



**CONSELL JURÍDIC CONSULTIU
DE LA
COMUNITAT VALENCIANA**

Dictamen **505/2022**
Expedient **521/2022**

Presidenta

Hble. Sra.

Margarita Soler Sánchez

Conselleres i Consellers

Il·lmes. Sres. i Il·lms. Srs.

Enrique Fliquete Lliso

Faustino de Urquía Gómez

Asunción Ventura Franch

M.^a del Carmen Pérez Cascales

Joan Carles Carbonell Mateu

Secretari General

Il·lm. Sr.

Joan Tamarit i Palacios

Hble. Sra.:

El Ple del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, en sessió celebrada el dia 27 de juliol de 2022, sota la Presidència de l'Hble. Sra. Margarita Soler Sánchez, i amb l'assistència dels senyors i les senyores que al marge s'expressen va emetre, per majoria, el dictamen següent, el qual duu el vot particular corresponent:

De conformitat amb la comunicació de V. H., de 15 de juliol de 2022 (Registre d'entrada d'l 8 de juliol), el Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana ha examinat el procediment instruït per la Conselleria d'Educació, Cultura i Esport, relatiu al Projecte de decret del Consell d'organització i funcionament dels centres d'educació especial titularitat de la Generalitat.

I ANTECEDENTS

De l'examen de l'expedient administratiu es desprén que:

Primer.- Sol·licitud de dictamen.

Mitjançant escrit de data 15 de juliol de 2022, remés per la Consellera d'Educació, Cultura i Esports, va tindre entrada en aquest Consell Jurídic Consultiu el Projecte de decret del Consell d'organització i funcionament dels centres d'educació especial de titularitat de la Generalitat, en què se sol·licitava el preceptiu dictamen, de conformitat amb el que disposen els articles 9 i 10.4 de la Llei 10/1994, de 19 de desembre, de creació del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.

Segon.- Documentació remesa.

L'expedient que conforma el procediment instruït per a l'elaboració del Projecte de decret està integrat per la documentació següent:

- 1.- Resolució d'inici del procediment del conseller d'Educació, Cultura i Esport de 9 de març de 2022.
- 2.-Text del Projecte d'ordre .
- 3.- Informe sobre la consulta pública prèvia emés per la directora general d'Inclusió Educativa de 23 de febrer de 2022.
- 4.- Tràmit d'informació pública de la norma mitjançant la seua publicació del *Diari Oficial de la Generalitat Valenciana* de 9 de març de 2022 i Informe sobre les al·legacions efectuades de la directora general d'Inclusió Educativa de 27 de maig de 2022.
- 5.- Certificat de la Taula Sectorial d'Educació de 24 de maig de 2022.
- 6.- Informe justificatiu de la necessitat i oportunitat d'aprovar el Projecte de decret emés per la directora general d'Inclusió Educativa d'11 de maig de 2022.
- 7 Informe sobre impacte de la norma en la infància i l'adolescència i d'impacte en la família i d'impacte de gènere, realitzat per la directora general d'Inclusió Educativa d'11 de maig de 2022.
8. Informe sobre la no incidència en els objectius estratègics de competitivitat de la Comunitat Valenciana de la directora general d'Inclusió Educativa d'11 de maig de 2022.

9.- Informe sobre impacte en les condicions de treball del personal empleat públic de la directora general d'Inclusió Educativa de 24 de maig de 2022.

10.- Informe favorable de la directora general de Pressupostos de 7 de juny de 2022.

11.- Informes sobre les al·legacions realitzades per les conselleries de 7 de juny de 2022 i de 15 de juny de 2022 efectuats per la directora general d'Inclusió Educativa.

12.- Al·legacions efectuades per les entitats interessades.

13.- Informe de la Conselleria de Justícia, Interior i Administració Pública de 27 de maig de 2022.

14.- Informe de modificació del projecte normatiu per a adaptar-lo a les observacions realitzades en l'Informe de 27 de maig de 2022.

15.- Informe preceptiu de coordinació Informàtica de 16 de maig de 2022.

16.- Dictamen 4/2022 de la Comissió Permanent del Consell Escolar de la Comunitat Valenciana.

17.- Informe de l'Advocacia de la Generalitat de 12 de juliol de 2022.

18.- Informe de la directora general d'Inclusió Educativa de 19 de juliol de 2022 sobre les al·legacions efectuades per l'Advocacia de la Generalitat.

19.- Text definitiu del projecte normatiu.

II CONSIDERACIONS

Primera. - Naturalesa del dictamen.

