señala:

«1.La tarifa de cada servicio público de la Corporación será igual para todos los que recibieren las mismas prestaciones y en iguales circunstancias.

2. No obstante, podrán establecerse tarifas reducidas en beneficio de sectores personales económicamente débiles.»

En la Sentencia indicada, el Tribunal Supremo desestimó la pretendida aplicación en la prestación de un servicio público de diferentes tarifas en función del empadronamiento de los beneficiarios por cuanto que en el supuesto enjuiciado se diferenciaba, por un lado, la tarifa de consumo doméstico para las viviendas o alojamientos de carácter habitual y permanente en los casos en que los titulares de los contratos figurasen empadronados en el municipio y, por otro, para el caso de que el servicio fuere prestado en relación a viviendas destinadas a segunda residencia y cuyos titulares no figurasen empadronados en el Municipio, considerándose en este caso el consumo como industrial. El Tribunal Supremo, no aceptaba tal diferencia de trato que consideró injustificada por no estar fundada en un criterio objetivo y razonable.

Entre la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, y en la misma línea que la citada del Supremo, cabe destacar y reseñar las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 12 de abril de 2002; la del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 7 de abril de 2010; y la del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 21 de mayo de 2012.

Vienen a coincidir básicamente las referidas resoluciones jurisdiccionales en considerar que, en casos de establecimiento de tarifas diferenciadas tomando en consideración el criterio del empadronamiento, supondría la introducción de beneficio fiscal no contemplado por el Legislador; por lo que estaríamos ante la vulneración de principios y derechos constitucionales, como el principio de igualdad, valor superior del ordenamiento y un derecho fundamental, como se desprende de los artículos 1.1 y 14 de la Constitución, así como en el art. 31.1 CE, que alude también al principio de generalidad del sistema tributario.

En este sentido, recalcan las Sentencias reseñadas cómo, a nivel de normativa básica estatal, el art. 9.1 del texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales dispone, como ya hemos indicado anteriormente, que no podrán reconocerse otros beneficios fiscales en los tributos locales que los expresamente previstos en normas con rango de Ley, sin perjuicio de que, en materia de tasas, puedan tenerse en cuenta criterios genéricos de capacidad económica de los sujetos obligados a satisfacerlas,

conforme dispone el art. 24.4 del citado Texto Refundido; lo que en el caso que nos ocupa no sucede al igual que en los casos objeto de los pronunciamientos jurisdiccionales citados como referentes.

3.- Conclusión.

Por tanto, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 4 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, dentro de la amplia esfera de competencias que gozan la Administraciones Públicas de potestades reglamentarias, tributarias y de auto-organización, la Diputación Provincial no puede establecer sobre los tributos locales bonificaciones que no estén contempladas expresamente por ley.

La Ordenanza Fiscal aprobada sobre visitas al Conjunto Monumental de San Luis de los Franceses en Sevilla, que carece de rango legal, regula una tasa junto a unos beneficios que deben ajustarse a criterios genéricos de capacidad económica de los sujetos obligados a satisfacerla.

La argumentación ofrecida para establecer tales beneficios en la Ordenanza resulta carente de justificación suficiente para explicar una diferencia de trato basada en rasgos residenciales que ya han sido censurados por la jurisprudencia y que no se fundamentan en criterios genéricos de capacidad económica.

Por todo lo anterior, y de conformidad con lo establecido en el artículo 29, apartado 1, de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, se formula a la **Diputación Provincial de Sevilla** la siguiente

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO del deber de cumplir los preceptos de legalidad constitucional y ordinaria que hemos referido en la parte expositiva.

SUGERENCIA de que se proceda a la adecuación de la Ordenanza Fiscal de Tasa por visitas en el Conjunto Monumental de San Luis de los Franceses de Sevilla, en los términos indicados.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Queremos conocer los motivos del retraso para implantar un Sistema Arbitral de la Discapacidad en Andalucía

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 16/2259 dirigida a Consejería de Salud, Dirección General de Personas con Discapacidad

- 30 Mayo 2016

El artículo 17 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad, contemplaba, entre las medidas de defensa a las que se refiere el capítulo III del Texto Legal, el establecimiento de un sistema arbitral que, sin formalidades especiales, atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para las partes interesadas, las quejas o reclamaciones de las personas con discapacidad en la materia que constituye objeto de la Ley. A tales efectos, la disposición final decimotercera de dicha Ley encomienda al Gobierno el establecimiento del sistema arbitral en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de la Ley.

El Real Decreto 1417/2006, de 1 de diciembre, por el que se establece el sistema arbitral para la resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad vino a dar cumplimiento del citado mandato legal. De acuerdo con lo previsto en este Real Decreto, se constituirá una Junta Arbitral Central, así como una Junta Arbitral en cada Comunidad Autónoma y en las ciudades de Ceuta y Melilla, cuyo ámbito de actuación territorial coincidirá con el correspondiente a aquéllas.

Las funciones que han de desarrollar las Juntas Arbitrales se recogen en el artículo 4 del Real Decreto 1417/2006 y la composición de las Juntas Arbitrales de las Comunidades Autónomas en el artículo 6 del mismo.

Posteriormente el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, ha mantenido en su artículo 74 el mandato al Gobierno para que establezca un sistema arbitral que, sin formalidades especiales, atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, las quejas o reclamaciones de las personas con discapacidad en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación, siempre que no existan indicios racionales de delito, todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y judicial que en cada caso proceda.

El Real Decreto 1417/2006, de 1 de diciembre estableció un plazo de seis meses para que se constituyera la Junta Arbitral Central, si bien por razones competenciales no estableció plazo para la constitución de las Juntas Arbitrales de carácter autonómico. No obstante, cabe reseñar que han transcurrido casi 10 años desde la aprobación de dicho Real Decreto sin que exista Junta Arbitral de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal en Andalucía.

Si bien no tenemos constancia de que hasta la fecha ninguna Comunidad Autónoma haya creado aún el Sistema Arbitral de carácter autonómico que prevé la normativa aludida, y además es cierto que la inexistencia de dicho sistema arbitral no supone desprotección de las personas con discapacidad, pues se mantiene vigente la protección administrativa y judicial, así como de otros órganos constitucionales y estatutarios como los Defensores del Pueblo, no por ello se debe desdeñar el importante papel que puede jugar un sistema arbitral, por cuanto evita la judicialización de los procedimientos de reclamación, empodera y da participación a las personas con discapacidad y permite ofrecer una respuesta fundada en derecho y aceptada por las partes en un plazo inferior al de un procedimiento judicial, reduciendo además la carga de trabajo de los juzgados.

Teniendo en cuenta la previsión del artículo 4.1.a) de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, en cuya virtud los Estados Parte deben adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención, así como el artículo 49 de la Constitución española, que obliga a los poderes públicos a realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de las personas con discapacidad física, sensorial y psíquica, a las que prestarán la atención especializada que requieran y ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que el Título I otorga a toda la ciudadanía, el Defensor del Pueblo Andaluz ha iniciado queja de oficio para conocer los motivos por los que la Comunidad Autónoma de Andalucía aún no ha desarrollado un Sistema Arbitral de carácter autonómico para la resolución de las quejas o reclamaciones de las personas con discapacidad en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación, y para conocer, en su caso, si existe en la actualidad alguna iniciativa en este sentido y las previsiones temporales para su puesta en marcha.

Investigamos el pase a segunda actividad de un policía local tras ser declarado discapacitado para su trabajo habitual

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/0675 dirigida a Ayuntamiento de Puerto Serrano (Cádiz), Consejería de Justicia e Interior, Federación Andaluza de Municipios y Provincias

- 02 Marzo 2017

Por la información publicada en la prensa andaluza hemos tenido conocimiento de la situación profesional devenida a un funcionario del Cuerpo de la Policía Local de Puerto Serrano (Cádiz) que, a consecuencia de una agresión que le causó la pérdida de un ojo y secuelas post-traumáticas, fue excluido del Cuerpo, por la discapacidad sobrevenida.

Desde distintos sectores profesionales de la sociedad, y entre otras, la Asociación para la integración laboral de los policías locales con discapacidades, se exige el cumplimiento al mandato de la Convención de la ONU de los Derechos de las Personas con Discapacidades (ampliación de la Convención de los Derechos Humanos), y que por las entidades locales se posibilite que los Policías locales que por accidente (laboral o fuera del trabajo) o enfermedad, comporten su discapacidad para el servicio activo, puedan continuar en servicio activo en otras funciones adaptadas y compatibles con la discapacidad sobrevenida.

Las reclamaciones van orientadas a que se aplique, en estos casos, la denominada segunda actividad y que se pueda seguir en servicio activo.

Aplicando la Convención de los Derechos de las personas con Discapacidad, ratificada por el Gobierno de España en el año 2008, cualquier acto de servicio que desembocase finalmente en el reconocimiento de una discapacidad quedaría cubierto y no tendría como reconocimiento una expulsión.

La Ley 13/2001, de 11 de diciembre, de Coordinación de las Policías Locales regula en su Título IV, Capítulo II, Sección 2ª, la situación administrativa de segunda actividad, según la cual ésta se desarrollará en otro puesto de trabajo adecuado a la categoría que se ostente y determinado por el Municipio, preferentemente en el área de seguridad, y si ello no fuese posible, en otros servicios municipales.

De conformidad con el art. 29 de la citada Ley 13/2001, las causas determinantes para el pase a la segunda actividad son, entre otras, la disminución de las aptitudes psicofísicas para el desempeño de la función policial.

En este sentido, el Decreto 201/2003, de 8 de julio, de ingreso, promoción interna, movilidad y formación de los funcionarios de los Cuerpos de la Policía Local de Andalucía, establece los procedimientos de iniciación, valoración, dictamen y resolución por el órgano municipal competente.

Por cuanto antecede, este Comisionado ha decidido iniciar actuación de oficio, en aplicación de nuestra Ley reguladora ante la Alcaldía- Presidencia del Ayuntamiento de Puerto Serrano (Cádiz).

El motivo de nuestra actuación es conocer las medidas adoptadas por la entidad local en orden a declarar el pase a la segunda actividad del funcionario afectado, en otro puesto de trabajo adecuado a su categoría, preferentemente en el área de seguridad, y si ello no fuese posible, en otros servicios municipales y con las retribuciones legalmente establecidas.

Tras recibir el informe de la Administración municipal de 20 de abril último, que agradecemos a la Alcaldía, al objeto de poder continuar con nuestra investigación y esclarecer así las circunstancias que parecen concurrir en el presente caso, en relación con el asunto que motivó inicialmente la apertura de esta queja de oficio, el pasado 27 de julio solicitamos nuevamente colaboración del Ayuntamiento de Puerto Serrano con la remisión de la siguiente información:

- Si el municipio ha adoptado alguna iniciativa para el cumplimiento de lo establecido en el art. 28.1 de la Ley 13/2001, de 11 de diciembre, de Coordinación de las Policías Locales.

- Si ha comunicado al interesado la resolución oportuna en relación con su solicitud de pase a segunda actividad que presentó en el Registro general de ese Ayuntamiento con fecha 27 de febrero de 2017.

- Si le consta que el interesado haya recurrido la resolución del Ayuntamiento sobre el cese en el servicio activo a partir de la comunicación de la Resolución de la Dirección Provincial del INSS, de Cádiz o la de reconocimiento de la situación de incapacidad permanente total adoptada por esa entidad gestora.

Asimismo, dado que en contestación comunicaba que había solicitado informe a la Diputación Provincial de Cádiz sobre el asunto en cuestión, siendo de interés su conocimiento, en caso de que le hubiera sido remitido, a efectos de la tramitación de la presente queja.

Por otro lado, en la tramitación de la queja se han puesto de manifiesto determinadas disfunciones y otros cuestiones de carácter general que derivan de la vigente regulación de la segunda actividad de los funcionarios de la Policía Local en Andalucía y su aplicación práctica en los municipios andaluces. Como consecuencia de ello, con fecha 14 de agosto actual, se ha ampliado la investigación iniciada a la indagación de estos aspectos más generales ante la Administración de la Junta de Andalucía y la Federación Andaluza de Municipios y Provincias (FAMP)

Al motivar la apertura de dicha actuación de oficio se hacía referencia a la necesidad de observar los principios constitucionales y estatutarios en esta materia (art. 49 CE en concordancia con los artículos 9 y 14 de la misma y art. 10.3.15º y 16º del EAA en concordancia con los artículos 14, 37.1 5º y 6º, y 26.1. b de dicho texto) y dar cumplimiento los mandatos establecidos en las normas internacionales garantizadoras de los derechos de las personas con discapacidad (Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, Convenio 159 de la OIT, Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000) que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, así como en Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad, y las normas autonómicas y de régimen local, que garantizan el derecho a la igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad.

En cumplimiento de dichas normas, las entidades locales han de posibilitar que los Policías Locales que por accidente (laboral o fuera del trabajo) o enfermedad, disminuyan sus aptitudes psicofísicas para ejercer la función policial puedan continuar en servicio activo en otras funciones adaptadas y compatibles con la discapacidad sobrevenida, no teniendo que cesar necesariamente en dicha situación, siempre que sus condiciones físicas o psicológicas le permitan el desarrollo de otras actividades no fundamentales de dicha función. En este sentido, los Ayuntamientos han de procurar que se aplique la denominada segunda actividad, en estos casos y en aquellos similares que afecten a otros cuerpos de empleados públicos que tienen reconocido este derecho, y que estos funcionarios puedan seguir en servicio activo, ya que de lo contrario se podría estar discriminando a los mismos, en su condición de personas con discapacidad, en su

derecho al mantenimiento del empleo.

Así, la propia regulación que se contiene en el art. 16.2 del Decreto 135/2003, al delimitar las causas de disminución de las aptitudes psicofísicas para acceder a la segunda actividad, la condiciona a que “la intensidad de la referida disminución no sea causa de jubilación por incapacidad permanente para el ejercicio de sus funciones”.

Dicha regulación, además de poder suponer una extralimitación del mandato legal contenido en los artículos 28 y 32 de la Ley 13/2001, al ponerse en relación con las normas reguladoras de las prestaciones económicas por incapacidad permanente del Sistema de Seguridad Social está generando una situación confusa y perjudicial para los funcionarios afectados en los casos en que se le haya podido reconocer una pensión por incapacidad permanente total -cuya percepción puede compatibilizarse con la realización de una actividad profesional distinta a la que dio lugar al reconocimiento de dicha situación- como consecuencia de la interpretación literal del inciso reglamentario transcrito.

Estas circunstancias han dado lugar a que se regule de forma dispar esta cuestión en los reglamentos municipales, así como a que se mantengan criterios contrapuestos a la hora de aplicar las disposiciones de ámbito autonómico a supuestos de hecho similares. Situación que también se produce en el ámbito jurisprudencial en el que no existe una doctrina pacífica al respecto.

Por otra parte, en el texto del Anteproyecto de Ley de Coordinación de las Policías Locales en Andalucía se observa que el art. 40.1, al regular el acceso a la segunda actividad por disminución de aptitudes psicofísicas, introduce una nueva redacción en relación con la vigente del art. 32 .1 de la Ley 13/2001, omitiendo la referencia a cualquier tipo de incapacidad. Lo que cabe interpretar como un posible cambio de criterio en la regulación de esta cuestión en consonancia con los principios y normas citadas como motivadoras de esta actuación.

Otro aspecto significativo que se ha detectado con ocasión de nuestras intervenciones relacionadas con la segunda actividad, es la falta de previsión en algunos Ayuntamientos de criterios y puestos concretos de estas características que, en la práctica, imposibilitan el ejercicio efectivo del derecho que tienen reconocido estos empleados públicos.

Por ello, esta Institución ha decidido extender la actuación de oficio ante la Consejería de Justicia e Interior y Federación Andaluza de Municipios y Provincias.

Respecto a la Viceconsejería, a fin de conocer su posicionamiento respecto a las cuestiones a que hacemos referencia en el presente escrito en relación con el pase a la segunda actividad de los funcionarios de los Cuerpos de Policía Local en Andalucía, sin perjuicio de otras consideraciones que estimen oportunas remitirnos. Asimismo, solicitamos se nos informe del estado de tramitación del Anteproyecto de Ley de Coordinación de las Policías Locales en Andalucía y de las posibles previsiones de desarrollo, en su caso, en relación con la regulación de la segunda actividad de estos funcionarios, así como si en está prevista alguna modificación al respecto en la regulación de esta situación en la Ley 2/2002, de 11 de noviembre, de Gestión de Emergencias de Andalucía.

Y, ante la FAMP, para conocer su posicionamiento respecto a las cuestiones a que hacemos referencia en relación con el pase a la segunda actividad de los funcionarios de los Cuerpos de Policía Local en Andalucía, sin perjuicio de otras consideraciones que estimen oportunas remitirnos. Asimismo, solicitamos que, en su caso, se nos pueda dar traslado del informe que hubiera elaborado la FAMP respecto al Anteproyecto de Ley de Coordinación de las Policías Locales en Andalucía, y de posibles propuestas de regulación de la segunda actividad de estos funcionarios, así como si tienen previsto plantear alguna propuesta en relación con la regulación de esta situación en la Ley 2/2002, de 11 de noviembre, de Gestión de Emergencias de Andalucía.

El IAAP adopta medidas para preservar la condición de discapacidad en secreto en las solicitudes de empleo

Queja número 17/3602

- 06 Noviembre 2017

La interesada denunció ante esta Oficina la vulneración de su derecho a mantener su condición de discapacidad en secreto por parte del Instituto Andaluz de Administración Pública. (IAAP). En este sentido, en la publicación de las listas de admitidos en la convocatoria de oposiciones de Auxiliares Administrativos de la Junta de Andalucía aparecía su nombre al lado de la etiqueta "Cupo de discapacidad". Las listas son públicas y al alcance de todos, por lo que cree que se vulnera un derecho que protege la Ley de Protección de Datos, la cual es especialmente rigurosa con los datos de salud, objeto de especial protección.

Tras requerir la información oportuna a la Dirección del IAAP, órgano gestor de las pruebas selectivas, observamos que, ante los hechos denunciados, se va a proceder de forma inmediata a la adopción de las medidas necesarias para sustituir la denominación actual en las listas de admitidos y excluidos de turno "cupo discapacidad" por un código o clave, con el fin de ajustarse a la Recomendación formulada por este Comisionado.

En este sentido, nos remitimos a las actuaciones llevadas a cabo con ocasión de la actuación de oficio, queja 15/1454, sobre la protección de datos de carácter personal de los participantes en los procesos selectivos para el acceso al empleo público promovidos por la Administración de la Junta de Andalucía, especialmente de aquellos datos relativos a la discapacidad de los mismos, y que podemos consultar en el siguiente enlace: http://www.defensordelpuebloandaluz.es/pedimos-medidas-para-la-menor-injerencia-posible-en-la-publicidad-del-dato-personal-de-discapacidad.

En todo caso, debemos resaltar la necesidad de reforzar la garantía del derecho fundamental a la protección de los datos de las personas (art. 14 CE), especialmente del dato referido a la discapacidad de los participantes en los procesos selectivos promovidos en el seno de la Junta de Andalucía, de tal manera que la obligada publicidad de estos procesos se lleve a cabo con la menor injerencia sobre el derecho de la intimidad del dato relativo a la salud (discapacidad) de aquellos.

Actuamos de oficio ante la denuncia por deficiencias y desatención en una residencia de mayores en Sevilla

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/5148 dirigida a Consejería de Igualdad y Políticas Sociales, Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en Sevilla

- 11 Octubre 2017

Esta Institución tuvo conocimiento, mediante un escrito recibido, sobre la situación en la que se encontraba una Residencia de Mayores ubicada en Sevilla, mediante el que se nos exponía la detección de un déficit de cuidados y atención integral a las personas residentes.

Este Centro se trataba de una Residencia autorizada para personas válidas, con una capacidad de 16 plazas. Actualmente de los 16 residentes, solo había 4 válidos, el resto eran dependientes para todas las Actividades Básicas de la vida diaria. La media de edad era de 87-90.

Tanto la equipación como la dotación carecía de las condiciones básicas:

- Dormitorios con poca ventilación igual que el salón multiusos (comedor, sala de TV, sala de estar) solo recibía ventilación cuando se abría la puerta de la calle.

- Mobiliario muy precario (camas, colchones, sillas, ...)

- No había salida de emergencia en el Centro.

- El personal contratado eran tres auxiliares de enfermería en turno de mañanas y tarde, realizando las siguientes tareas:

  - Higiene de los residentes.

  - Limpieza de la Residencia.

  - Limpieza de las ropas.

  - Cocinaban, servían y recogían los menús.

  - Administraban la medicación.

  - Se desplazaban al Centro de Salud.

  - Durante las noches, vigilaba a los residentes el propietario de la Residencia (persona no

sanitaria).

- Botiquín sin protección.

- Cuando el personal sanitario que acudía al centro realizaba las visitas de seguimiento de los residentes para atender sus necesidades de cuidados y se encontraba con el propietario, el mismo no mantenía una actitud adecuada. En ocasiones necesitaban información y no la suministraba correctamente

Esta información ya había sido comunicada al Distrito Sanitario de Atención Primaria de Sevilla. Asimismo, parecías que esta situación había sido comunicada también en octubre de 2016, al Teléfono del Maltrato al Mayor.

A la vista de los hechos expuestos y teniendo en cuenta que en los mismos podían estar viéndose conculcados derechos fundamentales tales como el derecho a la vida y a la integridad física y moral consagrado en el art. 15 de la Constitución Española, así como el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE) y la obligación de los poderes públicos de promover el bienestar de los ciudadanos y ciudadanas de la tercera edad mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, se incoó la presente queja de oficio a fin de investigar los hechos descritos.

---

defensor del pueblo Andaluz

Actuamos de oficio para conocer la atención a las personas mayores en una residencia de Granada

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/5155 dirigida a Consejería de Igualdad y Política Sociales, Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en Granada

- 11 Octubre 2017

Esta Institución tuvo conocimiento a través del escrito de un particular de la existencia de reclamaciones contra un centro residencial de mayores de la provincia de Granada.

Dado que las irregularidades a las que se aludía afectaban a derechos fundamentales como el derecho a la vida y a la integridad física y moral consagrado en el art. 15 de la Constitución Española, así como al derecho a la protección de la salud (art. 43 CE) y a la obligación de los poderes públicos de promover el bienestar de los ciudadanos y ciudadanas de la tercera edad mediante un sistema de servicios sociales que atienda sus problemas específicos de salud, se incoó una queja de oficio, a fin de solicitar a la Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en Granada información al respecto.

Actuamos para mejorar el seguro escolar obligatorio en la Universidad y evitar la exclusión del alumnado mayor de 28 años

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/5238 dirigida a Consejería de Economía y Conocimiento, Dirección General de Universidades, 9 Universidades andaluzas

- 20 Noviembre 2017

Uno de los asuntos tratados en la Jornada de Coordinación entre el Defensor del Pueblo Andaluz y las Defensorías universitarias de las Universidades públicas de Andalucía, celebrada el 23 de marzo de 2017, se refería a la situación de discriminación del alumnado mayor de 28 años en relación al seguro escolar.

El problema se produce por cuanto los mayores de 28 años no pueden acogerse al seguro escolar obligatorio que cubre al resto del alumnado universitario, por lo que quedan sin cobertura o tienen que contratar por su cuenta otro seguro abonando una cuantía notablemente superior a la del seguro obligatorio.

El Seguro Escolar Obligatorio se estableció en la Ley de 17 de julio de 1953 con la edad límite para su aplicación de 28 años (artículo 3). Meses después se aprueban los Estatutos de la Mutualidad dependiente del Servicio de Seguros Voluntarios del Instituto Educación Nacional de Previsión (Orden de 11 de agosto de 1953), que ha de aplicar el Seguro Escolar establecido por la Ley. Ya en el período democrático se aprueban los siguientes reales decretos, uno que fija la cuantía de la cuota del Seguro Escolar (Real Decreto 1633/1985, de 28 de agosto) y otro que incluye en el régimen del Seguro Escolar al alumnado que curse Tercer Ciclo de estudios universitarios conducentes al Título de Doctor (Real Decreto 270/1990, de 16 de febrero). Una vez más, de conformidad con la normativa vigente, en este último se excluyen del Seguro Escolar a estudiantes de doctorado con más de 28 años (artículo 1, apartado Dos).

En todas las universidades andaluzas se informa sobre las limitaciones, requisitos, coberturas y normativa sobre el seguro escolar en sus páginas web e incluso a la hora de formalizar la matrícula. Pero solo algunas ofrecen alternativas de seguro escolar “voluntario o complementario” fruto de convenios con aseguradoras a un precio que en principio sería más económico que si el alumno fuera por su cuenta, pero siempre más caro que el seguro obligatorio que pagan en sus matrículas el resto de alumnos menores de dicha edad (1,12 €).

Así, por ejemplo, en la Universidad de Sevilla se puede contratar un seguro escolar voluntario para mayores de 28 años por 27,05 € con MEDIFIATC seguros, en la Universidad de Jaén por 6 € con AXA ahora con ALLIANZ, en la Universidad de Huelva por 10,52 € con ACE European Group Limited, en la Universidad de Córdoba también con ACE European Group Limited por 19 €, etc.).

Esta voluntariedad del seguro está suponiendo que haya estudiantes universitarios que no tengan seguro,

por ejemplo en el caso de la Universidad de Almería.

Especial mención merece la situación de los alumnos que sobrepasan los 28 años y tienen que hacer prácticas externas curriculares para los que el seguro escolar “voluntario” se convierte en obligatorio por norma, entre otras razones porque las entidades que los acogen en sus prácticas lo exigen como requisito.

En este caso algunas universidades andaluzas han articulado procedimientos "excepcionales", como el caso de la Universidad de Almería que ha asumido el coste del seguro (19,35 € contratado con Mapfre por alumno), o han elaborado de nuevo convenios específicos a través de una fundación como en el caso de la Universidad Pablo de Olavide (Fundación Universidad-Sociedad).

Nos encontramos por tanto ante una situación discriminatoria por edad que entendemos contraviene la propia Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, que en su artículo 46.2.b) recoge el derecho de los estudiantes a la igualdad de oportunidades y no discriminación en la permanencia en la universidad y en el ejercicio de sus derechos académicos.

El desarrollo de este derecho a través de un ordenamiento jurídico obsoleto es el que entendemos debe adecuarse a la evolución actual de la demanda del nuevo perfil de estudiante universitario y del movimiento de la “Universidad de la Experiencia”.

A las circunstancias anteriores hay que sumar que desde el año 1985 se mantiene la misma prima y coberturas del Seguro Escolar.

La cuantía del Seguro Escolar está fijada en 2,24 € por estudiante y curso académico, de los que 1,12 € abona el estudiante y los 1,12 € restantes el Ministerio de Educación.

En cuanto a las coberturas, por ejemplo, la indemnización en caso de accidente que produzca incapacidad será entre 150,25 € y 601,01 €. En concepto de gastos de sepelio por muerte del estudiante se indemniza con 30,05 € (u otra cantidad hasta 120,20 € si el accidente que produjo el fallecimiento tuvo lugar fuera de su localidad de residencia).

Nos encontramos pues con un seguro escolar obligatorio obsoleto, basado en una ley de hace más de sesenta años, que discrimina por razón de la edad al alumnado universitario y ofrece una cobertura claramente insuficiente, a cambio de un coste muy reducido.

Así las cosas, podríamos resumir la situación actual de la siguiente manera:

- Estudiantes mayores de 28 años que sufren discriminación al no poder acceder al seguro escolar obligatorio. Un colectivo que puede ser bastante numeroso ya que, a modo de ejemplo, sólo en la Universidad de Almería en el curso 2016-2017 eran 2.578 y representaban el 18,1% del total.

- Estudiantes menores de 28 años que disfrutan de un seguro escolar obligatorio con un coste exiguo, pero con unas coberturas claramente insuficientes.

- Estudiantes mayores de 28 años que, para disponer de alguna cobertura, han suscrito voluntariamente los seguros ofertados por sus Universidades abonando una cantidad superior a la pagada por el resto de alumnos, pero disfrutando de una cobertura y unas condiciones mejores.

- Estudiantes mayores de 28 años que se encuentran sin seguro de ningún tipo al no haber aceptado suscribir el seguro voluntario ofrecido por las Universidades y no poder acceder al seguro obligatorio. Colectivo que puede ser mayor de lo esperado, por ejemplo en la Universidad de Almería solo 90 alumnos de los 2.578 mayores contaban con algún tipo de seguro, lo que supone un 3,5% del total.

- Estudiantes menores de 28 años que, además de tener seguro obligatorio, han aceptado suscribir el seguro complementario ofrecido por las Universidades para mejorar su cobertura aunque ello suponga

pagar un coste adicional.

- Unos estudiantes mayores de 28 años que, por realizar prácticas externas curriculares en empresas, deben suscribir obligatoriamente los seguros ofrecidos por las Universidades.

- Unas universidades andaluzas que ofrecen a su respectivo alumnado seguros escolares voluntarios y complementarios, negociados con diferentes aseguradoras, con costes dispares y coberturas diferentes.

Ante esta situación, esta Institución, de conformidad con la posibilidad reconocida en el art. 10 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del defensor del Pueblo Andaluz, ha considerado oportuno iniciar una queja de oficio.

En dicha queja, y más allá de las actuaciones y medidas que pueda incorporar cada universidad, se plantean soluciones que podrían ir en las siguientes líneas:

a) Modificar la normativa básica de ámbito estatal donde se eliminase la limitación por edad y se revisaran las cuotas y coberturas del seguro escolar obligatorio.

Entendemos que ésta sería la solución idónea y por ello esta Institución, dado que se trataría de modificar una normativa estatal, considera conveniente trasladar la problemática detectada al Defensor del Pueblo y solicitarle que inicie la investigación correspondiente, si lo estima oportuno.

b) Incluir en los precios públicos de matrícula de las Universidad Andaluzas para todos los estudiantes universitarios andaluces el seguro escolar o como mínimo ofrecérselo a los alumnos de 28 años o más en las mismas condiciones de cuota y coberturas.

Esta posibilidad, planteada por el Defensor de la Universidad de Almería, que implicaría la incorporación del seguro escolar voluntario a los precios públicos universitarios aprobados por Decreto anual del Consejo de Gobierno nos plantea bastantes dudas sobre su viabilidad jurídica, por lo que estimamos oportuno trasladar la cuestión a la Dirección General de Universidades con objeto de recabar su posicionamiento.

c) Pedir la coordinación de las Universidades andaluzas para solicitar conjuntamente a las compañías aseguradoras una oferta de seguro voluntario y complementario, que permita obtener mejores condiciones económicas y de cobertura y se ofrezca por igual a todo el alumnado universitario de Andalucía.

Investigamos la exclusión de participantes en el proceso selectivo para cubrir plazas del Cuerpo de Maestros 2017 por no haber formalizado la solicitud de participación

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/4042 dirigida a Consejería de Educación, Viceconsejería

- 11 Agosto 2017

Con motivo del proceso selectivo convocado por la Consejería de Educación para cubrir plazas del Cuerpo de Maestros, Orden de 31 de marzo de 2017, muchos participantes han resultado excluidos -tanto en resolución provisional como en definitiva- por no haber formalizado la solicitud de participación en el mismo, según consta en los motivos de exclusión.

No obstante, según los interesados que han comparecido ante este Comisionado, acreditan que realizaron su inscripción de forma telemática, y realizaron, por el mismo sistema, el pago de la tasa por derechos de inscripción, resultando posteriormente que dicho pago fue lo único que constaba en el proceso selectivo.

En los escritos de quejas presentados, que inicialmente no pudieron ser admitidos, le instábamos a los afectados la necesidad de trasladar las alegaciones oportunas ante la Consejería de Educación, por encontrarse en plazo, y corresponder a dicho Departamento la resolución de las mismas, de conformidad con las bases reguladoras del proceso selectivo.

Por los datos que estamos recibiendo, finalmente, un número importante de candidatos que expresaron su voluntad de participar en el proceso, no han podido comparecer a los ejercicios por cuanto fueron excluidos definitivamente, al no constar inscrita la solicitud de participación en el mismo.

Sin perjuicio del grave perjuicio que les podrías haber causado el hecho de no poder participar en la realización de los ejercicios, si los hechos denunciados se confirmaran en esos términos, otro perjuicio añadido que se podría producir sería el relativo a que no podrían permanecer en la Bolsa de Interinos, donde se encontraban inscritos y prestando servicios -en una gran mayoría de los casos- como funcionarios interinos en el Cuerpo de Maestros, desde hace años.

Y, todo ello, por un posible error informático, quizás motivado por una interpretación no acertada de las bases, o bien por problemas puntuales del servidor-plataforma informática a través de la que intentó realizar su inscripción.

En algunos casos, nos dicen los afectados:

"El motivo de exclusión que se alude es que ha realizado su proceso de matriculación en fecha fuera de plazo. No obstante realicé el proceso de acuerdo a lo marcado por la norma y en el plazo legal. Realizó su matrícula el día 12 de abril por lo que estaba dentro del plazo. No obstante parece ser que hubo un fallo informático por lo que el proceso no resultó como debía. El problema es que dicho fallo no es detectado por el interesado mientras está realizando su matrícula por internet, dado que cuando termina de realizar el pago informático, le aparece en pantalla que el proceso ha finalizado con éxito. Por lo que convencido de que tanto los anexos I y III como el pago de su matrícula (modelo 046) han sido enviados a la Junta de Andalucía, da por finalizado su proceso y considera que ya está matriculada. Adjunto impresos que verifican lo anteriormente dicho: (Anexo I y III además del modelo de pago 046).

El Problema surge cuando aparecen las listas de admitidos y excluidos y para su sorpresa comprueba que no aparece en ellas. Ante esto presenta las alegaciones que a continuación adjunto: con fecha 22 de mayo, 29 de mayo y 1 de junio. Además, para evitar problemas incluso abona con fecha 28 de mayo, los 3 euros que había obtenido como descuento cuando hizo su matrícula el día 12 de abril."

Por la información facilitada, una representación de afectados ha mantenido una reunión, el pasado 11 de julio de 2017, con esa Viceconsejera, a la que asistieron la Directora General del Profesorado y Gestión de Recursos Humanos y la Jefa de Servicio de Infantil y Primaria.

Según las personas afectadas, en esta reunión, la Consejería confirmó que los candidatos afectados " *habían cometido una irregularidad. No habían presentado en tiempo y forma su solicitud de aspirantes a las oposiciones y por tanto la normativa era muy clara. No podían presentarse a las oposiciones y además eran excluidos de las listas de interinos."*

Ante ello, las personas interesadas argumentaron que "(...) l*o ocurrido había sido un error informático que había producido que en nuestros ordenadores apareciera el proceso como terminado aunque para la administración aún no lo estaba. Que todos habían pagado el modelo 046 y además en los registros de la Consejería se habían grabado los anexos I y III, sin el sello, pero se habían grabado en la Consejería, y que eso mostraba que se habían enviado correctamente aunque el sistema no los hubiese grabado bien. Con toda seguridad, por un error informático".*

Respecto a la permanencia en la Bolsa de Interinos, la Directora General les informó que "(…) *No ha habido error informático. Y si se les permite continuar en la bolsa de interinos, se perjudica a cientos de interinos que no han cometido el mismo error. Sí admiten que el castigo es desproporcionado para la falta (esto lo había admitido públicamente la Consejera), no obstante como ellas son "justas" se comprometen a rebajarlo y ese es el motivo de la reunión."*

Ante los hechos reseñados, considerando el número de afectados que por dicho motivo han sido excluidos del proceso selectivo y que, de no remediarse, serán excluidos de la Bolsa de Interinos, he decidido iniciar la presente actuación de oficio, ante la Viceconsejería de Educación, a fin de esclarecer los hechos concretos y causas que motivaron la exclusión de este colectivo, si fue o no por error informático, deficiencias técnica y/o error imputable involuntariamente a los participantes. Y, en todo caso, conocer las medidas que pudieran adoptarse para evitar la exclusión de los mismos de la Bolsa de Interinos, del Cuerpo de Maestros.

Asimismo, solicitamos nos cuantifiquen el número de personas afectadas por la causa de exclusión referida así como del número de personas participantes que hicieron uso de la inscripción por medios telemáticos y su porcentaje respecto al numero total de personas que concurrieron a la convocatoria; y cualquier otra información que pueda clarificar la posible situación de inseguridad en las personas partIcipantes usuarias de este sistema de inscripción en procesos selectivos.

Preguntamos por el cambio de criterio del reconocimiento de la antigüedad al Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía en situación de excedencia forzosa

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/3979 dirigida a Consejería de Hacienda y Administración Pública, Dirección General de Recursos Humanos y Función Pública

- 28 Septiembre 2017

Con ocasión de la tramitación de quejas presentadas ante esta Defensoría, así como con motivo de la solicitud de reconocimiento de trienios realizado ante la Administración de la Junta de Andalucía por personal al servicio del Defensor del Pueblo Andaluz, en situación de excedencia forzosa en la misma, esta Institución ha tenido conocimiento del cambio de criterio adoptado por esa Administración respecto al reconocimiento de trienios al personal en excedencia forzosa, que se pospone hasta su reincorporación al servicio activo.

Para motivar este cambio de criterio, en las comunicaciones remitidas a las personas interesadas se alega que "*el artículo 58 del VI Convenio Colectivo* ***del personal laboral de la Administración de la Junta de Andalucía regula un complemento por antigüedad que consistirá*** *en una cantidad fija en función del Grupo profesional en cuyo desempeño se perfeccione, por cada tres años de servicios efectivos (trienios). Por un lado, al tratarse de un complemento retributivo no cabe hacer reconocimiento alguno al respecto mientras el contrato se halle suspendido porque durante la suspensión no se devengan retribuciones. Por otro, tampoco puede tenerse en cuenta a estos efectos una antigüedad que todavía no se ha materializado de acuerdo con lo antes expuesto".*

Como quiera que en el art. 39 del vigente VI Convenio Colectivo **del personal laboral de la Administración de la Junta de Andalucía** se establece que:

1. "La excedencia forzosa, que dará derecho a la conservación del mismo puesto y al cómputo de la antigüedad durante su vigencia, se concederá por designación o elección para un cargo público, o para función sindical electiva, de acuerdo con los Estatutos del Sindicato, de ámbito provincial o superior que imposibilite la asistencia al trabajo. A estos efectos se entiende por cargo público; la elección para Diputado o Diputada o Senador o Senadora de las Cortes Generales, Diputado o Diputada de Asambleas Autonómicas, del Parlamento Europeo, Concejal o Concejala de Ayuntamiento o para Alcaldía con plena dedicación o el nombramiento para un cargo dentro de las Administraciones Públicas Comunitarias o Internacionales, con un nivel mínimo de Director General en la Administración Autonómica, y sus equivalentes en la Administración Central, Local, Comunitaria o internacional. Se considerarán, asimismo, cargos públicos, a los efectos de este artículo, a los Delegados Provinciales de las distintas Consejerías y equivalentes nombrados por Decreto de Consejo de Gobierno.

