



**CONSELL JURÍDIC CONSULTIU
DE LA
COMUNITAT VALENCIANA**

Dictamen **186/2023**
Expediente **120/2023**

Presidenta

Hble. Sra.

D.^a Margarita Soler Sánchez

Conselleres y Consellers

Ilmas. Sras. e Ilmos. Sres.

D. Enrique Fliquete Lliso
D. Faustino de Urquía Gómez
D.^a Asunción Ventura Franch
D.^a M.^a del Carmen Pérez Cascales
D. Joan Carles Carbonell Mateu

Secretari General

Ilmo. Sr.

D. Joan Tamarit i Palacios

Hble. Sr.:

El Pleno del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, en sesión celebrada el día 8 de marzo de 2023, bajo la Presidencia de la Hble. Sra. D.^a Margarita Soler Sánchez, y con la asistencia de los señores y las señoras que al margen se expresan emitió, por mayoría, el siguiente dictamen, al cual se adjunta el correspondiente voto particular:

De conformidad con la comunicación de V.H., de 8 de febrero de 2023, (Registro de entrada del 10 del mismo mes y año), el Pleno del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana ha examinado el procedimiento instruido por la Conselleria de Economia Sostenible, Sectores Productivos, Comercio y Trabajo, relativo al proyecto de Decreto del Consell por el que se regulan los servicios de prevención de riesgos laborales de la Generalitat.

I ANTECEDENTES

Del examen del expediente administrativo se desprende que:

Primero.- Mediante escrito de 8 de febrero de 2023, la Conselleria de Economía Sostenible, Sectores Productivos, Comercio y Trabajo remitió a este Órgano consultivo el proyecto de Decreto del Consell por el que se regulan los servicios de prevención de riesgos laborales de la Generalitat, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.4 de la Ley 10/1994, de 19 de diciembre, de creación del Consell Jurídic Consultiu, a fin de que por este Órgano Consultivo se emita el preceptivo dictamen.

Segundo.- El expediente está integrado, entre otros, por los siguientes documentos:

1. Informe de la Dirección General de Trabajo, Bienestar y Seguridad Laboral, de fecha 3 de noviembre de 2021, sobre la necesidad de impulsar la tramitación del nuevo decreto.

2. Resolución de 10 de noviembre de 2021, de inicio del procedimiento de elaboración del proyecto de decreto, dictada conjuntamente por el Conseller de Economía Sostenible, Sectores Productivos, Comercio y Trabajo, la Consellera de Justicia, Interior y Administración Pública, el Conseller de Educación, Cultura y Deporte y la Consellera de Sanidad Universal y Salud Pública.

3. Primer Borrador del Proyecto Normativo.

4. Memoria Económica de la Directora General de Recursos Humanos, de fecha 3 de febrero de 2022.

5. Informe favorable de la Directora General de Presupuestos, de fecha 17 de junio de 2022.

6. Informe de la Directora General de Trabajo, Bienestar y Seguridad Laboral sobre la coordinación informativa y la no afección a los programas informáticos, de fecha 2 de noviembre de 2022, de conformidad con lo establecido en el artículo 94 del Decreto 220/2014, de 12 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Administración Electrónica de la Comunitat Valenciana.

7. Informe de la Directora General de Trabajo, Bienestar y Seguridad Laboral sobre el impacto en la infancia y la adolescencia y en la familia, de fecha 2 de noviembre de 2022.

8. Informe de la Directora General de Trabajo, Bienestar y Seguridad Laboral sobre el impacto de género, de fecha 2 de noviembre de 2022.

9. Certificado de la reunión de la Mesa General de Negociación celebrada el día 27 de octubre de 2022.

10. Informe de la Dirección General de Función Pública de la Secretaría Autonómica de Justicia y Admisnitración Pública, de fecha 16 de noviembre de 2022.

11. Informe jurídico de la Abogacía de la Generalitat, de fecha 20 de enero de 2023.

12. Proyecto de Decreto definitivo.

Y encontrándose en el estado descrito la tramitación del procedimiento, la Conselleria de Presidencia, por oficio de 8 de febrero de 2023, que se registró de entrada por este Órgano Consultivo el día 10 del mismo mes y año, remitió el expediente con las actuaciones para Dictamen por esta Institución Consultiva, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 9 y 10.4 de la Ley de la Generalitat 10/1994, de 19 de diciembre, de Creación del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.