L'autoritat consultant ha instat el dictamen amb caràcter preceptiu, a l'empara del que disposen els articles 10.4 de la Llei de la Generalitat 10/1994, de 19 de desembre, de creació del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, en relació amb el Projecte de decret del Consell d'organització i funcionament dels centres d'educació especial titularitat de la Generalitat.

Cal significar que s'ha sol·licitat l'emissió del present Dictamen amb caràcter urgent a l'empara del que disposa l'article 14.2 de la Llei de creació d'aquest Consell.

Segona. - Procediment d'elaboració del Projecte.

L'article 43 de la Llei 5/1983, de 30 de desembre, del Consell, regula el procediment per a l'elaboració dels reglaments, i s'han complit els tràmits essencials que s'hi exigeixen.

El procediment es va iniciar per Resolució del conseller d'Educació, Cultura i Esport de 9 de març de 2022.

S'ha celebrat el tràmit de consulta pública prèvia previst en l'article 133 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques.

S'ha realitzat tràmit d'informació pública mitjançant publicació de la norma en el *Diari Oficial de la Generalitat Valenciana* i s'ha concedit audiència a les conselleries i entitats afectades.

L'Informe sobre la necessitat i oportunitat de la norma es va emetre per la directora general d'Inclusió Educativa d'11 de maig de 2022.

Consta certificat de la Taula Sectorial d'Educació de 24 de maig de 2022.

S'han emés els informes d'impacte de gènere, d'impacte de la norma en la família i la infància i adolescència tots ells realitzats per la directora general d'Inclusió Educativa d'11 de maig de 2022.

Com s'ha dit en dictàmens anteriors de projectes normatius, els informes sobre l'impacte de gènere, sobre l'impacte en la infància i en l'adolescència i sobre l'impacte en la família haurien de ser emesos pels òrgans de l'Administració especialitzats i competents en la matèria (D. 569/2016, 567/2021 i 188/2022, entre altres).

La Llei d'igualtat de la Comunitat Valenciana, 9/2003, de 2 d'abril, es va modificar per la Llei 13/2016, de 29 de desembre, que en l'article 45 afig l'article 4bis, en el qual es regulen els informes d'impacte de gènere: "*Informe d'impacte de gènere.*"

Els projectes normatius incorporaran un informe d'impacte per raó de gènere que s'elaborarà pel departament o centre directiu que proposa l'avantprojecte de llei o projecte de norma, pla o programa d'acord amb les instruccions i directrius que dicte l'òrgan competent en la matèria, i haurà d'acompanyar la proposta des de l'inici del procés de tramitació."

Aquesta regulació concreta que l'elaboració ha de ser desenvolupada pel departament o centre directiu que proposa la norma, pla o programa d'acord amb les instruccions i directrius que dicte l'òrgan competent en la matèria i haurà d'acompanyar la proposta des de l'inici de la tramitació. Amb la finalitat de d'acomplir aquest precepte, el Govern Valencià, a través de la Conselleria d'Igualtat i Polítiques Inclusives, que té les competències en matèria d'igualtat de dones i homes, ha elaborat una guia que figura en la seua pàgina web (consultada el 23/03/22) que ha d'acompanyar-se amb els projectes normatius. En aquesta guia s'indiquen els continguts mínims que s'han d'incorporar en els informes.

S'ha emés Informe favorable de la directora general de Pressupostos de 7 de juny de 2022.

L'Advocacia de la Generalitat va emetre Informe realitzant observacions de caràcter formal el dia 12 de juliol de 2022.

En definitiva, en el procediment d'elaboració del Projecte de decret objecte del present Dictamen s'han verificat les regles que resulten d'aplicació en l'elaboració de les disposicions administratives generals contingudes en l'article 43 de la Llei 5/1983, de 30 de desembre, del Consell, i en el títol III del Decret 24/2009, de 13 de febrer, sobre la forma, l'estructura i el procediment d'elaboració dels projectes normatius de la Generalitat.

Tercera.- Estructura i contingut del Projecte.

El text del Projecte consta d'un preàmbul, 83 articles, quatre disposicions addicionals, una disposició transitòria i dues disposicions finals.

Quarta.- Observacions al text del Projecte.

De caràcter general

En general la part substantiva del projecte és massa extensa i conté explicacions i motius que no poden considerar-se mandats o instruccions, tal com estableix el Decret de 24/2009, sobre la forma, l'estructura i el procediment d'elaboració dels projectes normatius de la Generalitat, en concret en l'article 3 (Criteris Generals) i en l'article 18 (part substantiva).