2. Asimismo quedará en situación de excedencia forzosa el personal laboral acogido a este Convenio que pase a prestar servicios como personal eventual en la institución del Defensor del Pueblo Andaluz, quienes sean nombrados para ocupar un puesto de carácter eventual en cualquier organismo de la Junta de Andalucía y quienes sean designados para ocupar puestos de personal funcionario de las distintas Consejerías u Organismos de la Comunidad Autónoma andaluza".

En consecuencia con lo anterior, esta Oficina del Defensor del Pueblo Andaluz, al amparo de su Ley reguladora, ha decidido iniciar actuaciones de oficio, ante la Dirección General de Recursos Humanos y Función Pública, Consejería de Hacienda y Administración Pública, con objeto de esclarecer esta situación y garantizar los derechos que tienen reconocidos el personal laboral de la Administración de la Junta de Andalucía.

Investigamos la prueba práctica del proceso selectivo de acceso a plaza de Bombero, celebrada el pasado 23 de septiembre en Córdoba

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/5177 dirigida a Diputación de Córdoba, Consorcio Provincial de Prevención y Extinción de Incendios

- 11 Octubre 2017

Por la información publicada en prensa escrita y digital, así como escritos de queja presentados en esta Institución, hemos tenido conocimiento del descontento -por la mala organización- generalizado entre los participantes del último ejercicio práctico del proceso selectivo convocado (para cubrir 54 plazas) por el **Consorcio Provincial de Prevención y Extinción de Incendios de la Diputación de Córdoba, que tuvo lugar el pasado 23 de septiembre de 2017.**

Según los datos que hemos recopilado, a la que se presentaron **540 aspirantes, el ejercicio** comenzó a las 8 de la mañana del sábado y terminó a las 9 de la mañana del domingo. Más de 24 horas de examen.

La maratoniana jornada de examen comenzaba con un llamamiento que **se prolongó durante más de tres horas** y del que se hacía cargo tan solo una mesa.

Sin perjuicio de que se había realizado un sorteo para conocer la letra del apellido que comenzaba el turno de examen, el hecho en sí de tener casi 24 horas encerrados en un gimnasio a 540 participantes, con un único servicio, sin poder salir, con la acumulación de nervios y estrés por la espera, las altas temperaturas del día, y hacer el examen (algunos, casi 24 horas después de acceder al recinto), habría podido influir, sin duda, en el estado tanto físico como psíquico de la mayoría de los participantes.

Al parecer, la prueba fue cronometrada a puerta cerrada sin que el opositor pudiera acceder a ver el cronómetro, ni a conocer el tiempo en que realizó su prueba.

Sin perjuicio de que el objetivo final de los responsables del organismo convocante fuese evitar que los aspirantes conocieran la prueba realizada (lo que, parece que al final no se consiguió) no es menos cierto que, con las medidas adoptadas (encierro durante 24 horas y en condiciones ambientales no óptimas para el desarrollo de cualquier prueba selectiva), posiblemente, haya resultado vulnerado el principio de igualdad (art. 23.2 Constitución Española) que reconoce a todos los ciudadanos el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.

Lo anterior por cuanto, las condiciones en las que, por ejemplo los primeros participantes realizaron sus

pruebas no fueron las mismas en las que debieron realizar las suyas aquellos opositores que las realizaron tras una espera larga y varias horas “encerrados”, y en horas de la madrugada, por ejemplo, ya que de media, cada aspirante tardó unos 10 minutos en completar el supuesto práctico.

Con objeto de conocer, y en su caso, confirmar por parte del Consorcio de si los hechos sucedidos fueron como hemos reseñado, se propone iniciar actuación de oficio, ante la Presidencia del **Consorcio Provincial de Prevención y Extinción de Incendios de la Diputación de Córdoba.**

En todo caso, esperamos que el informe nos concrete si se ha valorado el desarrollo de la prueba, los hechos denunciados por los aspirantes y medios de comunicación sobre las condiciones en las que la prueba práctica fue realizada y, en su caso, si se ha adoptado alguna medida al respecto, por ejemplo suspender y repetir la misma en condiciones óptimas, en garantías del principio de igualdad que establece el art. 23.2 CE.

Preguntamos por la avería en el suministro de agua a un centro penitenciario

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/1812 dirigida a Empresa Municipal de Aguas de Algeciras (Emalgesa), Ministerio del Interior, Secretaría General de Instituciones Penitenciarias

- 20 Julio 2017

RESUMEN DEL RESULTADO (CIERRE DE QUEJA DE OFICIO)

Tras la incoación del presente expediente de queja, procedimos a solicitar los preceptivos informes a la empresa suministradora de agua y a la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias.

Una vez estudiada la información que consta en el expediente, así como las normas legales aplicables al caso, no observamos que en los hechos analizados exista una infracción de alguno de los derechos y libertades que nos permita la adopción de alguna de las medidas que prevé el artículo 29.1 de la Ley reguladora de esta Institución.

En todo caso, realizaremos el seguimiento de estas medidas anunciadas, por lo que se concluyen nuestras actuaciones y procedemos la cierre de la queja.

03-04-2017 APERTURA DE LA QUEJA DE OFICIO

Ha tenido conocimiento esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz, tras la recepción de varios escritos de queja de diferentes familiares de internos en el Centro Penitenciario de Botafuegos, que el pasado día 9 de marzo se produjo un corte en el suministro de agua al centro sin que hayan sido informados ni los familiares ni los internos de lo ocurrido ni de las medidas que van a ser adoptadas.

Con fecha 20 de marzo siguiente, uno de estos familiares nos ha comunicado que "*el problema del suministro de agua … ya lo están solucionando*", si bien parece confirmar que este problema ha persistido al menos durante 11 días, con los problemas derivados para una numerosa población reclusa en relación a la alimentación, ingesta de agua, aseo personal o limpieza del propio centro.

La Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció explícitamente (Resolución 64/292) el derecho humano al agua y al saneamiento, reafirmando que un agua potable limpia y el saneamiento son esenciales para la realización de todos los derechos humanos. Derecho universal que podemos considerar que la propia Constitución Española (art. 43,1) y el Estatuto de Autonomía para Andalucía (art. 22,1) al reconocer el derecho a la protección de la salud, de manera implícita está reconociendo como un derecho el acceso al abastecimiento de agua para fines domésticos, pues no hay que olvidar que la no disponibilidad de un abastecimiento urbano adecuado conlleva necesariamente la aparición de numerosas enfermedades.

A este respecto, la Ley Orgánica General Penitenciaria viene a establecer entre otros, que «los establecimientos penitenciarios deberán contar en el conjunto de sus dependencias con servicios idóneos» (art. 13), «Tanto las dependencias destinadas al alojamiento nocturno de los recluidos como aquellas en que se desarrolle la vida en común, deberán satisfacer la necesidades de la higiene y estar acondicionadas de manera que el volumen de espacio, ventilación, agua, alumbrado y calefacción se ajuste a las condiciones climáticas de la localidad. Por razones de higiene se exigirá un cuidadoso aseo personal» (art. 19.2 y 3).

Y de la misma forma, el Reglamento Penitenciario, determina que «los internos tendrán los siguientes derechos: a) Derecho a que la Administración penitenciaria vele por sus vidas, su integridad y su salud...» (art. 4.2), y dentro de la Sección que establece la higiene y la alimentación, «Para garantizar el mantenimiento y la mejora de la salud en los Establecimientos penitenciarios se observarán las normas de limpieza e higiene que se establezcan desde el Centro Directivo» (art. 221), «En todos los Establecimientos penitenciarios se contará con un servicio de lavandería al que accederán todos los internos» (art. 224), « Con la periodicidad que determine el servicio sanitario, de acuerdo con las normas establecidas por el Centro Directivo, se procederá a una completa desinfección, desinsectación y desratización de las distintas dependencias de cada Establecimiento. Corresponderá a los servicios sanitarios el seguimiento y la evaluación de las campañas que se realicen.

En este sentido, se entiende oportuno que esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz tome mayor conocimiento de la situación, y en virtud de lo dispuesto en el art. 10.1 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, reguladora de esta Institución, se propone iniciar una actuación de oficio para que se nos informe sobre los siguientes extremos:

- 1.- Por parte de la empresa suministradora EMALGESA:
- Causas por las que, según las informaciones, se ha producido la falta de abastecimiento de agua.
- Periodo de tiempo de interrupción del suministro y medidas adoptadas al efecto.
- Intervención desarrollada por la entidad suministradora.
- Situación actual del suministro al Centro Penitenciario de Botafuegos
- Cualquier otra consideración que consideren oportuno informar para esclarecer el asunto que nos ocupa.

2.- Por parte de la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias:

- Incidencias que han supuesto en el centro penitenciario la falta de suministro de agua.
- Medidas adoptadas para paliar la falta de suministro.

20-07-2017 CIERRE DE LA QUEJA DE OFICIO

Tras la incoación del presente expediente de queja, procedimos a solicitar los preceptivos informes a la empresa suministradora de agua y a la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias.

En cumplimiento de esta petición, se nos ha facilitado la siguiente información por parte de Emalgasa:

> *"Que las causas de la falta de abastecimiento al Centro Penitenciario de Botafuegos son ajenas a esta Entidad Suministradora, no habiendo existido en aquellas fechas ninguna incidencia en las redes gestionadas por esta Entidad que hubiera podido provocar el desabastecimiento de dicho Centro Penitenciario.*
>
> *Que no se ha desarrollado ninguna intervención por parte de esta Entidad Suministradora, ya que no había existido incidencia alguna en las redes que gestiona.*
>
> *Que en la actualidad, esta Entidad Suministradora no tiene conocimiento que haya ninguna circunstancia que afecte al pleno abastecimiento del Centro Penitenciario provocado por incidencias*

en las redes que gestiona.

Que esta Entidad Suministradora desconoce las características, estado y casuistica que pudiera tener las instalaciones interiores del Centro Penitenciario de Botafuegos, siendo responsabilidad del mantenimiento de las mismas del propio Centro según lo indicado en el Reglamento de Suministro Domiciliario de Andalucía en su art. 10 "Obligaciones del Abonado", punto relativo a "Conservación de Instalaciones"; y al art. 16 "Instalaciones Interiores de suministros de agua", donde se define lo que es instalación interior".

De la misma forma, por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias se nos informa lo siguiente:

"*Se trató de un tema puntual que se produjo como consecuencia de una obra compleja que se realizó por parte de una empresa que tenía adjudicada la sustitución de todo el anillo de tuberías de entrada de agua a la prisión. Una vez sustituida la misma, los problemas han venido al realizar la conexión de los distintos ramales a cada una de las zonas y que motivaban la caída de la presión y por tanto no llegaba el agua a todas las áreas.*

Por otro lado, informar que el Centro no estuvo sin agua en ningún momento, sino que se fue dando por áreas alternativas. En cuanto al agua para beber en las comidas, se les facilitó agua embotellada a los internos".

Una vez estudiada la información que consta en el expediente, así como las normas legales aplicables al caso, no observamos que en los hechos analizados exista una infracción de alguno de los derechos y libertades que nos permita la adopción de alguna de las medidas que prevé el artículo 29.1 de la Ley reguladora de esta Institución.

En todo caso, realizaremos el seguimiento de estas medidas anunciadas, por lo que se concluyen nuestras actuaciones y procedemos la cierre de la queja.

Preguntamos por las medidas de apoyo a los órganos judiciales competentes en materia de clausulas suelo

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/0962 dirigida a Consejería de Justicia e Interior

- 03 Abril 2017

El Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo (BOE 18, de 21 de Enero de 2017) establece medidas dirigidas a la protección a los consumidores estableciendo un cauce que les facilite la posibilidad de llegar a acuerdos con las entidades de crédito con las que tienen suscrito un contrato de préstamo o crédito con garantía hipotecaria que solucionen las controversias que se pudieran suscitar como consecuencia de los últimos pronunciamientos judiciales en materia de cláusulas suelo y, en particular, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, en los asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15.

A partir de las disposiciones aprobadas, se pretende disponer de un mecanismo ágil extrajudicial que facilite la devolución de la cantidades resultantes de una aplicación considerada abusiva de cálculo de intereses y su cobro, a cargo de las entidades financieras que aplicaron esta clausulas suelo declaradas improcedentes.

El objetivo, además de reparar una situación socialmente injusta, se explica al proclamar que «es previsible que el reciente pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea suponga el incremento de las demandas de consumidores afectados solicitando la restitución de las cantidades pagadas en aplicación de las cláusulas suelo, resulta de extraordinaria y urgente necesidad arbitrar un cauce sencillo y ordenado, de carácter voluntario para el consumidor, que facilite que pueda llegar a un acuerdo con la entidad de crédito que les permita solucionar sus diferencias mediante la restitución de dichas cantidades. En este sentido, es importante resaltar que la medida trata, además, de evitar que se produzca un aumento de los litigios que tendrían que ser afrontados por la jurisdicción civil, con un elevado coste a la Administración de Justicia por cada pleito y un impacto perjudicial para su funcionamiento en forma de incremento sustancial del tiempo de duración de los procedimientos».

No obstante, también ha de evaluarse el supuesto de que no llegue a buen término este mecanismo extrajudicial y, finalmente, la cuestión deba dirimirse ante la jurisdicción. Del mismo modo, se prevé que los procesos actualmente en curso podrían reconducirse a través de la vía creada en el artículo 3 del Real Decreto-Ley 1/2017. Es decir, circunstancias todas ellas que se circunscriben al ámbito judicial, propiamente dicho.

En cualquier caso, nos situamos ante una situación muy generalizada a la que se pretende ofrecer una vías de reparación que generarán peticiones masivas que se estiman por miles y que ponen en ciernes un

potencial volumen de asuntos, incrementando los asuntos judiciales en estos órganos que, por razón de competencia, podrían verse afectados por las vicisitudes de las medidas previstas en el Real Decreto-Ley y su supervisión jurisdiccional.

No resulta necesario recordar la sobrecarga de trabajo que pesa en estos órganos judiciales y el impacto que esta potencial litigiosidad pudiera provocar en su funcionamiento ya de por sí absolutamente saturado de asuntos.

Ante todo ello, resulta muy oportuno conocer las medidas organizativas en el ámbito de las competencias de ordenación y gestión de medios materiales y personales de la Administración de Justicia que tiene atribuida la Junta de Andalucía atendiendo a lo dispuesto en el artículo 29 del Estatuto de Autonomía de Andalucía sobre la garantía de calidad de los servicios de la Administración de Justicia.

Es por ello que se viene a proponer, conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 10 de nuestra Ley reguladora, iniciar actuación de oficio y, en el marco de las competencias atribuidas al correspondiente Departamento de esa Consejería de Justicia e Interior, procede solicitar informe sobre la realidad del problema expuesto y sus posibles soluciones, al objeto de poder también dar cuenta a la ciudadanía y a los operadores jurídicos.

Ver Resolución del dPA

Más medidas de apoyo para los órganos judiciales competentes en materia de clausulas suelo

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 17/0962 dirigida a Consejería de Justicia e Interior

- 02 Octubre 2017

Esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz tramita las quejas identificadas con los número: **Q17/962 y Q17/3071**. Las diferentes actuaciones en el curso de estos expedientes nos han permitido analizar la situación planteada en las quejas sobre Medidas de apoyo a los órganos judiciales competentes en materia de clausulas suelo y, tras diversos trámites, que a continuación se detallan, hemos considerado procedente emitir un pronunciamiento formal como Resolución, según establece el artículo 29.1 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, reguladora del Defensor del Pueblo Andaluz.

ANTECEDENTES

1.- Con fecha 22 de Febrero de 2017 el Defensor del Pueblo Andaluz acordó incoar queja de oficio ante la situación creada para atender la litigiosidad que amenaza a los órganos judiciales relativa a las cláusulas suelo declaradas abusivas y otras reclamaciones derivadas de contratos de financiación con garantías hipotecarias.

Dicho expediente de oficio motivó la petición de información ante la Viceconsejería de Justicia e Interior , en los siguientes términos:

> *"El Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo (BOE 18, de 21 de Enero de 2017) establece medidas dirigidas a la protección a los consumidores estableciendo un cauce que les facilite la posibilidad de llegar a acuerdos con las entidades de crédito con las que tienen suscrito un contrato de préstamo o crédito con garantía hipotecaria que solucionen las controversias que se pudieran suscitar como consecuencia de los últimos pronunciamientos judiciales en materia de cláusulas suelo y, en particular, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, en los asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15.*
>
> *A partir de las disposiciones aprobadas, se pretende disponer de un mecanismo ágil extrajudicial que facilite la devolución de la cantidades resultantes de una aplicación considerada abusiva de cálculo de intereses y su cobro, a cargo de las entidades financieras que aplicaron esta clausulas suelo declaradas improcedentes.*
>
> *El objetivo, además de reparar una situación socialmente injusta, se explica al proclamar que «es previsible que el reciente pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea suponga el*

incremento de las demandas de consumidores afectados solicitando la restitución de las cantidades pagadas en aplicación de las cláusulas suelo, resulta de extraordinaria y urgente necesidad arbitrar un cauce sencillo y ordenado, de carácter voluntario para el consumidor, que facilite que pueda llegar a un acuerdo con la entidad de crédito que les permita solucionar sus diferencias mediante la restitución de dichas cantidades. En este sentido, es importante resaltar que la medida trata, además, de evitar que se produzca un aumento de los litigios que tendrían que ser afrontados por la jurisdicción civil, con un elevado coste a la Administración de Justicia por cada pleito y un impacto perjudicial para su funcionamiento en forma de incremento sustancial del tiempo de duración de los procedimientos».

No obstante, también ha de evaluarse el supuesto de que no llegue a buen término este mecanismo extrajudicial y, finalmente, la cuestión deba dirimirse ante la jurisdicción. Del mismo modo, se prevé que los procesos actualmente en curso podrían reconducirse a través de la vía creada en el artículo 3 del Real Decreto-Ley 1/2017. Es decir, circunstancias todas ellas que se circunscriben al ámbito judicial, propiamente dicho.

En cualquier caso, nos situamos ante una situación muy generalizada a la que se pretende ofrecer una vías de reparación que generarán peticiones masivas que se estiman por miles y que ponen en ciernes un potencial volumen de asuntos, incrementando los asuntos judiciales en estos órganos que, por razón de competencia, podrían verse afectados por las vicisitudes de las medidas previstas en el Real Decreto-Ley y su supervisión jurisdiccional.

No resulta necesario recordar la sobrecarga de trabajo que pesa en estos órganos judiciales y el impacto que esta potencial litigiosidad pudiera provocar en su funcionamiento ya de por sí absolutamente saturado de asuntos.

Ante todo ello, resulta muy oportuno conocer las medidas organizativas en el ámbito de las competencias de ordenación y gestión de medios materiales y personales de la Administración de Justicia que tiene atribuida la Junta de Andalucía atendiendo a lo dispuesto en el artículo 29 del Estatuto de Autonomía de Andalucía sobre la garantía de calidad de los servicios de la Administración de Justicia.

Es por ello que se viene a proponer, conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 10 de nuestra Ley reguladora, iniciar actuación de oficio y, en el marco de las competencias atribuidas al correspondiente Departamento de esa Consejería de Justicia e Interior, procede solicitar informe sobre la realidad del problema expuesto y sus posibles soluciones, al objeto de poder también dar cuenta a la ciudadanía y a los operadores jurídicos".

2.- Las circunstancias descritas en la citada queja de oficio 17/962 quedaron afectadas a partir del acuerdo adoptado por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) en sesión plenaria de 25 de Mayo, asignando a juzgados de manera exclusiva y no excluyente el conocimiento de este tipo de causas. Tal acuerdo, adoptado con la participación de la Comisión de Coordinación CGPJ-Justicia-Comunidades Autónomas, concretaba los órganos afectados en las ocho provincias andaluzas y que quedaban declarados como competentes para asumir la carga de asuntos que se producirían tras la demandas judiciales relativas al caso.

La fecha de aplicación de tal acuerdo era el 1 de Junio y en tal fecha se produjeron importante incidentes en los órganos afectados. Por ello, al día siguiente el Defensor del Pueblo Andaluz acordó incoar nueva queja de oficio (17/3071) en relación con los problemas específicos de aplicación de las medidas acordadas en el ámbito de las responsabilidades de la Junta de Andalucía, a través de la Consejería de Justicia e Interior.

Por tanto consideramos necesario solicitar la colaboración de nuevo de su Viceconsejería en los términos:

"El Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) acordó en su sesión plenaria de 25 de Mayo la

especialización de un total de 54 juzgados de Primera Instancia –uno por provincia en la península y uno en cada una de las principales islas de los archipiélagos canario y balear-, que a partir del próximo 1 de junio conocerán, de manera exclusiva y no excluyente, de los litigios relacionados con las condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias cuyo prestatario sea una persona física, sin perjuicio de poder atribuir en el futuro esta competencia a otros órganos del mismo u otro partido judicial diferente de la provincia, siempre que hubiere razones que lo justificasen, en atención a la carga de trabajo y mejor servicio a la justicia.

En Andalucía los órganos a los que se atribuyen estas competencias especiales son:

- Juzgado de Primera Instancia 7 de Almería
- Juzgado de Primera Instancia 2 de Cádiz
- Juzgado de Primera Instancia 9 de Córdoba
- Juzgado de Primera Instancia 9 de Granada
- Juzgado de Primera Instancia 6 de Huelva
- Juzgado de Primera Instancia 2 de Jaén
- Juzgado de Primera Instancia 18 de Málaga
- Juzgado de Primera Instancia 10 de Sevilla

Pues bien, en el día de ayer, primero en que se aplicaban las supuestas medidas, se produjeron diversas incidencias en relación con la efectiva puesta marcha de tales acuerdos. Las reacciones de los operadores jurídicos han sido unánimes en relación con "el desconcierto provocado por no estar listos y las críticas generalizada por la falta de medios"

En Sevilla, las asociaciones de jueces mayoritarias, abogados, procuradores y la representación sindical de los empleados de la Administración de Justicia, junto al Juez decano, ratifican estas críticas y evidenciaban una aparente falta de previsión y de organización. Esta reacciones se refieren al caso de Sevilla y también Málaga, pero pueden extenderse a las restantes sedes afectadas por estas medidas organizativas.

Somos conscientes de que el origen de tales criterios nace en el propio CGPJ, autor de un "plan de urgencia en el que empezó a trabajar el pasado mes de febrero para hacer frente al previsible aumento de litigios sobre cláusulas abusivas en escrituras hipotecarias como consecuencia de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 21 de diciembre de 2016 en relación con las cláusulas suelo".

Del mismo modo, hemos tenido conocimiento de reuniones de trabajo con el Ministerio de Justicia y las Comunidades Autónomas con competencias en la materia. En concreto el pasado 31 de Mayo tuvo lugar una reunión de la comisión de coordinación CGPJ-Justicia-CCAA en la sede del órgano de los jueces para tratar el plan de urgencia aprobado el pasado jueves por la Comisión Permanente y que se pondrá en marcha en materia de litigios relacionados con las condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarios cuyo prestatario sea una persona física.

En la reunión participaron el presidente del Tribunal Supremo y del CGPJ, Carlos Lesmes; los vocales de la Comisión Permanente Álvaro Cuesta, Nuria Díaz, Gerardo Martínez Tristán, Rafael Mozo y Pilar Sepúlveda; el ministro de Justicia, Rafael Catalá; la secretaria de Estado de Justicia, Carmen Sánchez-Cortés; y representantes de las Consejerías de Justicia de Andalucía, Aragón, Asturias, Canarias, Cantabria, Cataluña, Comunidad Valenciana, Galicia, Madrid, Navarra, el País Vasco y La Rioja (según la nota de prensa publicada por el propio CGPJ).

Siendo conscientes de la complejidad de la toma de decisiones en el ámbito de la Administración de Justicia —donde interfieren una multitud de aspectos competenciales referidos a la atribución de

asuntos, medios personales de funcionarios, los titulares judiciales o LAJ, sedes, recursos técnicos, etc, que dependen de diferentes instancias— interesa conocer la aportación de la Administración andaluza a través de la Consejería de Justicia e Interior en la puesta en marcha de estas medidas organizativas".

3.- La Viceconsejería aportó su posición mediante informe, que aglutina las cuestiones planteadas en sendas quejas, del que transcribimos un extracto:

"El Consejo General del Poder Judicial remitió para informe de la Comunidad Autónoma de Andalucía una propuesta, de conformidad, con lo expuesto en el art. 98.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de especialización de órganos a nivel provincial en condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias, cuyo prestatario sea una persona física.

La conclusión final de la propuesta es la especialización, en cada una de las ocho provincias andaluzas, de un Juzgado de Primera Instancia de la capital para que asuman a nivel territorial provincial, de manera exclusiva y no excluyente, los litigios sobre cláusulas abusivas incluidas en contratos de financiación con garantías reales cuyo prestatario sea una persona física.

A esta propuesta, la Consejería de Justicia e Interior, a través de informe de 17 de mayo de 2017, de la Secretaría General para la Justicia, informó desfavorablemente, sin embargo la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, mediante Acuerdo de 25 de mayo de 2017, -sin atender el informe desfavorable de la Comunidad Autónoma-, estableció que determinados juzgados, de manera exclusiva y no excluyente, conozcan de la materia relativa a las condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias cuyo prestatario sea una persona física (BOE núm. 126, de 27 de mayo). En nuestra Comunidad Autónoma, se determinan los juzgados siguientes:

-Juzgado de Primera Instancia 7 de Almería.

-Juzgado de Primera Instancia 2 de Cádiz.

-Juzgado de Primera Instancia 9 de Córdoba.

-Juzgado de Primera Instancia 9 de Granada.

-Juzgado de Primera Instancia 6 de Huelva.

-Juzgado de Primera Instancia 2 de Jaén.

-Juzgado de Primera Instancia 18 de Málaga.

-Juzgado de Primera Instancia 10 de Sevilla.

Conforme se indica en su punto 8, el Acuerdo debe comunicarse a las Comunidad Autónomas a los efectos de que en la forma que consta en la propuesta (flexibilidad y gradualidad) se adopten las medidas necesarias de acuerdo con el anexo 2.

Conforme a lo establecido en el Acuerdo de 25 de mayo de 2017, con la flexibilidad y gradualidad permitida en el mismo, y tras la reunión celebrada el pasado 9 de junio en Granada con el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, los Jueces Decanos y los representantes de la Consejería de Justicia e Interior, se decidió que en los juzgados de Granada, Sevilla y Málaga, dado el volumen de entrada actual de asuntos relativos a cláusulas suelo, se asignaran 2 gestores y 2 tramitadores a cada uno de ellos, 1 gestor y 2 tramitadores en Jaén y, en el resto de juzgados se fija un mínimo de 1 gestor y 1 tramitador desde el mes de junio. Posteriormente, en septiembre, se evaluará el

funcionamiento del plan con el Consejo General del Poder Judicial, para ser objeto de revisión, en su caso.

A continuación, cuando se empiecen a señalar vistas -previstas a partir del mes de octubre- se propuso la incorporación de 1 auxilio judicial para cada uno de los juzgados.

En todo caso, se revisaría en el mes de septiembre el funcionamiento de todos estos refuerzos y la carga de trabajo soportada, a efectos de incrementar las medidas propuestas.

El plan podrá incrementarse en un máximo de 1 gestor y 5 tramitadores más a partir del 1 de octubre, hasta completar los refuerzos previstos en el plan (44), adscribiéndose a los órganos que presenten una mayor necesidad de recursos humanos, cumpliéndose la previsión de dotación de recursos humanos establecida en el Acuerdo de 25 de mayo de 2017 de la Comisión Permanente del CGPJ."

Analizado el contenido de su información, hemos de ofrecerles a la luz de los datos las siguientes

CONSIDERACIONES

Primera.- Ciertamente, el problema que se aborda en las quejas refleja con notoriedad una severa deficiencia de nuestro sistema judicial que evidencia signos próximos al colapso. La saturación de los órganos judiciales —que caracteriza una situación permanente y de agravamiento en sus capacidades de dar la respuesta debida al derecho constitucional de brindar una tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas— vuelve a ponerse de manifiesto en esta ocasión. Y la relación de ejemplos que se pueden aportar desde esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz ratifican plenamente esta valoración.

Ahora, los problemas sistémicos de la organización judicial se concretan ante un nuevo reto, cual es la litigiosidad que amenaza los juzgados para atender reclamaciones de usuarios y clientes en relación con litigios derivados de las denominadas cláusulas suelo y otros productos financieros de riesgo junto a reclamaciones de contratos de financiación con garantías hipotecarias.

Ciertamente, la intención proclamada del CGPJ ha sido anticipar medidas que intentan paliar una actividad masiva de demandas sobre litigios de esta naturaleza que implica un esfuerzo previsor y de planificación. La labor de estudio y de preparación ante el riesgo cierto de llegar a una situación de colapso motivó el proyecto del Consejo General de elaborar a principios de 2017 un plan específico de respuesta.

Junto a las aportaciones de los equipos técnicos del CGPJ, se propició la intervención del Ministerio de Justicia así como de las Comunidades Autónomas con competencias en la materia, integrantes todos de la Comisión de Coordinación.

El resultado final fue el acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo (BOE 126, de 27 de Mayo de 2017) que atribuye esa competencia exclusiva y no excluyente de determinados Juzgados de Primera Instancia por provincias y que afectan, correlativamente, a ocho órganos distribuidos entre las provincias andaluzas. El acuerdo en su punto 8 ordena la comunicación a las Administraciones competentes para que adopten las medidas organizativas oportunas.

El día 1 de Junio se fija como fecha de entrada en vigor del acuerdo. Además se prevé un seguimiento mensual de las medidas de aplicación del acuerdo y un compromiso de estudio y evaluación de sus efectos.

Segunda.- El primer día de puesta en marcha de las disposiciones organizativas adoptadas por el Consejo se producen serios incidentes en varios de los órganos afectados en Andalucía. Las reacciones, de las que se hacen eco varios medios de comunicación, hacen mención al inexistencia de las medidas anunciadas y supuestamente previstas, tales como falta de jueces de apoyo, ausencia de empleados de refuerzo,

carencia de espacios o recursos materiales para atender al personal complementario que debe sumarse a los dispositivos de cada uno de los Juzgados de Primera Instancia designados.

Este particular aspecto, que motiva de manera específica la apertura de la queja de oficio 17/3071, no se comenta en la información facilitada desde la Viceconsejería, por lo que, a falta de mayores especificaciones, hemos de entender que tales incidentes, sin haber sido desmentidos, vienen a confirmar severos problemas con la puesta en marcha de las medidas planificadas.

Desde la Viceconsejería se alude a dos cuestiones destacadas. La primera es que especifica que las medidas estudiadas y discutidas no contaban con el informe favorable de ese departamento, Se explica que "*… la Consejería de Justicia e Interior, a través de informe de 17 de mayo de 2017, de la Secretaría General para la Justicia, informó desfavorablemente, sin embargo la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, mediante Acuerdo de 25 de mayo de 2017, -sin atender el informe desfavorable de la Comunidad Autónoma-, estableció las medidas*".

Este dato implica la manifestación de un criterio contrario o crítico con el acuerdo del CGPJ que se sometía a discusión. Sin embargo, no es menos cierto que tales posiciones, por fundadas que resulten y que no procede ahora rebatir, no pueden alcanzar el rango de título que exima a la Administración andaluza de cumplir los propios términos del acuerdo.

Al margen de la estricta tramitación del expediente, esta Institución ha tenido conocimiento de otros posicionamientos públicos de la Consejería al respecto, en los que se ofrece una valoración más expresa de la que se contiene en el informe recibido. Así, fuentes de la Consejería recogen que:

> *"La consejera de Justicia e Interior, Rosa Aguilar, ha rechazado hoy el plan aprobado por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) para la tramitación de los asuntos relativos a las cláusulas suelo en un único juzgado por provincia y ha reclamado que "cambie su decisión" para evitar la sobrecarga y para que "la ciudadanía pueda hacer efectivo su derecho en el ámbito judicial".*
>
> *Ante el Pleno del Parlamento de Andalucía, Rosa Aguilar ha pedido a los grupos políticos que "sumen fuerzas" para que el CGPJ tome otra decisión en septiembre, "que va a proceder a su evaluación", ya que sería "lo mejor que pudiera pasarle a la ciudadanía".*
>
> *En este sentido, Aguilar ha dicho que la Junta "está cumpliendo" con el plan del CGPJ con el establecimiento de un plan de 44 refuerzos, cuya "progresiva incorporación" ha sido acordada con el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y con los jueces decano, además de haber informado a los sindicatos en la mesa sectorial. La consejera ha informado de que 23 de esos refuerzos ya están incorporados y que el resto lo hará tal de manera gradual. Además, ha explicado que se ha dotado a los juzgados de medios informáticos y se han adaptado las aplicaciones necesarias para llevar a cabo el trabajo".*

Además, en recientes contactos la titular ha explicado su posición de procurar un cambio de criterio del CGPJ en el mes de Septiembre, fecha en la que se ha acordado realizar una valoración de seguimiento de las medidas recogidas en el acuerdo discutido que se analiza en el curso de la queja de oficio 17/962.

Tercera.- Por otro lado, centrándonos con los objetivos señalados en la queja 17/3071, incoada de oficio, nos hemos ceñido a los incidentes surgidos en el día de la puesta en marcha de las medidas anunciadas. Y en este aspecto, debemos confirmar las graves deficiencias que se pusieron de manifiesto en la fecha de aplicación de las mismas y que implicaban dar contenido al acuerdo de la Comisión Permanente del CGPJ. El relato de la ausencia de personal, refuerzos judiciales, espacios habilitados en los juzgados asignados o la incomparecencia de personal de apoyo en la fecha de su aplicación implican una desatención que, sin perjuicio de aludir a las dificultades anunciadas desde la Consejería, no deberían haberse producido.

Los argumentos que sometemos a la consideración de esa Consejería son varios: en primer lugar porque

debía evitarse una ceremonia de confusión que hubiera merecido un anuncio previo que explicara, si era el caso, la inaplicación de algunas medidas. Quizás hubiera sido preferible esa información anticipada que excusara alguna actuación aplazada (aun cuando venían siendo discutidas y anunciadas desde hacía meses en el curso de los trabajos de discusión de dicho acuerdo por el CGPJ y con la participación de los organismos competentes, incluida la Consejería).

Y, en segundo lugar —podría ser el primero— porque hablamos de cumplir un acuerdo adoptado por el CGPJ. Nos parece muy mejorable el resultado de un sistema de discusión y participación que proclama determinadas medidas sin asegurar la disponibilidad de su cumplimiento o, cuando menos, que sea capaz de recoger igualmente las posiciones que pretenden poner de manifiesto también el cúmulo de dificultades que se cierne para hacer efectivas esas disposiciones formalmente alcanzadas. Y, por supuesto, la misma difusión merece el anuncio de estos nuevos órganos especializados que los impedimentos que amenazan con relegar la aplicación de tales medidas. Pero en todo caso, adoptado el acuerdo, sólo cabe aguardar su cumplida aplicación.

Y ante esta situación anómala que se produjo, no podemos por menos que reconocer la sorpresa y la decepción de los operadores jurídicos y judiciales que se disponían a trabajar con un nuevo modelo organizativo que nace sin una operatividad acorde con sus contenidos.

Es cierto que las informaciones más recientes insisten en la superación de estos incidentes y relatan la gestión paulatina de las medidas que en su día se previeron. Por lo que, con mayor convicción, hemos de lamentar la imagen de desatención que se prodigó en las fechas de inauguración de las medidas.

Cuarta.- Como valoración general, hemos de indicar que la situación abordada no deja de ser un ejemplo más de los graves problemas de carga de trabajo que pesan en muchos órganos judiciales en Andalucía que superan en unos porcentajes inadmisibles los indicadores establecidos por el sistema judicial.

Ante esa saturación resulta comprensible anticipar medidas que mitiguen la presión de miles de demandas que se ciernen sobre los juzgados por motivos de los litigios sobre las cláusulas suelo y gastos de financiación. Son incidencias que se pretenden solventar en un ejercicio de asignación de la competencia a concretos órganos a fin de que se especialicen en su tramitación y procuren una capacidad de gestión y resolución más concentrada y ágil. Tiempo habrá de evaluar sus efectos.

Pero, en todo caso, y sin contar aún con ese análisis de las medidas dispuestas por el CGPJ, hablamos de un acuerdo adoptado sobre criterios competenciales y de refuerzos de una plantilla judicial que *per se* reviste graves carencias; y, en todo caso, no dejan de ser actuaciones parciales para abordar las previsiones de un incremento de asuntos en una estructura judicial insuficiente y superada.

La actividad de este Comisionado del Parlamento ha analizado muchos y variados escenarios que reproducen, una y otra vez, idénticos problemas de la Administración de Justicia contando con la aportación la información de la Consejería responsable y del propio Tribunal Superior de Justicia (TSJA). Con esa trayectoria no han faltado oportunidades en las que el Defensor del Pueblo Andaluz ha expresado su opinión, otra de muchas, para disponer de las soluciones. Baste recordar que la última valoración, ciertamente contenida, del TSJA requería la creación de 52 plazas judiciales nuevas para juzgados unipersonales (pág. 192, Memoria del TSJA 2016). Pero es que ya en 2016 se anunciaron 13 plazas y ninguna fue aprobada por el Gobierno de la Nación.

Somos conscientes de la compleja distribución competencial que presenta nuestro sistema judicial en su conjunto. Pero, por cuanto respecta al proceso de creación de órganos judiciales, las fases previas de estudio de propuestas y tramitación de las necesidades estimadas, desde el rigor y la adecuada metodología, merecen ser transmitidas con un especial ahínco y reivindicadas en el marco de una lealtad institucional que no empece la decidida puesta de manifiesto de estas soluciones inaplazables para que resulten justamente atendidas.