II CONSIDERACIONES

Primera.- Sobre el carácter de la consulta y alcance del dictamen.

La Ley 10/1994, de 19 de diciembre, de creación del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana establece en su artículo 10.4 que resulta preceptiva la consulta a esta Institución de los *“proyectos de Reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de leyes y sus modificaciones”*.

Segunda.- Procedimiento de elaboración del proyecto de Orden.

En la tramitación del procedimiento se han cumplido los trámites esenciales exigidos por el artículo 43 de la Ley 5/1983, de 30 de diciembre, del Consell, para la elaboración de los reglamentos.

El procedimiento se inició por Resolución de fecha 10 de noviembre de 2021, dictada conjuntamente por el Conseller de Economía Sostenible, Sectores Productivos, Comercio y Trabajo, la Consellera de Justicia, Interior y Administración Pública, el Conseller de Educación, Cultura y Deporte y la Consellera de Sanidad Universal y Salud Pública. La tramitación del proyecto

de decreto se encargó a la Direcció General de Treball, Benestar i Seguretat Laboral de la Conselleria de Economía Sostenible, Sectores Productivos, Comercio y Trabajo.

Se emitió informe de necesidad del proyecto de Decreto, de fecha 3 de noviembre de 2021, en el que se justifica la elaboración de la norma indicando que: *“(...) Producido el cambio antes señalado, desde julio de 2016, los diferentes órganos de participación del personal funcionario, estatutario y laboral de la Generalitat Valenciana, han venido expresando la necesidad de establecer, a través de Decreto del Consell, una nueva regulación de los servicios de prevención de riesgos laborales de la Generalitat Valenciana que regule de forma adecuada la estructura, composición, organización y funciones de los servicios de prevención; y que, asimismo, se regule de forma consensuada los sistemas de representación, formación, consulta y participación de los empleados públicos de la administración autonómica”*.

Se han emitido los informes sobre impacto en la infancia y en la adolescencia y en la familia, de fecha 2 de noviembre de 2022, de la Directora General de Trabajo, Bienestar y Seguridad Laboral, así como sobre el impacto de género de misma fecha donde se valora el impacto de género como *“nulo atendiendo a que no hay desigualdades de partida en relación a la igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y hombresy no se prevé modificación alguna de esta situación”*.

En relación con dichos informes sobre el impacto de género, en la familia y en la infancia y la adolescencia, como ya hemos dicho en dictámenes anteriores sobre proyectos normativos, tendrían que haber sido emitidos por los órganos de la Administración especializados y competentes en la materia (Dictámenes 569/2016, 773/2016 y 567/2021, entre otros).

Por otro lado, para que los informes de impacto resulten efectivos tienen que contener una serie de datos que permitan el análisis sobre la situación en el ámbito en el que la norma desplegará sus efectos. Reunida esta información se podrá determinar si la norma de referencia tiene impacto positivo o negativo y, en caso de impacto negativo, adoptar medidas en el ámbito de la norma proyectada (Dictamen 383/2017, por todos).

En tal sentido, recordamos que en la página web de la Conselleria d'Igualtat i Polítiques Inclusives, que tiene las competencias en materia de igualdad de mujeres y hombres, se publica una guía en la que se indican los contenidos mínimos que se deben incorporar en los informes que, siguiendo el modelo europeo, se organiza en seis apartados que deben cumplimentarse por los diferentes departamentos o centros.

En la Memoria económica emitida, en fecha 21 de enero de 2022, por la Directora General de Trabajo, Bienestar y Seguridad Laboral se estima un

coste económico anual por importe de 6.303.547,08 euros, estando consignado el mencionado importe en cada departamento correspondiente.

La Abogacía de la Generalitat emitió Informe favorable, en fecha 20 de enero de 2023.

Tercera.- Marco normativo del proyecto de Orden.

El artículo 149.1.7a de la Constitución atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación laboral, correspondiendo a la Generalitat la ejecución de la legislación del Estado en dicha materia, de acuerdo con el artículo 51 del Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana.