Observacions al preàmbul

De conformitat amb el citat Decret de 24/2009 i en concret el seu article 11.1, segons el qual *“La part expositiva del projecte normatiu declararà breument i concisament els motius que hagen donat lloc a la seua elaboració, els objectius i les finalitats que es pretenen satisfer. Al·ludirà als seus*

antecedents i a les competències en l'exercici de les quals es dicta, així com a les línies generals del seu contingut quan calga per al seu millor enteniment, fent esment a la incidència que pugua tindre en la normativa en vigor, amb especial atenció als aspectes nous. En tot cas, s'evitaran exhortacions, declaracions didàctiques o laudatòries o altres anàlogues”, el preàmbul hauria de ser més breu, i evitar reflexions, afirmacions i reconeixements pedagògics o laudables.

En el paràgraf primer del preàmbul línia segona, en citar l'Estatut d'Autonomia, s'aconsella que no es faça referència a la seua reforma per la Llei orgànica 1/2006 de 10 d'abril, al no ser necessari enumerar les successives modificacions que afecten cada norma.

Observacions a l'articulat

A l'article 4. Procediment per a l'escolarització en un centre d'educació especial.

El dret al fet que l'alumne siga escoltat, a què es refereix l'apartat 4 d'aquest precepte, és un principi recollit en l'article 9 de la Llei Orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor, de modificació parcial del Codi Civil i de la Llei d'Enjudiciament Civil.

Per ser un principi bàsic que desenvolupa de manera completa com i en quines circumstàncies ha de ser sentit el menor, suggerim que es complete el text projectat, afegint al final de l'apartat 4: “...de conformitat amb l'article 9 de la Llei Orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor, de modificació parcial del Codi Civil i de la Llei d'Enjudiciament Civil”.

L'apartat 5 hauria d'integrar-se en l'apartat 4, ja que es refereix exclusivament al mateix i en relació amb aquest.

A l'article 6. Estructura dels ensenyaments.

En l'apartat 2 es diu: “...d'acord amb l'article 15.3 de l'Ordre...”.

Segons consta en l'informe sobre les observacions a la informació de l'Advocacia General de la Generalitat, l'Ordre a la qual es refereix és l'Ordre 73/2014, de 26 d'agost, de la Conselleria d'Educació, Cultura i Esport, per la qual es regulen els programes formatius de qualificació bàsica en la Comunitat Valenciana en que en el seu article 15.3 es disposa: “Podran beneficiar-se d'aquesta modalitat joves entre els 16 anys i els 21 anys, complits en la data d'inici del programa. La seua duració serà de dos cursos a fi de facilitar un procés d'aprenentatge adaptat a les seues necessitats, l'alumnat que no haja aconseguit els objectius previstos en cada curs podrà repetir una sola vegada cada curs, previ informe de l'equip docent, tenint en

compte que l'edat màxima de permanència en aquesta modalitat serà de 24 anys, complits en la data en què finalitze el programa”.

Això també està en relació amb l'article 14 del Decret projectat, on s'estableixen els programes formatius de qualificació bàsica.

Haurà de completar-se el text.

A l'article 21. Equip de coordinació del centre de recursos.

Aquest precepte regula l'equip de coordinació del centre de recursos com a òrgan de coordinació permanent i regula la seua composició en el número 2 del precepte.

Ha d'advertir-se que la composició haurà d'ajustar-se al principi de presència equilibrada entre dones i homes, conforme al que resulta la legislació sobre igualtat, tant estatal (article 14.4 de la Llei orgànica 3/2007, de 22 de març, per a la igualtat efectiva de dones i homes), com autonòmica (article 10 de la Llei 9/2003, de 2 d'abril, de la Generalitat, per a la igualtat entre dones i homes), com ha declarat reiteradament aquest Consell, entre altres en els dictàmens núm. 69/2022 i 290/2022.

Aquesta observació es fa extensiva a la resta d'òrgans regulats en la norma estudiada als quals es refereixen els **articles 22, 32, 36 i 42**.

Aquesta observació té caràcter **essencial**, a l'efecte del que disposa l'article 77.3 del Reglament d'aquest Consell.

A l'article 22. Equip d'intervenció del centre de recursos.

No està definit l'equip d'intervenció del centre de recursos, ni el número dels seus membres, ni si es tracta d'un òrgan permanent o no, com sembla desprendre's en indicar que *“per a cada sol·licitud es constituirà un equip d'intervenció”*, amb la qual cosa es dona a entendre que pot haver-hi diversos equips d'intervenció, fins i tot un per cada sol·licitud.

Haurà d'aclarir-se si és un òrgan de coordinació dels previstos en el projecte normatiu, ja que no s'inclou en l'article 41 projectat, el número dels seus components i si aquests equips es constitueixen de manera exclusiva per a cadascuna de les sol·licituds o, si és el cas, per a vàries.