En el marco de este diálogo inter-institucional, no podemos olvidar la escasa receptividad del Gobierno de

la Nación para adoptar las medidas sobradamente fundadas y tantas veces propuestas para crear nuevos órganos judiciales. Pero, cuando menos, es imprescindible avanzar en todas las motivaciones que se detallan —y que nacen desde los testimonios y datos de instituciones, colectivos profesionales y ciudadanos afectados por esta situación— para disponer la petición formal para la creación de los Juzgados que Andalucía necesita.

De ahí que debamos insistir en la oportunidad de que las valoraciones expresadas en el informe de la Viceconsejería sean acogidas por el propio TSJA haciendo suyas, entre sus peticiones, el criterio favorable para impulsar la creación de nuevos Juzgados. Sencillamente, porque la organización y planta de los Juzgados andaluces amenaza con no poder garantizar el derecho constitucional a merecer una tutela judicial efectiva y a un proceso con las debidas garantías y sin dilaciones indebidas, en los términos recogidos en el artículo 24 de la Constitución.

En ese sentido, creemos oportuno desde nuestra posición institucional implicar igualmente al Defensor del Pueblo de las Cortes Generales para, a nivel estatal, promover una equivalente reflexión sobre las medidas acordadas desde el CGPJ y propiciar una evaluación de los impactos alcanzados por el acuerdo de 25 de Mayo de 2017, propiciando la disponibilidad efectiva de recursos y medios de las Administraciones autonómicas responsables de los servicios judiciales.

En suma. En este escenario, no debemos relegar la problemática singular de esta litigiosidad que amenaza con agravar el problema. Lo que sucede es que sus soluciones, unánimemente requeridas, van mucho más allá de ocasionales acuerdos sobre determinados juzgados. Lo dicho: más que juzgados especializados, se exigen juzgados nuevos.

A la vista de las anteriores Consideraciones, esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz ha acordado dirigir a la **Viceconsejería de Justicia e Interior** las siguientes

RESOLUCIÓN

RECOMENDACIÓN para garantizar la aplicación efectiva del Acuerdo de 25 de mayo de 2017 de la Comisión Permanente del CGPJ en el seno de los juzgados andaluces seleccionados y disponer el conjunto de medidas incluidas en dicho acuerdo conforme a las responsabilidades de la Consejería de Justicia.

SUGERENCIA a fin de impulsar las medidas que logren una dotación adecuada de nuevos órganos judiciales conforme a las necesidades que vienen siendo reclamadas por el Tribunal Superior de Justicia, los operadores jurídicos y esa misma Consejería de Justicia e Interior.

Según establece el artículo 29.1 de la Ley 9/1983, la autoridad a la que se dirige la Resolución viene obligada a responder por escrito en término no superior a un mes, comunicando la adopción de las medidas adecuadas en el sentido que se recoge en la Resolución dictada o, en su caso, las razones que le impidan adoptar tal decisión.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

¿A qué obecede la falta de atención y esperas en la atención al público en el Registro Civil de Granada?. Lo investigamos

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/1489 dirigida a Consejería de Justicia e Interior

- 10 Julio 2017

RESUMEN DEL RESULTADO (CIERRE DE QUEJA DE OFICIO)

Tras la apertura de la queja de oficio para conocer los problemas en la atención al público en el Registro Civil de Granada, recibimos respuesta de la Consejería de Justicia e Interior.

A la vista de la información facilitada, entendemos que procede concluir nuestras actuaciones a la espera de desarrollar sus efectos y evaluar, en su caso, el impacto correctivo que se persigue. Con todo, mantendremos el seguimiento necesario para velar por el mejor funcionamiento de los servicios ofrecidos por el Registro Civil de Granada.

03-04-2017 APERTURA DE LA QUEJA DE OFICIO

En diversas ocasiones, con motivo de la tramitación de varias quejas, hemos tenido la oportunidad de atender el funcionamiento de determinadas oficinas de los Registros Civiles en Andalucía.

Podemos recordar la queja 14/2467, queja 14/2631, queja 14/474, queja 15/2689, queja 16/1919 o la queja 16/6754, referidas todas al funcionamiento de estas dependencias y provocadas por retrasos, falta de atención o deficiencias en la respuesta demandada de servicios por los ciudadanos.

A la vista de los resultados de estos expedientes, podríamos discernir dos situaciones. Una referida a motivos individualizados de protesta por el servicio ofrecido al ciudadano que aducía una causa específica y puntual referida al caso, que, con la medida correctiva oportuna, quedaba resuelto.

Pero, en otras ocasiones, el motivo que generaba la queja se hacía depender de una circunstancia más estructural o funcional en el régimen de funcionamiento del Registro afectado. Eran causas que describían una importante carga de trabajo en estas singulares dependencias que, entre sus cometidos, intervienen en la acreditación y tramitación del régimen de extranjería que afecta a ciudadanos nacionales de otros países.

En esta ocasión hemos tenido conocimiento a través de nuestros cauces de participación en redes sociales de problemas de atención al público y usuarios en el Registro Civil de Granada. En esa reseña se hace mención a una situación de acumulación de asuntos que no permite atender a las personas que acuden a estas dependencias junto a retrasos y colas de espera para la asistencia. La situación parece haber llegado

a la necesidad de otorgar una prelación numerada de servicios al día excluyendo a los comparecientes que sobrepasan una determinada cantidad de atenciones previstas para la jornada, rechazándose su atención. Se alude a una aparente situación de falta de personal o de otros criterios que vienen a impedir, en la medida que se confirme la situación, un correcto funcionamiento en la atención al público.

En suma, esta comunicación aconseja una iniciativa que describa la situación del Registro Civil de Granada y que clarifique las causas y posibles medidas que, en su caso, se hubieran adoptado.

Por tanto, estas situaciones han sido determinantes para motivar la incoación de esta queja de oficio y procurar ante la Consejería de Justicia e Interior conocer su criterio global en orden a la situación que describimos y las posibles medidas que, en su caso, estimen oportuno adoptar para abordar la situación, respecto a dicho Registro Civil de Granada.

Es por ello que se viene a proponer incoar queja de oficio, conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 10 de nuestra Ley reguladora, y atendiendo a lo dispuesto en el artículo 29 del Estatuto de Autonomía de Andalucía sobre la garantía de calidad de los servicios de la Administración de Justicia, en el marco de las competencias atribuidas al correspondiente Departamento de esa Consejería de Justicia e Interior, procede solicitar informe sobre la entidad del problema expuesto y sus posibles soluciones, al objeto de poder también dar cuenta a la ciudadanía y a los operadores jurídicos que a nosotros se han dirigido.

10-07-2017 CIERRE DE LA QUEJA DE OFICIO

Tras la apertura de la queja de oficio para conocer los problemas en la atención al público en el Registro Civil de Granada, la Consejería de Justicia e Interior nos informa:

"…se ha establecido el horario continuado de atención al público, así como que los mostradores de atención al público estén siempre debidamente cubiertos y la pausa de descanso/desayuno deberá organizarse de forma que menos afecte a la prestación del servicio, con comunicación de forma inmediata a la Letrada de la Administración de Justicia, de cualquier ausencia del puesto de trabajo sea total o parcial, sin perjuicio de su comunicación a la Delegación de Justicia, a través del sistema HERMES, de gestión de fichajes y permisos, con el objeto de organizar el trabajo y suplir la ausencia del puesto afectado, con la máxima celeridad, para un correcto funcionamiento en la atención al público.

Se han habilitado, teléfonos, en las distintas secciones, para atender a las personas que solicitan información sobre algún tramite o expediente. También se ha logrado expedir diariamente todas las peticiones que llegan a través de la página Web del Ministerio de Justicia, servicio que en la actualidad se encuentra al día.

Actualmente se está colaborando con los responsables del Registro Civil en la implantación de tal herramienta, ya que la Junta de Andalucía suministra el equipamiento técnico necesario, mientras que la definición y organización del trabajo corresponde al propio Registro. Está previsto que se empiecen a dar ya algunas citas de forma telemática, para ir incrementando su número en las próximas fechas, e intentar que en el plazo de dos meses el funcionamiento de las citas del Registro sea enteramente por cita previa. Además de lo anterior, en este mes de junio se tiene previsto nombrar una persona funcionaria de refuerzo de Auxilio Judicial para el juzgado responsable del Registro Civil lo que redundará en una mejora de su funcionamiento".

A la vista de tales medidas, entendemos que procede concluir nuestras actuaciones a la espera de desarrollar sus efectos y evaluar, en su caso, el impacto correctivo que se persigue. Con todo, mantendremos el seguimiento necesario para velar por el mejor funcionamiento de los servicios ofrecidos por el Registro Civil de Granada.

Queremos conocer los sistemas de videovigilancia para detenidos en calabozos municipales

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/5085 dirigida a Consejería de Justicia e Interior, Ayuntamientos de las 8 capitales andaluzas

- 28 Septiembre 2017

El artículo 104 de la Constitución asigna a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, la misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana. Dentro del bloque constitucional y en ejecución de tal mandato, la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, ha definido el marco competencial de los distintos Cuerpos policiales, para garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales, estableciendo el ámbito material y territorial de actuación, tanto en materia del mantenimiento de la seguridad ciudadana como en el ámbito de actuación de la policía judicial.

Por su parte, la Comunidad Autónoma de Andalucía, mediante la Ley 13/2001, de 11 de diciembre, de Coordinación de Policía Locales de Andalucía, ha establecido el marco legislativo para el desarrollo de sus competencias, entre las que destacan las referidas a las funciones de homogeneización de los Cuerpos de la Policía Local, la unificación de los criterios de selección, formación, promoción y movilidad de sus miembros, la Coordinación de la formación profesional de estos colectivos y el establecimiento de normas marco los municipios que cuentan con Cuerpos de la Policía Local aprobando o, en su caso, adaptando sus reglamentos de organización y servicios a las previsiones de la misma.

También la Ley Orgánica 2/1986 de 13 de marzo, proclama que la Policía Local para el cumplimiento de las funciones de Policía Judicial tendrán carácter colaborador de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, asignándoles funciones propias, acordes con la actividad que tradicionalmente venían realizando, y atribuyéndoles también las funciones de colaboración con las otras Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en materia de Policía Judicial y seguridad ciudadana, reconociéndose la potestad normativa de las Comunidades Autónomas en la materia, sin perjuicio de la ordenación complementaria de cada cuerpo de Policía Local por su respectiva Corporación, como expresión de la autonomía municipal reconocida en nuestra Constitución.

Nos situamos, por tanto, en un sistema plural de cuerpos policiales que, en la concurrencia del ejercicio de sus funciones propias, deben poner de manifiesto mecanismos que garanticen una capacidad y eficiencia compartidas y unas actuaciones debidamente coordinadas.

Como se ha señalado, la Policía Local también puede intervenir bajo la condición de Policía Judicial, actuando bajo las condiciones de tales funciones de auxilio, por lo que sus despliegues y tareas vienen a coincidir con el trabajo que el Cuerpo Nacional de Policía, Guardia Civil o Policías Autonómicas realizan

bajo dicha función de auxilio judicial (de hecho, existe un modelo de acuerdo específico del Ministerio del Interior para la incorporación de los distintos municipios a sus estipulaciones). De ahí que los despliegues de sus actividades aconsejen igualmente estar debidamente reglados mediante normas y directrices que redunden en las máximas garantías hacia los contenidos de los derechos y libertades constitucionales de las personas sometidas a la intervención de estos agentes policiales.

Esta preocupación por garantizar y proteger tales derechos y libertades, que se entronca en la misión del Defensor del Pueblo Andaluz, viene siendo una constante entre las actuaciones que se desarrollan por esta institución. Entre esas materias, sin duda, ha ocupado una especial atención los aspectos que inciden en estas instalaciones y que afectan de manera primaria a las condiciones elementales de dignidad y respeto a las personas que deben comparecer ante los órganos judiciales y sus actores. Obviamente, entre este tipo de dependencias, dedicadas a la custodia o detención, deben ocupar un papel preponderante.

Así, el Comisionado del Parlamento de Andalucía ya realizó en 1996 el Informe Especial sobre "Los Depósitos Municipales de Detenidos en Andalucía" y las actuaciones sobre estos escenarios de custodia de detenidos resultan muy frecuentes, ya sea en instalaciones municipales o en calabozos de carácter judicial. Igualmente, venimos colaborando con el Defensor del Pueblo Estatal en el ámbito del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura (MNPT) realizando visitas en centros de detención o de restricción de libertad de deambulación.

Son muchos los aspectos que inciden en las condiciones de detención de estas personas en las dependencias policiales, tales como las características de los habitáculos de custodia; controles de entrada y salida; registros corporales, medidas de contención mecánica; alimentación; acceso a visitas; disponibilidad de asistencia jurídica; controles médicos; etc. Todos ellos afectan al objetivo último de lograr conciliar las medidas que compaginen la estancia y custodia segura durante la detención con las garantías y derechos reconocidos.

Entre esta pluralidad de aspectos hemos valorado centrar en esta ocasión nuestra atención en un mecanismo concreto que implica la disponibilidad de herramientas que registran la estancia en estos lugares de detención facilitando su acreditación mediante imágenes y sonidos. Nos referimos a los sistemas de videovigilancia y audiograbación.

Siguiendo las directrices de las distintas entidades que han abordado la instalación y uso de estos sistemas, su funcionamiento en estos lugares aporta un medio muy útil de control de los instantes de permanencia de estas personas detenidas que acostumbran a tener una corta duración y no suelen exigir complicados traslados o cambios de ubicación a la espera de su puesta a disposición judicial en breve tiempo. Son medidas que, con las debidas condiciones, bien recogidas por la normativa, la jurisprudencia y la definición de buenas prácticas, redundan en dotar a estas estancias de seguridad y controles tanto para la persona detenida, como para los propios profesionales responsables de su custodia ante posibles incidentes.

La instalación de estos sistemas de videovigilancia y audiograbación ha sido objeto de expresas recomendaciones a cargo del Defensor del Pueblo (Informes del MNPT) y del propio Defensor del Pueblo Andaluz en varias de sus actuaciones e Informes Especiales al Parlamento.

Fruto de este proceso en favor de las mayores garantías y seguridad en estas dependencias, la Instrucción 12/2015, de la Secretaría de Estado de Seguridad, remitiéndose expresamente a las peticiones del Defensor, aprobó el protocolo de las áreas de custodia de detenidos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. El punto 2 f) establece:

> «Video-vigilancia. Los centros de detención de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado dispondrán de sistemas de video-vigilancia con grabación que contribuyan a garantizar la integridad física y la seguridad de las personas privadas de libertad y la de los funcionarios policiales que ejercen su custodia. Dicha grabación deberá estar permanentemente activa, con

independencia de que los agentes encargados de la custodia deban mantener un control permanente de los calabozos a través de los medios de video-vigilancia. Los sistemas de video-vigilancia se regirán por lo que establece la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos. En ningún caso, podrán permitir la visualización de las zonas de aseo, con el fin de preservar la intimidad de las personas detenidas».

El ámbito de aplicación de dicha Instrucción es el de las Fuerzas de Seguridad del Estado (CNP y Guardia Civil). No obstante, la propia instrucción cita la Ley Orgánica 4/1997, al igual que tales medidas implican la aplicación práctica de las condiciones idóneas que la normativa, jurisprudencia y otras instituciones han venido desarrollando en relación con estos sistemas de vigilancia.

No ocultamos nuestro criterio favorable en favor de una aplicación de tales garantías de la Instrucción 12/2015 a todo tipo de dependencias policiales, sea cual sea su adscripción. De hecho, el Defensor en sus informe del MNPT ya señalaba que:

> *"472. La dispersión y heterogeneidad de la estructura y del tamaño de los cuerpos de policía local, unida a la dificultad que entraña asegurar un procedimiento imparcial de examen de las actuaciones controvertidas por parte de miembros de cuerpos policiales reducidos o de sus responsables políticos directos, aconsejan establecer sistemas unificados de inspección del conjunto del personal de estos cuerpos que los homologuen en este aspecto con los grandes cuerpos de seguridad de carácter nacional o autonómico. A este fin, cabría asumir como modelo teórico, en los aspectos operativos, la Inspección de Personal y Servicios de Seguridad adscrita a la SES. Este sistema podría establecerse a través de la creación de una Inspección General de Policías Locales para el conjunto del Estado, o bien para cada una de las Comunidades Autónomas, en uso de las competencias de coordinación de las policías locales que tienen estatutariamente reconocidas"* (MNPT. Informe Anual 2010 pág 191).

Pues bien, con la finalidad de conocer con detalle la realidad de los sistemas de video-vigilancia en las dependencias municipales de detenidos, se propone incoar actuación de oficio conforme señala el artículo 10.1 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre del Defensor del Pueblo Andaluz, ante los **Ayuntamientos de las capitales de provincia** solicitando información acerca de:

- identificación de las instalaciones de detenidos (o Depósitos Municipales).
- acuerdo específico con el Ministerio del Interior para la participación del Cuerpo de Policía Local en el ejercicio de funciones de policía judicial.
- aplicación de la Instrucción de la Secretaría de Estado de Seguridad 12/2015.
- normas o instrucciones propias que regulan las actuaciones en las áreas de custodia.
- existencia de sistemas de video-vigilancia y/o video-grabación; descripción, en su caso, del sistema instalado.
- cualquier otra circunstancia o aclaración en relación al asunto en cuestión.

Del mismo modo, la actuación de oficio debe dirigirse a la **Consejería de Justicia e Interior**, como departamento que asume la gestión de las previsiones recogidas en la Ley 13/2001, de Coordinación de Policías Locales de Andalucía, en atención a sus competencias de coordinación y promoción de los instrumentos normativos de organización y funcionamiento de estos Cuerpos y la vocación de homogeneizar sus actuaciones. En concreto interesa conocer:

1. Posición de la Consejería sobre la instalación de sistemas de videovigilancia y grabación para las dependencias de detenidos de las Policías Locales de Andalucía.

2. Elaboración a cargo de la Consejería de normas o instrucciones de carácter general sobre características técnicas básicas de estas instalaciones para detenidos.

3. Elaboración de un modelo-marco de normas o instrucciones específicas que incidan en la disposición de sistemas de videovigilancia y grabación.

4. Posible aplicación de los contenidos de la Instrucción 11/2015, de la Secretaría de Estado de Seguridad sobre instalaciones de detenidos.

5. Acciones singulares de coordinación entre los municipios que cuenten con acuerdo específico con el Ministerio del Interior para la participación del Cuerpo de Policía Local en el ejercicio de funciones de policía judicial.

Recomendamos más medios para los juzgados especializados en Andalucía para los litigios sobre cláusulas abusivas en escrituras hipotecarias

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 17/3071 dirigida a Consejería de Justicia e Interior

- 02 Octubre 2017

Esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz tramita las quejas identificadas con los número: **Q17/962 y Q17/3071**. Las diferentes actuaciones en el curso de estos expedientes nos han permitido analizar la situación planteada en las quejas y, tras diversos trámites, que a continuación se detallan, hemos considerado procedente emitir un pronunciamiento formal como Resolución, según establece el artículo 29.1 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, reguladora del Defensor del Pueblo Andaluz.

ANTECEDENTES

1.- Con fecha 22 de Febrero de 2017 el Defensor del Pueblo Andaluz acordó incoar queja de oficio ante la situación creada para atender la litigiosidad que amenaza a los órganos judiciales relativa a las cláusulas suelo declaradas abusivas y otras reclamaciones derivadas de contratos de financiación con garantías hipotecarias.

Dicho expediente de oficio motivó la petición de información ante la Viceconsejería de Justicia e Interior , en los siguientes términos:

> *"El Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo (BOE 18, de 21 de Enero de 2017) establece medidas dirigidas a la protección a los consumidores estableciendo un cauce que les facilite la posibilidad de llegar a acuerdos con las entidades de crédito con las que tienen suscrito un contrato de préstamo o crédito con garantía hipotecaria que solucionen las controversias que se pudieran suscitar como consecuencia de los últimos pronunciamientos judiciales en materia de cláusulas suelo y, en particular, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, en los asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15.*
>
> *A partir de las disposiciones aprobadas, se pretende disponer de un mecanismo ágil extrajudicial que facilite la devolución de la cantidades resultantes de una aplicación considerada abusiva de cálculo de intereses y su cobro, a cargo de las entidades financieras que aplicaron esta clausulas suelo declaradas improcedentes.*
>
> *El objetivo, además de reparar una situación socialmente injusta, se explica al proclamar que «es*

previsible que el reciente pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea suponga el incremento de las demandas de consumidores afectados solicitando la restitución de las cantidades pagadas en aplicación de las cláusulas suelo, resulta de extraordinaria y urgente necesidad arbitrar un cauce sencillo y ordenado, de carácter voluntario para el consumidor, que facilite que pueda llegar a un acuerdo con la entidad de crédito que les permita solucionar sus diferencias mediante la restitución de dichas cantidades. En este sentido, es importante resaltar que la medida trata, además, de evitar que se produzca un aumento de los litigios que tendrían que ser afrontados por la jurisdicción civil, con un elevado coste a la Administración de Justicia por cada pleito y un impacto perjudicial para su funcionamiento en forma de incremento sustancial del tiempo de duración de los procedimientos».

No obstante, también ha de evaluarse el supuesto de que no llegue a buen término este mecanismo extrajudicial y, finalmente, la cuestión deba dirimirse ante la jurisdicción. Del mismo modo, se prevé que los procesos actualmente en curso podrían reconducirse a través de la vía creada en el artículo 3 del Real Decreto-Ley 1/2017. Es decir, circunstancias todas ellas que se circunscriben al ámbito judicial, propiamente dicho.

En cualquier caso, nos situamos ante una situación muy generalizada a la que se pretende ofrecer una vías de reparación que generarán peticiones masivas que se estiman por miles y que ponen en ciernes un potencial volumen de asuntos, incrementando los asuntos judiciales en estos órganos que, por razón de competencia, podrían verse afectados por las vicisitudes de las medidas previstas en el Real Decreto-Ley y su supervisión jurisdiccional.

No resulta necesario recordar la sobrecarga de trabajo que pesa en estos órganos judiciales y el impacto que esta potencial litigiosidad pudiera provocar en su funcionamiento ya de por sí absolutamente saturado de asuntos.

Ante todo ello, resulta muy oportuno conocer las medidas organizativas en el ámbito de las competencias de ordenación y gestión de medios materiales y personales de la Administración de Justicia que tiene atribuida la Junta de Andalucía atendiendo a lo dispuesto en el artículo 29 del Estatuto de Autonomía de Andalucía sobre la garantía de calidad de los servicios de la Administración de Justicia.

Es por ello que se viene a proponer, conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 10 de nuestra Ley reguladora, iniciar actuación de oficio y, en el marco de las competencias atribuidas al correspondiente Departamento de esa Consejería de Justicia e Interior, procede solicitar informe sobre la realidad del problema expuesto y sus posibles soluciones, al objeto de poder también dar cuenta a la ciudadanía y a los operadores jurídicos".

2.- Las circunstancias descritas en la citada queja de oficio 17/962 quedaron afectadas a partir del acuerdo adoptado por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) en sesión plenaria de 25 de Mayo, asignando a juzgados de manera exclusiva y no excluyente el conocimiento de este tipo de causas. Tal acuerdo, adoptado con la participación de la Comisión de Coordinación CGPJ-Justicia-Comunidades Autónomas, concretaba los órganos afectados en las ocho provincias andaluzas y que quedaban declarados como competentes para asumir la carga de asuntos que se producirían tras la demandas judiciales relativas al caso.

La fecha de aplicación de tal acuerdo era el 1 de Junio y en tal fecha se produjeron importante incidentes en los órganos afectados. Por ello, al día siguiente el Defensor del Pueblo Andaluz acordó incoar nueva queja de oficio (17/3071) en relación con los problemas específicos de aplicación de las medidas acordadas en el ámbito de las responsabilidades de la Junta de Andalucía, a través de la Consejería de Justicia e Interior.

Por tanto consideramos necesario solicitar la colaboración de nuevo de su Viceconsejería en los términos:

"El Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) acordó en su sesión plenaria de 25 de Mayo la especialización de un total de 54 juzgados de Primera Instancia –uno por provincia en la península y uno en cada una de las principales islas de los archipiélagos canario y balear-, que a partir del próximo 1 de junio conocerán, de manera exclusiva y no excluyente, de los litigios relacionados con las condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias cuyo prestatario sea una persona física, sin perjuicio de poder atribuir en el futuro esta competencia a otros órganos del mismo u otro partido judicial diferente de la provincia, siempre que hubiere razones que lo justificasen, en atención a la carga de trabajo y mejor servicio a la justicia.

En Andalucía los órganos a los que se atribuyen estas competencias especiales son:

- Juzgado de Primera Instancia 7 de Almería
- Juzgado de Primera Instancia 2 de Cádiz
- Juzgado de Primera Instancia 9 de Córdoba
- Juzgado de Primera Instancia 9 de Granada
- Juzgado de Primera Instancia 6 de Huelva
- Juzgado de Primera Instancia 2 de Jaén
- Juzgado de Primera Instancia 18 de Málaga
- Juzgado de Primera Instancia 10 de Sevilla

Pues bien, en el día de ayer, primero en que se aplicaban las supuestas medidas, se produjeron diversas incidencias en relación con la efectiva puesta marcha de tales acuerdos. Las reacciones de los operadores jurídicos han sido unánimes en relación con "el desconcierto provocado por no estar listos y las críticas generalizada por la falta de medios"

En Sevilla, las asociaciones de jueces mayoritarias, abogados, procuradores y la representación sindical de los empleados de la Administración de Justicia, junto al Juez decano, ratifican estas críticas y evidenciaban una aparente falta de previsión y de organización. Esta reacciones se refieren al caso de Sevilla y también Málaga, pero pueden extenderse a las restantes sedes afectadas por estas medidas organizativas.

Somos conscientes de que el origen de tales criterios nace en el propio CGPJ, autor de un "plan de urgencia en el que empezó a trabajar el pasado mes de febrero para hacer frente al previsible aumento de litigios sobre cláusulas abusivas en escrituras hipotecarias como consecuencia de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 21 de diciembre de 2016 en relación con las cláusulas suelo".

Del mismo modo, hemos tenido conocimiento de reuniones de trabajo con el Ministerio de Justicia y las Comunidades Autónomas con competencias en la materia. En concreto el pasado 31 de Mayo tuvo lugar una reunión de la comisión de coordinación CGPJ-Justicia-CCAA en la sede del órgano de los jueces para tratar el plan de urgencia aprobado el pasado jueves por la Comisión Permanente y que se pondrá en marcha en materia de litigios relacionados con las condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarios cuyo prestatario sea una persona física.

En la reunión participaron el presidente del Tribunal Supremo y del CGPJ, Carlos Lesmes; los vocales de la Comisión Permanente Álvaro Cuesta, Nuria Díaz, Gerardo Martínez Tristán, Rafael Mozo y Pilar Sepúlveda; el ministro de Justicia, Rafael Catalá; la secretaria de Estado de Justicia, Carmen Sánchez-Cortés; y representantes de las Consejerías de Justicia de Andalucía, Aragón, Asturias, Canarias, Cantabria, Cataluña, Comunidad Valenciana, Galicia, Madrid, Navarra, el País Vasco y La Rioja (según la nota de prensa publicada por el propio CGPJ).

Siendo conscientes de la complejidad de la toma de decisiones en el ámbito de la Administración de

Justicia —donde interfieren una multitud de aspectos competenciales referidos a la atribución de asuntos, medios personales de funcionarios, los titulares judiciales o LAJ, sedes, recursos técnicos, etc, que dependen de diferentes instancias— interesa conocer la aportación de la Administración andaluza a través de la Consejería de Justicia e Interior en la puesta en marcha de estas medidas organizativas".

3.- La Viceconsejería aportó su posición mediante informe, que aglutina las cuestiones planteadas en sendas quejas, del que transcribimos un extracto:

"El Consejo General del Poder Judicial remitió para informe de la Comunidad Autónoma de Andalucía una propuesta, de conformidad, con lo expuesto en el art. 98.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de especialización de órganos a nivel provincial en condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias, cuyo prestatario sea una persona física.

La conclusión final de la propuesta es la especialización, en cada una de las ocho provincias andaluzas, de un Juzgado de Primera Instancia de la capital para que asuman a nivel territorial provincial, de manera exclusiva y no excluyente, los litigios sobre cláusulas abusivas incluidas en contratos de financiación con garantías reales cuyo prestatario sea una persona física.

A esta propuesta, la Consejería de Justicia e Interior, a través de informe de 17 de mayo de 2017, de la Secretaría General para la Justicia, informó desfavorablemente, sin embargo la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, mediante Acuerdo de 25 de mayo de 2017, -sin atender el informe desfavorable de la Comunidad Autónoma-, estableció que determinados juzgados, de manera exclusiva y no excluyente, conozcan de la materia relativa a las condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias cuyo prestatario sea una persona física (BOE núm. 126, de 27 de mayo). En nuestra Comunidad Autónoma, se determinan los juzgados siguientes:

-Juzgado de Primera Instancia 7 de Almería.

-Juzgado de Primera Instancia 2 de Cádiz.

-Juzgado de Primera Instancia 9 de Córdoba.

-Juzgado de Primera Instancia 9 de Granada.

-Juzgado de Primera Instancia 6 de Huelva.

-Juzgado de Primera Instancia 2 de Jaén.

-Juzgado de Primera Instancia 18 de Málaga.

-Juzgado de Primera Instancia 10 de Sevilla.

Conforme se indica en su punto 8, el Acuerdo debe comunicarse a las Comunidad Autónomas a los efectos de que en la forma que consta en la propuesta (flexibilidad y gradualidad) se adopten las medidas necesarias de acuerdo con el anexo 2.

Conforme a lo establecido en el Acuerdo de 25 de mayo de 2017, con la flexibilidad y gradualidad permitida en el mismo, y tras la reunión celebrada el pasado 9 de junio en Granada con el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, los Jueces Decanos y los representantes de la Consejería de Justicia e Interior, se decidió que en los juzgados de Granada, Sevilla y Málaga, dado el volumen de entrada actual de asuntos relativos a cláusulas suelo, se asignaran 2 gestores y 2 tramitadores a cada uno de ellos, 1 gestor y 2 tramitadores en Jaén y, en el resto de juzgados se fija un mínimo de

1 gestor y 1 tramitador desde el mes de junio. Posteriormente, en septiembre, se evaluará el funcionamiento del plan con el Consejo General del Poder Judicial, para ser objeto de revisión, en su caso.

A continuación, cuando se empiecen a señalar vistas -previstas a partir del mes de octubre- se propuso la incorporación de 1 auxilio judicial para cada uno de los juzgados.

En todo caso, se revisaría en el mes de septiembre el funcionamiento de todos estos refuerzos y la carga de trabajo soportada, a efectos de incrementar las medidas propuestas.

El plan podrá incrementarse en un máximo de 1 gestor y 5 tramitadores más a partir del 1 de octubre, hasta completar los refuerzos previstos en el plan (44), adscribiéndose a los órganos que presenten una mayor necesidad de recursos humanos, cumpliéndose la previsión de dotación de recursos humanos establecida en el Acuerdo de 25 de mayo de 2017 de la Comisión Permanente del CGPJ."

Analizado el contenido de su información, hemos de ofrecerles a la luz de los datos las siguientes

CONSIDERACIONES

Primera.- Ciertamente, el problema que se aborda en las quejas refleja con notoriedad una severa deficiencia de nuestro sistema judicial que evidencia signos próximos al colapso. La saturación de los órganos judiciales —que caracteriza una situación permanente y de agravamiento en sus capacidades de dar la respuesta debida al derecho constitucional de brindar una tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas— vuelve a ponerse de manifiesto en esta ocasión. Y la relación de ejemplos que se pueden aportar desde esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz ratifican plenamente esta valoración.

Ahora, los problemas sistémicos de la organización judicial se concretan ante un nuevo reto, cual es la litigiosidad que amenaza los juzgados para atender reclamaciones de usuarios y clientes en relación con litigios derivados de las denominadas cláusulas suelo y otros productos financieros de riesgo junto a reclamaciones de contratos de financiación con garantías hipotecarias.

Ciertamente, la intención proclamada del CGPJ ha sido anticipar medidas que intentan paliar una actividad masiva de demandas sobre litigios de esta naturaleza que implica un esfuerzo previsor y de planificación. La labor de estudio y de preparación ante el riesgo cierto de llegar a una situación de colapso motivó el proyecto del Consejo General de elaborar a principios de 2017 un plan específico de respuesta.

Junto a las aportaciones de los equipos técnicos del CGPJ, se propició la intervención del Ministerio de Justicia así como de las Comunidades Autónomas con competencias en la materia, integrantes todos de la Comisión de Coordinación.

El resultado final fue el acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo (BOE 126, de 27 de Mayo de 2017) que atribuye esa competencia exclusiva y no excluyente de determinados Juzgados de Primera Instancia por provincias y que afectan, correlativamente, a ocho órganos distribuidos entre las provincias andaluzas. El acuerdo en su punto 8 ordena la comunicación a las Administraciones competentes para que adopten las medidas organizativas oportunas.

El día 1 de Junio se fija como fecha de entrada en vigor del acuerdo. Además se prevé un seguimiento mensual de las medidas de aplicación del acuerdo y un compromiso de estudio y evaluación de sus efectos.

Segunda.- El primer día de puesta en marcha de las disposiciones organizativas adoptadas por el Consejo se producen serios incidentes en varios de los órganos afectados en Andalucía. Las reacciones, de las que se hacen eco varios medios de comunicación, hacen mención al inexistencia de las medidas anunciadas y

supuestamente previstas, tales como falta de jueces de apoyo, ausencia de empleados de refuerzo, carencia de espacios o recursos materiales para atender al personal complementario que debe sumarse a los dispositivos de cada uno de los Juzgados de Primera Instancia designados.

Este particular aspecto, que motiva de manera específica la apertura de la queja de oficio 17/3071, no se comenta en la información facilitada desde la Viceconsejería, por lo que, a falta de mayores especificaciones, hemos de entender que tales incidentes, sin haber sido desmentidos, vienen a confirmar severos problemas con la puesta en marcha de las medidas planificadas.

Desde la Viceconsejería se alude a dos cuestiones destacadas. La primera es que especifica que las medidas estudiadas y discutidas no contaban con el informe favorable de ese departamento, Se explica que "*… la Consejería de Justicia e Interior, a través de informe de 17 de mayo de 2017, de la Secretaría General para la Justicia, informó desfavorablemente, sin embargo la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, mediante Acuerdo de 25 de mayo de 2017, -sin atender el informe desfavorable de la Comunidad Autónoma-, estableció las medidas*".

Este dato implica la manifestación de un criterio contrario o crítico con el acuerdo del CGPJ que se sometía a discusión. Sin embargo, no es menos cierto que tales posiciones, por fundadas que resulten y que no procede ahora rebatir, no pueden alcanzar el rango de título que exima a la Administración andaluza de cumplir los propios términos del acuerdo.

Al margen de la estricta tramitación del expediente, esta Institución ha tenido conocimiento de otros posicionamientos públicos de la Consejería al respecto, en los que se ofrece una valoración más expresa de la que se contiene en el informe recibido. Así, fuentes de la Consejería recogen que:

> *"La consejera de Justicia e Interior, Rosa Aguilar, ha rechazado hoy el plan aprobado por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) para la tramitación de los asuntos relativos a las cláusulas suelo en un único juzgado por provincia y ha reclamado que "cambie su decisión" para evitar la sobrecarga y para que "la ciudadanía pueda hacer efectivo su derecho en el ámbito judicial".*
>
> *Ante el Pleno del Parlamento de Andalucía, Rosa Aguilar ha pedido a los grupos políticos que "sumen fuerzas" para que el CGPJ tome otra decisión en septiembre, "que va a proceder a su evaluación", ya que sería "lo mejor que pudiera pasarle a la ciudadanía".*
>
> *En este sentido, Aguilar ha dicho que la Junta "está cumpliendo" con el plan del CGPJ con el establecimiento de un plan de 44 refuerzos, cuya "progresiva incorporación" ha sido acordada con el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y con los jueces decano, además de haber informado a los sindicatos en la mesa sectorial. La consejera ha informado de que 23 de esos refuerzos ya están incorporados y que el resto lo hará tal de manera gradual. Además, ha explicado que se ha dotado a los juzgados de medios informáticos y se han adaptado las aplicaciones necesarias para llevar a cabo el trabajo".*

Además, en recientes contactos la titular ha explicado su posición de procurar un cambio de criterio del CGPJ en el mes de Septiembre, fecha en la que se ha acordado realizar una valoración de seguimiento de las medidas recogidas en el acuerdo discutido que se analiza en el curso de la queja de oficio 17/962.

Tercera.- Por otro lado, centrándonos con los objetivos señalados en la queja 17/3071, incoada de oficio, nos hemos ceñido a los incidentes surgidos en el día de la puesta en marcha de las medidas anunciadas. Y en este aspecto, debemos confirmar las graves deficiencias que se pusieron de manifiesto en la fecha de aplicación de las mismas y que implicaban dar contenido al acuerdo de la Comisión Permanente del CGPJ. El relato de la ausencia de personal, refuerzos judiciales, espacios habilitados en los juzgados asignados o la incomparecencia de personal de apoyo en la fecha de su aplicación implican una desatención que, sin perjuicio de aludir a las dificultades anunciadas desde la Consejería, no deberían haberse producido.

Los argumentos que sometemos a la consideración de esa Consejería son varios: en primer lugar porque debía evitarse una ceremonia de confusión que hubiera merecido un anuncio previo que explicara, si era el caso, la inaplicación de algunas medidas. Quizás hubiera sido preferible esa información anticipada que excusara alguna actuación aplazada (aun cuando venían siendo discutidas y anunciadas desde hacía meses en el curso de los trabajos de discusión de dicho acuerdo por el CGPJ y con la participación de los organismos competentes, incluida la Consejería).

Y, en segundo lugar —podría ser el primero— porque hablamos de cumplir un acuerdo adoptado por el CGPJ. Nos parece muy mejorable el resultado de un sistema de discusión y participación que proclama determinadas medidas sin asegurar la disponibilidad de su cumplimiento o, cuando menos, que sea capaz de recoger igualmente las posiciones que pretenden poner de manifiesto también el cúmulo de dificultades que se cierne para hacer efectivas esas disposiciones formalmente alcanzadas. Y, por supuesto, la misma difusión merece el anuncio de estos nuevos órganos especializados que los impedimentos que amenazan con relegar la aplicación de tales medidas. Pero en todo caso, adoptado el acuerdo, sólo cabe aguardar su cumplida aplicación.