En desarrollo de su competencia en materia laboral, el Estado dictó, en materia de prevención de riesgos laborales, la siguiente normativa básica:

- Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en particular se regulan los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales en los siguientes preceptos: art. 30, art. 31, art. 32, Disposición adicional 2a, Capítulo IV)

- Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (en particular, el artículo 15 regula los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales).

Por otro lado, el artículo 149.1.18a CE determina que en el Estado tiene competencia exclusiva para establecer las bases del régimen estatutario de sus funcionarios. En el marco de esta competencia, se regula la prevención de riesgos laborales en los centros de trabajo de la Administración. Así, el artículo 3 de la Ley 31/1995 de PRL determina que dicha Ley y sus normas de desarrollo serán de aplicación tanto en el ámbito de las relaciones laborales reguladas en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, como en el de las relaciones de carácter administrativo o estatutario del personal al servicio de las Administraciones Públicas, con las peculiaridades que, en este caso, se contemplan en la presente Ley o en sus normas de desarrollo. En este último caso, por lo que se refiere a las normas reguladoras en materia de los servicios de prevención de riesgos laborales, la D. Adicional Tercera declara su carácter básico respecto del personal civil con relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones públicas, en el sentido previsto en el artículo 149.1.18ª de la Constitución.

Por su parte, también el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención se dicta en el ejercicio de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación laboral (artículo 149.1.7a CE) respecto del personal laboral, y como norma

básica del régimen estatutario de los funcionarios públicos (artículo 149.1.18a CE), según se dispone en sus Disposiciones Adicionales Primera y Cuarta.

En este ámbito, el artículo 50.1 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, que modifica la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, establece que *"En el marco de la legislación básica del Estado, y, en su caso, en los términos que la misma establezca, corresponde a la Generalitat el desarrollo legislativo y la ejecución de las siguientes materias: 1. Régimen jurídico y sistema de responsabilidad de la administración de la Generalitat y de los entes públicos dependientes de ésta, así como el régimen estatutario de sus funcionarios.(...)"*.

Por otra parte, el artículo 49.1.36a del Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, que modifica la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, atribuye a la Generalitat competencia exclusiva en cuanto a la *"Administración de justicia, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación de desarrollo del artículo 149.1.5.a de la Constitución"*.

La propuesta de Decreto se enmarca en la potestad de autoorganización de la Generalitat como administración pública, en el marco de la normativa básica aplicable relativa al régimen estatutario de los empleados públicos, y como "empleador" del personal laboral contratado en el marco de la Generalitat.

Cuarta.- Estructura y contenido del Decreto proyectado.

El proyecto de Decreto tiene la siguiente estructura:

Preámbulo

Título I. Objeto y Ámbito de aplicación.

Artículo 1. Objeto.

Artículo 2. Ámbito de aplicación.

Artículo 3. Integración de la actividad preventiva.

Título II. Representación del personal.

Artículo 4. Representación del personal empleado público.

Artículo 5. Delegados y Delegadas de personal.

Artículo 6. Competencias y facultades de las delegadas y delegados de prevención.

Artículo 7. Garantías y crédito horario de las delegadas y los delegados de Prevención.

Artículo 8. Sigilo profesional.

Título III. Formación del personal empleado público.

Artículo 9. Formación en materia preventiva.

Título IV. Consulta y Participación

Artículo 10. Consulta al personal empleado público.

Artículo 11. Órganos de participación.

Artículo 12. Comisión Paritaria de Seguridad y Salud en el Trabajo de la Generalitat.

Artículo 13. Las Comisiones Sectoriales de Seguridad y Salud en el trabajo.

Artículo 14. Los Comités de Seguridad y Salud.

Título V. Servicios de Prevención.

Artículo 15. Los Servicios de Prevención.

Artículo 16. Funciones y Niveles de Cualificación.

Artículo 17. Unidad de Coordinación.

Disposición adicional primera. Acreditación e indemnizaciones de las delegadas y delegados de Prevención y de los miembros de los comités de seguridad y salud.

Disposición adicional segunda. Concertación externa de actividades preventivas.