Aquesta observació té caràcter **essencial**, a l'efecte del que disposa l'article 77.3 del Reglament d'aquest Consell.

A l'article 23. Coordinació del centre de recursos.

En relació amb la figura de la persona coordinadora del centre de recursos, en l'article 23, únicament es determinen les seues funcions, i en l'article 47 del projecte es contempla com a òrgan de coordinació i manera d'elecció.

Hauria d'haver-se unificat la seua regulació, o bé posar-se en relació tots dos articles, afegint en l'apartat 1 *“la persona coordinadora del centre de recursos, al qual es refereix l'article 47.1 d)...”*.

A l'article 27. Direcció.

De conformitat amb l'article 132 e) de la Llei Orgànica 2/2006, són competències del director o directora: *“Exercir la prefectura de tot el personal adscrit al centre.”*

En relació amb el personal no docent en l'apartat d) projectat indica: *“Exercir la direcció de tot el personal adscrit al centre.”*

Com que el personal no docent, queda fora de les atribucions de la direcció d'estudis, segons el projectat article 28, hauria de completar-se les atribucions de la direcció, especificades en l'article 27, fent-se constar també, com es recull en l'article 18 del Decret 253/2019, de 29 de novembre, nous subapartats dins del 2, sobre horaris i activitat administrativa, amb les lletres:

w) Organitzar l'horari i el sistema de treball diari i ordinari del personal funcionari no docent i del personal laboral destinat en el centre, d'acord amb la normativa vigent, i vetlar pel repartiment equitatiu de les hores lectives, dels grups i de les tasques de treball.

x) Dirigir l'activitat administrativa del centre, incloent, en la seua condició de personal funcionari públic, les competències per a acarar i compulsar documents administratius segons la normativa vigent, sense perjudici de les funcions de fe pública reconegudes, en aquest aspecte, a les secretàries o secretaris de centres educatiu.

En l'apartat 2 d) es preveu la possibilitat que la comissió de les actuacions que s'enumeren pugua ser sancionada, però no s'indica amb quina mena de sanció, ni el procediment a seguir.

Això crea inseguretats jurídica i més tractant-se de matèria sancionadora, per la qual cosa haurà d'establir-se quin tipus de sanció pot adoptar-se en aquest cas, com per exemple amonestació, i el procediment a seguir, que exigirà la instrucció del corresponent expedient i el preceptiu

tràmit d'audiència a la persona interessada i l'òrgan competent davant el qual es puga recórrer la sanció que podria ser-li imposada.

Aquesta observació té caràcter **essencial**, a l'efecte del que disposa l'article 77.3 del Reglament d'aquest Consell

A l'article 28. Direcció d'estudis.

En relació amb la Direcció d'estudis, en el projectat article 28.1 d) se suggereix completar-lo, en el mateix sentit que es recull en l'article 20 del Decret 253/2019, indicant: “*d) Elaborar i proposar el calendari general d'activitats docents i no docents, incloent les activitats complementàries i extraescolars, d'acord amb la planificació dels ensenyaments i el projecte educatiu, tot això respectant el marc de les disposicions vigents*”.

A l'article 45. Equip d'orientació educativa.

L'apartat 3 es remet a l'article 5.3 del Decret 72/2021 quant a la composició. Hauria de completar-se la referència indicant que tindrà la composició i designació d'acord amb el que estableix l'article 5.3.

A l'article 47. Altres figures de coordinació.

A suggeriment de l'Advocacia , en l'article 41.2, es va substituir la referència a “*altres figures de coordinació*” per la referència a “*altres funcions de coordinació*”, per a no confondre el que és un òrgan amb el que són atribucions d'un lloc de treball, ja que són les persones que ocupen els llocs les que realitzen “*les funcions*”.

En concordança amb això hauria de substituir-se el títol d'aquest article “*Altres figures de coordinació*” per “*Altres funcions de coordinació*” i igualment en l'enunciat de l'article.

En relació amb la persona coordinadora del centre de recursos, al qual es refereix l'article 23, únicament es determinen les seues funcions, i en l'article 47.1 d) s'estableix la coordinació del centre de recursos i la manera de triar la persona responsable.

Hauria de posar-se en relació tots dos articles, i afegir en l'apartat 1 d) “*referit a l'article 23 del present Decret.*”

A l'article 56. Projecte educatiu.

Haurà de suprimir-se la referència a la Llei 3/2020 que modifica la Llei orgànica 2/2006, en l'apartat 1, per ser innecessària, ja que totes les modificacions ja consten en el text consolidat de la Llei orgànica.

A l'article 67. Horari general del centre educatiu.