Y ante esta situación anómala que se produjo, no podemos por menos que reconocer la sorpresa y la decepción de los operadores jurídicos y judiciales que se disponían a trabajar con un nuevo modelo organizativo que nace sin una operatividad acorde con sus contenidos.

Es cierto que las informaciones más recientes insisten en la superación de estos incidentes y relatan la gestión paulatina de las medidas que en su día se previeron. Por lo que, con mayor convicción, hemos de lamentar la imagen de desatención que se prodigó en las fechas de inauguración de las medidas.

Cuarta.- Como valoración general, hemos de indicar que la situación abordada no deja de ser un ejemplo más de los graves problemas de carga de trabajo que pesan en muchos órganos judiciales en Andalucía que superan en unos porcentajes inadmisibles los indicadores establecidos por el sistema judicial.

Ante esa saturación resulta comprensible anticipar medidas que mitiguen la presión de miles de demandas que se ciernen sobre los juzgados por motivos de los litigios sobre las cláusulas suelo y gastos de financiación. Son incidencias que se pretenden solventar en un ejercicio de asignación de la competencia a concretos órganos a fin de que se especialicen en su tramitación y procuren una capacidad de gestión y resolución más concentrada y ágil. Tiempo habrá de evaluar sus efectos.

Pero, en todo caso, y sin contar aún con ese análisis de las medidas dispuestas por el CGPJ, hablamos de un acuerdo adoptado sobre criterios competenciales y de refuerzos de una plantilla judicial que *per se* reviste graves carencias; y, en todo caso, no dejan de ser actuaciones parciales para abordar las previsiones de un incremento de asuntos en una estructura judicial insuficiente y superada.

La actividad de este Comisionado del Parlamento ha analizado muchos y variados escenarios que reproducen, una y otra vez, idénticos problemas de la Administración de Justicia contando con la aportación la información de la Consejería responsable y del propio Tribunal Superior de Justicia (TSJA). Con esa trayectoria no han faltado oportunidades en las que el Defensor del Pueblo Andaluz ha expresado su opinión, otra de muchas, para disponer de las soluciones. Baste recordar que la última valoración, ciertamente contenida, del TSJA requería la creación de 52 plazas judiciales nuevas para juzgados unipersonales (pág. 192, Memoria del TSJA 2016). Pero es que ya en 2016 se anunciaron 13 plazas y ninguna fue aprobada por el Gobierno de la Nación.

Somos conscientes de la compleja distribución competencial que presenta nuestro sistema judicial en su conjunto. Pero, por cuanto respecta al proceso de creación de órganos judiciales, las fases previas de estudio de propuestas y tramitación de las necesidades estimadas, desde el rigor y la adecuada metodología, merecen ser transmitidas con un especial ahínco y reivindicadas en el marco de una lealtad institucional que no empece la decidida puesta de manifiesto de estas soluciones inaplazables para que resulten justamente atendidas.

En el marco de este diálogo inter-institucional, no podemos olvidar la escasa receptividad del Gobierno de la Nación para adoptar las medidas sobradamente fundadas y tantas veces propuestas para crear nuevos órganos judiciales. Pero, cuando menos, es imprescindible avanzar en todas las motivaciones que se detallan —y que nacen desde los testimonios y datos de instituciones, colectivos profesionales y ciudadanos afectados por esta situación— para disponer la petición formal para la creación de los Juzgados que Andalucía necesita.

De ahí que debamos insistir en la oportunidad de que las valoraciones expresadas en el informe de la Viceconsejería sean acogidas por el propio TSJA haciendo suyas, entre sus peticiones, el criterio favorable para impulsar la creación de nuevos Juzgados. Sencillamente, porque la organización y planta de los Juzgados andaluces amenaza con no poder garantizar el derecho constitucional a merecer una tutela judicial efectiva y a un proceso con las debidas garantías y sin dilaciones indebidas, en los términos recogidos en el artículo 24 de la Constitución.

En ese sentido, creemos oportuno desde nuestra posición institucional implicar igualmente al Defensor del Pueblo de las Cortes Generales para, a nivel estatal, promover una equivalente reflexión sobre las medidas acordadas desde el CGPJ y propiciar una evaluación de los impactos alcanzados por el acuerdo de 25 de Mayo de 2017, propiciando la disponibilidad efectiva de recursos y medios de las Administraciones autonómicas responsables de los servicios judiciales.

En suma. En este escenario, no debemos relegar la problemática singular de esta litigiosidad que amenaza con agravar el problema. Lo que sucede es que sus soluciones, unánimemente requeridas, van mucho más allá de ocasionales acuerdos sobre determinados juzgados. Lo dicho: más que juzgados especializados, se exigen juzgados nuevos.

A la vista de las anteriores Consideraciones, esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz ha acordado dirigir a la **Viceconsejería de Justicia e Interior** las siguientes

RESOLUCIÓN

RECOMENDACIÓN para garantizar la aplicación efectiva del Acuerdo de 25 de mayo de 2017 de la Comisión Permanente del CGPJ en el seno de los juzgados andaluces seleccionados y disponer el conjunto de medidas incluidas en dicho acuerdo conforme a las responsabilidades de la Consejería de Justicia.

SUGERENCIA a fin de impulsar las medidas que logren una dotación adecuada de nuevos órganos judiciales conforme a las necesidades que vienen siendo reclamadas por el Tribunal Superior de Justicia, los operadores jurídicos y esa misma Consejería de Justicia e Interior.

Según establece el artículo 29.1 de la Ley 9/1983, la autoridad a la que se dirige la Resolución viene obligada a responder por escrito en término no superior a un mes, comunicando la adopción de las medidas adecuadas en el sentido que se recoge en la Resolución dictada o, en su caso, las razones que le impidan adoptar tal decisión.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Queremos conocer las medidas para garantizar la conservación del Parque Nacional de Doñana

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 16/5654 dirigida a Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio

- 17 Octubre 2016

El Defensor del Pueblo Andaluz decide iniciar una actuación de oficio destinada a conocer y, en su caso, proponer medidas para garantizar la conservación del Parque Nacional de Doñana y ofrecer una información transparente a la ciudadanía sobre su situación actual.

Con frecuencia vemos en los medios de comunicación noticias que hacen alusión a diferentes afecciones o riesgos, ya tengan su origen en causas naturales, ya en la acción del hombre, que pueden poner en peligro la conservación de este espacio único, que es el Parque Nacional de Doñana y el Parque Natural del Entorno de Doñana.

Esta Institución considera que es muy necesario que en Doñana se despejen las dudas sobre los riesgos que se ciernen sobre la conservación del Parque Nacional de Doñana y su entorno y se mantenga informada a la ciudadanía de manera objetiva y transparente sobre su situación actual.

Ello porque, como es conocido, se trata de un espacio natural que, no en vano, está declarado Patrimonio de la Humanidad por la UNESCO y algunos de sus espacios forman parte de la Red Natura 2000. Situado entre dos continentes, constituye un excepcional lugar de paso, cría e invernada de aves procedentes de Europa y Asia. Cuenta con una fauna muy rica, en la que están presentes, además de diversas especies de aves, peces, anfibios, reptiles y mamíferos; esto junto a una amplia flora, su territorio y clima conforman un ecosistema que hace que se le considere la mayor reserva ecológica de Europa.

Sin embargo, el reconocimiento mundial de su singularidad no ha evitado que en su entorno se realicen actuaciones o se proyecten infraestructuras que, año tras año, vienen siendo, no obstante la discrepancia que suscitan, motivo de alarma: la ruptura de la balsa de Aznalcóllar; el fallido proyecto del oleoducto y refinería de Balboa que, afortunadamente, ya pasó a la historia; el dragado del río Guadalquivir; la sobrexplotación del acuífero con centenares de pozos ilegales; los proyectos turísticos ejecutados y los que quedaron aparcados; el gaseoducto que, en algunos de sus tramos, ha sido informado favorablemente; la conexión por carretera Huelva y Cádiz, que suscita una gran polémica cada vez que se menciona por su incidencia en el Parque; etc. Se trata de noticias con las que, año tras año, se viene “topando” la ciudadanía y que jalonan la historia de este extraordinario espacio natural.

Noticias que generan una inquietud muy justificada, habida cuenta de que, con frecuencia, ha sido el movimiento ecologista, la sociedad civil, los medios de comunicación, quienes han “frenado” propuestas que habían recibido todas las bendiciones en los despachos públicos por su ejecución, pero que los poderes públicos tienen la función constitucional de tutelar los derechos de la ciudadanía y, singularmente,

el derecho a un medio ambiente adecuado que, en el caso que nos ocupa, se centra la en la protección de los valores inherentes al Parque.

La motivación esgrimida en todos estos proyectos, al menos la motivación pública, suele ser la necesidad de potenciar las actividades económicas relacionadas con el empleo, tan necesario en nuestra Comunidad Autónoma.

Sin embargo, sabemos que el desarrollo económico que no es compatible con el respeto a los valores ambientales no es sostenible. Hoy conocemos que, con frecuencia, las actuaciones que no han tenido presente la cuestión ambiental a medio y largo plazo lo que han traído consigo ha sido destrucción de espacios de extraordinario valor ecológico, modelos de desarrollo urbanístico que han provocado el rechazo con el paso de los años y la conversión de un territorio de alto valor ambiental y gran futuro para una economía sostenible en modelos territoriales que, en la actualidad, genera un rechazo universal por haber terminado siendo espacios de especulación, que han originado un desarrollo urbanístico caótico y sin futuro. Desgraciadamente, tenemos dónde elegir modelos de desarrollo urbanístico insostenible en nuestro litoral y en las más de mil parcelaciones ilegales, decenas de miles de viviendas ilícitas, infinidad de ocupaciones de espacios no urbanizables, etc., que se reparten por todo el territorio andaluz.

Por todos estos motivos, la oficina del Defensor del Pueblo Andaluz va a iniciar una actuación de oficio para conocer la entidad real de los riesgos a los que está sometido el territorio de Doñana y las medidas que se deben adoptar para mejorar la protección del Parque, por lo que nos hemos iniciado diversas actuaciones tanto ante órganos autonómicos como dependientes de la Administración General del Estado, con objeto de ofrecer una total transparencia sobre la situación del espacio natural, aportando información veraz y clara sobre la misma. Al mismo tiempo, pretendemos que, en un futuro, se deseche, definitivamente, cualquier proyecto e iniciativa que pueda poder en riesgo su adecuada conservación.

Advertimos de las novedades del proyecto de decreto de Nomenclátor de actividades

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 16/5658 dirigida a Consejería de Justicia e Interior

- 19 Diciembre 2016

El Defensor del Pueblo Andaluz traslada a la Consejería de Justicia e Interior sus consideraciones sobre el borrador del Decreto para regular las «modalidades y condiciones de celebración de espectáculos públicos y actividades recreativas, los tipos de establecimientos públicos, su régimen de apertura o instalación, los horarios que rigen su apertura y cierre, y se aprueban el Nomenclátor y el Catálogo de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de Andalucía», que vendría a derogar, entre otras normas, el vigente Decreto 78/2002, de 26 de febrero, por el que se aprueban el Nomenclátor y el Catálogo de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de Andalucía.

ANTECEDENTES

En esta Institución se ha recibido escrito de una ciudadana de Torre del Mar, núcleo perteneciente al municipio malagueño de Vélez-Málaga, formulando queja por los hechos que a continuación se exponen, que han dado lugar al expediente con el número y referencias arriba indicados, que rogamos cite al contestar.

El motivo de la queja es la inquietud que han suscitado en esta ciudadana y en su Comunidad de Propietarios, las noticias aparecidas en la prensa en las últimas semanas sobre la tramitación de un nuevo Decreto para regular las «modalidades y condiciones de celebración de espectáculos públicos y actividades recreativas, los tipos de establecimientos públicos, su régimen de apertura o instalación, los horarios que rigen su apertura y cierre, y se aprueban el Nomenclátor y el Catálogo de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de Andalucía» (en adelante lo citaremos como “propuesta de nuevo Decreto” o “borrador”). Dicha propuesta de nuevo Decreto vendría a derogar, entre otras normas, el vigente Decreto 78/2002, de 26 de febrero, por el que se aprueban el Nomenclátor y el Catálogo de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de Andalucía (en adelante D 78/2002).

La interesada nos cuenta en su escrito que el pasado año 2016 tuvieron que soportar en su Comunidad de Propietarios lo que el Ayuntamiento de Vélez-Málaga dio en denominar “Out Music”, consistente en autorizar la celebración de actuaciones musicales al aire libre, en algunos casos incluso con medios de amplificación sonora. Sobre ello, aclara que “*he de decir que me encanta la música, he asistido a muchos conciertos en acústico realizados en distintos bares y, en esas condiciones, no molesta. Pero lo que hasta este verano se ha venido haciendo en mi municipio, donde vivo todo el año y no solo durante los meses estivales, no es normal*”. Por ello, sigue diciendo en su escrito, *“leo con estupor que la Junta va a aprobar un Decreto donde, entre otras cosas, permite los conciertos en los restaurantes, además del hilo musical y*

las televisiones, ¡y no se exige que los aíslen acústicamente!. ¿Pero en qué están pensando nuestros representantes? ¿Es que solo representan a los hosteleros?. En condiciones normales no supondría ningún problema, pero todos sabemos qué pasa en la mayoría de los bares y restaurantes de esta Comunidad: que se saltan la Ley constantemente. Y si no, le hacemos una que les venga bien aunque vaya en contra del derecho al descanso del resto de los ciudadanos y nos saltamos la Constitución, si hace falta".

La petición que formula a esta Institución la interesada es la siguiente: "*buscamos amparo en su Institución para que el Decreto no se apruebe en las condiciones que parece que va a ser aprobado. Que exija, al menos, el adecuado aislamiento acústico a los restaurantes que opten por celebrar conciertos en su interior, de la misma forma que se les exige el adecuado sistema de evacuación de humos si tienen cocina. Que las discotecas donde se permitan terrazas al aire libre estén alejadas de áreas residenciales, que no se trate de manera discriminatoria a los habitantes de municipios turísticos ya que tenemos el mismo derecho al descanso y no a la invasión de nuestra vivienda que los que no viven en uno. En definitiva, pedimos respeto e igualdad para todos. Invirtamos en mejorar los estándares urbanísticos*".

Tras esta queja, hemos recibido otra en similares términos y planteada por otro ciudadano, advirtiendo de las consecuencias que para la ciudadanía puede conllevar una nueva regulación de las actividades como la que presenta el borrador del nuevo Decreto.

A la vista del contenido de estas quejas, de las noticias aparecidas en los medios de comunicación relativas a la propuesta del nuevo Decreto (en la actualidad creemos que es sólo un borrador, aunque recientemente la Federación de Asociaciones de Vecinos de Centros Históricos de Andalucía ha mostrado su preocupación por este cambio normativo), así como de la experiencia acumulada en esta Institución durante años con motivo de la contaminación acústica provocada por actividades de hostelería, que ha sido causa de la presentación de infinidad de quejas, teniendo en cuenta, además, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en torno a la vulneración de determinados derechos de la ciudadanía, como consecuencia de esta contaminación y previa consulta del texto de la propuesta de modificación del D 78/2002, contenido en sus arts. 7, 8 y Disposición Adicional Primera, (nos referimos concretamente al "*Borrador de 18 de julio de 2016 para el Grupo de Trabajo*") hemos procedido a admitir a trámite la queja presentada y, a tenor de esta nueva propuesta de regulación del Nomenclátor, hemos de hacer las siguientes

CONSIDERACIONES

1. Sobre la demanda de una reforma del Decreto 78/2002, de 26 de febrero, por el que se aprueban el Nomenclátor y el Catálogo de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de Andalucía.

En primer lugar, llama la atención que se diga, en la Exposición de Motivos de la propuesta de nuevo Decreto, que tanto el vigente D 78/2002, como la Orden de 25 de marzo de 2002, sobre horarios, "*requieren una revisión que permita su adaptación a las demandas municipales y del sector*", sin que se haga, al mismo tiempo, mención alguna a la protección de los derechos de la ciudadanía en relación con la contaminación acústica provocada por establecimientos de este sector. Una ciudadanía cada vez más concienciada y sensible a los efectos que la contaminación acústica provoca en menoscabo de los derechos al descanso, a la intimidad en el ámbito del hogar, a un domicilio libre de ruidos y, en definitiva, a tener una calidad de vida acorde con los estándares de sostenibilidad que los tiempos actuales demandan.

Y es que el borrador del nuevo Decreto regula aspectos muy amplios y diversos, relacionados con los espectáculos públicos y actividades recreativas, lo que supone un importante esfuerzo regulador en un ámbito tan complejo como éste.

Sin embargo, uno de los objetivos del nuevo Decreto, y que centra la atención y valoraciones que vamos a abordar en este escrito, no es otro **que autorizar que se emita música pregrabada y en vivo en**

locales y espacios, públicos y privados, en los que, hasta ahora, está prohibido taxativamente realizar tales emisiones por la contaminación acústica que genera y su incidencia en los derechos de la ciudadanía, así como por la dificultad, cuando no imposibilidad, de garantizar los niveles de calidad acústica.

Es decir, si con el régimen jurídico actual se producen un sinfín de vulneraciones de derechos de la ciudadanía por causa de la contaminación acústica provocada por locales de hostelería, aunque es cierto que la inmensa mayoría de los establecimientos es respetuosa con la normativa, si se modifica este régimen, flexibilizando ampliamente los supuestos en los que se pueden emitir música y los espacios en los que se pueden instalar terrazas y veladores, lo adecuado, a nuestro juicio, hubiera sido, paralelamente, reforzar las garantías de la ciudadanía con instrumentos verdaderamente eficaces para mantener el necesario e imprescindible equilibrio entre los intereses del sector de la hostelería y los derechos de la ciudadanía.

A ello obliga, creemos, el **principio de precaución** que debe estar siempre presente cuando se regulan actividades que puedan afectar a los derechos a la protección de la salud y el medio ambiente.

Por otro lado, **debemos poner de manifiesto que recientemente hemos evaluado las respuestas de más de 400 municipios** en torno a una resolución de esta Institución emitida de oficio (queja 14/2491) que dictamos recordando la necesidad de observar el vigente Nomenclátor aprobado por D 78/2002 en lo que concierne a las emisiones de música pregrabada y en vivo en locales de hostelería y **tan sólo ocho municipios (el 1,75 % de los que han contestado) nos han planteado la conveniencia de su modificación o de una interpretación más flexible** (adjuntamos un ejemplar del estudio realizado que, asimismo, puede consultarse en la siguiente dirección de nuestra página web: http://www.defensordelpuebloandaluz.es/contaminacion-acustica-provocada-...).

En realidad, es la ciudadanía la que, cada vez con más frecuencia, presenta reclamaciones, quejas, denuncias, etc. cuando sufre la contaminación acústica generada por la actividad de locales de hostelería que no están insonorizados o que emiten música en el exterior. Y tanto es así que la percepción que tenemos en esta Institución es que, sin duda alguna, se constata una mayor concienciación por parte de la ciudadanía sobre el problema que supone la contaminación acústica, cualquiera que sea su origen, y cada vez más se activan los mecanismos de denuncia y defensa, en muchos casos en vía judicial e incluso por la vía de la protección de los derechos fundamentales.

Esta evolución en la sensibilización de la ciudadanía ha tenido mucho que ver en que el legislador estatal haya reconocido expresamente en el art. 5.a) del reciente Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana (Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre), **el derecho a disfrutar de una vivienda digna**, adecuada y accesible, concebida con arreglo al principio de diseño para todas las personas, **que constituya su** «**domicilio libre de ruido u otras inmisiones contaminantes de cualquier tipo que superen los límites máximos admitidos** por la legislación aplicable y en un medio ambiente y un paisaje adecuados».

Este es el escenario legal que está obligado a respetar cualquier normativa que regule en nuestro país la celebración de espectáculos públicos y el desarrollo de actividades recreativas. Escenario que, como decimos, viene demandando la ciudadanía, tal y como se desprende de las cientos de quejas presentadas en esta Institución, el movimiento asociativo vecinal y, desde luego, **las Defensorías del Pueblo, tal y como ha quedado acordado en el decálogo aprobado en su reunión de 23 de septiembre de 2016** en Pamplona (se puede encontrar en la siguiente dirección de nuestra página web: http://www.defensordelpuebloandaluz.es/actualidad/los-defensores-del-pueblo-reclaman-medidas-para-que-se-proteja-el-derecho-al-descanso-de) donde se han recogido las medidas a adoptar para garantizar la calidad ambiental y los derechos de la ciudadanía en su domicilio frente a la contaminación acústica.

Por lo demás, es conocido que el turismo, como cualquier otro sector económico, cada vez demanda con más intensidad un modelo de desarrollo sostenible, consciente de que cualquier actividad económica que

no sea compatible con el principio de sostenibilidad, que debe estar presente en toda actividad humana y el respeto a los derechos del ciudadanía, no tiene futuro.

De hecho, los medios de comunicación se han hecho eco, con cierta frecuencia, de lugares de la costa española en los que la permanente contaminación acústica producida en locales de hostelería ha acabado dañando la imagen y la "marca" de estos destinos turísticos.

Precisamente en línea con lo que comentamos, el D 78/2002 quiso, en su momento, poner fin a la situación caótica preexistente y llevó a cabo una regulación y ordenación de actividades que se ha demostrado coherente con las mencionadas demandas que, hace 13 años, estaban ya plenamente vigentes. **El actual Nomenclátor mantiene su vigencia en Andalucía donde existen miles de locales que funcionan correctamente, miles de empresarios que desarrollan su activad sin problemas y millones de usuarios que disfrutan del ocio y de las actividades culturales sin que su regulación actual suponga una limitación de sus derechos**.

Esto, aunque hay una minoría de locales y establecimientos que sí plantean, de manera reiterada, problemas de contaminación acústica y que generan reclamaciones, quejas, denuncias, etc. Pero siendo esto cierto, también lo es que existen, en el actual marco normativo, los medios legales para proteger los derechos de la ciudadanía frente a esas irregularidades. Cuestión distinta es que, como toda norma, el D 78/2002 sea mejorable, incluyendo nuevas perspectivas, supuestos de hecho como los que se contemplan en la Proposición No de Ley del Parlamento de Andalucía, que vamos a comentar a continuación.

En conclusión, a nuestro juicio, la propuesta de nuevo Decreto, con objeto de facilitar la emisión de música pregrabada o en vivo, en casi todo tipo de establecimientos de hostelería y en espacios de titularidad privada o pública en el exterior, en los términos en que está redactada, puede dar lugar a que se produzcan con frecuencia emisiones que generen una contaminación acústica difícil de controlar en la práctica.

En consecuencia, se puede generar un nuevo escenario de riesgo para la garantía y protección efectiva de los **derechos que pueden resultar afectados con motivo de la contaminación acústica provocada por las actividades de hostelería. Tales derechos, como tiene reconocida una consolidada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional son, en esencia, los derechos a la protección de la salud (art. 43 de la Constitución), que incluye el derecho al descanso, el derecho a un medio ambiente adecuado (art. 45) y el derecho a la intimidad personal y familiar en el hogar y a la inviolabilidad del domicilio (art. 18)**.

2. Sobre la Proposición no de Ley del Parlamento de Andalucía en defensa de la cultura y la música en Andalucía.

En la Exposición de Motivos de la propuesta de nuevo Decreto, se menciona como una de las causas que motiva la nueva regulación que se plantea, junto con la necesidad "*de la adaptación a las demandas municipales y del sector*", la Proposición No de Ley en Defensa de la Cultura y la Música en Andalucía, 10-15/PNLP/000054 del Parlamento de Andalucía. El texto literal de la mencionada Proposición dice lo siguiente:

"*El Parlamento de Andalucía insta al Consejo de Gobierno a:*

1. Impulsar, en colaboración y permanente diálogo con los sectores afectados, la incorporación de un nuevo tipo de actividad recreativa «Concierto de pequeño formato o acústico» al nomenclátor que regula la legislación vigente en la materia, determinando las características en cuanto a seguridad, ruido, aforo y horarios que lo definan.

2. Incorporar en la mencionada normativa un nuevo espacio denominado «establecimientos especiales»

para que, en ellos, puedan desarrollarse espectáculos públicos y actividades recreativas y de ocio con carácter excepcional.

3. Modificar el Decreto 10/2003, de 28 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General de la Admisión de Personas en los Establecimientos de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, para mejorar el acceso de los menores de 16 años a actividades culturales.

4. Dar traslado del presente acuerdo a la FAMP."

Esta Institución valora positivamente el contenido de esta Proposición No de Ley en la medida en que entendemos que su finalidad es fomentar e impulsar las actividades relacionadas con la "música en vivo", como medida de apoyo a la cultura, de manera singular a la música, sin perjuicio de que el desarrollo de tales actividades se lleve a cabo con pleno respeto a los derechos de la ciudadanía.

Y es que, lo que a nuestro juicio el Parlamento interesa es que se incluya dentro del Nomenclátor, como un **nuevo "tipo"** a regular, la actividad de "***concierto de pequeño formato o acústico***", con lo cual interpretamos que se trata de abordar la regulación del ejercicio de esta actividad en locales de hostelería, diferenciando la "música pregrabada" de los conciertos en vivo, que **es, realmente, el tipo de música que se quiere impulsar y fomentar**.

Ahora bien, inmediatamente que se interesa por la inclusión de esta tipología de actividad, **se especifica, de manera muy clara, que tal previsión en el nuevo Nomenclátor deberá determinar los requisitos que deben reunir estos establecimientos "en cuanto a seguridad, ruido, aforo y horario"**.

Dicho de otro modo, la Proposición parlamentaria guarda un equilibrio entre el fomento de las actividades relacionadas con la cultura, como es la música, y de las que tan necesitadas está este País y esta Comunidad Autónoma, y la necesidad de proteger los derechos de la ciudadanía que pueden resultar afectados por el ejercicio de tales actividades.

En consecuencia, esta Institución entiende que si se exige, con claridad, que los locales de hostelería reúnan las condiciones técnicas idóneas para que se pueda ejercer este tipo de actividad, garantizando la debida seguridad de los consumidores y usuarios y al mismo tiempo impidiendo que, por motivos de contaminación acústica y horarios, puedan resultar afectados derechos de terceros, el desarrollo de estas actividades, consistentes en "conciertos de pequeño formato o acústicos", **puede ser muy positivo para ampliar la oferta cultural en nuestra Comunidad Autónoma e, incluso, deberían ser incentivadas por los poderes públicos**.

Lo mismo tenemos que decir con respecto de la posibilidad de que con "carácter excepcional" puedan **desarrollarse en "establecimientos especiales" espectáculos públicos y actividades recreativas, siempre y cuando** el concepto jurídico indeterminado **de "carácter excepcional" se interprete con un criterio de proporcionalidad y congruencia**.

Finalmente también consideramos que la modificación del Decreto 10/2003 de 28 de enero, con la finalidad "de mejorar el acceso a los menores de 16 años a las actividades culturales" es provechosa en tanto que amplía sus posibilidades de ocio y formación, lo cual no obsta para que se hayan de tener en cuenta, fundamentalmente, las siguientes prevenciones:

- Los musicales y conciertos es usual que estén asociados a servicios de bar y restauración. En tales supuestos se han de extremar las prohibiciones y limitaciones establecidas en la legislación a la venta y consumo de tabaco y alcohol, así como de otras sustancias potencialmente adictivas o perjudiciales.

- En cuanto al contenido cultural prima la libertad de creación artística y, en lo que atañe a menores, al no existir censura previa, debe preverse algún sistema que advierta de la conveniencia de que asistan, según tramos de edad, a determinados actos culturales, todo ello con la finalidad de que padres, madres o

personas que tengan encomendada su tutela puedan ejercer los derechos y deberes que les incumben en cuanto a su formación en valores.

A estos efectos, con carácter previo a la aprobación de la nueva norma sería muy conveniente que se diera audiencia a la asociaciones y entidades interesadas en la protección de los derechos de los menores.

En todo caso, esta Institución tiene muy claro y comparte la necesidad de fomentar, apoyar y proteger una actividad como es la música, tan presente en nuestras vidas, desde la doble perspectiva de la cultura y el ocio. Desde aquí queremos expresar todo nuestro apoyo a los movimientos asociativos que impulsan esta actividad cultural.

Justamente por ello creemos que los poderes públicos, en los distintos ámbitos territoriales, no prestan la atención que merece a estas actividades y es hora de que asuman el compromiso de incorporar éstas a sus agendas públicas, ayudando al mantenimiento de escuelas y entidades relacionadas con la música y apoyando la celebración de actividades relacionadas con la música en vivo, la celebración de espectáculos, conciertos, etc., para facilitar una mayor difusión de este sector de la actividad cultural y, desde luego, regulando con las debidas garantías su ejercicio profesional.

3 .Régimen jurídico contenido en el vigente D 78/2002, respecto de la emisión de música en locales de hostelería y de esparcimiento.

El D 78/2002 establece, con toda claridad, como ya hemos adelantado, una prohibición general de emitir música en el exterior, permitiendo sólo su emisión en el interior de los establecimientos que ostenten alguna de las categorías que les permiten tal actividad, lo que implica que deben estar suficientemente insonorizados y aislados acústicamente. Así se desprende del Anexo II, apartado III.2.8.f, pubs y bares con música. Estos son los establecimientos de hostelería a los que se les permite ejercer actividades de esta naturaleza, sin que, en ningún caso, puedan contar con terrazas y veladores. El nivel máximo de emisión en estos supuestos es 90 dBA y sus cerramientos deben de reunir unas condiciones técnicas singulares de aislamiento a tenor de lo establecido en el Decreto 6/2012, de 17 de Enero, por el que se aprueba el Reglamento de Protección contra la Contaminación Acústica en Andalucía, y se modifica el Decreto 357/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento para la Protección de la Calidad del Cielo Nocturno frente a la contaminación lumínica y el establecimiento de medidas de ahorro y eficiencia energética (en adelante D 6/2012).

Asimismo, también pueden emitir música otras categorías de establecimientos que no son calificados como de hostelería sino de esparcimiento y que están recogidos en el epígrafe III.2.9 del Catálogo. Son éstas: salas de fiesta, discotecas, discotecas de juventud y salones de celebraciones.

Todos estos establecimientos pueden emitir música en su interior, sin que, individualmente considerados, puedan contar tampoco con terrazas o veladores y a salvo de las cautelas y excepciones para establecimientos públicos que dispongan de espacios de usos diferenciados.

Se hace la excepción de los salones de celebraciones, que pueden contar con “zonas contiguas al aire libre exclusivamente destinadas a consumición de comidas y bebidas”, pero que no pueden emitir música de acuerdo con el apartado 3, del art. 10, de la Ley 13/1999, de 15 de Diciembre, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de Andalucía (LEPARA), que indica que «En ningún caso se podrá celebrar un espectáculo o realizar una actividad recreativa sin que el establecimiento público que los alberga se haya sometido a los medios de intervención administrativa que correspondan, en los que quede acreditado que el establecimiento cumple todas las condiciones técnicas exigibles de acuerdo con la normativa vigente que resulte de aplicación. Dichas condiciones deberán ser mantenidas con carácter permanente por el titular de la actividad o, en su caso, por el organizador del espectáculo».

La legislación solo contempla excepciones a esta norma con motivo de **la celebración de espectáculos públicos y actividades recreativas de carácter ocasional y extraordinario**, que en

Andalucía vienen regulados específicamente en el Decreto 195/2007, de 26 de junio. Ello, al margen de la posibilidad prevista en el artículo 9.1 de la Ley del Ruido cuando prevé que «Con motivo de **la organización de actos de especial proyección** oficial, cultural, religiosa o de naturaleza análoga, las Administraciones públicas competentes podrán adoptar, en determinadas áreas acústicas, previa valoración de la incidencia acústica, las medidas necesarias que dejen en suspenso temporalmente el cumplimiento de los objetivos de calidad acústica que sean de aplicación a aquéllas».

El vigente Nomenclátor aprobado por el D 78/2002 **mantiene un lógico y razonable equilibrio entre el derecho a la creación y libertad de establecimiento de empresas, el derecho al ocio y la cultura y la protección de los derechos de la ciudadanía, como corresponde a un estado social, democrático y de derecho** (art. 1.1 de la Constitución).

Por otra parte, **la actual normativa**, y ello es importantísimo, facilita la defensa de estos derechos en vía administrativa y judicial al contemplar una **regulación que ofrece bastante seguridad jurídica** a la hora de establecer los términos de la garantía y protección de estos derechos.

Así, si el local de hostelería o el establecimiento emite música en el interior o en el exterior, a un nivel que pueda generar una contaminación acústica que viole cualquiera de estos derechos, **basta con que se compruebe si cuenta con licencia para ser un local autorizado para el ejercicio de esa actividad** para que se pueda ordenar el cese de la actividad.

Dicho de otra manera, en estos supuestos no son necesarias mediciones, basta con verificar que por el tipo de local no puede emitir música para que se pueda ordenar el cese de su emisión y, en su caso, dictar otras medidas cautelares.

Para el caso de locales autorizados por estar insonorizados y encajar dentro de las categorías del Nomenclátor (pubs, bares con música, discotecas, salas de fiesta), se habilita la obligación de, previa denuncia, realizar inspecciones y mediciones para determinar si son precisas medidas correctoras en aras a garantizar el cumplimiento de la normativa.

4. Propuesta de modificación del D 78/2002, contenida en los arts. 7 y 8.

La propuesta normativa del nuevo Decreto, en principio, supondría un cambio de entidad respecto del actual régimen jurídico de la emisión de música en establecimientos de hostelería, terrazas y veladores.

En la práctica, ante la ampliación de supuestos y lugares en los que se puede emitir música pregrabada o en vivo, y el nivel de decibelios que se autoriza, dada la escasez de medios materiales y técnicos de los Ayuntamientos y la dificultad de la medición del nivel de dBA en algunos espacios, pueden propiciar situaciones de indefensión fáctica para la ciudadanía.

En este **nuevo régimen jurídico no sólo la ciudadanía puede tener dificultades para proteger y hacer valer sus derechos, sino que, también, los propios Ayuntamientos** pueden verse desbordados, pues al ser las licencias actos reglados, tendrán que dar las autorizaciones sin disponer de medios para ese control ante las denuncias que, eventualmente, se presenten.

Decimos esto porque, como vamos a tener ocasión de ver, **la propuesta normativa** contenida en los arts. 7 y 8 de la propuesta de nuevo Decreto **permite música de ambiente en el exterior en diversos lugares y la emisión de música pregrabada y en vivo hasta 80 dBA en el interior de en todos los establecimientos de hostelería de Andalucía,** aunque estén calificados como “establecimientos sin música”, que cumplan las exigencias de la Disposición Adicional Primera.

4.1. Artículo 7, terrazas o veladores en vías públicas y en zonas de dominio o uso público y otros espacios al aire libre o descubiertos integrados en establecimientos de hostelería y esparcimiento, y artículo 8, música ambiental y establecimientos de esparcimiento al aire libre.

Se autoriza ampliamente a los establecimientos de hostelería a que puedan contar con terrazas o veladores, aunque en el interior del local se emita música pregrabada o en vivo. Esta posibilidad se limita, en principio, a establecimientos de hostelería ubicados "*en sectores del territorio con predominio de suelo de uso recreativo y de espectáculos, de uso característico o de otro uso terciario no previsto en el anterior* ".

Sin embargo, en la práctica tal previsión no es tan excepcional pues en el mismo apartado 2 del art. 7 que comentamos, y con una fórmula abierta y genérica, se puede leer: «**No obstante lo anterior**, en función de sus características de emisión acústica y con cuantas restricciones, límites y condiciones de instalación, funcionamiento y horario sean precisos para garantizar los derechos a la salud y el descanso de los ciudadanos, **los municipios podrán autorizar expresa y justificadamente por motivos de incremento de afluencia de visitantes, para incentivar el desarrollo económico de una zona o dotarla de infraestructuras de servicios si existiera demanda al respecto, la instalación de terrazas o veladores en establecimientos de hostelería situados en sectores del territorio con predominio de suelo de uso residencial, sanitario, docente, y cultural y en espacios naturales, que previamente hayan sido clasificadas por el municipio como tales áreas de sensibilidad acústica, siempre y cuando no estén declaradas zonas acústicas especiales**».

Dados los motivos que justifican estas excepciones -"afluencia de visitantes", "para incentivar el desarrollo económico", "dotar de infraestructuras de servicios si existiera demanda"- es probable que se autoricen terrazas o veladores, sin mayores problemas, en establecimientos de hostelería que se ubiquen en suelo con predominio de uso residencial, sanitario, docente, cultural, o, incluso, en espacios naturales. **Es decir, lo que aparentemente es una excepción, puede dejar de serlo merced a esa amplia inclusión de conceptos jurídicos indeterminados que permiten interpretaciones muy amplias y flexibles**.

Se autorizan, también, en el apartado 3, a diferencia de lo que ocurre ahora con el vigente D 78/2002, a que tales terrazas o veladores se instalen en espacios privados descubiertos o al aire libre, integrados en los establecimientos de hostelería con música y de esparcimiento, aunque se trate de pubs, discotecas, etc.

En el párrafo 4 se permite, además, a los "*establecimientos públicos de esparcimiento ubicados exclusivamente en sectores del territorio de suelo recreativo y de espectáculos, de uso característico turístico o de otro uso terciario (..) y de uso industrial*", es decir a discotecas, salas de fiesta, etc., cuando no dispongan de espacios descubiertos, o al aire libre, integrados en el propio establecimiento, a que puedan «contar con terrazas o veladores en la vía pública y en espacios de dominio o uso público con ese fin». Es decir, **desaparece la prohibición de que las discotecas y salas de fiestas, cuenten con terrazas o veladores en el exterior, ya sea integrados en el propio establecimiento o en la vía pública**.

Teniendo en cuenta las aglomeraciones que, con asiduidad, se producen en el entorno de este tipo de locales, el trasiego permanente entre el interior y el exterior de estos locales a altas horas de la noche, el ruido que puede conllevar las reuniones en terrazas en las que se consumen bebidas alcohólicas en horario nocturno, y la ya mencionada escasez de medios para medir el nivel de ruidos de la mayoría de los municipios, la situación, en muchos casos, se puede volver insostenible. Ello pese a que en el apartado III.2.9 del nuevo Catálogo respecto de establecimientos de esparcimiento se diga que «En cualquier caso, se deberá impedir con los medios técnicos y personales que sean precisos, que el mantenimiento de ventanas o puertas abiertas, inhabiliten las preceptivas condiciones de insonorización del establecimiento público».