Disposición transitoria.

Disposición Final primera. Habilitación para el desarrollo normativo del presente Reglamento.

Disposición Final segunda. Reglamentos de funcionamiento.

Disposición Final tercera. Entrada en vigor.

Quinta.- Observaciones al proyecto de Decreto.

Observaciones de carácter general

La primera observación general hace referencia a que en el preámbulo del Decreto proyectado se expone que ha sido objeto de consulta pública y, sin embargo, en la documentación remitida a este Consell Jurídic Consultiu no existe documento acreditativo de haberse sometido a la misma o informe sobre su innecesariedad.

Hay que recordar que el artículo 133.4 de la Ley 39/2015, 1 de abril, dispone que *“Podrá prescindirse de los trámites de consulta, audiencia e información públicas previstos en este artículo en el caso de normas presupuestarias u organizativas de la Administración General del Estado, la Administración autonómica, la Administración local o de las organizaciones*

dependientes o vinculadas a éstas, o cuando concurren razones graves de interés público que lo justifiquen.

Cuando la propuesta normativa no tenga un impacto significativo en la actividad económica, no imponga obligaciones relevantes a los destinatarios o regule aspectos parciales de una materia, podrá omitirse la consulta pública regulada en el apartado primero. Si la normativa reguladora del ejercicio de la iniciativa legislativa o de la potestad reglamentaria por una Administración prevé la tramitación urgente de estos procedimientos, la eventual excepción del trámite por esta circunstancia se ajustará a lo previsto en aquella”, debería de incorporarse, si fuera este el caso, un informe sobre la innecesariedad del trámite de consulta pública.

Tampoco la exposición de motivos justifica adecuadamente cuáles son las razones que justifican la aprobación de la norma, haciendo una mención genérica a los principios de buena regulación, sin tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 129.1 de la Ley 39/2015, 1 de octubre: *“En el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, las Administraciones Públicas actuarán de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia. En la exposición de motivos o en el preámbulo, según se trate, respectivamente, de anteproyectos de ley o de proyectos de reglamento, quedará suficientemente justificada su adecuación a dichos principios”.*

Esta observación es **esencial** a los del artículo 77.3 del Reglamento de este Consell Jurídic Consultiu.

Finalmente y asimismo en relación con el preámbulo, consideramos que, cuando se hace referencia al Decreto 109/2013, de 26 de julio, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico y Funcional del Instituto Valenciano de Seguridad y Salud en el Trabajo (INVASSAT), que modificó el Decreto 123/2001, debe hacerse constar que este Decreto 109/2013 fue derogado en virtud de la Disposición Derogatoria única del Decreto 48/2016, de 22 de abril, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento orgánico y funcional del Instituto Valenciano de Seguridad y Salud en el Trabajo (INVASSAT).

La segunda observación hace referencia a las advertencias que este Consell Jurídic Consultiu viene efectuando en diversos Dictámenes, entre otros el número 45/2022, en cuanto a la creación de órganos colegiados de carácter consultivo y participativo, ya que deben respetarse los límites fijados por la normativa básica, en concreto el artículo 5.4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre: *“No podrán crearse nuevos órganos que supongan duplicación de otros ya existentes si al mismo tiempo no se suprime o restringe debidamente la competencia de estos. A este objeto, la creación de un nuevo órgano sólo tendrá lugar previa comprobación de que no existe otro en la misma*

Administración Pública que desarrolle igual función sobre el mismo territorio y población”, por lo que antes de crearse el mismo se deberá de comprobar o hacer constar la inexistencia de otro órgano que realice las mismas funciones, para evitar duplicidades administrativas.

Actualmente existe como organismo autónomo el INVASSAT (Instituto Valenciano de Seguridad y Salud en el Trabajo), creado por Ley 2/2004, de 28 de mayo de la Generalitat, en cuyo artículo 4 regula las funciones del mismo, ostentando la coordinación con el resto de Consellerias, y en su artículo 6 regula como órganos de participación y asesoramiento el Consejo General, la Comisión Permanente y las Comisiones Territoriales de Seguridad y Salud en el Trabajo.