En relació amb l'apartat 3, s'exposa de manera genèrica “*que els centres d'educació especial*”, dins de la seua autonomia, podran sol·licitar la modificació de la jornada laboral.

Hauria de completar-se indicant que la proposta és de la Direcció del Centre, sense perjudici de la resta de condicions como són justificar la necessitat i comptar amb l'acord favorable del claustre i del consell escolar.

Disposició addicional primera

Si bé s'indica el tipus de norma reglamentària necessària (decret) per a suprimir, crear o canviar d'ubicació, aquest Òrgan consultiu considera adequat que s'indique quin tipus de norma serà necessària per a realitzar qualsevol altre tipus de modificació organitzativa, i, en el cas que un acte administratiu siga suficient per a acordar-la, caldrà també indicar-ho.

Disposició addicional segona

En l'apartat 1 hi ha un error que caldrà corregir, ja que es disposa que en els centres privats que tinguen subscrit un concert educatiu amb la conselleria competent en matèria d'educació serà d'aplicació allò que es disposa en “*el Títol II i el Títol II*”. Caldrà clarificar quins són els títols que són d'aplicació a aquests centres, expressant-ne correctament la numeració.

Pel que fa a l'apartat 3, l'afirmació que els centres privats concertats adaptaran el contingut de la resta de l'articulat a la normativa pròpia que els és d'aplicació evidencia una inseguretat jurídica, com ja va posar de manifest l'Advocacia General de la Generalitat en el seu informe, per la qual cosa caldrà suprimir-lo o, si escau, aclarir-lo, ja que els preceptes d'aquesta norma que són d'aplicació als esmentats centres es determinen en l'apartat 1 d'aquesta mateixa disposició.

Aquesta observació té caràcter **essencial**, a l'efecte del que disposa l'article 77.3 del Reglament d'aquest Consell

En l'apartat 2, haurà de suprimir-se per supèrflua la cita de la Llei orgànica 3/2020 que modifica la Llei orgànica 2/2006, al no ser necessari enumerar les successives modificacions que afecten cada norma.

Disposició transitòria única

Se cita el Decret 39/1998, que s'haurà de completar indicant la seua data i títol, és a dir, Decret 39/1998, de 31 de març, del Govern Valencià,

d'ordenació de l'educació per a l'atenció de l'alumnat amb necessitats educatives especials.

S'han formulat observacions **essencials** als articles 21, 22, 27.2.d) 32, 36 i 42 i a la disposició addicional segona, apartat 3.

III CONCLUSIÓ

Pel que queda exposat, el Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana és del parer:


Que el Projecte de decret del Consell d'organització i funcionament dels centres d'educació especial titularitat de la Generalitat, és conforme amb l'ordenament jurídic, sempre que s'atenguen les observacions **essencials** formulades.

V. H., no obstant això, resoldrà el que considere més encertat.

València, 27 de juliol de 2022


EL SECRETARI GENERAL

[Redacted Signature] el
28/07/2022 10:12:25
Càrrec: Secretari General del Consell
Jurídic Consultiu



LA PRESIDENTA

[Redacted Signature] el
28/07/2022 13:01:59
Càrrec: Presidenta del Consell Jurídic
Consultiu de la Comunitat Valenciana



HBLE. SRA. CONSELLERA D'EDUCACIÓ, CULTURA I ESPORT



VOTO PARTICULAR

Que formula el Consejero Enrique Fliquete Lliso al Dictamen 505/2022 (Expediente 521/2022), aprobado por el Pleno del Consejo de fecha 27 de julio de 2022, y relativo al Proyecto de Decreto del Consell de organización y funcionamiento de los centros de educación especial titularidad de la Generalitat.

Discrepo respetuosamente de la observación esencial realizada al art. 21, y que se hace extensiva a los arts. 22, 32, 36 y 46 de la norma, que regulan diferentes órganos colegiados, sobre la necesidad de realizar una referencia expresa a la composición equilibrada de tales órganos, con fundamento en los siguientes motivos:

En primer lugar, el Consejo llama la atención sobre la omisión de una referencia a la composición equilibrada de mujeres y hombres, en los órganos colegiados. A juicio del Consejo, el precepto debería recogerse, expresamente, que debe respetar el principio de presencia equilibrada de hombres y mujeres, y lo considera esencial a los efectos del art. 77 del Reglamento de este Consell Jurídic.