Esto sin mencionar que con extraordinaria frecuencia los usos turísticos y terciarios tienen una localización contigua a los usos residenciales, por lo que, en la práctica, la diferente calificación en el PGOU no supone que la contaminación acústica vaya a quedar acotada a unos suelos con unos usos predeterminados en el Plan, pues la transmisión del sonido a través de ondas sonoras, lógicamente, no se circunscribe a un espacio concreto. Es más, en esto consiste, precisamente, el problema de la

contaminación acústica.

Además, otro de los graves problemas que puede crear esta regulación de las terrazas o veladores deriva de la previsión del art. 8, aptdo. 6, contenida en la propuesta de Decreto, que prevé expresamente la posibilidad de que los municipios autoricen «**la emisión de música ambiental o de fondo para amenización de los clientes con carácter y vigencia estacional**, en terrazas o veladores autorizados y espacios privados descubiertos integrados en establecimientos de hostelería situados en sectores del territorio con predominio de uso recreativo y de espectáculos, de uso característico turístico o de otro uso terciario no previsto en el anterior, y de uso industrial, que previamente hayan sido clasificadas como tales áreas de sensibilidad acústica por el municipio, no estén declarados zonas acústicas especiales y se encuentren alejados de zonas habitadas».

Es decir, con un **criterio que modifica las limitaciones que, por razón de contaminación acústica, establece el vigente D 78/2002, se autoriza "música ambiental" o de fondo para la "amenización de clientes" en terrazas y veladores "con carácter y vigencia estacional**", sin que contemple un parámetro o criterio objetivo para determinar y diferenciar lo que sería "música ambiental" de la emitida para otros fines que no impliquen la mera "amenización". La única referencia a la "música ambiental" se encuentra en la Exposición de Motivos de la propuesta del nuevo Decreto cuando dice en términos generales que la posibilidad de autorizar la emisión de música de fondo o ambiental y de actuaciones en directo «sin impacto en la seguridad y condiciones técnicas y acústicas en establecimientos de hostelería que cumplan ciertos requisitos».

Una vez más, se utilizan los conceptos jurídicos indeterminados de "música ambiental" o "música de fondo" y de "amenización", sin que se establezcan unos criterios objetivos o unos parámetros que aporten la necesaria seguridad jurídica para poder reaccionar ante posibles abusos o usos indebidos que pueda conllevar el ejercicio de esta actividad.

Por otro lado, teniendo en cuenta que, incluso con el actual D 78/2002, tales abusos se producen con cierta frecuencia en un sector minoritario de la hostelería, a la hora de medir los excesos de ruidos en la música "de fondo o ambiental para amenización de clientes" emitida en una terraza, ¿cómo se distingue e imputan las posibles responsabilidades a la hora de determinar qué emisor es el causante del ruido cuando en la calle confluyen usuarios y consumidores de las terrazas, las personas que en ese momento ocupen los espacios públicos, los vehículos de motor, la música ambiental, etc.?.

La imputación de las emisiones contaminantes de ruido en el exterior de los establecimientos a efectos de responsabilidades y vulneración de derechos, es un problema de primer orden cuando esta contaminación acústica se provoca en terrazas y veladores en la calle, que se agravaría extraordinariamente si se permite que se instalen equipos para la emisión de música ambiental en el espacio público. Este riesgo no desaparece por el hecho de que se utilice la expresión "alejados de zonas habitadas", pues el término "alejados" vuelve a ser un concepto jurídico indeterminado sobre el que la norma no ofrece criterios que permitan su concreción ante los supuestos de hecho que puedan surgir, como sería el caso de que, al menos, se hubieran fijado distancias en metros. Sería pues muy conveniente la fijación de criterios objetivos que permitan concretar, en la práctica, cuándo un establecimiento se puede considerar "alejado de zona habitable" a los mencionados efectos.

Por otro lado, aunque no lo concreta el legislador, la expresión "vigencia estacional" entendemos que se refiere a periodos de tiempo tales como la primavera-verano (6 meses) que, a veces, se extiende hasta principios del otoño, en los que la población, como consecuencia de la buena climatología, utiliza más estas instalaciones.

En consecuencia, todas las personas, todas las familias que residen en el entorno de suelos con estos usos, pueden sufrir los efectos de la emisión de música ambiental o de fondo en la calle y se verán obligadas a soportarla por un periodo que bien se puede extender hasta 6 o más meses.

En el mejor de los casos, como ya hemos indicado, si el Ayuntamiento dispone de servicios técnicos que puedan desplazarse en horario nocturno, estos se encuentran con la complejidad de determinar cómo "imputan" ese ruido excesivo al emisor de la música ambiental. En la práctica, conocemos bien la crónica insuficiencia de medios personales y materiales de los Ayuntamientos a estos efectos.

Sirva de botón de muestra el dato que estos días hemos conocido por la prensa: un Ayuntamiento de la provincia de Málaga se está planteando que el coste de la medición (que fijan en torno a 400 euros) lo asuma el denunciante si la música emitida en los establecimientos finalmente no supera los límites permitidos. Así "están las cosas" en nuestra Comunidad Autónoma, en unos momentos en los que se quiere aprobar el nuevo Nomenclátor en los términos que comentamos.

4.2. Música en discotecas, salas de fiesta, etc. al aire libre.

También supone un cambio respecto de la normativa del actual D 78/2002 que el art. 8, aptdo. 7 del borrador permita que las actividades de esparcimiento, tales como discotecas o salas de fiesta, puedan tener lugar al aire libre. En este sentido, el Anexo II del borrador de la propuesta de Decreto contempla en su apartado III.2.9 los establecimientos de esparcimiento, que los clasifica en:

a) Establecimientos de esparcimiento genéricos, discotecas y salas de fiesta, salas de concierto, tablaos flamencos y algunos otros de naturaleza análoga.

b) Establecimientos de esparcimiento para menores.

c) Salones de celebraciones[1] ".

Respecto de estos establecimientos, la propuesta de nuevo Decreto permite que puedan emitir música en vivo o pregrabada hasta los 111 dBA, siempre y cuando se instalen "preferentemente" en sectores del territorio con predominio de suelo de uso recreativo y de espectáculos, turístico o de otro uso terciario, e industrial. Los únicos límites son que no estén declarados zonas acústicas especiales; ello es lógico y supone la aplicación de normas de superior jerarquía y que "se encuentren alejadas de zonas habitadas". Sin embargo, tampoco en este supuesto se establecen, con **carácter taxativo, los usos del suelo en el que se pueden establecer tales "actividades de esparcimiento" sino que se utiliza la expresión "preferentemente", por lo que nada impide que se puedan instalar en suelos con otros usos predominantes**.

Además de ello, el número 1 del apartado III.2.9 del Anexo II antes citado, dice que «en cualquier caso, la reproducción sonora de música, la actividad de bailar o las actuaciones en directo características de la actividad de esparcimiento, deberán desarrollarse necesariamente en los espacios fijos, cerrados y cubiertos del establecimiento público».

Sin embargo, el número 2 siguiente de ese mismo apartado del Anexo, abre la posibilidad de que de forma excepcional, expresa y justificadamente, se pueda autorizar a los establecimientos de esparcimiento la reproducción sonora de música, la actividad de bailar o las actuaciones en directo «como actividad ocasional de carácter estacional, en los espacios privados descubiertos o al aire libre de los establecimientos de esparcimiento que, conforme al apartado anterior, puedan disponer de ellos, siempre que se encuentren alejados de zonas habitadas, con cuantos límites, restricciones y condiciones sean precisos para garantizar el cumplimiento de la normativa de contaminación acústica y medioambiental en general y garantizar la salud y el descanso de los ciudadanos, en los términos previstos en el artículo 8.7 y 8 del Decreto por el que se aprueba este Catálogo y sin perjuicio del régimen previsto para las autorizaciones de espectáculos públicos y actividades recreativas de carácter extraordinario». **Es decir, se contempla la posibilidad de autorizar música en directo o pregrabada en terrazas o veladores de discotecas, salas de fiesta, etc. que estén "alejados de zonas habitadas".**

Insistimos, también en este supuesto del artículo 8.7 citado, debiera evitarse, por razones de seguridad jurídica, utilizar el concepto jurídico indeterminado de "alejados de zonas habitadas", sin mayor

concreción que permita, con la aplicación de mediciones o parámetros técnicos, identificar lo que debemos de entender por “alejados de zonas habitadas” para evitar que la contaminación acústica que provoca la música emitida al aire libre a 111 dBA no termine por vulnerar los ya citados derechos de la ciudadanía.

El art. 8 del borrador dice que todas las actividades deberán respetar «objetivos de calidad acústica para ruidos aplicables al espacio interior habitable de edificaciones destinadas a vivienda, usos residenciales, hospitalarios, educativos o culturales y administrativos o de oficinas (en dBA) y los valores límite de inmisión de ruido en la fachada de la edificación más expuesta al foco emisor del ruido, previstos en la normativa de contaminación acústica».

Ahora bien, siendo tal previsión normativa oportuna, la realidad es que no añade ninguna garantía objetiva para este fin, sino que lo que viene a establecer es que el ejercicio de estas actividades, en todo caso, debe respetar la normativa vigente en materia de contaminación acústica. Por supuesto que ello debe ser así, pero la mejor forma de respetar los derechos que pueden resultar afectados por la contaminación acústica es garantizándolos con normas preventivas y objetivas que eviten riesgos innecesarios para su garantía efectiva.

En la práctica, articular un mecanismo de verificación, caso por caso, que exija responsabilidad en autorizaciones tan amplias y generales al aire libre parece que va a ser tarea difícil de asumir por los Ayuntamientos.

Y en línea con la dificultad de esa tarea, ni se debe obviar la dificultad, ya comentada, de la medición e imputación al agente emisor del ruido en el exterior, ni la verificada insuficiencia de medios personales y técnicos de los Ayuntamientos para controlar, aún con el sistema normativo actual, las emisiones acústicas de estos locales a los efectos de determinar la legalidad por incidencia en el derecho a un domicilio libre de ruidos. **Ello, por cuanto la inmensa mayoría de los municipios no posee sonómetros, carecen de medios personales y técnicos para hacer las mediciones y, con frecuencia, cuando sí poseen estos últimos, hecho prácticamente reservado a los grandes municipios, el personal técnico no trabaja en horario de noche, salvo excepciones, que es cuando más frecuentemente se producen situaciones denunciadas por la ciudadanía.**

4.3. Sobre la autorización de emisión de música en todos los locales, incluidos los “sin música”, en Andalucía.

Otro de los grandes problemas, junto a la posibilidad abierta de que establecimientos de esparcimiento dispongan de terrazas o veladores en el exterior e incluso de música y actuaciones musicales en los mismos, **es la previsión del artículo 8 de la propuesta de nuevo Decreto en cuanto a la instalación de equipos de reproducción o amplificación sonora o audiovisual, música ambiental o de fondo y actuaciones en directo, a propósito de la “hostelería sin música”**. El apartado 2 del artículo 8 establece lo siguiente

«De acuerdo con lo indicado en el Catálogo, como complemento al desarrollo de su actividad, los establecimientos de hostelería sin música fijos, cerrados y cubiertos, ubicados en edificios que incluyan recintos habitables (definidos conforme al “DB-HR Protección frente al ruido y sus modificaciones") podrán instalar en su interior, un televisor o emitir música ambiental o de fondo, así como ofrecer, en los términos indicados en este decreto y en el Catálogo, actuaciones en directo de pequeño formato en el interior del establecimiento sin el apoyo de medios de amplificación o reproducción sonora o audiovisual, siempre que no se genere en su interior niveles de presión sonora superiores a 80 dBA para la totalidad de los emisores acústicos.

Los establecimientos de hostelería con música fijos, cerrados y cubiertos ubicados en edificios que incluyan recintos habitables, podrán ofrecer, como actividad complementaria para la amenización de los clientes, en los términos indicados en este decreto y en el Catálogo, actuaciones en directo de pequeño

formato en el interior del establecimiento sin el apoyo de medios de amplificación o reproducción sonora o audiovisual, siempre que no se genere en su interior niveles de presión sonora superiores a 90 dBA para la totalidad de emisores acústicos».

a) En primer lugar, se da un tratamiento similar a ambas actividades, que, por lo demás, hasta ahora estaban prohibidas por el D 78/2002 en los "establecimientos de hostelería sin música".

Decimos esto porque tanto los televisores y la música ambiental, como las actuaciones en directo o en vivo se contemplan en el mismo precepto y apartado de este tipo de establecimientos. Asimismo, se autoriza que realicen sus emisiones hasta un nivel de 80 dBA, que es el nivel de presión sonara a partir del cual el art. 33 del D 6/2012, exige unos aislamientos mínimos a los cerramientos que limitan las actividades o instalaciones ruidosas.

A nuestro juicio, lo lógico, creemos, **hubiera sido, si se quiere fomentar la música en vivo (los conciertos de pequeño formato o acústicos), como se desprende de la Proposición No de Ley del Parlamento de Andalucía que hemos citado, que se hubiera contemplado la celebración de éstos manteniendo la prohibición de emisión de música pregrabada en estos locales**.

Pero es que, además, el límite de 80 dBA en locales que no tienen que contar con aislamientos previstos en el mencionado precepto del D 6/2012, en horario de 12 de la mañana hasta las 12 de la noche, parece excesivo. Estos días hemos tenido conocimiento, a través de los medios de comunicación, de que en Barcelona se tiene previsto modificar las Ordenanzas para que los locales de hostelería puedan emitir música, siempre y cuando, además de cumplir con los requisitos necesarios de seguridad, insonorización y aislamiento acústico, tales emisiones no superen los 30 dBA entre las 7 de la mañana y las 11 de la noche y se sitúen en inmuebles en los que no existan viviendas.

b) Nos preocupa, además, que **al extenderse**, siempre que cumplan las inspecciones previstas en la Disposición Adicional Primera (posteriormente nos detendremos en esta cuestión), **tal autorización a la "hostelería sin música", resulta que dentro de ésta se encuentran los siguientes tipos de locales**, a tenor de lo previsto en la clasificación establecida en el borrador del Nomenclátor, en el epígrafe III.2.6.a): "**Restaurantes, autoservicios, bares, cafeterías, bares-kiosco, mesones, fogones, pizzerías, hamburgueserías y similares**".

Autorizar, pues, la emisión de música en vivo o pregrabada a todos los locales de hostelería hasta 80 dBA cuando, insistimos, en la "hostelería con música", que incluye a pubs y bares con música, se autoriza la emisión de música hasta 90 dBA parece una medida desproporcionada.

Por el contrario, **sí nos parece muy positivo que se incluya también dentro de la categoría de "hostelería con música", las actuaciones en vivo y los conciertos con música en directo que «por su pequeño formato** no requieran escenario ni camerinos para los ejecutantes y su desarrollo no conlleve una modificación de las condiciones técnicas generales y del establecimiento, una alteración de la seguridad y condiciones de evacuación, un aumento del aforo máximo permitido o impliquen la instalación de estructuras eventuales» (Anexo II, Catálogo de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, III.2.8. Establecimientos de hostelería, b) Establecimientos de hostelería con música).

c) Especial inseguridad jurídica creemos que va a originar, para todos los agentes públicos y privados, el régimen jurídico establecido en la Disposición Adicional Primera respecto de la realidad existente.

Esta Disposición, sobre Modificación de las condiciones de desarrollo de la actividad de hostelería en establecimientos públicos, establece, en sus dos primeros párrafos, respecto de la música en vivo y conciertos de música de pequeño formato, lo siguiente:

> «Los establecimientos de hostelería fijos, cerrados y cubiertos, que ya estén legalmente abiertos al público a la entrada en vigor de este decreto, y que cumplan los requisitos técnicos de

insonorización previstos en la normativa de protección contra la contaminación acústica para ofrecer actuaciones en vivo y conciertos de música en directo de pequeño formato, sin apoyo de equipos de reproducción o amplificación sonora o audiovisual, deberán someter a los medios de intervención municipal que correspondan, dicha modificación de las condiciones de desarrollo de su actividad, en los términos previstos en este decreto y en las ordenanzas y disposiciones municipales que se dicten al respecto.

En el caso de que no se actúe conforme a lo establecido en el párrafo anterior, la celebración de dichas actuaciones estarán sujetas a autorización municipal de carácter extraordinario, en los términos previstos en su normativa reglamentaria».

La primera duda que nos genera es cuáles son los "requisitos técnicos de insonorización", teniendo en cuenta que el mencionado D 6/2012 fija, como hemos mencionado, el límite para fijar aislamientos mínimos, a efectos de esta norma, el que la presión sonora sera superior a 80 dBA.

Por otro lado, se prohíbe, salvo que se solicite una autorización municipal, puntual, es decir de carácter extraordinario, que en tales locales se pueda emitir esta música sin que el establecimiento se someta a la intervención municipal que corresponda para la modificación de la actividad (las mencionadas actuaciones en vivo y conciertos) sobre la que inicialmente tenía autorizada "*en los términos previstos en este decreto y en las ordenanzas y disposiciones municipales que se dicten al respecto*".

Pues bien, **teniendo en cuenta la parquedad de normas de este Decreto a la hora de regular estas actividades y que infinidad de municipios carecen de ordenanzas reguladoras de éstas, parece que quienes decidan incorporar las mismas a sus establecimientos pueden encontrar dificultades, que no serán menores que las que van a tener, asimismo, los Ayuntamientos para garantizar el cumplimiento de las normas a las que deben estar sometidas. En definitiva, se puede generar una gran inseguridad jurídica a la hora de determinar los requisitos a cumplir y la naturaleza de la intervención municipal.**

En lo que concierne a la instalación de televisores o emisores de música ambiental o de fondo, se contempla idéntica obligación. Teniendo en cuenta la existencia de miles de establecimientos con estas instalaciones, **vemos también muy complejo que se pueda verificar el cumplimiento de esta normativa por las mismas razones que en el supuesto anterior**.

Es verdad que la norma garantiza que "*En ningún caso se podrán desarrollar las citadas actividades sin que las mismas se hayan sometido previamente a los medios de intervención municipal que correspondan* ".

Creemos que hubiera sido más razonable crear un tipo especial, dentro del Nomenclátor, si se quería que todos los "establecimientos sin música" pudieran emitirla hasta un nivel de 80 dBA, estableciendo unos requisitos «ad hoc» como ocurre con los "pubs y bares con música", o al menos definiendo con claridad cuáles son los requisitos que deben cumplir estos locales.

Creemos, igualmente, que si no se modifica el borrador **se pierde la oportunidad de regular, de manera singular, la música en vivo y los conciertos de pequeño formato en estos locales, distinguiéndola de la pregrabada**, que tiene otros ámbitos en los que se emite sin problemas al reunir los establecimientos los requisitos necesarios para ello (pubs, bares con música, discotecas, salas de fiesta, etc.), reservando ese nuevo marco diferenciado al régimen jurídico de quienes se dedican a esta actividad que, como decíamos, debe ser, con las debidas garantías, fomentada como manifestación cultural. Este creemos que es el sentido de la Proposición No de Ley del Parlamento de Andalucía.

4.4. Innovaciones en el régimen jurídico de horarios.

4.4.1. Sobre el régimen general de horarios.

El apartado 8 del artículo 14 de la propuesta de nuevo Decreto plantea lo siguiente: «El horario de las actuaciones en directo de pequeño formato para amenización de los clientes en el interior de aquéllos establecimientos de hostelería que cumplan los requisitos previstos en esta norma y estén legalmente habilitados o autorizados para desarrollar esas actividades accesorias, será libremente determinado por los municipios, sin que puedan iniciarse antes de las 12:00 horas ni finalizar después de las 0:00 horas»

Creemos que hasta 12 horas de música en establecimientos de hostelería catalogados como "sin música" y con un volumen autorizable de 80 dBA parece difícilmente compatible con los objetivos de calidad acústica que la propuesta de nuevo Decreto pretende respetar. Basta pensar en la mencionada modificación que quiere abordar el Ayuntamiento de Barcelona. Esto, sin contar con algo que sabemos que con cierta frecuencia ocurre y es que los límites de la emisión de dBA no se respeten. Pensar que los servicios técnicos municipales se van a personar por la tarde o por la noche para inspeccionar y hacer mediciones o que todos los locales van a contar con limitadores con control directo de los Ayuntamientos, es no tener presente la realidad de los municipios andaluces. La infinidad de quejas tramitadas por contaminación acústica por esta Institución evidencia que tales controles, aún en casos graves y tratándose de locales no autorizados, habitualmente no se realizan. Esta realidad no se puede desconocer.

4.4.2. Sobre el régimen especial de horarios de hostelería en municipios turísticos y zonas de gran afluencia turística a efectos de horarios comerciales

Consideramos excesivamente permisiva la posibilidad que prevé el artículo 18 de la propuesta de nuevo Decreto para que los municipios declarados turísticos, o que hayan obtenido declaración de zona de gran afluencia turística a efectos de horarios comerciales, puedan «autorizar expresamente horarios especiales de cierre para establecimientos de hostelería, previa petición de las personas titulares de la actividad, que supongan una ampliación de los previstos en el artículo 12 d) y e), siempre que estén situados en sectores del territorio con predominio de suelo de uso recreativo y de espectáculos, de uso característico turístico o de otro uso terciario no previsto en el anterior, y de uso industrial, que previamente hayan sido clasificadas como tales áreas de sensibilidad acústica por el municipio y no hayan sido declaradas zonas acústicas especiales».

En primer lugar, porque no se fija una hora límite aún en el supuesto de horario especial, sino que se deja a la libre decisión del municipio. Es cierto, no obstante, que para autorizar este horario especial, dice el apartado 2 de este artículo, se debe seguir un procedimiento administrativo en el que se garantizará «el otorgamiento de un trámite de audiencia a los vecinos y vecinas colindantes que residan en un radio de hasta 100 metros del establecimiento para el que se solicita la apertura con horario especial y a las asociaciones vecinales y de consumidores y usuarios que representen sus intereses». Sin embargo, ese trámite de audiencia no garantiza, necesariamente, que se tengan en cuenta las reivindicaciones de la ciudadanía.

Por otro lado, se les permite también a estos establecimientos, cuando tengan terrazas o veladores, que los viernes, sábados y vísperas de festivo permanezcan abiertos media hora más del límite establecido para el cierre en el art. 16.

A nuestro juicio, **se debiera tener presente que en "los municipios declarados turísticos" residen infinidad de personas que trabajan y tienen los mismos derechos constitucionales que los que residen en otros municipios**.

Teniendo en cuenta esa realidad y el hecho de que cada vez más se está demandando en todos los países un modelo de desarrollo económico sostenible, es decir, respetuoso con el medio ambiente, creemos que establecer unos horarios diferentes por el mero hecho de que ese municipio haya sido calificado de turístico, cuanto menos parece que tal previsión puede ser cuestionable.

5.Conclusiones.

Como corolario de lo expuesto, **consideramos que el régimen** jurídico que establece la propuesta de nuevo Decreto, en lo que concierne a los establecimientos de hostelería, con y sin música, a las actividades de esparcimiento, terrazas o veladores y al régimen de horarios en los aspectos aquí comentados, **es menos garantista para la protección real y efectiva de la calidad de vida y de los derechos constitucionales de la ciudadanía establecidos en los arts. 43 (derecho a la protección de la salud), 45 (a un medio ambiente adecuado) y 18 (derecho a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio), respecto del previsto en el actual Nomenclátor**. Derechos todos ellos sobre los que se puede generar una situación de cierto riesgo de ser vulnerados por la contaminación acústica derivada de la emisión de música en estos locales y/o en sus terrazas, tal y como tiene reconocido una jurisprudencia muy consolidada del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.Por otro lado, la **utilización, a nuestro juicio excesiva, de conceptos jurídicos indeterminados** en la normativa contenida en la propuesta del nuevo Decreto, puede dificultar la utilización de los mecanismos de defensa de sus derechos para la ciudadanía que, en vez de contar con una normativa clara y precisa, como hasta ahora con el vigente D 78/2002, se verá obligada a demostrar, caso por caso y, a veces, con sus propios medios económicos, la vulneración de sus derechos mediante las oportunas mediciones que, en todo caso, pueden encontrar unas dificultades añadidas cuando tal medición se tiene que realizar sobre el "ruido exterior".**Los Ayuntamientos**, por su parte, se pueden ver desbordados para atender las denuncias por contaminación acústica provocada por los establecimientos y, al mismo tiempo, **tendrán que otorgar licencias, o dar el visto bueno en sus controles de actividad, si ésta cumple los requisitos al tratarse de actos reglados**, por lo que el número de establecimientos que tendrán que supervisar, con unos recursos escasos, será muy superior al actual.

El nuevo Nomenclátor, a nuestro juicio, debería garantizar **el necesario equilibrio entre los distintos intereses y derechos en juego, no bastando para ello con que se** mencione en distintos preceptos la necesidad de garantizar los objetivos de calidad acústica y respetar las distintas normas de aplicación en materia de contaminación acústica y ruidos.

Así las cosas, **la propuesta de nuevo Decreto debiera traer consigo un compromiso, una apuesta decidida por la protección de los derechos mencionados en este escrito y, de manera singular, para alcanzar el objetivo que se contempla en el art. 5.a del Real Decreto Legislativo 7/2015**, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, que establece el derecho de todos los ciudadanos a disfrutar de una vivienda digna, adecuada y accesible que «constituya su **domicilio libre de ruido u otras inmisiones contaminantes de cualquier tipo que superen los límites máximos admitidos** por la legislación aplicable».

A la vista de todo ello y de conformidad con lo establecido en el art. 29, aptdo. 1, de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, se formula la siguiente

[1]En el borrador que posee esta Institución no aparece el apartado c), pasando del b), Establecimientos de esparcimiento para jóvenes, al d) Salones de celebraciones.

RESOLUCIÓN

SUGERENCIA**:**

1. Que se revise, en el sentido propuesto en nuestras aportaciones, las previsiones contenidas en los arts. 7 y 8 de la propuesta de nuevo Decreto con objeto de que **se garantice con instrumentos verdaderamente eficaces el imprescindible equilibrio que debe existir entre los distintos intereses y derechos en juego** y, sobre todo, el disfrute, real y efectivo, de los derechos de la ciudadanía a la protección de salud (art. 43 CE), que incluye el derecho al descanso, a un medio ambiente adecuado (art. 45 CE) y a la intimidad personal y familiar (art 18 CE).

Con esta finalidad, consideramos muy necesario que se revise la autorización de emisión de música en el exterior de los locales de hostelería y esparcimiento en los términos previstos en la propuesta del nuevo Nomenclátor y/o, en su caso, se estudie incorporar garantías como las indicadas en este escrito, que permitan garantizar la imprescindible seguridad jurídica y eficacia del cumplimiento de las normas que regulan el ejercicio de estas actividades.

Para el caso de que, en contra de este criterio, se autorice la emisión de música en el exterior de locales de esparcimiento, se debería regular tal excepción no a través de conceptos jurídicos indeterminados, sino con criterios objetivos susceptibles de ser fácilmente verificables, tal y como se prevé en otras actividades que puedan generar afecciones en los derechos de la ciudadanía, en las que, por ejemplo, se fija una distancia mínima, medida en metros, entre el foco emisor de la contaminación y el suelo residencial o los núcleos de viviendas.

Se trataría, por tanto, de establecer requisitos objetivos para desarrollar estas actividades teniendo muy presente el **principio de precaución**, con objeto de evitar nuevos riesgos para la protección de la salud y a un medio ambiente adecuado.

2. Respecto de la autorización genérica de instalación de televisores, emisión de música ambiental y en vivo en todos los "establecimientos de hostelería sin música" de Andalucía, en los términos previstos en la Disposición Adicional Primera y, teniendo en cuenta que dentro de esta clasificación entrarían "Restaurantes, autoservicios, bares, cafeterías, bares-kiosco, mesones, fogones, pizzerías, hamburgueserías y similares", **creemos muy necesario que, con carácter previo a su aprobación, se emita informe por la Consejería de Salud y por la de Medio Ambiente a fin de valorar la posible incidencia que la emisión de música hasta un límite de 80 dBA y en horario de 12 de la mañana hasta las 12 de la noche, pudiera tener en los derechos constitucionales a la protección de la salud y el medio ambiente**, con la finalidad de que se valoren los requisitos técnicos que, en su caso, deban poseer los locales para garantizar una adecuada insonorización y aislamiento acústico que evite posibles afecciones a los residentes en viviendas situadas en inmuebles donde existan tales locales y su entorno.

3. Que de acuerdo con lo establecido en el art. 42, aptdo. 1, del D 6/2012, y dado que se autoriza la emisión de música que puede generar una presión sonora igual o superior a 70 dBA, **se exija, en todo caso, además de los requerimientos** técnicos y de insonorización a que se refiere la Disposición Adicional Primera del borrador del nuevo Nomenclátor, el **estudio acústico a que se refiere el art. 42 de este Decreto**.

4. Que **se considere** por motivos ambientales y de seguridad jurídica, tanto para los empresarios del sector de la hostelería, como para la ciudadanía y de los propios Ayuntamientos, **la conveniencia, tal y como entendemos, que se recoge en la Proposición No del Ley del Parlamento de Andalucía, de incorporar al borrador del nuevo Nomenclátor un nuevo tipo de actividad que contemplara los conciertos en pequeño formato o acústicos, estableciendo con claridad las normas técnicas que le serían de aplicación a los locales para garantizar tanto su insonorización y aislamiento acústico, como la necesaria seguridad, aforo y horarios**.

5. Que se estudien las iniciativas incluidas en la Proposición No de Ley del Parlamento de Andalucía mencionada en este escrito, relativas a que, con las debidas cautelas, se regulen, en los términos expresados en esta Proposición No de Ley "*los establecimientos especiales para desarrollar espectáculos públicos y actividades recreativas y de ocio de carácter excepcional*".

6. Que, asimismo y con las debidas cautelas, previos los trámites legales oportunos, se estudie la modificación del Decreto 10/2003, de 28 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General de la Admisión de Personas en los Establecimientos de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, a los efectos mencionados en la citada Proposición No de Ley del Parlamento de Andalucía.

7. Respecto del régimen jurídico de horarios de establecimientos de hostelería y esparcimiento, teniendo en cuenta la necesidad de garantizar el derecho (reconocido en el art. 14 de la Constitución) a la igualdad en el acceso y disfrute de todos los derechos reconocidos a la ciudadanía cualquiera que sea el lugar o territorio donde residen, creemos que **se debe establecer un régimen horario similar para todos los municipios de Andalucía pues la declaración de municipio como turístico no debe conllevar una merma en la garantía o disfrute de los derechos constitucionales**, como es el derecho a la protección de la salud que, como hemos indicado, incluye el derecho al descanso, el derecho a un medio ambiente adecuado y el derecho a disfrutar de la intimidad personal y familiar en el hogar.

Ello sin perjuicio de que dentro de los límites horarios que se establezcan, los Ayuntamientos puedan ponderar, discrecionalmente y en función de los días, localización y demás circunstancias, el horario concreto que debe ser aplicado.

8. Que **se efectúe una amplia difusión del plazo de información pública** en el que se puedan formular alegaciones a la propuesta del nuevo Decreto y que, dada la especial incidencia de la materia a regular en los derechos de la ciudadanía, se **invite a su participación a las asociaciones y entidades que defienden derechos e intereses que pudieran resultar afectados**.

Por último, queremos manifestar que el sentido y alcance de este escrito no es otro que, como Institución garante de la defensa de los derechos constitucionales y estatutarios de la ciudadanía, colaborar con los poderes públicos para que el régimen jurídico que regula la actividad de los establecimientos de hostelería establezca el necesario e imprescindible equilibrio que debe existir entre el acceso y disfrute de los derechos constitucionales al ocio (art. 43.3 CE) y la cultura (art. 46 CE) y la garantía efectiva del derecho a la protección de la salud (art. 43.1 CE), que incluye el derecho al descanso, el derecho a un medio ambiente adecuado (art. 45.1 CE) y el derecho a la intimidad personal y familiar en el hogar (art. 18 CE).

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Investigamos el vertido de orujo no autorizado al colector municipal, en Osuna (Sevilla)

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/0659 dirigida a Ayuntamiento de Osuna (Sevilla)

- 07 Abril 2017

RESUMEN DEL RESULTADO (CIERRE DE QUEJA DE OFICIO)

El Defensor del Pueblo Andaluz suspende sus actuaciones al continuar las diligencias de investigación abiertas por la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Sevilla.

El Defensor del Pueblo Andaluz inició esta actuación de oficio al conocer que en Osuna (Sevilla) se había producido un vertido, al parecer no autorizado, de orujo al colector municipal, así como su almacenamiento en suelo no acondicionado para ello.

02-03-2017 APERTURA DE LA QUEJA DE OFICIO

El Defensor del Pueblo Andaluz ha iniciado una actuación de oficio al conocer, a través de los medios de comunicación, que en la ciudad de Osuna (Sevilla), agentes de la Guardia Civil investigan a una empresa por emisiones atmosféricas y vertidos al colector municipal sin autorización. Además, habrían constatado los agentes la acumulación de nueve millones de kilos de orujo a la intemperie, sobre suelo no impermeabilizado, del que se desprenden fuertes olores y partículas.

Siempre según estas noticias, una plataforma vecinal viene denunciando estos hechos desde hace más de dos años, sin que la empresa haya tomado medida alguna. Al parecer, la Fiscalía de Medio Ambiente de la Audiencia Provincial de Sevilla ha recibido esas diligencias practicadas por los agentes de la Guardia Civil.

A la vista de tales hechos hemos iniciado una actuación de oficio para averiguar la situación real de los mismos y, para ello, nos hemos dirigido, en primer lugar, a la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Sevilla para conocer, en síntesis, el estado en el que se encuentran estos hechos y las diligencias seguidas para, en su caso y si finalmente no se han derivado actuaciones judiciales, llevar a cabo una investigación conforme a nuestras competencias legales de supervisión ante los órganos administrativos competentes en materia de medio ambiente con objeto de que esta conducta, si así procediera, quede debidamente sancionada.

07-04-2017 CIERRE DE LA QUEJA DE OFICIO

El Defensor del Pueblo Andaluz suspende sus actuaciones al continuar las diligencias de investigación abiertas por la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Sevilla.

El Defensor del Pueblo Andaluz inició esta actuación de oficio al conocer que en Osuna (Sevilla) se había producido un vertido, al parecer no autorizado, de orujo al colector municipal, así como su

almacenamiento en suelo no acondicionado para ello.

Tras dirigirnos a la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Sevilla de Medio Ambiente, Urbanismo y Patrimonio Histórico, ésta nos ha comunicado que aún continúan abiertas las diligencias de investigación incoadas, por lo que hemos procedido a suspender nuestras actuaciones en cumplimiento de lo establecido en el art. 17.2 de la Ley del Defensor del Pueblo Andaluz.

No obstante ello, hemos solicitado de la Fiscalía que nos mantengan informados cuando finalicen las mismas para, en su caso y si resultara procedente conforme a nuestra Ley reguladora, dirigirnos a los organismos administrativos afectados.

Pedimos al ayuntamiento que actúe ante los ruidos de un bar y ante la posible caducidad de su licencia de actividad

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 15/3288 dirigida a Ayuntamiento de Sevilla

- 18 Octubre 2016

El Defensor del Pueblo Andaluz ha recomendado al Ayuntamiento de Sevilla que estudie y resuelva sobre la posible caducidad de la licencia de actividad con la que viene funcionado un bar con música en base a los argumentos y pruebas esgrimidos por los vecinos afectados por el elevado nivel de ruido que produce dicho establecimiento y, en el caso de que la licencia no haya caducado, realice las comprobaciones oportunas ante las denuncias de estos vecinos; en caso contrario, es decir que la licencia esté caducada, se ha recomendado que investigue estos hechos y, en su caso, exija la responsabilidad de quienes tuvieron la obligación de estudiar y resolver la petición de caducidad formulada por los denunciantes, ante la injustificada actitud pasiva que los responsables municipales han mantenido en este expediente.

ANTECEDENTES

El motivo de la queja era la situación de pasividad por parte del Ayuntamiento de Sevilla, más concretamente la Dirección General de Medio Ambiente, ante la posible caducidad de la licencia de actividad del bar con música denominado "...", que antes había funcionado con otras denominaciones, sito en la calle ... de Sevilla. En este sentido, manifestaba el interesado que los vecinos de esta calle llevaban desde noviembre de 2014 pidiendo que se declarase la caducidad de la citada licencia de actividad del referido bar con música. Constaban varias denuncias (22 de febrero, 9 y 11 de abril de 2015) formuladas ante la policía local por los vecinos afectados, especialmente los residentes en una vivienda de un conjunto residencial.

Al parecer, este local habría estado cerrado por tiempo superior a 4 años, existiendo incluso un certificado de la policía local que así lo acreditaría, de tal forma que en aquel momento la licencia estaría caducada y, por lo tanto, el nuevo establecimiento estaría operando sin autorización. Además de estas denuncias particulares antes referidas, la comunidad de vecinos del edificio también había presentado otras tantas denuncias solicitando que se declarase la caducidad de la licencia y el cese de la actividad.

En este sentido, entre la documentación obrante en este expediente de queja y que igualmente remitimos en su momento al Ayuntamiento constaban, entre otros, un acta notarial de manifestaciones de un vecino, diversas denuncias y escritos formulados y un certificado de la policía local donde se hacía constar que "*el local cesó su actividad hace al menos unos cuatro años*".

Sin embargo, pese a todas estas denuncias, al tiempo de presentarse esta queja no se había producido ningún pronunciamiento del Ayuntamiento, por lo que seguían sufriendo los ruidos que generaba esta

actividad de bar con música, que no sólo había sido denunciada por estar funcionando posiblemente con la licencia caducada, sino también por permitir el consumo fuera del establecimiento, por no presentar documento de titularidad y por incumplir horarios máximos de cierre.

Por otra parte, de la citada documentación se desprendía que la situación denunciada era de tal gravedad –por la afectación a la calidad de vida de los denunciantes- que los principales afectados, residentes en la vivienda en régimen de alquiler, habían tenido que abandonarla porque la vida en su interior "*ha resultado intolerable, sin que la respuesta del Ayuntamiento o del propio empresario haya resultado eficaz. Más bien no ha habido ninguna respuesta. Estando la actividad en la actualidad fuera de control, autocontrol o vigilancia del Ayuntamiento*", como se manifestaba en el acta notarial antes referida.