Posteriormente se dictó el Decreto 48/2016, de 22 de abril del Consell que aprueba el Reglamento orgánico y funcional del INVASSAT que regula de forma detallada las competencias del INVASSAT y de sus órganos, creando un servicio de prevención propio de la Generalitat, así como los servicios territoriales propios.

Sin embargo, con el proyecto de Decreto del Consell que pretende aprobarse se crean nuevos órganos de participación y servicios de prevención, sin delimitar si realizarán funciones distintas de las que vienen desarrollando los órganos y servicios ya existentes, por lo que, atendiendo a razones de seguridad jurídica y de técnica normativa, hubiera sido más aconsejable modificar el mencionado Decreto 48/2016, de 22 de abril.

La tercera observación se refiere a que la fórmula aprobatoria no se ajusta a lo que prevé el artículo 2.5 de la Ley 10/1994, de 19 de diciembre, de creación de este Consell: “(...) *Las disposiciones y resoluciones de la administración sobre asuntos dictaminados por el Consell Jurídic Consultiu, expresarán si se adoptan conforme con su dictamen, o se apartan de él. En el primer caso, se usará la fórmula «Conforme con el Consell Jurídic Consultiu», en el segundo, la de «oído el Consell Jurídic Consultiu».*”.

Observaciones al articulado del Decreto.

Al Artículo 11. Organos de participación.

En este artículo se crean tres órganos de participación del personal en materia de seguridad y salud laboral, sin garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y el artículo 10 de la Ley 9/2003, de 2 de abril, para la igualdad entre mujeres y hombres, en lo que se refiere a que su composición se ajuste al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres, lo que tampoco se hace en los siguientes artículos que regulan en concreto dichos órganos (**artículos 12, 13 y 14**). Por ello, deberá

preverse que la composición de dichos órganos debe respetar el referido principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres.

Hay que recordar que este Consell Jurídic Consultiu ha realizado, desde el año 2017, diversas observaciones esenciales respecto a esta cuestión (Dictámenes 723/2017, 568/2019 y 472/2020), de ahí que se formule una observación **esencial** a los referidos artículos, a los efectos del artículo 77.3 del Reglamento de este Consell Jurídic Consultiu.

Al Artículo 15. Los servicios de Prevención.

Debería de aclararse si los servicios de prevención que se constituyen en este artículo son los mismos que los ya contenidos en el artículo 17 del Decreto 48/2016, de 22 de abril.

Al Artículo 17. Unidad de Coordinación.

Este artículo constituye una unidad administrativa de carácter técnico dependiente de la Conselleria con competencias en materia de función pública, atribuyéndole funciones de coordinación y supervisión del funcionamiento de los distintos servicios de prevención constituidos en la Generalitat.

El artículo 3 del Decreto 48/2016, de 22 de abril del Consell atribuye al INVASSAT “(...) *Velar por la coordinación de las actuaciones que en materia de seguridad y de salud en el trabajo establezca el Consell, siéndole encomendada la dirección de las actividades inherentes a dicha coordinación, así como la elaboración de protocolos, procedimientos o prácticas precisas para la ejecución del mandato en orden al cumplimiento de los principios de economía, eficacia y eficiencia*”, por lo que, atendiendo a razones de seguridad jurídica y en aras a evitar duplicidad de funciones, debería de aclararse a quién le corresponderán las mencionadas funciones de coordinación.

A la Disposición Derogatoria.

Debería incluir nominativamente cuáles son las normas que deroga la norma que pretende aprobarse.

Cuestiones de técnica normativa y lenguaje.

En primer lugar, dada la extensión de la norma proyectada y para mejor comprensión por parte de los operarios jurídicos, recomendamos que se incluya un índice, que se insertará a continuación del título y contendrá las distintas divisiones del proyecto con sus respectivos títulos, como dispone el Decreto 4/2009, de 13 de febrero, del Consell, sobre la forma, la estructura y el procedimiento de elaboración de los proyectos normativos de la Generalitat.

Por otra parte, el texto no ha sido muy cuidadoso en el uso del lenguaje inclusivo, ya que utiliza expresiones como “*los empleados públicos*” en el artículo 3 o “*los integrantes*”, en el artículo 15.3, siendo más adecuado utilizar expresiones neutras que permitan visibilizar a las mujeres como “*las personas que integren*” o “*las empleadas y empleados*”, por lo que se recomienda la corrección de las mencionadas expresiones.