No obstante tal omisión, este Consejero no considera necesario que la mención conste expresamente en la norma, como apercibimiento expreso de cumplimiento del ordenamiento jurídico, respecto a la previsión del art. 10, Ley Valenciana 9/2003, de 2 de abril (en adelante LV Igualdad) para igualdad entre mujeres y hombres. Que no se mencione expresamente en la norma que, para la composición de esos órganos, *“procurarán (...) que exista una presencia paritaria de mujeres y hombres”*, no implica, en modo alguno, la presunción de incumplimiento de tal previsión, pues la recomendación opera sin que sea necesario consignarlo expresamente en la norma. Está establecido en la ley, y por tanto, reiterar lo que ya indica la ley es redundante e innecesario.

Pero, además, la previsión del art. 10 de la Ley 9/2003, hace referencia al momento del nombramiento o la designación de personas para constituir o formar parte de órganos o instituciones, donde se procurará que, con dicho nombramiento, exista representación paritaria de mujeres y hombres. No es una exigencia relativa a la configuración del órgano colegiado, sino que el cumplimiento de lo establecido en el art. 10 Ley 9/2003 es una sugerencia o recomendación dirigida a quienes tienen que realizar los nombramientos, en el momento de realizarlos. Por tanto, el cumplimiento del art. 10 de la Ley de Igualdad corresponderá a quienes efectúen los nombramientos, no al órgano en sí mismo.

Y de mantenerse la sugerencia que plantea este Consejo, y según su razonamiento, no sólo es el art. 10 LV Igualdad el que debe ser mencionado en el textual de la norma, sino que justificaría que en todos los preceptos de todos los proyectos normativos, se efectuase una llamada expresa a someterse a la totalidad de las normas de aplicación. Y no es el principio de composición equilibrada el único al que se somete la Administración. Privilegiar éste, con una mención expresa, supone desplazar y omitir otros preceptos, mandatos y principios, que son igualmente aplicables.

En consecuencia, si el comentario plantease una mención expresa para que se procure la presencia paritaria de mujeres y hombres, éste no resultaría contrario al ordenamiento jurídico, pero tampoco necesario, pues prejuzga la necesidad de apereibir a la Administración del incumplimiento de la ley si no se procura dicha presencia equilibrada en los nombramientos de miembros que integrarán los órganos colegiados. Y tal presunción de ilegalidad no es admisible en nuestro modelo constitucional. En cualquier caso, el término a utilizar no sería “garantizar” una presencia equilibrada, sino “procurar” una presencia equilibrada, pues ese es el tenor literal de los preceptos legales que dan cobertura jurídica a la observación realizada.

En segundo lugar, motiva mi discrepancia, no el hecho de la necesidad de incorporar el principio de composición equilibrada, sino en la cualidad de esencial que irroga a la observación, y la convierte en una obligación jurídica, cuya inobservancia determinaría que el proyecto normativo se aprobase “Oído el Consell Jurídic Consultiu”.

Para el correcto enfoque de la cuestión, se debe partir del significado de la esencialidad de las observaciones que realiza el Consell. El Reglamento del Consell Jurídic Consultiu, establece, en su art. 77, que *“Las observaciones esenciales son el reparo del Consell Jurídic Consultiu a aquellos preceptos de un proyecto normativo que pudieran comprometer la plena observancia de la Constitución, el Estatuto de Autonomía y el resto del Ordenamiento jurídico. La inobservancia de las observaciones esenciales comportará que la resolución que se adopte deba seguir la fórmula «Oído el Consell Jurídic Consultiu»*. Las observaciones esenciales son el óbice jurídico de mayor intensidad que puede plantear este Consell a un proyecto normativo. Las observaciones esenciales implican el mayor reparo de este Consell a aquellos preceptos cuya redacción pudiese comprometer la plena observancia de la Constitución, el Estatuto de Autonomía y el resto del Ordenamiento jurídico.

En consecuencia, cuando se efectúa una observación esencial, se está advirtiendo de la existencia de alguna disconformidad entre el proyecto objeto de Dictamen, y el resto del ordenamiento jurídico, cuya inobservancia sería causa de una infracción de éste. Una disconformidad que vendrá establecida por contravención de normas de rango superior (principio de jerarquía) o del mismo rango (principio de competencia).

Así, establecer como esencial la necesidad de consignar expresamente en la norma el principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres en la composición de los órganos colegiados, implicaría la existencia de un mandato en norma superior que exigiese de forma imperativa que la norma contuviese tal mención, de tal forma que su no incorporación al proyecto supondría la infracción de ordenamiento jurídico. Sin embargo, no existe dicho mandato imperativo, ni es una obligación jurídica, ni es exigible la consignación de tal principio en el texto normativo, ni es inexcusable su aplicación.