En esta misma acta notarial se hacía constar también que "*la vida en dicha vivienda era correcta hasta noviembre de 2014 en que los ruidos provenientes del local de abajo, bar que cree denominarse "...", han hecho su vida imposible... Sufriendo ambos miembros del matrimonio ansiedad, angustia, insomnio, estrés, dolores de cabeza, que han perturbado sus trabajos, su convivencia personal y su vida laboral, personal y habitual. En concreto su hijo lloraba desconsoladamente de madrugada transmitiendo sufrimiento. Que entiende que sus derechos fundamentales concernientes a la salud, intimidad e inviolabilidad de domicilio y a su vida personal y familiar han sido gravemente perturbados*". El citado menor al que se hacía referencia sólo contaba entonces con un año de edad y, por lo tanto, el grado de afectación que podía sufrir era máximo.

Admitida a trámite la queja e interesado el preceptivo informe nos fue remitido oficio de Alcaldía en el mes de octubre de 2015, acompañado de comunicación de la Tenencia de Alcaldía Delegada de Hábitat Urbano, Cultura y Turismo y, a su vez, de informe de la Dirección General de Medio Ambiente, Parques y Jardines, de septiembre de 2015. En este informe se decía, al final, lo siguiente:

"*El Jefe de Sección de Disciplina Ambiental traslada a la Sección de Licencias en fecha 24 de septiembre de 2015, documentos que constan en su expediente disciplinario y que considera oportuno que consten en mi sección. Se trata de denuncias de los vecinos, partes de la policía local sobre ruidos provenientes del local en c/ .., peticiones de revocación de licencia por estar sin funcionamiento la actividad más de cuatro años y una declaración indeterminada de un policía local (...) en el mismo sentido.*

Ante estos documentos y la queja del Defensor del Pueblo, la Sección de Licencias ha establecido una actuación de trabajo consistente en:

- Primero: revisar todos los cambios de titularidad presentados hasta el momento. Esta línea de actuación se establece por el motivo fundamental de que se ha observado una posible confusión con un local anexo situado en la calle ...

- Segundo: una vez concluida la labor anterior, y siempre que de la misma resulte la validez de toda la actuación administrativa, se procederá a recabar la información necesaria para determinar la caducidad de la licencia de actividad de bar sin música y sin cocina de la calle .., siempre con la debida audiencia a las partes interesadas como trámite constitucionalmente garantizado y sin perder de vista que la carga de la prueba recae en la parte que la alega".

Este informe del Director General de Medio Ambiente era de 29 de septiembre de 2015; sin embargo, cinco meses después, parece que la situación seguía siendo la misma, es decir, que el local denunciado seguía abierto sin que se hubiera tomado decisión alguna al respecto sobre la posible caducidad de la licencia concedida en su momento pese a las evidencias que habría de ello. Esto era, en definitiva, lo que se desprendía de un nuevo escrito del promotor de la queja en el que nos decía que el local no sólo seguía abierto, sino que incluso tenía actuaciones musicales en directo con frecuencia. Además, añadía que ni los vecinos ni la comunidad de propietarios tenían alguna noticia del Ayuntamiento sobre este asunto y que únicamente habían podido comprobar que sólo se hacían inspecciones en horario de mañana, cuando el local estaba cerrado.

A la vista de ello, interesamos nuevamente la colaboración del Ayuntamiento, concretamente de la Dirección General de Medio Ambiente, para que nos informara qué se había decidido respecto de la denunciada caducidad de la licencia del local sito en c/ ... Del mismo modo, interesamos también informe sobre si tenía conocimiento de que se celebrasen actuaciones musicales en directo en el local y qué medidas se había tomado al respecto para evitarlas en caso de que no estuviesen autorizadas.

Este segundo informe lo hemos solicitado mediante escritos de 11 de febrero, 4 de abril y 12 de mayo de 2016, sin que hasta el momento hayamos tenido respuesta de ese Ayuntamiento.

CONSIDERACIONES

El artículo 19.1 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz (LDPA), establece que todos los poderes públicos y organismos de la Comunidad Autónoma de Andalucía están obligados a auxiliar, con carácter preferente y urgente, al Defensor del Pueblo Andaluz en sus investigaciones e inspecciones. En este sentido, el hecho de que ya se haya emitido un primer informe en este expediente de queja, no es óbice para que esta Institución considere necesario y requiera un segundo o ulterior informe sobre el mismo asunto. Hay que recordar que esta obligación de auxilio y colaboración «con carácter preferente y urgente» que se debe a esta Institución, lo es durante toda la fase de investigación y comprobación de una queja o en un expediente iniciado de oficio.

En consecuencia, el Ayuntamiento de Sevilla, al no enviarnos el segundo informe que hemos solicitado en esta queja, a pesar de haberlo requerido hasta en tres ocasiones por escrito, más una última de manera telefónica con posterior remisión de correo electrónico a la Alcaldía, ha incumplido el deber de auxilio y colaboración al que está obligado en función del artículo 19 de la LDPA.

En cualquier caso, la ausencia de ese segundo informe no ha impedido a esta Institución analizar, dentro de lo posible, el fondo del asunto y dictar la presente Resolución, en la consideración de que ésta es la mejor forma de cumplir el cometido que nos encomiendan los artículos 41 y 128 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, aprobado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo.

En cuanto al fondo del asunto, el problema planteado en este expediente de queja exige, ante todo, que por parte del Ayuntamiento de Sevilla se estudie, si aún no se ha hecho, y se dé respuesta expresa a la cuestión planteada reiteradamente por los afectados, tanto a título individual, como colectivo a través de la comunidad de propietarios, de si la licencia concedida en su momento al local objeto de esta queja, está vigente o por el contrario ha quedado extinguida por el transcurso del plazo previsto en la Ordenanza actividad, en virtud de lo establecido en el artículo 23.1.f) de la Ordenanza reguladora de obras y actividades del Ayuntamiento de Sevilla, según el cual procederá declarar la caducidad de las licencias «Cuando la actividad cese o cierre por período superior a un año, por cualquier causa, salvo que la misma sea imputable a la Administración». Recuérdese que consta un certificado de la policía local donde se hacía constar que "*el local cesó su actividad hace al menos unos cuatro años*".

En cualquier caso, habría que atenerse a lo establecido en el apartado 4 del artículo 23 de la Ordenanza citada, y a las consecuencias que de ello se desprendieran: «La caducidad se producirá por el mero transcurso de los plazos señalados, incrementados, en su caso, con las posibles prórrogas que pudieran haber sido concedidas. Surtirá efectos una vez dictada resolución expresa por parte del órgano competente, previa audiencia al interesado, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Las actuaciones que se realicen una vez declarada la caducidad de la licencia, se considerarán como no autorizadas, dando lugar a las responsabilidades correspondientes».

No obstante, si se llegara a la conclusión, motivada en todo caso, de que la licencia está vigente y que es válida pese al tiempo transcurrido sin actividad, el Ayuntamiento debe, en todo caso, atender a las denuncias que la comunidad de propietarios ha formulado por el ruido generado por la actividad del local objeto de esta queja. En este sentido, los diversos escritos que se han presentado por este asunto deben

ser considerados por el Ayuntamiento de Sevilla como denuncias por incumplimiento de los niveles de calidad acústica en los términos del artículo 55 del Decreto 6/2012, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Protección contra la Contaminación Acústica de Andalucía (en adelante, RPCAA), cuyo apartado 1 señala que «1. Las denuncias que se formulen por incumplimiento de las normas de calidad y prevención acústica darán lugar a la apertura de las diligencias correspondientes, con la realización de la inspección medioambiental, con el fin de comprobar la veracidad de los hechos denunciados y, si es necesario, a la incoación de procedimiento sancionador a la persona responsable, notificándose a las personas denunciantes la iniciación o no del mismo, así como la resolución que recaiga, en su caso».

Como es conocido, la inspección medioambiental consiste, fundamentalmente, en la realización de mediciones, partiendo de la premisa de que las Administraciones Públicas cuentan con los medios humanos y materiales necesarios para que se efectúen estas inspecciones ante las denuncias que en materia de contaminación acústica les sean presentadas (art. 46 RPCAA), existiendo la posibilidad de solicitar la actuación subsidiaria de la Consejería competente en materia de medio ambiente (art. 52 del RPCAA).

Pero, parece que tampoco el Ayuntamiento, al tiempo de pedir el segundo informe no remitido a esta Institución, ha atendido estas denuncias por ruidos o, al menos no hay constancia de que haya llevado a cabo medición acústica alguna para controlar el cumplimiento de las normas de calidad y prevención acústica conforme al RPCAA.

Estando ante la falta de respuesta a una cuestión trascendental en el problema de fondo, que no es otro que la posible caducidad de la licencia, y estando también ante un posible incumplimiento de la obligación de realizar inspecciones medioambientales y mediciones acústicas, hay que recordar diversos principios que, a fuerza de ser reiterativos, son frecuentemente olvidados por las Administraciones Públicas a tenor de las actuaciones que de forma repetida llevamos a cabo por asuntos de esta naturaleza. Baste mencionar como incumplida en el asunto de este expediente de queja, sin ir más lejos, la obligación de resolver del artículo 42 de la Ley 30/1992, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), que señala en su apartado 1 que la Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación, y en su apartado 7 recuerda que el personal al servicio de las Administraciones públicas que tenga a su cargo el despacho de los asuntos, así como los titulares de los órganos administrativos competentes para instruir y resolver son directamente responsables, en el ámbito de sus competencias, del cumplimiento de la obligación legal de dictar resolución expresa en plazo, añadiéndose que el incumplimiento de dicha obligación dará lugar a la exigencia de responsabilidad disciplinaria, sin perjuicio a la que hubiere lugar de acuerdo con la normativa vigente. Esto, por cuanto a la obligación de resolver la petición de la comunidad de propietarios sobre la caducidad de la licencia.

Pero, además de la obligación de resolver las peticiones de los ciudadanos, también se ha incumplido el principio de la buena administración regulado como derecho en el artículo 41 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales y también en el artículo 31 del Estatuto de Autonomía para Andalucía (EAA, Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo). Este último precepto garantiza el derecho a una buena administración, en los términos que establezca la ley, que comprende el derecho de todos ante las Administraciones Públicas, cuya actuación será proporcionada a sus fines, a participar plenamente en las decisiones que les afecten, obteniendo de ellas una información veraz, y a que sus asuntos se traten de manera objetiva e imparcial y sean resueltos en un plazo razonable, así como a acceder a los archivos y registros de las instituciones, corporaciones, órganos y organismos públicos de Andalucía, cualquiera que sea su soporte, con las excepciones que la ley establezca.

Principio (y derecho) de buena administración que no es sino el reflejo de otros ya recogidos en la propia Constitución Española (art. 103.1), en la LRJPAC (art. 3) o en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, LRBRL (arts. 2 y 6), como los principios de eficacia, eficiencia, proximidad, sometimiento a la ley y transparencia, pues no en vano con la falta de respuesta a la cuestión de la posible caducidad de la licencia de sala de fiestas se está dando una situación de aparente falta de transparencia,

pues como en alguna ocasión se ha dicho, la transparencia no es sino el derecho de los ciudadanos de conocer y entender la actividad administrativa, derecho del que se está privando a la Comunidad de Propietarios con el silencio que impera, pues ni siquiera se ha respondido a este respecto a las preguntas que esta Institución ha formulado.

En consecuencia con todo lo anterior, se hace preciso que el Ayuntamiento, sin más demoras injustificadas, estudie y responda motivadamente a la cuestión afectante a la posible caducidad de la licencia que nos ocupa, y que actúe en consecuencia; así como también se hace preciso, si se llegara a la conclusión de que la licencia no ha caducado, que lleve a cabo una medición acústica cuando el local esté en funcionamiento, a fin de comprobar el cumplimiento de los estándares acústicos y, en función de sus resultados, exigir medidas correctoras o de aislamiento y, en caso de incumplimiento, incoar procedimiento sancionador con las medidas provisionales y accesorias que resultaran procedentes.

A la vista de todo ello y de conformidad con lo establecido en el artículo 29, apartado 1, de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, se formula la siguiente

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO de la obligación de colaboración establecida en el artículo 19.1 de la LDPA, según el cual todos los poderes públicos y organismos de la Comunidad Autónoma de Andalucía están obligados a auxiliar, con carácter preferente y urgente, al Defensor del Pueblo Andaluz en sus investigaciones e inspecciones.

RECOMENDACIÓN para que se emita el segundo informe interesado en el presente expediente de queja a la mayor brevedad posible, incluyendo en su contenido las novedades que hayan acontecido respecto del local objeto de esta queja desde que lo solicitáramos por primera vez.

Por otra parte, para el supuesto de que, a la fecha en que se reciba esta Resolución persista el problema de contaminación acústica objeto de esta queja, se formula:

RECORDATORIO 1 de la obligación de resolver del artículo 42 de la LRJPAC, así como de la obligación de actuar de acuerdo con los principios de eficacia, eficiencia, proximidad, sometimiento a la ley y transparencia previstos en la Constitución Española (art. 103.1), en la LRJPAC (art. 3) y en la LRBRL (arts. 2 y 6), garantizando el derecho a una buena administración en los términos del artículo 31 del EAA y del artículo 41 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales.

RECOMENDACIÓN 1 para que, a la mayor brevedad posible se proceda a estudiar la posible caducidad de la licencia concedida en 1998 para sala de fiestas objeto del presente expediente de queja, en los términos de la Ordenanza reguladora de obras y actividades del Ayuntamiento de Sevilla y teniendo en cuenta los argumentos y pruebas esgrimidos por los afectados.

RECORDATORIO 2 para el eventual supuesto de que se llegara, tras el estudio recomendado, a la conclusión de que la licencia concedida en su momento no ha caducado, de lo establecido en el artículo 55.1 del RPCAA, en cuya virtud las denuncias que se formulen por incumplimiento de las normas de calidad y prevención acústica han de dar lugar a la apertura de las diligencias correspondientes, con la realización de la inspección medioambiental, con el fin de comprobar la veracidad de los hechos denunciados y, si es necesario, a la incoación de procedimiento sancionador a la persona responsable, notificándose a las personas denunciantes la iniciación o no del mismo, así como la resolución que recaiga, en su caso.

RECOMENDACIÓN 2 para que, en ese mismo supuesto (es decir, si tras el estudio recomendado se llegara a la conclusión de que la licencia concedida en su momento no ha caducado y sigue siendo válida), a la mayor brevedad posible, se proceda a realizar una inspección medioambiental con la correspondiente medición acústica del local cuando éste se encuentre generando el ruido propio de su actividad y, en función del resultado y conclusiones obtenidas, se proceda, de resultar necesario, a exigir la ejecución de

medidas de insonorización y/o aislamiento del local y, en caso de incumplimiento, a incoar expediente administrativo sancionador, con las medidas provisionales y accesorias a que hubiera lugar.

RECOMENDACIÓN 3 habida cuenta las circunstancias puestas de manifiesto en este expediente de queja, para que, en el supuesto de que licencia otorgada a este local hubiera efectivamente caducado por las razones esgrimidas, se abra una investigación a fin de esclarecer, y en su caso exigir, las posibles responsabilidades que hayan de asumir quienes tuvieron la obligación de estudiar y resolver la petición de caducidad planteada desde que dicho asunto fue puesto por primera vez en conocimiento del Ayuntamiento mediante escrito, pues de haber caducado la licencia, en principio es injustificable de todo punto la actitud pasiva que los responsables han mantenido ante los diversos escritos de los interesados y de esta Institución que han sido enviados interesándose por este asunto.

SUGERENCIA para que, dada la naturaleza de las cuestiones tratadas en este expediente, dé traslado de este escrito tanto a la Dirección General de Medio Ambiente como a la Gerencia de Urbanismo a fin de que coordinen sus actuaciones en este concreto caso y se dé cumplimiento a las resoluciones dictadas por esta Institución.

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Recomendamos una evaluación del cumplimiento del Plan de Recuperación y Ordenación de Vías Pecuarias de Andalucía y diseñar la estrategia hasta 2020

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 16/5281 dirigida a Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio

- 28 Septiembre 2016

El Defensor del Pueblo Andaluz recuerda a la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio que ostenta competencias para la recuperación y defensa de las vías pecuarias como bienes de dominio público y le recomienda, entre otras resoluciones, que realice una evaluación del cumplimiento del Plan de Recuperación y Ordenación de Vías Pecuarias de Andalucía, y tras ello, establecer los objetivos y las prioridades a afrontar al menos hasta 2020, ofreciendo toda esa información a través de la página web de la Consejería.

ANTECEDENTES

Ante esta Institución presentó queja el coordinador de una plataforma en defensa de los caminos y vías pecuarias (en adelante plataforma) a la que acompañaba el informe elaborado por la misma sobre el estado de las vías pecuarias en Andalucía, del que dimos traslado a la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, y en el que venían a denunciar, en esencia, la inactividad de la Administración autónómica en relación con estos bienes de dominio público que, para la citada plataforma, estaba llevando a muchos ciudadanos a considerar vulnerado su derecho a un medio ambiente adecuado.

Tras admitir a trámite la queja, interesamos el preceptivo informe a la citada Consejería. Cuando recibimos su respuesta, a la vista de su contenido y después de haber dado cuenta del mismo a la plataforma que presentó la queja, que nos remitió sus alegaciones y de acuerdo con los antecedentes obrantes en el expediente de queja, trasladamos a Vd. las siguientes

CONSIDERACIONES

Consideramos que la información que nos remitió la plataforma, en la que se evidenciaba que, en estos últimos años se está produciendo una grave omisión, por parte de la Junta de Andalucía, en la defensa y protección de Vías Pecuarias, se ha confirmado con la emisión del informe elaborado por esa Consejería a petición de esta Institución.

El primer apartado de nuestra petición de informe se concretaba en lo siguiente:

"1. Que nos confirme si los datos que posee esa Consejería coinciden con los facilitados por la plataforma;

en caso contrario, interesamos nos envíe una información actualizada sobre la situación en la que se encuentran las vías pecuarias en Andalucía".

En el escrito de los interesados se denunciaba cómo el Plan de Recuperación de Vías Públicas del año 2001 preveía, para 2015, la recuperación de 17.398 kilómetros de vías pecuarias en Andalucía. Aunque el Plan empezó a ejecutarse con fuerza en los primeros años, los interesados nos decían que únicamente se había deslindado 10.103 km a la fecha de presentación de la queja (septiembre de 2016). Es decir, prácticamente lo que se tenía que haber deslindado para 2010. En este contexto, es importante tener en cuenta que el total de kilómetros clasificados es de 33.777, esto sin contar que existen municipios que ni siquiera tienen clasificadas las vía pecuarias.

Según los reclamantes, los kilómetros que tenían que estar deslindados eran 10.103 en 2010, a los que habría que añadir 8.092 en 2015 y 7.005 en 2020 (lo que hace un total aproximado de 25.000 km). Por supuesto, el deslinde es un paso previo a lo que realmente es el objetivo último irrenunciable, que es la recuperación de oficio del bien y su adecuado mantenimiento y conservación.

Pues bien, como decimos, la información remitida confirma esa omisión de la que hemos hablado por cuanto el cuadro que nos envía la Consejería es el siguiente:

Kilómetros de vías pecuarias deslindadas												
Provincia	Hasta 2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	Total
Almería	22,71	03,93	38,32	61,94	142,30	95,67	152,23	41,94	34,72	13,53	00,00	607,29
Cádiz	681,76	165,01	97,47	76,56	61,88	50,38	39,91	38,54	12,01	34,84	00,00	1.258,36
Córdoba	286,78	102,84	175,33	116,18	214,36	231,12	139,19	23,51	77,31	00,00	00,00	1.366,62
Granada	117,92	295,17	176,65	38,72	54,94	219,37	195,06	70,40	63,06	27,48	00,24	1.258,77
Huelva	229,51	96,40	139,69	82,42	49,84	30,97	112,97	144,59	47,89	00,00	01,00	934,28
Jaén	268,58	87,13	184,41	129,64	229,99	93,05	118,67	06,43	02,62	00,00	00,00	1.120,52
Málaga	111,13	97,92	126,27	97,38	125,21	88,37	39,97	12,04	45,24	41,40	00,00	784,93
Sevilla	1.038,59	186,84	44,52	60,01	56,71	68,32	48,34	41,64	48,42	41,49	03,20	1.634,88

Fuente: Junta de Andalucía, Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio.

La lectura de este cuadro nos permite verificar ese incumplimiento radical del Plan desde 2013 en las provincias de Córdoba, Huelva y Jaén y generalizado en las ocho provincias a partir de 2014 (en este año se deslinda 0,24 kilómetros en Granada y 3,2 km en Servilla, en el resto de las provincias no hay ninguna actuación de deslinde registrada). En 2015, 2016 y 2017 no tenemos noticias de que se haya producido deslinde alguno.

El motivo para esta grave interrupción del denominado Plan de Recuperación y Ordenación de Vías Pecuarias de Andalucía (en adelante PROVPA), aprobado mediante el Acuerdo de 27 de marzo de 2001 del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma (BOJA núm. 74, de 30 de Junio de 2001) no es otro que " *En los últimos años, dado el marco de contención del gasto público, la actividad encaminada a los procedimientos de deslinde en materia de vías pecuarias se ha visto drásticamente reducida como se desprende de la tabla*".

Es decir, en lugar de reducir las actuaciones de deslinde, como ha ocurrido en otros ámbitos de actuación del sector público como consecuencia de la incidencia de la crisis económica en los ingresos y gastos públicos, lo que se decidió fue suspender, de facto, el PROVPA.

En relación con estos bienes de dominio público, a partir de 2015 (desconocemos la situación actual) lo

que se ha hecho ha sido, según nos comunicaba la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio en su escrito de 13 de Enero de 2017:

"… como consecuencia de la generación de créditos extraordinarios de los Fondos FEADER (cierre del marco 2007 - 2014), la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio ha abordado actuaciones encaminadas a la recuperación de vías pecuarias, ubicadas en municipios catalogados como "desfavorecidos" por el Plan de Desarrollo Rural Sostenible de Andalucía, con el objetivo de dotarlos de una infraestructura verde adecuada y necesaria para las comunicaciones agrarias, que coadyuve a la dinamización económica de estas zonas más deprimidas de Andalucía.

Parte de estos recursos extraordinarios han sido destinados al mantenimiento de los Corredores Verdes, implementados en todos los municipios andaluces de más de 50.000 habitantes, en el marco del Programa de Puertas Verdes, que ha permitido la creación de verdaderos Sistemas de Espacios Libres en las aglomeraciones urbanas de Andalucía. Esas infraestructuras verdes, tras varios años de implementación, requerían tareas de mantenimiento con el fin de garantizar la seguridad del importante número de usuarios que a diario utilizan estos itinerarios naturales, tanto para realizar transportes cotidianos como para la práctica de actividades deportivas y de ocio".

A continuación se nos envía una detallada información sobre la financiación de las denominadas "infraestructuras verdes" y "puertas verdes" en las ocho provincias andaluzas que, aunque valoramos positivamente, no suponen dar pasos en la dirección de, conforme al PROVPA, recuperar estos bienes de dominio público usurpados a los poderes públicos y, en la medida que están o deben estar destinados al uso público, usurpados, en definitiva, a la ciudadanía.

Consideramos que recuperar y poner en uso las vías pecuarias tiene una enorme trascendencia desde una perspectiva ambiental, pues como señala el PROVPA, éste tenía por finalidad dotar a las vías pecuarias de una dimensión de utilidad pública que va más allá del uso tradicional ganadero, destacando sus funciones medioambientales. El programa de Puertas Verdes es complementario de la recuperación de vías pecuarias y pone en valor éstas, pero no es una alternativa a la obligatoriedad de recuperar estos bienes de dominio público. Ahora bien, aunque valoramos positivamente estas actuaciones, no dejan de tener un carácter complementario de lo que es el objeto fundamental de la política de vías pecuarias, que es luchar contra su usurpación.

Consideramos que sobre la segunda cuestión planteada por esta Institución que concretaba en lo siguiente: "*2. Que nos informe acerca de las medidas que, en todo caso, se tiene previsto adoptar para proceder al deslinde y recuperación de las vías pecuarias en Andalucía de acuerdo con los planes aprobados*". La respuesta de la Consejería incluida en el primer informe remitido no arrojaba luz alguna sobre las medidas a adoptar ante la situación de abandono de los deslindes. En principio debemos entender que, por los motivos mencionados y con base a los hechos contrastados, hoy por hoy no existe previsión alguna de afrontar su deslinde.

Éste es, básicamente, también, el criterio de la plataforma que, en sus alegaciones al informe, manifiesta que: "*esas actuaciones precisamente no van en la línea de nuestro escrito, que es que la Junta de Andalucía debe garantizar el derecho de paso por las vías pecuarias, bien público demanial cuya custodia tiene encomendada, sino que lo que viene haciendo últimamente es arreglar caminos rurales para el paso de los agricultores".*

Por otro lado y en relación a lo informado por la Viceconsejería sobre que se está replanteando el PROVPA, los interesados manifiestan su pesar por que no se vaya a contar con los colectivos que, como la plataforma, vienen defendiendo a los usuarios de estas vías. Asimismo, entienden que la Consejería "*se ratifica en que no van a hacer actuaciones ningunas para facilitar el paso por las vías pecuarias cerradas*".

También nos dicen que "*Tampoco si va a tomar alguna medida para garantizar que el usuario que vea conculcado su derecho de paso por una vía pecuaria lo pueda ejercitar en un plazo razonable. De*

momento a la persona que hace una queja por no poder pasar por una vía pecuaria no le dan solución alguna".

Consideramos que un segundo informe enviado por la Viceconsejería (escrito de fecha 27 de Marzo de 2017), a requerimiento de esta Institución a la vista de las alegaciones presentadas por los interesados, no añade nada nuevo en relación con las omisiones contrastadas en la defensa de este importante patrimonio público.

Así, se nos decía que el PRVPA tenía como objetivo "*fundamental fue definir la red andaluza de vías pecuarias de factible recuperación y priorizar en función de las necesidades territoriales, las actuaciones necesarias para garantizar la integridad superficial y un estado óptimo de conservación. Para ello se estableció un horizonte de 24.000 kilómetros, en un plazo de 20 años*".

Asimismo se nos informaba que durante estos 16 años se han deslindado 9.000 kilómetros, lo que ha supuesto un gran esfuerzo técnico, humano y presupuestario, se ha ejecutado el Programa de Puertas Verdes en ciudades de más de 50.000 habitantes, que ha traído consigo el acondicionamiento de 475 kilómetros de itinerarios no motorizados en todas las provincias (suponemos que estos 475 km están incluidos en los 9.000 mencionados) y en 2016, "*se ha realizado una importante mejora de las vías pecuarias que desempeñan una función esencial en las comunicaciones agrarias en el medio rural, con una inversión de casi 6 millones de euros*".

Por nuestra parte, se estimó que esta información no añade nada nuevo respecto de la cuestión de fondo planteada: la grave omisión que existe en relación con el deber de recuperar nuestras vías pecuarias.

Consideramos que la información que se nos traslada sobre la imposibilidad de realizar actuaciones de deslinde a demanda e incoación de expedientes sancionadores por denuncia, no ofrece la seguridad jurídica mínima a la ciudadanía de que su implicación en la recuperación y protección del patrimonio público va a obtener resultados.

Tampoco ofrece garantías el hecho de que se nos diga que "*Se requiere una planificación previa, que atienda el interés general, con el fin de racionalizar al máximo los recursos existentes*", así como que "*Como se le informó, a partir del año 2017 se cuenta con fondos FEDER para poner en marcha nuevas actuaciones en el marco de la nueva planificación 2017/2020 basada en un diagnóstico actualizado del Plan de Recuperación y Ordenación de la red Andaluza de Vías Pecuarias*".

De acuerdo con esta información y teniendo en cuenta que no tenemos constancia de que haya una planificación aprobada, susceptible de consulta pública por medios telemáticos que permita conocer cuáles son los objetivos planificados, debidamente programados en el tiempo (calendarizados y presupuestados), de manera que cualquier ciudadano pueda saber con certeza si una vía pecuaria, o un tramo de ésta, va a ser objeto de deslinde a fin de interesarse por su ejecución o por el contrario entender que al no estar incluida tal previsión en la planificación, no cabe esperar a corto o medio plazo que se lleve a cabo ésta, debemos concluir que el sistema de información sobre la situación de las vías pecuarias y previsiones de intervención no goza de la transparencia mínima exigible. Esto, en unos tiempos en los que Internet puede facilitar extraordinariamente el acceso a la información que posee la Administración Pública.

Por tanto, afirmar que "*Se requiere una planificación previa, que atienda el interés general, con el fín de racionalizar al máximo los recursos existentes*", tiene toda su lógica, pero pone de manifiesto que hasta ahora no ha existido y, por tanto, las críticas a la política de recuperación de vías pecuarias están plenamente justificadas.

Partiendo de esa realidad, a nuestro juicio incuestionable, la cuestión a dilucidar ahora es cómo y cuándo se va afrontar la evaluación de la situación en la que nos encontramos, la planificación de las intervenciones y sus prioridades, etc. Esto, con una finalidad muy concreta: que la ciudadanía pueda conocer cuál es el futuro de nuestras vías pecuarias, o qué cabe esperar de la política de recuperación de

vías pecuarias de la Junta de Andalucía.

Consideramos que similar valoración tenemos que hacer sobre la aplicación del derecho sancionador, pues tiene poco sentido que se establezca el régimen jurídico sancionador en este ámbito, existiendo, incluso, según los casos, responsabilidad de índole penal, y en la práctica existan infinidad de propietarios que han cerrado el paso libre de las vías pecuarias con cancelas, con una impunidad absoluta pues, en la práctica, no nos engañemos, sólo muy excepcionalmente actúa esa Administración cuando se producen las denuncias.

La tramitación de denuncias de usurpación de vías pecuarias que implican un deslinde previo de las mismas no exento de complejidad, es lógico que puedan generar demora, pero cuando lo que se está denunciado es algo tan fácil de identificar y evitar como es el cierre forzado de una vía pecuaria, provocado por la instalación ilegal de una cancela cerrada con llave o candado, situación que además es perfectamente conocida por los guardas, creemos que la Administración tuteladora de estos bienes tiene, o debe tener, los medios para ordenar e impedir tales cierres y obligar a los propietarios, sin perjuicio de imponerles las sanciones que correspondan, a dejar expeditos los pasos a través de las fincas.

De acuerdo con ello, una primera medida de choque para recuperar el uso público de las vías pecuarias sería identificar todos los pasos que están ilegalmente cerrados, de forma que impiden su uso público, y notificar a los titulares de las fincas la obligación de permitir el paso de las personas usuarias de las vías pecuarias bajo apercibimiento de imposición de multas. Para la identificación de los lugares donde se ha procedido al cierre ilegal de vías pecuarias podrían contar con la colaboración de asociaciones ecologistas, de senderistas, etc.

Consideramos que existen también extraordinarias e importantes disfuncionalidades en la tramitación de los expedientes de deslinde de vías pecuarias, como demuestra el siguiente cuadro aportado por los interesados, en el que resalta el número de expedientes caducados:

Provincia	Firmes	Recurridos	Caducados	En tramitación	No resuelto
Almería	78	50	43	0	171
Cádiz	159	59	203	0	421
Córdoba	126	128	68	1	323
Granada	178	86	67	4	335
Huelva	99	48	42	0	189
Jaén	190	91	73	1	355
Málaga	31	91	74	0	196
Sevilla	183	160	399	2	744
Total	1044	713	969	8	2734

Fuente: Informe elaborado por la plataforma, Andalucía,

En la siguiente tabla, que también nos remiten los interesados, es muy significativo el número de expedientes no resueltos:

Provincia	Allanamiento de la Junta de Andalucía	Desestimatorio	Estimatorio	No admitido a trámite	Pérdida sobrevenida del objeto	No resuelto
Almería	0	6	3	0	0	31
Cádiz	5	8	2	2	0	31

Córdoba	5	7	4	2	0	23
Granada	0	13	5	0	0	30
Huelva	0	7	1	0	0	21
Jaén	0	22	5	2	0	27
Málaga	0	9	46	0	1	21
Sevilla	5	34	12	0	0	191
Total	15	106	78	6	1	375

Fuente: Informe elaborado por la plataforma, Andalucía,

Consideramos que en relación con las preguntas formulada en los apartados 3, 4, 5 y 6 de nuestro escrito, que a continuación transcribimos, la información remitida, o no responde a la mayoría de las cuestiones planteadas o, cuando lo hace, no acabamos de compartir el criterio de la Consejería sobre las cuestiones que después abordaremos:

"3. Respecto del cambio de trazado de la vía pecuaria del Salto de la Trocha, en la provincia de Sevilla, interesamos nos informe de la causa de que se haya cambiado el trazado, ya que, según la citada asociación, el nuevo trazado es de «peor calidad paisajística que el histórico 175», y se ha llevado a cabo para favorecer el «interés particular de los propietarios de fincas que llevaban años cerrándola». Además, según se nos dice sobre este asunto, por esta vía «debería discurrir el Camino Mozárabe, llevaba más de una década cerrada, a pesar de estar deslindada, haciendo que los peregrinos tuvieran que ir por la carretera y en lugar de restituir la legalidad se opta por favorecer al usurpador».

4. Que nos informe sobre la causa de que permanezcan cerradas, en la provincia de Sevilla, otras vías pecuarias como «el Cordel de las Cañas, en Salteras, el Cordel de la Segarra, entre Santiponce y Salteras, la Vereda de la Boyera, en La Puebla de Cazalla, Vereda de La Puebla de los Infantes en Las Navas de la Concepción, Vereda de Cazalla de Guadalcanal, y muchísimas más».

5. Que nos confirme si es cierto que permanecen cerradas, pese a haber sido deslindadas, las vías pecuarias, en Córdoba capital, de «la Vereda del Pretorio, o la Vereda de Linares. Igualmente ocurre en el vecino término de Villaviciosa de Córdoba con la Vereda de Córdoba y la Vereda del Pretorio. El deslinde de la Vereda de la Pasada del Pino, eje vertebral de la sierra cordobesa, caducó y al no haberse retomado está cortada en varios puntos, cuando podría ser la vía principal para el sendero europeo GR-48. En la misma capital cordobesa hay varias vías pecuarias que, sin estar cerradas, son intransitables y no se permite su arreglo, por no tener deslinde firme. Es el caso de la Vereda de Trassierra o la Vereda de la Alcaidia».

6. Otros supuestos que se citan en el informe de la plataforma y sobre los que interesamos informe son el Cordel de Écija, Sagrante, Cañada Real Soriana, el Cordel de Fuente Obejuna, Vereda de Valdecañas, Cordel del Piruetanal, la Vereda de Los Villares a La Guardia, la denominada Cañada Real de Extremadura y la Cañada Real de Guadiel. Al mismo tiempo, muestra su disconformidad la plataforma de que, mientras tanto, en el Parque Natural de Sierra de Andújar siga vigente una norma, que consideran injustificada, que «impide la utilización de las vías pecuarias por motivos ecológicos, que tendría que estudiarse mucho mejor ya que entendemos que la conservación del medio ambiente y el uso público con determinadas restricciones puede ser compatible»".

En relación con estas preguntas, lo que se nos dice, en el primer informe que recibimos de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, es que "*Respecto a los puntos 3 a 6 de su oficio de queja, relativos a casos singulares, hay que indicar de manera general que muchos de los deslindes realizados hasta 2016 fueron anulados por sentencia firme del TSJA, como consecuencia de la aplicación del instituto de la caducidad, que ha sido considerado de aplicación por los Tribunales de lo*

Contencioso-Administrativo, en tanto consideran que los efectos de los procedimientos de deslinde de vías pecuarias generan efectos susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen. Por ello no se puede interpretar que todas las vías pecuarias que han sido objeto de deslinde están depuradas jurídicamente para su inmediata recuperación, como bien se desprende de la información suministrada a … que ha servido de base y soporte al informe en el que se sustenta la presente Queja".

No obstante a continuación, respecto de la Vereda del Salto de la Trocha, sí se nos informaba que el expediente se inició a instancia del Ayuntamiento de Castilblanco de los Arroyos para mejorar el itinerario del Camino de Santiago a su paso por el municipio:

"*La solicitud fue fundamentada en base a la mejora que supondría la modificación de trazado para la utilización de la vía pecuaria, en condiciones de seguridad para los usuarios del Camino de Santiago, uno de los principales incentivos de la localidad para el desarrollo turístico.*

El trazado original de la vía pecuaria, con grandes pendientes, superiores al 30%, unido a la interrupción del paso ocasionada por el Arroyo del Término, no era adecuado para el tránsito de personas usuarias del Camino de Santiago. Esta circunstancia obligaba a los usuarios a tomar el arcén de la carretera SE-5405 como alternativa de paso, asumiendo con ello un importante riesgo de accidentes.

La modificación del trazado ha supuesto una considerable mejora para el tránsito, tomando para ello terrenos pertenecientes a las fincas "…" y "…", ofrecidos por sus titulares para el establecimiento del nuevo itinerario.

El trazado modificado discurre, al igual que el trazado original, por las fincas mencionadas, situadas en los linderos, adyacentes al trazado de la carretera, no en el arcén, manteniendo el valor paisajístico de la zona, con un trazado más amable y con mayores posibilidades de auxilio en caso de emergencia.

Como se indicaba al inicio de este escrito, la información relativa a los demás casos se está recopilando en las diferentes Delegaciones Territoriales y se le hará llegar tan pronto esté disponible".

Sin embargo, los interesados nos remitieron escrito de la Asociación …, dirigido a la citada Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio en relación con la resolución de 16 de mayo de ésta por la que se aprobó "*el procedimiento administrativo de desafectación y modificación parcial de trazado de la vía pecuaria "Vereda del Salto de la Trocha", en el término municipal de Castilblanco de los Arroyos, provincia de Sevilla*", en el que, en el punto 2, manifiestan "*Que en la citada resolución se cita en varias ocasiones que la Asociación que presido apoya expresamente la solicitud del Ayuntamiento de Castilblanco de los Arroyos de modificación del trazado original*".

A la vista de estos hechos lo que la mencionada Asociación manifestó y solicitó fue lo siguiente:

"*Que esta Asociación no ha sido siquiera consultada sobre la modificación del trazado, que si bien conocía de manera informal por comentarios de técnicos y autoridades de esta Consejería de Medio Ambiente, siempre creyó que se trataba de una solución temporal y provisional al grave problema de usurpación del camino originario que obligaba a los peregrinos a transitar por la carretera local cercana, pero no como algo estable y definitivo.*

Segundo: Que jamás hemos mostrado nuestro beneplácito expreso como Asociación a dicha solución, por considerar que consolida la pérdida de un camino público tradicional en beneficio de intereses particulares. Muy al contrario, siempre hemos reclamado la recuperación y apertura al libre tránsito de caminantes de la Vereda de la Trocha, como demuestran las peticiones ante la Delegación Provincial de Sevilla de la Consejería de Medio Ambiente que acompañamos a este escrito, de fechas 9 de Julio de 2008 y 23 de Diciembre de 2013, desconociendo la propuesta del Ayuntamiento de Castilblanco de los Arroyos, que supuestamente apoyamos, según se explicita en la resolución citada.