III CONCLUSIÓN

Por cuanto queda expuesto, el Pleno del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana es del parecer:

Que el proyecto de Decreto del Consell por el que se regulan los servicios de prevención de riesgos laborales de la Generalitat es conforme con el ordenamiento jurídico, siempre que se atiendan las observaciones **esenciales** realizadas.

V.H., no obstante, resolverá lo procedente.

València, 8 de marzo de 2023

LA PRESIDENTA



Firmado por Margarita Soler Sánchez el
08/03/2023 13:41:11
Cargo: Presidenta del Consell Jurídic
Consultiu de la Comunitat Valenciana

EL SECRETARIO GENERAL

Firmat per Joan Maria Tamarit Palacios el
08/03/2023 13:31:37
Càrrec: Secretari General del Consell
Jurídic Consultiu



**HBLE SR. CONSELLER D'ECONOMIA SOSTENIBLE, SECTORS
PRODUCTIUS, COMERÇ I TREBALL**

VOTO PARTICULAR

Que formula el Consejero Enrique Fliquete Lliso al Dictamen 186/2023 (Expediente 120/2023), aprobado por el Pleno de este Consejo de 8 de marzo de 2023, y correspondiente al proyecto de Decreto del Consell por el que se regulan los servicios de prevención de riesgos laborales de la Generalitat.

Discrepo respetuosamente de la opinión mayoritaria del Pleno respecto a la observación esencial realizada al art. 11 que exige que, en los diferentes órganos y comisiones que establece la norma, se deba prever la composición equilibrada entre hombre y mujer, con fundamento en el siguiente motivo:

Único. Respecto a la observación esencial que exige que los órganos y comisiones que regula la norma deba prever la composición equilibrada entre hombre y mujer, debo reiterar mi posición constante a la no exigibilidad de la misma, pues se trata de un criterio general que deberá procurarse, pero que, en sí misma, carece de carácter imperativo. Establecer la necesidad de consignar expresamente en la norma el principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres en la composición de órganos colegiados, implicaría la existencia de un mandato en norma superior que exigiese de forma imperativa que la norma contuviese tal mención. Sin embargo, ni existe dicho mandato imperativo, ni es una obligación jurídica, ni resulta exigible la consignación del 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. Si la Ley Valenciana de Igualdad y la Ley básica de 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 básica.

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 las 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, la cual fue objeto de un 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 (...)*”

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

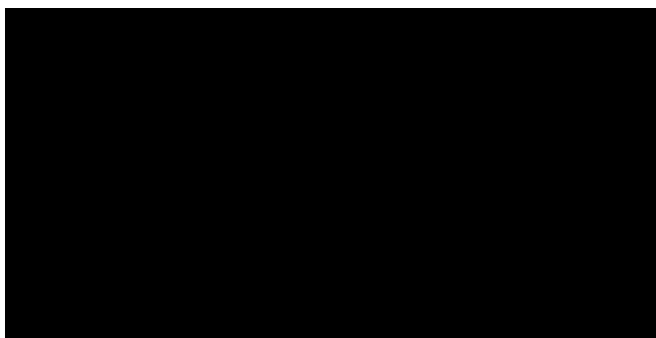
“Las medidas de acción positiva que pudieran fijarse en el acceso y la promoción del empleo en la función pública, no pueden dictarse ni ser aplicadas al margen de los principios constitucionales de mérito y capacidad (art. 103.3 CE) que se integran en el contenido del derecho fundamental de acceso a 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 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”.

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 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.

Por ello que considero que la observación realizada para la exigencia de una presencia equilibrada entre hombres y mujeres en los diferentes órganos y comisiones que establece la norma dictaminada, además de ser innecesaria, carecen de la condición de esencialidad que se le irroga, según el art. 77 del Reglamento del Consell Jurídic Consultiu.

En Valencia, a ocho de marzo dos mil veintitrés



Enrique Fliquete Lliso
CONSEJERO VICEPRESIDENTE