Este Consejero ha defendido -frente al criterio mayoritario del Pleno- que no existe mandato imperativo que establezca que la presencia equilibrada de mujeres y hombres constituya una obligación jurídica, ni sea inexcusable su aplicación. La LO de Igualdad, en su art. 14.4, establece como un “criterio general” de actuación de los poderes públicos “la participación equilibrada de mujeres y hombres en las candidaturas electorales y la toma de decisiones”. Dicho “criterio general”, como su propio nombre indica, supone un principio de actuación, cuya dimensión no es la imposición de una obligación directa, sino que determina una pauta que deberán seguir los poderes públicos, cuya concreción se efectúa en otros preceptos de la propia Ley.

El art. 16 LO de Igualdad, intitulado “nombramientos realizados por los Poderes Públicos”, concreta el criterio general del art. 14, sobre la presencia equilibrada de mujeres y hombres para el nombramiento -por parte de los poderes públicos- de cargos de responsabilidad. Textualmente indica que *“los poderes públicos procurarán atender al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres en los nombramientos y designaciones de los cargos de responsabilidad que les correspondan”*. Igualmente, la LV de Igualdad, en su art. 10 utiliza idéntica literalidad en la acción de procurar la representación paritaria de mujeres y hombres: *“Les Corts Valencianes y el Consell de la Generalitat procurarán en el nombramiento o designación de personas, para constituir o formar parte de órganos o instituciones, que exista una presencia paritaria de mujeres y hombres”*. Si la LV Igualdad y la LO Igualdad utilizan el término “procurar” habrá que impetrar en el significado concreto del término “procurar”, escogido tanto por el legislador básico estatal como por el legislador autonómico, y si guarda coherencia con el valor jurídico del “criterio general de actuación” del art. 14.4 de la misma ley orgánica.

Así el “criterio general de actuación” que establece el art. 14.4 de la LO, tiene un valor jurídico programático, según expresa el propio Preámbulo de la norma, al considerarlo como “pauta de actuación” o “criterio de orientación de las políticas públicas”. La Sentencia de 23 de febrero de 2010, del Tribunal Superior de Justicia Madrid, Sala Contencioso-Administrativo, considera que en la ley Orgánica 3/2007 se *“distingue una parte programática, para orientar políticas activas que promueva la igualdad y otra consistente en regulaciones específicas -entre las que cabe destacar de forma paradigmática la disposición adicional segunda- que constituyen verdaderos mandatos dirigidos a quienes*

participan en las relaciones jurídicas a que se refieren. El mero apartamiento o el incumplimiento de los principios orientadores contenidos en las normas de esta naturaleza de la LO 3/2007, no puede dar lugar a la anulación del decreto de nombramiento de Consejeros (...)” (F. J. 4º). De esta forma, no cabe admitir un pretendido automatismo, que sea consiguiente a la consideración del principio general de presencia equilibrada que lo convierta en un deber de obligación aplicable imperativamente a todo supuesto. Tal automatismo ha sido, además, excluido expresamente por el Tribunal Supremo al afirmar que su naturaleza es la propia de un principio rector o criterio orientador.

La Sentencia Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 10 de mayo de 2016, en su Fundamento Jurídico Séptimo, indica que *“El criterio de la preferencia de las mujeres a igualdad de méritos no opera con rígido automatismo como una norma universal de obligado e incondicionado desplazamiento de los aspirantes varones, pero sí que opera como un principio rector de la decisión que exige que se expliquen cumplidamente, caso por caso, las razones por las que se prescinde casuísticamente de esa regla”*. Tal pronunciamiento se reitera en la Sentencia Tribunal Supremo, Sala Tercera, número 1136/2017 de 27 de junio de 2017 que fue objeto de Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional, donde se invocaba la vulneración del derecho fundamental a no ser discriminada por razón de sexo, prohibición constitucional del inciso segundo del artículo 14 CE, por inaplicación de las medidas de acción positiva en favor de la mujer. El Tribunal Constitucional, en su Auto 119/2018, de 13 de noviembre de 2018, inadmitió dicho Recurso de Amparo al considerar que no existía vulneración del derecho fundamental invocado. El mismo Auto, respecto a la representación equilibrada de mujeres y hombres en los tribunales u órganos técnicos de selección, con cita de la Sentencia del Tribunal Constitucional 13/2009 de 19 de enero, indica que la cláusula de reserva se interpretará *“como garantía de que, respecto de los miembros de tales órganos de selección, cumplirá siempre con los principios constitucionales de mérito y capacidad (art. 103.3 CE) pues si ello no fuera posible puntualmente deberá romperse con la regla de proporción equilibrada en la constitución del órgano”*¹.