Tercero: Con respecto a los fundamentos de abandono del trazado original, en los que la Resolución que

nos ocupa se basa, para argumentar la decisión de variación del trazado histórico y tradicional de la Vereda del Salto de la Trocha, entendemos que el supuesto interés general de favorecer el tránsito de caminantes y peregrinos enmascara realmente un interés particular de los propietarios de las fincas "…" y "…", que ven consolidada la usurpación del trazado originario gracias a la modificación de la Vereda que aprueba esta Consejería. Las objeciones de que el trazado primitivo está en desuso y cubierto de maleza son una consecuencia obvia tras años de no poderlo transitar y la falta de cuidado de las Administraciones Públicas responsables, pero no un obstáculo insalvable que no puedan reparar labores de restauración del mismo. La misma circunstancia concurre en el vado del Arroyo de la Mojonera, que de antiguo era atravesado por este camino sin mayores dificultades.

A la presente solicitud, se acompañan a efectos probatorios los siguientes documentos:

1º. Solicitud de fecha 9 de Julio de 2008, formulada ante la Del. Prov. de Sevilla de la Consejería de Medio Ambiente. donde se pide "la recuperación de la Vía Pecuaria existente entre Castilblanco de los Arroyos y la finca de las Navas-El Berrocal".

2º Solicitud de 23 de Diciembre de 2013, formulada ante la Del. Prov. de Sevilla de la Consejería de Medio Ambiente, donde se pide la apertura de "la Vía Pecuaria que se encuentra en la zona".

3º Escrito de adhesión al Recurso de Alzada formulado contra la resolución de referencia por …, con fecha .. Mayo de 2014, ante la Secretaria General Técnica de esta Consejería.

POR TODO ELLO SOLICITAMOS: La reconsideración de la resolución tomada al respecto, acometiendo los trabajos de recuperación de la Vereda del Salto de la Trocha en su trazado histórico y original, como es obligación de las Administraciones Públicas responsables de la conservación de un camino público como éste, y la eliminación de cualquier referencia al apoyo de esta Asociación a la decisión actual tomada al quedar demostrado que no es cierto".

Consideramos, de acuerdo con ello, que en principio no encontramos sentido a que se justifique la petición de modificación del trazado por el Ayuntamiento en que mejorarían las condiciones de seguridad de los usuarios del Camino de Santiago, se evitaría el paso del Arroyo del Término y las grandes pendientes superiores en un 30% del trazado original cuando la propia Asociación …, que se supone es una clara parte interesada y beneficiaria de tales medidas, no haya sido ni siquiera consultada y además cuestiona abiertamente y con argumentos, que se pueden o no compartir, la decisión adoptada.

Con independencia del «ius variandi» que, en el ámbito que nos ocupa, corresponde a la Administración, no deja de sorprender que con la demanda justificada que existe sobre deslinde y recuperación de vías pecuarias, que es un problema de primer nivel, se incoe un expediente para modificar el trazado de la vía pecuaria "Vereda del Salto de la Trocha", que cuenta con la oposición absoluta, entre otros, de asociaciones tan significativas como plataforma, la Asociación … y la Asociación …. Según esta última, la resolución adoptada originó más de 300 alegaciones y la presentación de 500 recursos de alzada.

Pero es que, además, esta vereda, que pasaba a través de las fincas "…" y "…", había sido objeto de denuncias para que se abriera su paso, ya que se consideraba por lo denunciantes que los propietarios habían llevado a cabo una usurpación de la misma que impedía su uso público.

En lugar de ello (no tenemos conocimiento de que se hayan incoado y resuelto expedientes sancionadores a los propietarios de estas fincas por la usurpación de vía pecuaria), se ha llevado a cabo un cambio en su trazado que, aunque se desarrolle a través de estas fincas, según los interesados mencionados, éste es más acorde con las pretensiones de los propietarios de estas fincas que deseaban el cambio de trazado que se ha llevado a cabo que las de los denunciantes.

Así, por ejemplo, se menciona que el trazado de esta vía pecuaria ha sido trasladado al borde de la carretera de Almadén de la Plata a Castilblanco de los Arroyos, mientras que en el trazado original el " *recorrido transcurre por el centro de dichas fincas, pasa por la puerta de la Ermita de Yerbabuena, de un*

gran valor ecológico, histórico, paisajista, como corredor ecológico para la movilidad de la vida salvaje, el intercambio genético de la flora y la fauna silvestre".

En otra fuente consultada en Internet podemos leer[1]:

"*Peregrinos en el arcén. El trazado de esta vereda que siguen los peregrinos del Camino de Santiago por la Vía de la Plata a su paso por Castilblanco tiene un gran valor ecológico, histórico, paisajista, como corredor ecológico para la movilidad de la vida salvaje y para el intercambio genético de la flora y la fauna silvestre. El nuevo trazado prevé que miles de peregrinos que siguen cada año esta ruta transiten junto al arcén de la carretera que une Castilblanco con Almadén y supone la pérdida de conexiones con vías como el Cordel de Los Contrabandistas, un abrevadero del siglo XVI o una zona de descansadero.*

Los agentes sociales, que esperan la resolución de los recursos, dicen que el procedimiento presenta irregularidades y "premia la ocupación de espacios públicos por terratenientes".

Consideramos que aunque en el segundo informe de la Consejería, de fecha de salida 3 de Abril de 2017, se nos dice, respecto del cambio de trazado de la vía pecuaria Vereda del Salto de la Trocha "*como información complementaria, se adjunta (anexo 1) copia de la Sentencia de fecha 13 de octubre de 2016 desestimatoria y del Decreto de 2 de diciembre de 2016 que declara su firmeza, en el procedimiento ordinario seguido ante la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía a instancia del Ayuntamiento de Almadén de la Plata*", nada tenemos que decir sobre estas resoluciones judiciales adoptadas pues lo que venimos manifestando en torno al cambio del trazado de la Vereda de la Trocha no es una cuestión de legalidad, sino de oportunidad.

En este sentido, lo que hemos querido manifestar no es que con la decisión del cambio de trazado se haya cometido alguna irregularidad, ya que la Administración puede adoptar tal decisión de acuerdo con su «ius variandi», sino que, en términos de oportunidad, no compartimos, a la vista de lo alegado por los interesados, el cambio por el que se ha optado, pues beneficia los intereses de los propietarios de las fincas que, al parecer, venían usurpando el paso por la vía pecuaria, sin consecuencias y perjudica los intereses de las mencionadas asociaciones que se oponen a dicho cambio.

Consideramos que merece una valoración positiva lo que se nos dice en el segundo informe, a propósito de las restricciones de paso del Parque Natural de la Sierra de Andújar, que es lo siguiente:

"*La norma a que se refiere el punto 6 es la Orden de 23 de diciembre de 2003, por la que se restringe el uso de determinadas vías pecuarias a su paso por el Parque Natural Sierra de Andújar. Esta orden restringe el uso de 16 de las 18 vías pecuarias que existen en ese parque natural por motivos de conservación, limitando los usos compatibles y complementarios y permitiendo el acceso y uso de las mismas a los propietarios de fincas por las que discurren dichas vías pecuarias y la realización de acciones incluidas en los programas de conservación de especies de fauna catalogada.*

Desde hace varios años, diversos colectivos representados en la Junta Rectora del Parque Natural han manifestado su malestar por la existencia de esa norma que fue promulgada sin haber sido informada por la misma, existiendo acuerdos de la Junta Rectora en la que solicitan la derogación o modificación de la orden.

Recogiendo el malestar y el interés de los municipios que forman parte del Parque Natural, la Delegación Territorial viene trabajando desde hace varios años, junto con el Parque Natural y la Dirección General del Medio Natural y Espacios Protegidos, en la elaboración de una propuesta de modificación de la orden que permita compatibilizar la conservación de las importantes poblaciones de especies de fauna catalogada presentes en este espacio protegido con la demanda que se está produciendo en los últimos años de nuevos equipamientos y actividades de uso público a realizar en el mismo.

En este sentido, a lo largo de estos años se han mantenido diversas reuniones técnicas y existe actualmente un documento de estudio que se está valorando por los responsables de los distintos

programas de conservación y por los servicios técnicos tanto de la Dirección General como de la Delegación Territorial en Jaén. Una vez consensuado técnicamente ese documento, se procederá a su tramitación administrativa para alcanzar la modificación de la mencionada Orden".

Por tanto entendemos que esta cuestión se encuentra en vías de solución, aunque parece que el que se hayan necesitado "largos años" para conseguir un documento que en la actualidad se encuentra en estudio, parece excesivo, por ello lo deseable es que definitivamente y a la mayor brevedad posible se afronte la modificación de esta Orden.

Sin embargo, en este segundo informe tampoco se nos dice nada sobre las cuestiones planteadas en los puntos 4 y 5 de nuestro escrito.

En fin, a modo de conclusión sobre la cuestión de fondo planteada, la necesidad de que la Junta de Andalucía defienda el patrimonio público en lo que concierne al deslinde y recuperación de las vías pecuarias, no podemos sino manifestar que a partir de 2014 el abandono del deber de afrontar esta obligación es prácticamente absoluto.

En segundo lugar, en lo que concierne a la vereda de la Trocha, todo parece indicar que, según se deriva de la información del expediente, el cambio de trazado autorizado ha sido más beneficioso para los propietarios de fincas por las que discurría el trazado anteriormente que para los interesados en su utilización. Hecho éste que llama la atención cuando se han detectado tantas y tantas omisiones y disfuncionalidades en la tramitación de los expedientes de deslinde.

En tercer lugar, la única cuestión que valoramos positivamente a propósito de la información recibida es la relativa a la modificación de la Orden de 23 de Diciembre de 2003, por la que se restringe el uso de determinadas vías pecuarias a su paso por el Parque Natural Sierra de Andújar. Nos parece preocupante que se hayan tardado "largos años", pero esperamos, y deseamos, que la tramitación de la modificación de la Orden se efectúe a la mayor brevedad posible.

Finalmente, nada se nos dice sobre las vías pecuarias mencionadas en los apartados 4 y 5 de nuestra petición de informe.

A la vista de todo ello y de conformidad con lo establecido en el artículo 29, apartado 1, de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, se formula la siguiente

1https://juancarlosromero.wordpress.com/2015/06/04/mas-de-500-recursos-pe...

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO del deber legal de realizar cuantas actuaciones sean necesarias a fin de proceder al deslinde y recuperación de las vías pecuarias sobre las que, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 149.1.22º de la Constitución, esta Comunidad Autónoma posee, conforme al art. 57 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, competencia exclusiva, siendo conforme al art. 2 de la Ley 3/1995, de 23 de Marzo, de Vías Pecuarias (en adelante LVP), «bienes de dominio público de las Comunidades Autónomas y, en consecuencia, inalienables, imprescriptibles e inembargables».

La actuación de esa Consejería, en cuanto que tiene asignadas las competencias sobre estos bienes, se debe encaminar a perseguir los siguientes fines, de acuerdo con el art. 3.1 LVP:

«a) Regular el uso de las vías pecuarias de acuerdo con la normativa básica estatal.

b) Ejercer las potestades administrativas en defensa de la integridad de las vías pecuarias.

c) Garantizar el uso público de las mismas tanto cuando sirvan para facilitar el tránsito ganadero como

cuando se adscriban a otros usos compatibles o complementarios.

d) Asegurar la adecuada conservación de las vías pecuarias, así como de otros elementos ambientales o culturalmente valiosos, directamente vinculados a ellas, mediante la adopción de las medidas de protección y restauración necesarias».

Estas obligaciones vienen siendo incumplidas ostensiblemente por esa Consejería, especialmente desde el año 2014. Esto, pese a haber aprobado, de acuerdo con la Disposición Adicional Tercera del Reglamento de Vías Pecuarias de la Comunidad Autónoma (Decreto 155/1998, de 21 de julio, BOJA núm. 87, de 4 de Agosto de 1998), por Acuerdo de 27 de Marzo de 2001, del Consejo de Gobierno, el Plan de Recuperación y Ordenación de la Red de Vías Pecuarias de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

RECOMENDACIÓN para que:

1. A la mayor brevedad posible, se realice una evaluación del cumplimiento del Plan a la fecha actual.

2. De acuerdo con esa evaluación y diagnóstico de la situación, cuyo resultado se debe publicar en la web de la Consejería, para que pueda ser consultado por cualquier persona interesada, se deben establecer los objetivos a afrontar, al menos hasta el año 2020. Una vez realizada esa evaluación se debería aprobar el plan de actuación, previa consulta pública y participación de las personas interesadas.

3. Se informe en la web del «modus operandi» de la Consejería ante las denuncias que se realicen por la ciudadanía sobre usurpación de vías pecuarias y, singularmente, sobre el cierre ilegal de estas por personas propietarias de fincas por las que discurren estas vías. Conductas estas que continúan manteniéndose sin consecuencia alguna, en la inmensa mayoría de los casos, para los infractores.

4. Se establezcan unas prioridades claras ante la gran tarea de desarrollar en aras a la recuperación de nuestras vías pecuarias.

5. Dado que, según nos informan los servicios jurídicos están desbordados para atender las denuncias que se presentan y, por tanto, no pueden actuar a demanda, que se establezcan los criterios y prioridades de intervención dándoles la máxima publicidad para que puedan ser conocidas por la ciudadanía y, de esta manera, se generen las adecuadas condiciones de transparencia y seguridad jurídica para las iniciativas y denuncias que decida poner en marcha la ciudadanía.

6. Que en los procedimientos que impliquen cambios de entidad de los trazados de las vías pecuarias y, en cualquier decisión de importancia sobre éstas, se tenga en cuenta el movimiento asociativo interesado en la defensa y recuperación de estos bienes de dominio público.

7. Que se estudie la posibilidad de iniciar los trámites legales para modificar el trazado de la vía pecuaria del Salto de la Trocha a fin de dar respuesta, en la medida de lo posible, a las asociaciones que se han opuesto a un cambio de trazado mencionadas en este escrito. Esto teniendo en cuenta que todas las vías deben tener un uso público y la lógica es que su trazado responda a las demandas de las personas interesadas en su utilización.

8. Que se impulse el que lleve a cabo, a la mayor urgencia, la modificación de la Orden que restringe el uso de determinadas vías pecuarias a su paso por el Parque Natural Sierra de Andújar.

9. Que se informe a esta Institución sobre las cuestiones planteadas en los puntos 4 y 5 de nuestro escrito de 17 de Octubre de 2016, que, casi un año después, no han sido contestadas. Tales cuestiones eran las siguientes:

> *"4. Que nos informe sobre la causa de que permanezcan cerradas, en la provincia de Sevilla, otras vías pecuarias como «el Cordel de las Cañas, en Salteras, el Cordel de la Segarra, entre Santiponce y Salteras, la Vereda de la Boyera, en La Puebla de Cazalla, Vereda de La Puebla de*

los Infantes en Las Navas de la Concepción, Vereda de Cazalla de Guadalcanal, y muchísimas más».

5. Que nos confirme si es cierto que permanecen cerradas, pese a haber sido deslindadas, las vías pecuarias, en Córdoba capital, de «la Vereda del Pretorio, o la Vereda de Linares. Igualmente ocurre en el vecino término de Villaviciosa de Córdoba con la Vereda de Córdoba y la Vereda del Pretorio. El deslinde de la Vereda de la Pasada del Pino, eje vertebral de la sierra cordobesa, caducó y al no haberse retomado está cortada en varios puntos, cuando podría ser la vía principal para el sendero europeo GR-48. En la misma capital cordobesa hay varias vías pecuarias que, sin estar cerradas, son intransitables y no se permite su arreglo, por no tener deslinde firme. Es el caso de la Vereda de Trassierra o la Vereda de la Alcaidia»".

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

¿Se han resuelto los problemas de ruido de un local? Pedimos más control

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 14/3824 dirigida a Ayuntamiento de Sevilla

- 10 Febrero 2016

El Defensor del Pueblo Andaluz recuerda al Ayuntamiento de Sevilla su obligación legal de colaborar en las investigaciones e inspecciones llevadas a cabo por esta Institución, recomendándole que, sin más demora, verifique la adecuación de las obras de un local a la declaración responsable presentada y que tales obras solucionen las deficiencias detectadas en el local en cuanto a aislamiento y protección contra el ruido, impacto y vibraciones denunciadas por los vecinos, comprobadas en su momento con mediciones acústicas con resultado desfavorable.

ANTECEDENTES

En su escrito de queja, el abogado de los interesados indicaba que sus representados tenían su domicilio en el barrio sevillano de San Jerónimo, en un bloque en cuyos bajos se encuentra instalado y en funcionamiento desde 1988 un bar con cocina que ha contado con diversos titulares desde entonces, merced a la tramitación de varios expedientes de cambio de titularidad. Según parece, desde ese mismo año de 1988 han venido sufriendo estos vecinos, de manera constante y diversa, las molestias del establecimiento en cuestión, tales como ruidos aéreos y de impacto derivados, en principio, de un defectuoso aislamiento, instalación de veladores en número superior al autorizado, instalación de actividades recreativas como castillos hinchables, etc.

La denuncia de los hechos llevó a tramitar en su momento, en el Servicio de Medio Ambiente, tres expedientes administrativos sancionadores en los años 2011 y 2014, los cuales habrían culminado con la imposición de sanciones y, en algunos casos, precinto de la actividad. Además se había tramitado en la Gerencia Municipal de Urbanismo expediente sancionador por la instalación de veladores fuera del espacio delimitado.

En el momento de presentarse escrito de queja en esta Institución el local se encontraba cerrado, si bien sus dueños, según el citado escrito de queja, lo habrían alquilado a un tercero que, temían los afectados, volvería a utilizar el mecanismo del cambio de titularidad para poder abrirlo nuevamente. Ese tercero estaría haciendo obras de reforma en su interior por lo que los denunciantes se mostraban seguros de que la actividad volvería a ponerse de nuevo en funcionamiento sin que se hubieran acometido las obras de aislamiento preciso para salvaguardar su derecho al descanso. Habían presentado diversos escritos en el Ayuntamiento solicitando información al respecto, sin obtener respuesta.

Así expuesto el asunto, fue admitido a trámite y solicitada la colaboración del Ayuntamiento de Sevilla, a fin de conocer, mediante informe de la Gerencia Municipal de Urbanismo, si se había incoado expediente administrativo por esa supuesta modificación interior del local y, en su caso, en qué estado se encontraba

la tramitación que al efecto se llevara a cabo y su incidencia acústica en cuanto a la actividad que en el local se fuera a desarrollar, especialmente si era nuevamente destinado a establecimiento de bar con cocina.

La Gerencia de Urbanismo nos informó, en esencia, que en agosto de 2014 se había presentado declaración responsable para realización de diversas obras en el local objeto de la queja. Sin embargo, a esta información, los promotores de la queja alegaron que había dos informes previos de medición acústica donde se concluía que el aislamiento del local era deficiente. En concreto, nos decían que "*Como quiera que según se ha informado por el Ayuntamiento, en el local se han hecho obras que no incluyen el aislamiento del local, es evidente que persisten en la actualidad los problemas de ruidos y que los mismos continuarán en el futuro si, como dicen los Técnicos de la Junta de Andalucía, no se aumentan los niveles de aislamiento del local de tal manera que evite que los niveles de ruido en las viviendas colindantes no superen los límites legislados en todas las franjas horarias*".

En estos informes se concluía que el resultado de la inspección era desfavorable en cuanto a las inmision de ruidos transmitidos al medio ambiente exterior y en cuanto al nivel de aislamiento acústico a ruido aéreo.

Vistos esos dos informes de medición acústica, que en su momento fueron presentados en ese Ayuntamiento (concretamente en febrero de 2015, en el Servicio de Protección Ambiental), estimamos oportuno solicitar un nuevo informe, en esta ocasión de la Dirección General de Medio Ambiente, para conocer qué determinación había tomado el Servicio de Protección Ambiental, dadas las conclusiones de los dos previos informes referidos de medición acústica sobre el local.

Esta solicitud de nuevo informe se ha realizado mediante escritos dirigidos a ese Ayuntamiento en mayo, junio y julio de 2015. Ante la falta de respuesta se reiteró la petición mediante llamada telefónica al Gabinete de Alcaldía en fecha de 30 de septiembre de 2015, complementado con el envío de correos electrónicos de esa misma fecha y otro posterior de 9 de diciembre de 2015. Sin embargo, hasta el momento no hemos tenido contestación por parte de ese Ayuntamiento.

CONSIDERACIONES

El artículo 19.1 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz (LDPA), establece que todos los poderes públicos y organismos de la Comunidad Autónoma de Andalucía están obligados a auxiliar, con carácter preferente y urgente, al Defensor del Pueblo Andaluz en sus investigaciones e inspecciones. En este sentido, el hecho de que ya se haya emitido, por parte de la Gerencia de Urbanismo de ese Ayuntamiento un primer informe en este expediente de queja, no es óbice para que esta Institución considere necesario y requiera, a la Dirección General de Medio Ambiente o a cualquier otro Departamento, Servicio o Área, un segundo o ulterior informe sobre el mismo asunto. Hay que recordar que esta obligación de auxilio y colaboración «con carácter preferente y urgente» que se debe a esta Institución, lo es durante toda la fase de investigación y comprobación de una queja o en un expediente iniciado de oficio.

En consecuencia, el Servicio de Protección Ambiental de ese Ayuntamiento, al no enviarnos el segundo informe que hemos solicitado en esta queja, a pesar de haberlo requerido hasta en tres ocasiones por escrito, más otra de manera telefónica con posterior remisión de dos correos electrónicos a la Alcaldía, ha incumplido el deber de auxilio y colaboración al que está obligado en función del artículo 19 de la LDPA.

En cualquier caso, la ausencia de ese segundo informe no ha impedido a esta Institución analizar, dentro de lo posible, el fondo del asunto y dictar la presente Resolución, en la consideración de que ésta es la mejor forma de cumplir el cometido que nos encomiendan los artículos 41 y 128 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, aprobado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo.

En cuanto al fondo del asunto objeto de esta queja, hay que tener presente que lo que los promotores de la misma están solicitando al Ayuntamiento es una comprobación de que las obras efectuadas en el local

en cuestión, se ajustan no sólo a la declaración responsable presentada, sino que, además, dan solución a los problemas de ruido y aislamiento que se habían detectado merced a las inspecciones practicadas en su momento. En este sentido, hay que recordar que el artículo 39 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) establece en su apartado 2 que «Las Administraciones Públicas velarán por el cumplimiento de los requisitos aplicables según la legislación correspondiente, para lo cual podrán comprobar, verificar, investigar e inspeccionar los hechos, actos, elementos, actividades, estimaciones y demás circunstancias que se produzcan».

Esta misma Ley, en su artículo 71.1 bis recuerda que las declaraciones responsables y las comunicaciones previas producirán los efectos que se determinen en cada caso por la legislación correspondiente y permitirán, con carácter general, el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad, desde el día de su presentación, «sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones Públicas».

Estas facultades de comprobación, control e inspección, que son exigibles en todo caso, son, si cabe, más necesarias cuando lo que se ha detectado son deficiencias en materia de ruido o protección contra la contaminación acústica, pues lo que pueden comprometerse, si no se subsanan esas deficiencias, son derechos fundamentales como el derecho a la intimidad personal y familiar, la inviolabilidad del domicilio, el derecho a la integridad física, y derechos constitucionales como el derecho a un medio ambiente adecuado o la protección de la salud, tal y como consolidada jurisprudencia constitucional tiene establecido.

Si de esa comprobación resultara que la obras no se ajustan a la declaración responsable presentada, o que no subsana las deficiencias detectadas en materia de aislamiento y ruido, el Ayuntamiento habría de proceder en consecuencia para evitar que una vez más la actividad que, en su caso, se desarrolle en el local, genere un nivel de ruido e impacto incompatible con la calidad de vida de quienes residen justo encima, cuya afección ya ha quedado acreditada con las mediciones acústicas practicadas en su momento.

Por su parte, la Ordenanza reguladora de Obras y Actividades del Ayuntamiento de Sevilla establece en su artículo 77 que el Ayuntamiento velará por el cumplimiento de los requisitos aplicables en dicha Ordenanza, para lo cual podrá comprobar, verificar, investigar e inspeccionar los hechos, actos, elementos, actividades, estimaciones y demás circunstancias que se produzcan, a cuyo efecto los servicios municipales competentes ejercerán dos clases de control: el de documentación y el control a través de actuaciones de comprobación e inspección. En relación con estas últimas se indica que «podrán ser iniciadas o bien de oficio por parte de dichos servicios municipales; o bien a raíz de denuncias formuladas por parte de terceros, con el objeto de comprobar la veracidad de los hechos denunciados».

Igualmente cabe recordar que la Ordenanza contra la Contaminación Acústica, Ruidos y Vibraciones de Sevilla determina en su artículo 40.2 que corresponde al Ayuntamiento, entre otras competencias [letra c)], «Realizar las comprobaciones y mediciones necesarias para verificar el cumplimiento de esta Ordenanza, las disposiciones en materia de contaminación acústica de competencia municipal y de las condiciones bajo las que se haya legalizado la actividad».

En definitiva, vistos los antecedentes del local objeto de esta queja, habiendo quedado acreditado que no guardaba las debidas condiciones para desarrollar una actividad de bar con cocina y que respetase los límites de calidad acústica, ese Ayuntamiento debe velar porque no vuelva a desarrollarse esa actividad, u otra similar, sin verificar que se hayan adoptado todas las medidas correctoras o de aislamiento precisas para hacer compatible, por un lado, el propio desarrollo de la actividad, con el derecho al descanso de quienes resultan afectados por el ruido de tal actividad por residir, como sucede en este caso, en la vivienda que se encuentra justo encima. Habiéndose ejecutado obras de modificación en el local, esta inspección y comprobación es, si cabe, más necesaria.

Sin embargo, dada esa falta de respuesta a nuestra segunda petición de informe, desconocemos si se ha

producido esa comprobación que determine el cumplimiento de la normativa de protección contra el ruido.

A la vista de todo ello y de conformidad con lo establecido en el artículo 29, apartado 1, de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, se formula la siguiente

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO 1 de la obligación de colaboración establecida en el artículo 19.1 de la LDPA, según el cual todos los poderes públicos y organismos de la Comunidad Autónoma de Andalucía están obligados a auxiliar, con carácter preferente y urgente, al Defensor del Pueblo Andaluz en sus investigaciones e inspecciones.

RECOMENDACIÓN 1 para que, en lo sucesivo, desde la Dirección General de Medio Ambiente de ese Ayuntamiento se atienda en un plazo prudencial y razonable de tiempo, ajustándose a los datos, documentos o informaciones concretos y puntuales que se pidan, las peticiones de colaboración realizadas por esta Institución en el curso de la tramitación de expedientes de quejas, incluido éste, con independencia de que se trate del primer informe, del segundo o de posteriores y sucesivos informes que se requieran.

RECORDATORIO 2, para el supuesto de que, a la fecha en que se reciba esta Resolución no se hayan aún comprobado las obras realizadas mediante declaración responsable en el local objeto de esta queja, de la obligación legal de ejercitar las competencias municipales determinadas en los artículos 39 bis y 71 bis de la LRJPAC, 77 de la Ordenanza reguladora de Obras y Actividades del Ayuntamiento de Sevilla y 40 de la Ordenanza contra la Contaminación Acústica, Ruidos y Vibraciones de Sevilla, de comprobación, verificación, investigación e inspección, respecto de las actividades y hechos sujetos a declaración responsable.

RECOMENDACIÓN 2 para que sin más demora se proceda a verificar por la Dirección General de Medio Ambiente, en coordinación con la Gerencia de Urbanismo, la adecuación de las obras realizadas en el local objeto de esta queja a la declaración responsable presentada, así como que dichas obras dan solución a las deficiencias detectadas en el local en cuanto a la protección contra el ruido, impactos y vibraciones, exigiendo, en caso de que así no sea, su subsanación, informándonos al respecto.

Confiamos, en cualquier caso, que se tenga en cuenta lo que el propio Ayuntamiento dice en la Exposición de Motivos de su Ordenanza contra la Contaminación Acústica, Ruidos y Vibraciones, en cuanto a que "*No puede obviarse que el daño que produce el ruido puede oscilar desde la generación de simples molestias hasta la producción de riesgos graves para la salud de las personas y el medio ambiente*" y que "*Por ello, la lucha contra la contaminación acústica ha de regularse desde una perspectiva amplia e integradora, abarcando todas las vertientes en las que se pone de manifiesto este problema, resultando necesario actuar en el ámbito de la prevención, vigilancia, control y disciplina de los emisores acústicos de competencia municipal, a través de instrumentos de gestión de la contaminación acústica*".

Jesús Maeztu Gregorio de Tejada Defensor del Pueblo Andaluz

Investigamos los problemas de estudiantes de bachillerato internacional y procedentes del sistema educativo francés para el acceso a Grados en el curso 2017/2018

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/5187 dirigida a Consejería de Economía y Conocimiento, Comisión de Distrito Único Universitario de Andalucía

- 11 Octubre 2017

Esta Institución ha tenido conocimiento de que la Comisión de Distrito Único Universitario de Andalucía habría acordado no tener en cuenta las asignaturas de especialidad que aparecen registradas en la certificación UNED para estudiantes de bachillerato internacional y procedentes de determinados sistemas educativos extranjeros, exigiendo la superación de materias en la fase específica de las pruebas de admisión.

Esta medida parece ser resultaba potestativa para las Universidades pero sería únicamente en Andalucía donde se habría implantado.

Dada la premura con que fue dictada la normativa para regular la prueba de acceso correspondiente al curso 2017/2018, al parecer se habría producido una inadecuada información por parte de los centros docentes a ciertos alumnos afectados por esta circunstancia, de modo que inicialmente se le habría indicado que no hacía falta que participasen en la prueba de evaluación específica.

Quizás por este motivo desde la Comisión de Distrito Único se les habría ofrecido la posibilidad de presentarse en la prueba de septiembre valorándoles la nota obtenida como si hubiesen concurrido en la fase ordinaria.

Por otro lado, según las quejas recibidas, la Comisión de Distrito Único tampoco habría tomado en consideración la certificación de la UNED acreditativa de la calificación obtenida en los estudios cursados por el sistema educativo francés (baccalauréat).

Las diversas quejas recibidas han puesto de manifiesto el alcance del problema expuesto en relación con la nota de admisión de estudiantes de Bachiller francés, por el número de personas que podrían estar afectadas y por el hecho de que la propia UNED habría informado a las personas que reclaman que ha sido decisión unilateral de las Universidades de Andalucía no aceptar la nota de admisión resultante de la aplicación de la fórmula aprobada por la UNED para expedir la acreditación UNEDasiss. Esta fórmula, según señalan expresamente, sí habría sido admitida por el resto de Universidades españolas.

Ello supone una actuación que entendemos genera una situación de discriminación del alumnado andaluz

frente al resto de estudiantes del territorio español, a quienes sí se habría tenido en cuenta las notas certificadas por la UNED para el acceso a sus respectivas Universidades.

Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas, esta Institución ha estimado oportuno iniciar queja de oficio con objeto de dirigirse a la Administración competente y trasladarle la problemática detectada así como solicitar un pronunciamiento al respecto.

En el curso de esta actuación sería necesario plantear la situación ante la Comisión de Distrito Único Universitario de Andalucía, a la que corresponde las decisiones relativas al ingreso a los estudios universitarios de Grado.

Consideramos que se encuentra afectado el derecho fundamental a la educación (artículo 27 de la Constitución), así como el derecho de todos a acceder en condiciones de igualdad a las Universidades públicas de Andalucía (artículo 21.7 del Estatuto de Autonomía para Andalucía).

Pedimos al Ayuntamiento de San Fernando que actúe ante la denuncia por el ruido en los veladores de dos bares

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 16/0596 dirigida a Ayuntamiento de San Fernando (Cádiz)

- 20 Noviembre 2017

El Defensor del Pueblo Andaluz recomienda al Ayuntamiento de San Fernando que se replantee el número de veladores autorizados a dos establecimientos hosteleros y estudie su reducción ante el número de personas que se reúnen en los mismos, ante las molestias que vienen padeciendo los vecinos colindantes por contaminación acústica. Asimismo, recomienda que se agilicen los procedimientos incoados contra dichos establecimientos y que se aborde este problema de ruidos de forma consensuada entre todas las áreas municipales con competencia.

ANTECEDENTES

Según los escritos recibidos de dos vecinos de la localidad gaditana de San Fernando, los hechos que motivaban esta queja eran los siguientes:

1.- Que ambos son vecinos de la calle … y afectados por las terrazas autorizadas en la misma, en concreto por las de los locales denominados "…" y "…", dado que están abiertos hasta las 2 de la madrugada y no es hasta las 3 cuando cesan los ruidos, después de recoger las mesas y sillas arrastrándolas.

2.- Que el Ayuntamiento, en opinión de los dos promotores de esta queja, *"está encubriendo un botellón en esa calle bajo la categoría de terraza autorizada porque una cosa es que la terraza tenga 20 mesas lo que supone unas 80 personas armando escándalo y otra cosa es que se acumulen muchas más personas de pie en la calle sin estar en ninguna mesa. Es una cosa exagerada, es como una verbena todos los fines de semana con muchísima gente y encima pasados de copas. Hay tanta gente que los vecinos no pueden entrar en sus casas sin pelear con algún borracho, invaden las aceras, es decir, es un auténtico botellón. Considero que a esa gran concentración de personas en la vía pública bebiendo se le llame terraza".*

3.- Que esta concentración de personas no se puede considerar terraza sino más bien botellón, con la única diferencia que las copas las compran en los locales pero después se quedan en la calle porque hay mucha más gente en las terrazas que dentro, con lo que se trataría de una situación tipificada en la Ley 7/2006, de 24 de octubre, dándose además la circunstancia de que la venta de bebidas para su consumo fuera de la terraza constituiría otra infracción prevista en la referida Ley, que tiene por objetivo la protección de la salud de los vecinos frente a las molestias que ocasiona el fenómeno del botellón.

4.- Que además de esta situación, planteaban también el problema de la falta de insonorización del bar "…", respecto del que había informes de ensayos acústicos que concluían que el ruido soportado en

algunas de las viviendas cercanas superaba los límites legales, pese a lo cual ese Ayuntamiento no habría exigido la adopción de medidas correctoras ni, en su caso, habría tomado medidas disciplinarias contra el referido local. Al respecto, consta que la Consejería de Medio Ambiente remitió oficio a ese Ayuntamiento trasladando los resultados de la medición e instando a la adopción de las medidas legales procedentes.

5.- Que esta falta de insonorización del "…" estaba causando en algunos vecinos graves problemas de salud o incidiendo muy negativamente en otros problemas de salud preexistentes, agravado por el hecho de que en este local se pone habitualmente música, pese a que no estaría autorizado para ello, circunstancia que habría sido denunciada y sobre la que se habría preguntado si había recaído expediente sancionador, sin respuesta hasta el momento.

6.- Que el local donde se ubica el "…" era un local en bruto que fue objeto de obras para una pizzería, respecto del que nunca se practicó medición de ruido para la autorización de la actividad por el Ayuntamiento.

7.- Que por todo ello lo que querían es que el Ayuntamiento comprobase físicamente en el local que se habían realizado obras de insonorización y que éstas eran efectivas para que se cumpliesen los objetivos de calidad acústica.

Según pudimos comprobar, habían sido muchos los escritos que por este asunto habían presentado los promotores de esta queja en ese Ayuntamiento. Así, por ejemplo, escritos presentados en fechas de enero de 2012; abril, mayo y junio de 2014. Algunos de estos escritos iban acompañados de diversa documentación, como el oficio que la Delegación Territorial de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de Cádiz remitió a ese Ayuntamiento en febrero de 2014 en el que se le trasladaba copia del informe de medición acústica practicado por la Unidad Móvil de Medida de la Contaminación Acústica con resultados desfavorables y por encima de los límites legales del Decreto 6/2012.

Igualmente, constan escritos presentados en fechas de junio, julio, agosto, septiembre y noviembre de 2015.

Admitida a trámite la queja e interesado el preceptivo informe de ese Ayuntamiento, recibimos de esa Alcaldía oficio de julio de 2016, acompañado de diversos informes:

1.- Informe del Inspector Jefe de la Policía Local, en el que se decía que del establecimiento denominado "…" constaban un total de 58 informes, de los cuales 3 se remitieron al Área de Desarrollo de la Ciudad-Delegación de Urbanismo, 9 al Área de Hacienda y Control de Gestión-Delegación de Patrimonio, 1 informe al Área de Promoción de la Ciudad-Delegación de Fiestas, 1 a la Delegación de Mantenimiento Urbano y Señalización y 44 informes relativos a órdenes de servicio o denuncias de particulares por vigilancia y control del horario de apertura.

Sobre el local denominado "…", constaban un total de 97 informes de los que 27 fueron remitidos a la Delegación de Patrimonio, 20 a la Delegación de Urbanismo, 1 a la Delegación de Mantenimiento Urbano y Señalización y 53 informes relativos a órdenes de servicio o denuncias de particulares por vigilancia y control del horario de apertura, utilización de equipos musicales e instalación y desmonte de la terraza.

Añadía este informe que *"dichos informes versan sobre vigilancia de esta Policía Local o denuncia de particulares, sobre ocupación de la vía pública, por el montaje de terrazas, cumplimiento de horario de cierre, molestias por ruido de la música o acumulación de personas en el exterior del establecimiento y que fueron remitidas a las distintas Áreas por ser de su competencia la instrucción de los correspondientes expedientes sancionadores que pudieran derivarse".*

2.- Informe del Servicio de Licencias y Disciplina Urbanística, del que se desprendía que contra el local "…" se habían tramitado dos expedientes sancionadores por disponer de música sin autorización, otros tres sobre adopción de medidas correctoras, y que se había iniciado otro nuevo expediente sancionador por disponer de música sin autorización. Se informaba también que se estaba gestionando el

procedimiento para el desmontaje de los mostradores en fachada denunciados por la policía local.

En cuanto al local "…", se informaba que no se había incoado expediente sancionador alguno si bien estaba en marcha el procedimiento para el desmontaje de los mostradores en fachada, denunciados por la Policía Local.

3.- Por su parte, el Delegado General de Desarrollo de la ciudad nos informaba que llegó a decretarse clausura y retirada de aparato musical y de climatización, que luego fue levantada en cuanto a esto último.

4.- Finalmente, el Área de Gestión Presupuestaria y Administración Pública, Servicio de Patrimonio e Inventario, informaba que el local "…" disponía de autorización para terraza de veladores con 16 mesas de 4 sillas, esto es, un total de 64 sillas. En cuanto al establecimiento "…", que tenía autorización para terraza de veladores de 18 mesas con 4 sillas, esto es, un total de 72.

De tal forma que entre los dos locales, que al parecer están a poca distancia, sumaban 34 mesas con 4 sillas cada una, es decir, hasta un máximo de 136 clientes sentados, si bien la realidad después es otra que resultaba bien conocida para todos, que en determinados momentos había muchas más personas alrededor de estas mesas.

En este último informe constaba que *"Finalmente, en cuanto a la adopción de medidas a adoptar por este Excmo. Ayuntamiento que garantice, en la medida de lo posible, el derecho al descanso de los vecinos afectados por estos establecimientos, se acompaña documento elaborado por el Área de Desarrollo Económico de esta Administración relativo a Código de Buenas Prácticas, que incluye acciones de concienciación en aras de la convivencia vecinal y el desarrollo de la actividad empresarial en la calle …, que se ha puesto en conocimiento de todos los responsables de los establecimientos de hostelería ubicados en la mencionada vía pública y al que éstos han prestado su conformidad".*

A la vista de esta información, dimos traslado de ella a los interesados en trámite de alegaciones, que formularon las siguientes:

- Que sorprendía que de los 97 informes emitidos por la Policía Local, solo se hubieran incoado dos expedientes sancionadores contra el establecimiento denominado "…".
- Que sorprendía que pese a que se habían seguido presentando nuevas denuncias, no se hubiese incoado nuevo expediente sancionador contra el citado local.
- Que a pesar de que se estaba preparando el procedimiento para el desmontaje de la barra exterior, la aglomeración de personas seguía produciéndose sin que hasta el momento se desprendiese alguna actuación municipal eficaz para evitar la situación.
- Uno de los afectados decía que ha tenido que sufragar un ensayo acústico del que se desprendía que el local superaba todos los límites de sonido máximos permitidos.
- Que el documento de "Buenas prácticas" no era más que un documento de buenas intenciones que debería imponerse obligatoriamente y que se trataba de "papel mojado".
- Que sorprendía que no se hubiese incoado expediente sancionador alguno contra "…", pese a las 58 denuncias formuladas.
- Que la gran acumulación de personas que se concentra en la calle no se puede considerar que estén en la terraza sino que está más cerca del fenómeno del "botellón", que debe ser sancionado conforme a la Ley 7/2006.

Ante tales alegaciones, solicitamos nuevo informe de ese Ayuntamiento, mediante escritos de octubre y diciembre de 2016, y enero de 2017, además de mediante llamada telefónica al Ayuntamiento en marzo de 2017, con envío de correo electrónico incluido, sin que hasta el momento hayamos tenido respuesta, pese a los intentos realizados. En concreto, lo que pedíamos a ese Ayuntamiento era lo siguiente:

"- Que se replantee el número de veladores autorizados a estos dos establecimientos y se estudie su reducción con objeto de alcanzar dos objetivos: primero, la reducción del número de personas acumuladas en los mismos y en torno a los veladores; y segundo, la reducción del ruido generado por la retirada de los

veladores, a cuyo efecto sería conveniente valorar la idoneidad de los veladores utilizados y los materiales de los que están fabricados, por si pudieran ser sustituidos por otros menos ruidosos.

- Que se valore el ensayo acústico aportado por uno de los afectados y que se determine qué hacer con la denuncia de insuficiente aislamiento del local sobre el que se ha realizado dicho ensayo.

- Que se valore por la policía local la procedencia de aplicar la Ley 7/2006, conocida como "ley anti-botellón", a la personas que se aglomeran en torno a los veladores de estos locales.

- Que se agilicen los procedimientos de retirada y desmontaje de los mostradores externos puestos en marcha.

- Motivos por los que sobre uno de los locales, pese a las denuncias formuladas, no se ha incoado expediente sancionador.

Al margen de todas estas cuestiones sobre las que esperamos informe, creemos que el problema que se plantea con estos dos locales es de la suficiente gravedad como para provocar una reunión de todas las áreas municipales implicadas en su solución con objeto de adoptar medidas consensuadas que permita a los vecinos y vecinas afectadas disfrutar de un domicilio libre de ruidos. Esperamos que se valore la procedencia de esa reunión y que se celebre y que se tenga en cuenta la trascendencia de la situación y la gravedad de la problemática".

CONSIDERACIONES

El artículo 19.1 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz (LDPA), establece que todos los poderes públicos y organismos de la Comunidad Autónoma de Andalucía están obligados a auxiliar, con carácter preferente y urgente, al Defensor del Pueblo Andaluz en sus investigaciones e inspecciones. En este sentido, el hecho de que ya se haya emitido un primer informe en este expediente de queja, no es óbice para que esta Institución considere necesario y requiera un segundo o ulterior informe sobre el mismo asunto. Hay que recordar que esta obligación de auxilio y colaboración «con carácter preferente y urgente» que se debe a esta Institución, lo es durante toda la fase de investigación y comprobación de una queja o en un expediente iniciado de oficio.

En consecuencia, el Ayuntamiento de San Fernando, al no enviarnos el último informe que hemos solicitado en esta queja, a pesar de haberlo requerido hasta en tres ocasiones por escrito, más una última de manera telefónica con posterior remisión de correo electrónico al Gabinete de Alcaldía, ha incumplido el deber de auxilio y colaboración al que está obligado en función del artículo 19 de la LDPA.

En cualquier caso, la ausencia de este informe no ha impedido a esta Institución analizar, dentro de lo posible, el fondo del asunto y dictar la presente Resolución, en la consideración de que ésta es la mejor forma de cumplir el cometido que nos encomiendan los artículos 41 y 128 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, aprobado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo.

En cuanto al fondo del asunto, ya en esa segunda petición de informe cursada a ese Ayuntamiento, que no ha sido respondida, decíamos lo siguiente:

"A la vista de estas alegaciones y teniendo en cuenta, por un lado, que nos parece excesivo el número de veladores autorizados a este local, y por otro lado, los resultados desfavorables del ensayo acústico encargado por uno de los afectados, creemos que resulta exigible que por parte de ese Ayuntamiento se adopte otra forma de tratar este problema puesto que no cabe duda alguna de que existe, de que ostenta verdadera gravedad para las familias afectadas (basta solo tener en cuenta el número de informes policiales evacuados) y que se está produciendo un quebranto y un perjuicio intolerables para éstas en su calidad de vida.

Desde esta perspectiva, nos parece, en primer lugar, que debe replantearse ese Ayuntamiento el número

de veladores autorizados a estos dos locales, pues el problema principal viene motivado por la aglomeración de personas en las terrazas de establecimientos, pues ya se ha dicho que entre los dos suman 136 personas sentadas, que en algunas ocasiones han sido incluso más, a las que hay que añadir todas las que se aglomeran en el entorno consumiendo, que según uno de los escritos de alegaciones puede ascender a 300 personas.

En segundo lugar, los técnicos municipales deben igualmente valorar el ensayo acústico aportado por el afectado-denunciante en cuanto al local denominado "…", pues los resultados son desfavorables. Por lo tanto, es posible que haya que exigir medidas correctoras para que el inmueble tenga un aislamiento adecuado para la actividad que desarrolla.

Finalmente, nos parece que, además de todo lo anterior, debe acelerarse el asunto del desmontaje de los mostradores exteriores y vigilar que la aglomeración de personas en el exterior no pueda ser incluida en el fenómeno del "botellón", aunque sea encubierto pues, una vez más hay que decir, gran parte del problema viene motivado por la aglomeración de personas en torno a estos locales y a sus terrazas de veladores, consumiendo con todo lo que ello implica: voces, griterío, ruido ambiente, impacto de vasos en las mesas, movimiento de sillas, etc.

Todo ello nos lleva a dar la razón a los afectados cuando piden que de una vez por todas se tomen medidas efectivas que pongan solución a su problema de ruidos, provocado especialmente por la ineficacia municipal hasta el momento".

A la vista de todo ello y de conformidad con lo establecido en el artículo 29, apartado 1, de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, se formula la siguiente

RESOLUCIÓN

RECORDATORIO 1 de la obligación de colaboración establecida en el artículo 19.1 de la LDPA, según el cual todos los poderes públicos y organismos de la Comunidad Autónoma de Andalucía están obligados a auxiliar, con carácter preferente y urgente, al Defensor del Pueblo Andaluz en sus investigaciones e inspecciones.

RECOMENDACIÓN 1 para que se emita el informe interesado en el presente expediente de queja a la mayor brevedad posible, incluyendo en su contenido las novedades que hayan acontecido respecto del espacio objeto de esta queja desde que lo solicitáramos por primera vez.

RECORDATORIO 2, en el supuesto de que, a la fecha en que se reciba esta Resolución persista el problema de contaminación acústica objeto de esta queja, de la obligación inexcusable que tiene ese Ayuntamiento de ejercitar de forma eficaz sus competencias en materia de medio ambiente, de protección contra la contaminación acústica y de policía de actividades y establecimientos públicos.

RECOMENDACIÓN 2 para que:

1. Se replantee el número de veladores autorizados a estos dos establecimientos y se estudie su reducción con objeto de alcanzar dos objetivos: primero, la reducción del número de personas acumuladas en los mismos y en torno a los veladores; y segundo, la reducción del ruido generado por la retirada de los veladores, a cuyo efecto sería conveniente valorar la idoneidad de los veladores utilizados y los materiales de los que están fabricados, por si pudieran ser sustituidos por otros menos ruidosos.
2. Se valore el ensayo acústico aportado por uno de los afectados y que se determine qué hacer con la denuncia de insuficiente aislamiento del local sobre el que se ha realizado dicho ensayo.
3. Se valore por la policía local la procedencia de aplicar la Ley 7/2006, conocida como "ley anti-botellón", a la personas que se aglomeran en torno a los veladores de estos locales.
4. Se agilicen los procedimientos de retirada y desmontaje de los mostradores externos puestos en marcha.

Published on *Defensor del Menor de Andalucía* (http://defensordelmenordeandalucia.es)

¿Por qué los conservatorios no tienen un cupo de plazas para alumnado con discapacidad? Lo reclamamos

Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 17/0976 dirigida a Consejería de Educación, Secretaría General de Educación y Formación Profesional

- 31 Julio 2017

Sugerimos que se promueva la modificación de los Decretos 240/2007 y 241/2007, ambos de 4 de septiembre, por los que se establece respectivamente la ordenación y currículo de las enseñanzas profesionales de música y danza en Andalucía; y de los Decretos 16/2009 y 17/2009, ambos de 20 de enero, por los que se establece respectivamente la ordenación y el currículo de las enseñanzas elementales de música y danza, a fin de que se incluya en estas normas la obligación de los conservatorios de adaptar las pruebas de acceso a las citadas enseñanzas del alumnado con discapacidad, y además que se contemple en los procesos de acceso y admisión la reserva de un cupo de plazas específicas para dichos alumnos y alumnas.

ANTECEDENTES

Esta Institución ha venido prestando una singular atención a la defensa de los derechos del alumnado con necesidades específicas de apoyo educativo debidas a sus capacidades personales de orden físico, psíquico, cognitivo o sensoriales por tratarse de uno de los colectivo más desprotegidos y desfavorecidos de nuestra sociedad.

Ello se ha traducido en una apuesta firme y decidida por intentar dar respuestas a las demandas de los más débiles así como por servir de apoyo a aquellos ciudadanos y ciudadanas que mayores dificultades encuentran para conseguir que sus derechos y aspiraciones legítimas sean respetados y amparados por la Administración pública.

Para la consecución de este objetivo hemos venido postulando la necesidad de hacer realidad en el ámbito educativo el principio integrador proclamado respecto de las personas con discapacidad en el artículo 49 de la Constitución, reclamando la adopción por los poderes públicos de políticas eficaces que permitan la integración de las personas con discapacidad en el sistema educativo.

Muchas han sido las actuaciones emprendidas por esta Defensoría, a instancias de la ciudadanía o de

oficio, para mejorar y compensar las condiciones de escolarización del alumnado con necesidades educativas especiales, o dirigidas a hacer posible que éste se beneficie de todos los recursos que el sistema educativo puede ofrecerle. Ello sin olvidar el impulso de aquellas otras medidas más innovadoras que, de una o otra forma, faciliten la acción compensatoria de la realidad educativa a este sector de la población escolar que reclama de especiales atenciones y apoyos.

En este contexto, hemos estimado necesario abordar y analizar cómo se está desarrollando en estos momentos el acceso del alumnado con algún tipo de discapacidad a las enseñanzas, tanto elementales como profesionales, de música y danza.

Y así, debemos comenzar recordando que abundan los textos legales que reconocen el derecho a la igualdad de oportunidades, a la no discriminación y a la accesibilidad universal del alumnado con discapacidad al sistema educativo.

La propia Ley de Educación (Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo) dentro del Título dedicado a la Equidad en la Educación señala a las Administraciones educativas como las responsables para proporcionar al alumnado todos los medios necesarios para que aquel alcance el máximo de su desarrollo personal, intelectual, social y emocional, así como los objetivos establecidos con carácter general en la norma. Por lo que respecta al alumnado que presenta necesidades educativas especiales, la meritada Ley reconoce que su escolarización se regirá por los principios de normalización e inclusión y asegurará su no discriminación y la igualdad efectiva en el acceso y la permanencia en el sistema educativo, pudiendo introducirse medidas de flexibilización de las distintas etapas educativas cuando se considere necesario.

En el ámbito andaluz, la Ley 17/2007, de 10 de diciembre, de Educación, obliga al sistema educativo público a garantizar el acceso y la permanencia en el mismo del alumnado con necesidades específicas de apoyo educativo (artículo 113). Una de las acciones para el cumplimiento de estos fines es la obligatoriedad de que la Administración educativa adapte al mencionado alumnado las distintas pruebas de acceso a las enseñanzas o para la obtención de titulaciones que se recogen en esta norma (artículo 119), entre las que se encuentran evidentemente las enseñanzas artísticas de música y danza.

Para garantizar tanto el acceso como la permanencia del alumnado con necesidades específicas de apoyo educativo en las distintas enseñanzas las Administraciones educativas, dando cumplimiento a los mandatos legales, vienen poniendo en práctica un conjunto variado de medidas, de las que resultan ser más efectivas y, por tanto, más comunes, aquella consistente en la reserva de un determinado número de plazas para estos alumnos, y las adaptaciones a las pruebas de aptitud para acceder a dichas enseñanzas cuando ello sea necesario. También la adaptación del currículo a las necesidades de este tipo de alumnado es una medida imprescindible para garantizar la igualdad de oportunidades y no discriminación a las que venimos aludiendo.

Pues bien, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, ocurre que las normativa reguladora de las enseñanzas elementales y profesionales de música y danza no contempla un cupo de reserva específico para el alumnado con necesidades específicas de apoyo educativo ni tampoco establece singularidad o especificidad alguna con la posible adaptación de las pruebas de acceso a las necesidades específicas o características del alumnado.

Ciertamente, en el ámbito de las enseñanzas elementales, el Decreto 16/2009, de 20 de enero, y el Decreto 17/2009, de 20 de enero, por los que se establecen la ordenación y el currículo de las enseñanzas elementales de danza y música respectivamente, obvian cualquier referencia expresa a estas medidas de reserva de plaza y de adaptación a las pruebas de acceso. Lo mismo acontece con las enseñanzas profesionales a tenor de lo establecido en el Decreto 240/2007, de 4 de septiembre, y en el Decreto 241/2007, de 4 de septiembre, reguladores de las enseñanzas profesionales de danza el primero de ellos, y de música segundo.

A pesar de la ausencia de acomodo de la normativa reguladora de las enseñanzas señaladas a las

prescripciones de las distintas normas educativas aludidas, por lo que respecta al alumnado con necesidades específicas de apoyo educativo, las bondades de la reserva de plaza y adaptación de las pruebas de acceso han justificado la existencia de un proyecto pionero en la materia. Su aprobación corrió a cargo del Parlamento de Andalucía el 28 de abril de 2011, siendo posteriormente autorizado por la Consejería de Educación mediante resoluciones que se renuevan anualmente.

Nos referimos al proyecto "Musintégrate" que se está desarrollando actualmente en el conservatorio profesional de música "Maestro Chicano Muñoz" de Lucena (Córdoba). Se trata de un programa de innovación educativa cuyo objetivo principal es integrar al alumnado con necesidades educativas especiales en las enseñanzas básicas de música. Para tan loable finalidad, se realiza una adaptación de las pruebas de aptitud para el acceso conforme a las características específicas de cada alumno o alumna que lo solicite, de modo que se puedan apreciar de forma óptima todas sus capacidades y potencial. Además de ello, el proyecto contempla una reserva de plazas destinadas exclusivamente para este alumnado, en concreto, se reserva un total de cuatro plazas de las que oferta el Conservatorio.

Sobre la base de estos antecedentes, conforme a lo establecido en la Ley reguladora del Defensor del Pueblo Andaluz, esta Institución ha acordado emprender, de oficio, el presente expediente de queja.

En consecuencia, solicitamos a la Administración la emisión de un informe sobre las distintas actuaciones e iniciativas emprendidas para modificar la actual normativa reguladora de las enseñanzas básicas y profesionales de música y danza de modo que se posibilite el desarrollo de la adaptación de las pruebas de acceso a las mismas al alumnado con necesidades específicas de apoyo educativo así como para que se reserve un cupo específico de plazas para dichos alumnos.

En su respuesta esa Administración viene a poner de manifiesto que si bien es cierto que de forma específica no se determinan adaptaciones concretas para el acceso a estas enseñanzas, desde la Consejería de Educación se hace un gran esfuerzo para apoyar debidamente a este alumnado. A estos efectos, se aprobó por parte del Parlamento de Andalucía una Proposición no de Ley que instó al Consejo de Gobierno a establecer los mecanismos necesarios para la autorización al Conservatorio Profesional de Música "Maestro Chicano Muñoz", de Lucena (Córdoba) del proyecto de integración de alumnado con discapacidad "Musintégrate" aprobado por el claustro de dicho centro. Este proyecto, que tiene como objetivo acercar las enseñanzas de música al alumnado con discapacidad, consiste tanto en la adaptación de las pruebas de acceso conforme a las características del alumnado con discapacidad solicitante, como en una reserva de plazas destinadas al mismo.

Añade en su informe la Secretaría que desde el curso 2011/2012 en el que se puso en marcha el citado proyecto, se viene autorizando anualmente, y en la actualidad se está trabajando para extenderlo al conservatorio profesional de música "Andrés Segovia" de Linares para el próximo curso escolar 2017/2018.

Por otro lado señala el organismo de referencia que se requiere una capacitación específica en la formación inicial del profesorado para el ejercicio de la docencia en las enseñanzas de música para alumnado con discapacidad, profesorado que además deben contar con unos conocimientos psicopedagógicos y estrategias didácticas que requieren formación específica. Por ello, la Consejería se ha mantenido en la línea de impulsar y apoyar propuestas de algunos centros, sin que se estime que pueda ser una acción que, de momento, se emprenda con carácter general a todos los conservatorios de Andalucía.

Concluye el informe señalando que estos programas innovadores deberán ser evaluados por la Administración educativa para verificar la idoneidad de la prueba de acceso y el progreso efectivo de este alumnado. Una vez efectuada la citada evaluación, y sobre la base de las conclusiones obtenidas, se procederá a valorar la posible modificación de la norma correspondiente.

CONSIDERACIONES

1.- Sobre la normativa de aplicación al alumnado afectado por algún tipo de discapacidad.

La Constitución española, en su artículo 9, atribuye a los poderes públicos la obligación de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. También recoge el Texto constitucional la obligación de realizar una política de integración de las personas con discapacidad amparándolas especialmente para el disfrute de los derechos reconocidos a todos los ciudadanos (artículo 49).

Es así que para garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, señala en varios de sus preceptos que los poderes públicos establecerán medidas contra la discriminación y medidas de acción positiva en beneficio de estos ciudadanos y ciudadanas susceptibles de ser objeto de un mayor grado de discriminación, que podrán consistir, entre otras, en apoyos complementarios y normas, criterios y prácticas más favorables (artículos 64.1, 67.1 y 68.1).

Por su parte, la Ley Orgánica de Educación (Ley 2/2006, de 3 de mayo) contempla como principios que debe regir el sistema educativo, entre otros, la flexibilidad para adecuar la educación a la diversidad de aptitudes, intereses, expectativas y necesidades del alumnado, así como la calidad de la educación para todos los alumnos y alumnas, con independencia de sus condiciones y circunstancias. A tal efecto la norma impone a las Administraciones educativas la obligación de arbitrar medidas y recursos tendentes a estimular al máximo el desarrollo personal, intelectual, social y emocional del alumnado que requiera una atención educativa diferente a la ordinaria por presentar necesidades educativas especiales.

En su artículo 71, apartado 2, la mencionada Ley Orgánica establece la obligación de las Administraciones educativas de asegurar los recursos necesarios para que los alumnos y alumnas que requieran una atención educativa diferente a la ordinaria, por presentar necesidades educativas especiales, por dificultades específicas de aprendizaje, TDAH, por sus altas capacidades intelectuales, por haberse incorporado tarde al sistema educativo, o por condiciones personales o de historia escolar, puedan alcanzar el máximo desarrollo posible de sus capacidades personales y, en todo caso, los objetivos establecidos con carácter general para todo el alumnado.

En concordancia con estas proclamas, la Ley 17/2007, de Educación de Andalucía, señala que el sistema educativo público garantizará el acceso y la permanencia del alumnado con necesidades específicas de apoyo educativo, cuya escolarización se regirá por los principios de normalización, inclusión escolar y social, flexibilización, personalización de la enseñanza y coordinación interadministrativa, y podrá realizarse en los recursos específicos que resulten de difícil generación.

Como podemos comprobar, tanto la normativa estatal como autonómica contienen referencias muy específicas a la igualdad de oportunidades, a la no discriminación y a la accesibilidad universal del alumnado con discapacidad. De ello se deriva que la inclusión de este tipo de alumnado en el sistema educativo deberá llevarse a efecto con medidas, programas y acciones positivas a su favor.

2.- Sobre la reserva de un cupo específico de plazas en los procesos de admisión a las distintas enseñanzas para el alumnado con discapacidad.

Una de las medidas de acción positiva más común y que goza de mayor valoración se refiere a los sistemas y procedimientos de admisión de alumnos a través de la reserva de un porcentaje de plazas para los estudiantes con discapacidad.

En la Comunidad Autónoma de Andalucía esta medida se encuentra recogida, entre otras, en la normativa reguladora de los procesos de escolarización. Efectivamente el Decreto 40/2011, de 22 de febrero -modificado por el Decreto 9/2017, de 31 enero-, por el que se regulan los criterios y el procedimiento de admisión del alumnado en los centros docentes públicos y privados concertados para cursar las

enseñanzas de segundo ciclo de educación infantil, educación primaria, educación especial, educación secundaria obligatoria y bachillerato, contempla expresamente la necesidad de garantizar las condiciones más favorables para el alumnado con necesidades específicas de apoyo educativo, teniendo en cuenta los recursos disponibles en el centro.

Para tal fin, la mencionada norma, es su artículo 36, apartado 2, obliga a la Administración educativa a reservar hasta el final del periodo de matrícula en los procesos de escolarización un máximo de tres plazas por unidad en los centros públicos y privados concertados para el alumnado con necesidades específicas de apoyo educativo.

Hemos de destacar que la reserva de plazas a la que aludimos no se encuentra limitada a las enseñanzas obligatorias, ya que la misma se hace extensiva también al bachillerato, e incluso a las enseñanzas universitarias.

Ciertamente el Real Decreto 412/2014, de 6 de junio, por el que se establece la normativa básica de los procedimientos de admisión a las enseñanzas universitarias oficiales de Grado, obliga en su artículo 26 de forma expresa e inequívoca a todas las universidades a reservar un porcentaje de al menos un cinco por ciento de las plazas ofertadas para el acceso a las enseñanzas universitarias oficiales de Grado de los estudiantes que tengan reconocido un grado de discapacidad igual o superior al treinta y tres por ciento, así como para aquellos estudiantes con necesidades educativas especiales permanentes asociadas a circunstancias personales de discapacidad, que durante su escolarización anterior hayan precisado de recursos y apoyos para su plena normalización educativa.

De este modo, son muchas las instituciones universitarias que han recogido esta reserva de plazas no solo para las enseñanzas de Grado sino que también se contempla para los estudios de máster y doctorado.

Pues bien, la normativa reguladora de las enseñanzas elementales y profesionales de música y danza en Andalucía, como hemos puesto de manifiesto, no contempla un cupo de reserva específico para el alumnado con necesidades específicas de apoyo educativo ni tampoco establece singularidad o especificidad alguna con la posible adaptación de las pruebas de acceso a las necesidades específicas o características del alumnado, aunque sí obliga a los centros educativos a la adaptación del currículo al alumnado con discapacidad.

Respecto de las enseñanzas elementales, el Decreto 16/2009, de 20 de enero, y el Decreto 17/2009, de 20 de enero, por los que se establecen la ordenación y el currículo de las enseñanzas elementales de danza y música respectivamente, obvian cualquier referencia expresa a estas medidas de reserva de plaza y de adaptación a las pruebas de acceso. Lo mismo acontece con las enseñanzas profesionales a tenor de lo establecido en el Decreto 240/2007, de 4 de septiembre, y en el Decreto 241/2007, de 4 de septiembre, reguladores de las enseñanzas profesionales de danza el primero de ellos, y de música segundo.

A pesar de la ausencia de acomodo de la normativa reguladora de las enseñanzas señaladas a las prescripciones de las distintas normas educativas aludidas, las bondades de la reserva de plaza y adaptación de las pruebas de acceso han justificado la existencia de un proyecto pionero en la materia, tal como ha apuntado esa Secretaría General en su informe. Su aprobación corrió a cargo del Parlamento de Andalucía el 28 de abril de 2011, siendo posteriormente autorizado por la Consejería de Educación mediante resoluciones que se renuevan anualmente.

No podemos por menos que valorar muy positivamente la puesta en funcionamiento de este importante proyecto “Musintégrate” que se está desarrollando actualmente en el conservatorio profesional de música “Maestro Chicano Muñoz” de Lucena (Córdoba). Un programa de innovación educativa cuyo objetivo principal es integrar al alumnado con necesidades educativas especiales en las enseñanzas básicas de música. Para tan loable finalidad, se realiza una adaptación de las pruebas de aptitud para el acceso conforme a las características específicas de cada alumno o alumna que lo solicite, de modo que se puedan apreciar de forma óptima todas sus capacidades y potencial. Además de ello, el proyecto

contempla una reserva de plazas destinadas exclusivamente para este alumnado, en concreto, se reserva un total de cuatro plazas de las que oferta el conservatorio.

Conocemos asimismo por la Secretaría General de los trabajos emprendidos para extender este proyecto a un segundo conservatorio, en este caso, al conservatorio profesional de música “Andrés Segovia” de Linares, una implementación que al parecer está prevista que se realice el próximo curso 2017/2018, y no podemos por menor que congratulamos con esta medida.

Ahora bien, en nuestra condición de garantes de los derechos del alumnado con discapacidad, entendemos que estas acciones no son suficientes, y que las medidas de acción positiva que se plasman en los mencionados proyectos deben hacerse extensivas a todos los conservatorios ubicadas en la Comunidad Autónoma andaluza, para dar cumplimiento a la normativa ya citada y comentada en este escrito.

Somos conscientes de los importantes retos a los que se han de enfrentar los profesionales de la docencia para atender al alumnado con discapacidad en unas enseñanzas tan peculiares, del mismo modo que no se nos escapa el esfuerzo de formación, conocimientos psicopedagógicos y estrategias didácticas específicas que han de realizar dichos profesionales.

Sin embargo, este importante reto no puede justificar, en nuestro criterio, la inexistencia en la práctica totalidad de los conservatorios andaluces de las acciones y medidas de adaptación de prueba y reserva de plazas señaladas, las cuales, como hemos puesto de relieve, resultan necesarias para dar cumplimiento a la igualdad de oportunidades, a la no discriminación y a la accesibilidad universal del alumnado afectado por algún tipo de discapacidad que proclaman todas las normas traídas a colación.

Por otro lado, hemos de tener presente que la normativa reguladora de las enseñanzas que nos ocupan datan del año 2007 en el caso de las enseñanzas profesionales, y del año 2009 en el caso de las enseñanzas elementales, por lo que, habiendo transcurrido 10 y 8 años respectivamente desde su entrada en vigor, consideramos que ha pasado un tiempo más que prudencial para que las acciones que reclamamos se hayan extendido con carácter general a todos los conservatorios andaluces. Un lapso de tiempo suficiente para que se haya dotado a los conservatorios los recursos personales y materiales necesarios para la atención del alumnado con algún tipo de discapacidad que desee acceder a las enseñanzas de música y danza.

En otro orden de cosas, nos parece no sólo razonable sino muy oportuno y necesario, los procesos de evaluación del proyecto “MusIntégrate” que se desarrolla en el conservatorio profesional de música “Maestro Chicano Muñoz” de Lucena (Córdoba) y que se hará extensivo al conservatorio profesional de música “Andrés Segovia” de Linares. Sin embargo, los resultados de esta evaluación y la experiencia adquirida con la puesta en práctica del proyecto deberán servir de guía y referencia para los demás conservatorios , pero en modo alguno puede su resultado supeditar su extensión al resto de los conservatorios, tal como apunta esa Secretaría General. Y ello porque la extensión de las medidas que se contempla en este proyecto no es una cuestión graciable o experimental sino que es preceptiva, como hemos reiterado, para dar cumplimiento a los mandatos legales a favor del alumnado con discapacidad.

Con fundamento en lo señalado, y al amparo de las competencias que atribuye a esta Institución el artículo 29 de la Ley 9/1981, de 1 de diciembre, he resuelto dirigir a ese organismo la siguiente

RESOLUCIÓN

Que se promueva la modificación de los Decretos 240/2007 y 241/2007, ambos de 4 de septiembre, por los que se establece respectivamente la ordenación y currículo de las enseñanzas profesionales de música y danza en Andalucía; y de los Decretos 16/2009 y 17/2009, ambos de 20 de enero, por los que se establece respectivamente la ordenación y el currículo de las enseñanzas elementales de música y danza, a fin de que se incluya en estas normas la obligación de los conservatorios de adaptar las pruebas de acceso a las citadas enseñanzas del alumnado con discapacidad, y además que se contemple en los procesos de acceso y admisión la reserva de un cupo de plazas específicas para dichos alumnos y alumnas.

Published on *Defensor del Menor de Andalucía* (http://defensordelmenordeandalucia.es)

¿En qué condiciones se examina el alumnado con discapacidad auditiva para obtener el título de B1 en lengua extranjera en las Escuelas Oficiales de Idiomas?. Lo preguntamos

Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 17/0613 dirigida a Consejería de Educación

- 10 Julio 2017

RESUMEN DEL RESULTADO (CIERRE DE QUEJA DE OFICIO)

Analizado el contenido del informe emitido por la Administración, teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el presente supuesto, esta Institución ha acordado, conforme a las previsiones contenidas en la Ley 36/1985, de 6 de noviembre, por la que se regulan las relaciones entre la Institución del Defensor del Pueblo y las figuras similares en las distintas Comunidades Autónoma, dar traslado del asunto a la Defensoría del Pueblo de España.

02-03-2017 APERTURA DE LA QUEJA DE OFICIO

La formación en lenguas extranjeras es un instrumento fundamental que contribuye a la calidad de la educación. El conocimiento de idiomas abre camino a nuevas oportunidades académicas y mejora las posibilidades de incorporación al mercado laboral.

En este contexto, las directrices del Consejo Europeo para las lenguas y el Plan de Fomento del Plurilingüismo en Andalucía promueven la competencia lingüística de los miembros de la comunidad educativa. De este modo, se ha establecido la generalización del aprendizaje de idiomas entre el alumnado universitario, estableciéndose para ello que cada estudiante deberá acreditar como nivel de salida al finalizar los estudios de grado, como mínimo el nivel B1 del marco Europeo de Referencia para las Lenguas (MCERL), que corresponde a un nivel de usuario independiente en una lengua extranjera. Esta misma exigencia se contempla tanto para el acceso como para la finalización de estudios de algunos títulos de Máster universitario.

La creciente y acreditada importancia de la certificación lingüística hace que la igualdad de oportunidades pase necesariamente por otorgar a personas con diferentes discapacidades la posibilidad de obtener dichos títulos en igualdad de condiciones que el resto de candidatos.

Pues bien, con la aparición de la exigencia del nivel B1 en la acreditación de la lengua extranjera para la obtención del título de Grado en las universidades españolas, emerge una nueva necesidades para los estudiantes con discapacidad auditiva que limitan el acceso a la obtención de aquel. Ciertamente el alumnado sordo, con discapacidad auditiva o con problemas del habla presenta graves dificultades para acreditar determinadas competencias como son la comprensión auditiva y expresión oral, donde se miden no sólo los conocimientos sino también unas competencias fisiológicas difícilmente alcanzables para estos alumnos por su naturaleza y diversidad funcional.

Este reto está obteniendo una respuesta dispar entre los Institutos de Idiomas y las Escuelas Oficiales de Idiomas dependientes de la Consejería de Educación.

Es así que determinadas Universidades andaluzas, conscientes de este problema, ya desde el año 2013 vienen recogiendo en sus normativas las pertinentes adaptaciones y exenciones para el alumnado con discapacidad auditiva y personas sordas en la educación de lenguas extranjeras basadas en el MCERL. Tal es el caso de la Universidad de Sevilla (Resolución rectoral de 22 de febrero de 2013, reguladora de los procedimientos de adquisición y acreditación de las competencias lingüísticas exigidas en los estudios de grado y máster universitario), de la Universidad de Córdoba (Acuerdo 0/12/01/07/01: exención del requisito de nivel B1 de una lengua extranjera para discapacitados auditivos), o la Universidad de Málaga (Acuerdo del Consejo de Gobierno de 20 de diciembre de 2012, por el que se aprueba el reglamento sobre atención académica al estudiante con discapacidad).

En las normas señaladas se recogen no solo las preceptivas adaptaciones para la realización de las pruebas, como lo son disposición de tiempo adicional en el desarrollo de la prueba que acredite el nivel, la puesta a disposición de los recursos materiales y personales que precise, o la accesibilidad a información y comunicación durante el proceso para la acreditación del nivel; si no que estas disposiciones van más allá y permiten la exención de todas o algunas de las destrezas de obligado cumplimiento para acreditar el nivel B1 en lengua extranjera.

Sin embargo, como apuntamos, estas previsiones no se contemplan en su totalidad en las enseñanzas de idiomas en régimen especial que se imparten en las Escuelas Oficiales de Idiomas. Recordemos que el Decreto 239/2007, de 4 de septiembre, por el que se establece la ordenación y el currículo de las enseñanzas de idiomas en régimen general establece que que el diseño, la administración y la evaluación de las pruebas para la obtención de los certificados por parte del alumnado con discapacidad se basarán en los principios de igualdad de oportunidades, no discriminación y compensación de desventajas, y los procedimientos de evaluación contendrán las medidas que resulten necesarias para su adaptación a las necesidades especiales de este alumnado. Por su parte, la Orden de 12 de diciembre de 2011, por la que se regula la elaboración y la organización de las pruebas terminales específicas de certificación de idiomas, contempla la posibilidad de realizar adaptaciones en función de las condiciones especiales de cada caso para facilitar la realización de las pruebas. Sin embargo, en ninguna de las dos normas mencionadas contempla específicamente exención alguna para las personas con discapacidad auditiva o de cualquier otra tipología, lo que está impidiendo que muchas personas pueden obtener en las Escuelas Oficiales de Idiomas la acreditación del nivel de lengua extranjera que se le exige para la obtención del grado o master universitario.

Son muchas las normas a nivel internacional, nacional y autonómico que reconoce el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, y que ampara el establecimiento de las exenciones y adaptaciones que se proponen. Sin ánimo de ser exhaustivos debemos referirnos a la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006, ratificada por España en el año 2008, la Constitución Española (artículo 49), La Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, la Ley 17/2007, de 10 de diciembre, de Educación de Andalucía, o la Ley 1/1999, de 31 de marzo, de atención a las personas con discapacidad en Andalucía.

Sin embargo, a pesar del marco legal señalado, que obliga a las Administraciones a establecer medidas contra la discriminación y también medidas de acción positiva en beneficio de las personas con discapacidad suceptibles de ser objeto de un mayor grado de discriminación, lo cierto es que, hasta la fecha, la normativa reguladora de las enseñanzas especiales de idiomas en la CCAA de Andalucía no permite la exención de determinadas pruebas terminales específicas de certificación de los distintos idiomas.

Al respecto hemos de recordar que este asunto ya fue tratado por la Defensoría en el año 2014, fecha en la que desde esa Consejería se nos puso de manifiesto que se estaba analizando, junto con otros componentes en la materia dentro de la Consejería, la posibilidad de establecer normativamente el procedimiento a seguir para los casos que exceden a las adaptaciones contempladas en la normativa vigente, al objeto de estar en disposición de dar una respuesta adecuada a los mismos. Reconocía esa Consejería al mismo tiempo que son cada vez más numerosas las personas con discapacidad que cursan enseñanzas especializadas de idiomas a las que las adaptaciones de material didáctico, mayor tiempo de ejecución u otros mecanismos existentes no son operativos por el grado en el que se encuentran.

Es por ello que, con fundamento legal en la Ley reguladora del Defensor del Pueblo Andaluz, se ha decidido incoar, de oficio, el pertinente expediente de queja.

10-07-2017 CIERRE DE LA QUEJA DE OFICIO

Analizado el contenido del informe emitido por la Administración, teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el presente supuesto, esta Institución ha acordado, conforme a las previsiones contenidas en la Ley 36/1985, de 6 de noviembre, por la que se regulan las relaciones entre la Institución del Defensor del Pueblo y las figuras similares en las distintas Comunidades Autónoma, dar traslado del asunto a la Defensoría del Pueblo de España.