¹ El citado Auto del Tribunal Constitucional indica: *“No forma parte del contenido esencial del art. 14 CE un teórico derecho fundamental a que se superen las situaciones de desigualdad histórica con la adopción de medidas específicas con este fin. Si bien tales medidas pueden implementarse, ello ha de hacerse dentro de los límites estrictos que marca nuestra doctrina; de lo contrario dichas medidas serán discriminatorias y por ello inconstitucionales. El derecho a la no discriminación del art. 14 CE no opera, pues, como fundamento de las medidas correctoras de la desigualdad material, aunque sí interviene activamente para la erradicación de las causas jurídicas que han determinado esta última. Se erige dicho art. 14 CE, más bien, en el límite de dichas medidas correctoras. El fundamento constitucional para la adopción de las diversas medidas de acción positiva se encuentra, distintamente, en el art. 9.2 CE (...)”* *“Las medidas de acción positiva que pudieran fijarse en el acceso y la promoción del empleo en la función pública, no pueden dictarse ni ser aplicadas al margen de los principios constitucionales de mérito y capacidad (art. 103.3 CE) que se integran en el contenido del derecho fundamental de acceso a un cargo público en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE). Y conforme al ordenamiento de la Unión europea que nos vincula y es fuente a su vez de*

Dicho planteamiento ha sido el seguido en numerosos pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia de toda España. La invocación del “criterio general de actuación” del art. 14.4 de la L.O. 3/2007 para instar la anulación de nombramientos de órganos de selección y cargos públicos que no han cumplido con el “criterio general” de presencia equilibrada, o incluso para anulación de acuerdos adoptados por éstos órganos, ha sido rechazada generalmente: Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 5 de febrero de 2019, la del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 14 noviembre de 2018, la del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 29 diciembre de 2016, la del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 29 de diciembre 2016.

De la jurisprudencia citada se advierte que el art. 14.4 de la LO Igualdad es un criterio general de actuación el cual no determina mandato inexcusable, pues su concreción, respecto al nombramiento de cargos de responsabilidad, se convierte en “procurarán atender” (art. 16) no en un “deberán atender”. Por tanto, desde el criterio general, no se extrae una obligación jurídica de aplicar incondicionalmente el principio de presencia equilibrada, pues su contenido se determina en otros preceptos de la propia Ley, y, en su caso, en sus normas de desarrollo.

Y “procurar”, en la primera acepción del término (RAE), significa “Hacer diligencias o esfuerzos para que suceda lo que se expresa”, esto es, un actuar ordenado a que algo ocurra, agotándose la obligación en el intento, y no en la realización efectiva, que sería la propia del mandato imperativo. La obligación de “procurar atender”, significa que los poderes públicos deberán esforzarse para atender al principio de presencia equilibrada, si bien la acción que debe conseguirse, finalidad de la acción de “procurar”, es “atender” al principio, y no su aplicación imperativa. Su realización se condiciona a las circunstancias del caso y a la eventual concurrencia de otros valores o principios que puedan entrar en concurrencia. Se debe intentar, y no conseguirlo solo será excusable si se dan razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas. Transformar el término “procurar” en un deber imperativo, supone alterar el significado pretendido por el legislador orgánico, el cual pudo establecer, como obligación

interpretación de nuestros derechos fundamentales (art. 10.2 CE), tampoco es posible establecer un sistema de selección en el empleo que otorgue una preferencia automática a la mujer, sin articular reglas en ese procedimiento que garanticen el examen de todas las circunstancias personales de los candidatos, susceptibles de ser tenidas en cuenta en la ponderación de los méritos exigidos (cláusula de apertura).

Esta tesis de la recurrente —en este punto de su queja de vulneración del artículo 14 CE— es que a igualdad de méritos y sin ninguna otra consideración, la plaza debió serle otorgada por vía de acción positiva o discriminación inversa. Así planteado, sin embargo, resulta contrario a la Constitución y al ordenamiento de la Unión Europea (...) la acción positiva que se solicita en la demanda se sustenta en un automatismo que prescinde indebidamente de los principios constitucionales, y del derecho de la Unión Europea, de mérito y capacidad”.

incondicionada, la aplicación el principio de presencia equilibrada en todo nombramiento, pero sin embargo, no lo determinó como tal. En consecuencia, son los Poderes Públicos quienes establecerán las actuaciones encaminadas a atender al principio general de presencia equilibrada, y realizar los esfuerzos necesarios en tal sentido.

En por ello que considero que la observación esencial realizada, además de ser innecesaria, carece de la esencialidad que se le irroga, según el art. 77 del Reglamento del Consell Jurídic Consultiu.

En Valencia, a veintisiete de julio de dos mil veintidós



Consejero Vicepresidente

