



**CONSELL JURÍDIC CONSULTIU
DE LA
COMUNITAT VALENCIANA**

Dictamen **267/2022**
Expedient **222/2022**

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

Secretària General

(article 40 del Reglament)

Sra.

Patricia Boix Mañó

Hble. Sr.:

El Ple del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, en sessió celebrada el dia 4 de maig 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 28 de març de 2022, (Registre d'entrada del 29 del mateix mes i any), el Ple del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana ha examinat el procediment instruït per la Conselleria d'Educació, Cultura i Esport, relatiu al Projecte d'ordre pel qual es regulen l'avaluació dels ensenyaments d'idiomes de règim especial i les proves de certificació dels nivells del Marc Europeu Comú de Referència per a les Llengües a la Comunitat Valenciana.

I ANTECEDENTS

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

Primer.- Mitjançant escrit, de 28 de març de 2022, la Conselleria d'Educació, Cultura i Esport va remetre a aquest Òrgan consultiu el Projecte d'ordre pel qual es regulen l'avaluació dels ensenyaments d'idiomes de règim especial i les proves de certificació dels nivells del Marc Europeu Comú de Referència per a les Llengües a la Comunitat Valenciana, de conformitat amb el que disposa l'article 10.4 de la Llei 10/1994, de 19 de desembre, de creació del Consell Jurídic Consultiu, a fi que aquest Òrgan consultiu emeta el preceptiu dictamen.

Segon.- L'expedient està integrat, entre altres, pels següents documents:

1.- Resolució de 21 de gener de 2021, del conseller d'Educació, Cultura i Esport, per la qual es va iniciar el procediment d'elaboració del projecte normatiu.

2.- Informe de resultats de la consulta pública prèvia, de data 18 de gener de 2021, de conformitat amb el que disposa l'article 133.1 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre.

3.- Esborrany del Projecte d'ordre.

4.- Informe de necessitat i oportunitat, del director general de Política Lingüística i Gestió del Multilingüisme, de data 1 de setembre de 2021.

5.- Memòria econòmica, del director general de Política Lingüística i Gestió del Multilingüisme, de data 9 de setembre de 2021.

6.- Informe d'impacte de gènere, del director general de Política Lingüística i Gestió del Multilingüisme, de data 1 de setembre de 2021.

7.- Informes sobre l'impacte en la infància i l'adolescència i sobre l'impacte en la família, del director general de Política Lingüística i Gestió del Multilingüisme, de data 1 de setembre de 2021.

8. Informe de no incidència en la competència de les altres conselleries del Projecte d'ordre, emés pel director general de Política Lingüística i Gestió del Multilingüisme, de data 1 de setembre de 2021.

9.- Publicació en el DOGV del tràmit d'informació pública del Projecte d'ordre de la Conselleria d'Educació, Cultura i Esport, de data 24 de febrer de 2021. DOGV núm. 9027.

10.- Acta de la Mesa Sectorial d'Educació, celebrada el 30 de març de 2021.

11.- Acta de la Mesa de Mares i Pares, celebrada el dia 30 de març de 2021.

12. Acta de la Mesa d'Alumnes, celebrada el dia 30 de març de 2021.

13. Dictamen 05/2021 de la Comissió Permanent del Consell Escolar de la Comunitat Valenciana sobre el Projecte d'ordre, que es va reunir el dia 27 d'abril de 2021

14.- Informe de la Direcció General de Tecnologies de la Informació i les Comunicacions de coordinació informàtica, de data 17 de març de 2021.

15.- Al·legacions de l'EOI de Benidorm, de 9 de març de 2021.

16.- Al·legacions de l'EOI de Dènia, de 12 de març de 2021.

17.- Al·legacions de l'EOI d'Alzira , de 3 de març de 2021.

18.- Al·legacions del Centre Específic d'Educació a Distància.

19.- Al·legacions de l'EOI de Sagunt, de 10 de març de 2021.

20.- Al·legacions de l'Escola Oficial d'Idiomes de Xàtiva, de 12 de març de 2021.

21.- Al·legacions de l'EOI de Torrent.

22.- Informe del director general de Política Lingüística i Gestió del Multilingüisme, de data 9 de setembre de 2021, sobre el compliment del tràmit d'informació pública i contestació a les al·legacions efectuades en l'esmentat tràmit.

23.- Informe de l'Advocacia de la Generalitat, de data 24 de novembre de 2021.

24.- Informe posterior d'adequació a les observacions de l'Advocacia, subscrit pel director general de Política Lingüística i Gestió del Multilingüisme, de data de 21 de març de 2022.

25.- Projecte d'ordre definitiva.

I trobant-se en l'estat descrit la tramitació del procediment, el conseller d'Educació, Cultura i Esport, per ofici de 28 de març de 2022, que es va registrar d'entrada per aquest Òrgan consultiu, el dia 29 del mateix mes i any, va remetre l'expedient amb les actuacions per a Dictamen per aquesta Institució consultiva.

II CONSIDERACIONS

Primera.- Sobre el caràcter de la consulta i abast del dictamen.

La Llei 10/1994, de 19 de desembre, de creació del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana estableix en l'article 10.4 que resulta preceptiva la consulta a aquesta Institució dels «*projectes de reglaments o disposicions de caràcter general que es dicten en execució de lleis i les seues modificacions*».

Segona.- Procediment d'elaboració del Projecte d'ordre.

En la tramitació del procediment s'han complit els tràmits essencials exigits per l'article 43 de la Llei 5/1983, de 30 de desembre, del Consell, per a l'elaboració dels reglaments.

El procediment es va iniciar per Resolució d'inici del conseller d'Educació, Cultura i Esport, de data 21 de gener de 2021.

S'ha emés Informe sobre la necessitat i oportunitat del Projecte d'ordre pel director general de Política Lingüística i Gestió del Multilingüisme, de data 1 de setembre de 2021, en el qual es manifesten els tres objectius de la present norma:

«(...) - *Adaptar la normativa actual d'avaluació i certificació d'idiomes respecte a la normativa estatal derivada de la publicació del Reial Decret 1/2019, d'11 de gener, pel qual s'estableixen els principis bàsics comuns d'avaluació aplicables a les proves de certificació oficial dels nivells intermedi B1, intermedi B2, avançat C1 i avançat C2 dels ensenyaments d'idiomes de règim especial i la recent aprovació del Decret pel qual s'estableixen els ensenyaments i el currículum d'idiomes de règim especial a la Comunitat Valenciana, aprovat pel Ple del Consell de 25 d'octubre de 2019, que està pendent de publicació al DOGV i que entrarà en vigor l'endemà de la seua publicació.*

- Unificar la normativa d'avaluació i la de certificació d'idiomes existent a la Comunitat Valenciana (actualment: Ordre del 31 de gener de 2008, de la Conselleria d'Educació, per la qual es regula l'avaluació i promoció dels ensenyaments d'idiomes de règim especial a la Comunitat Valenciana; Ordre de 10 de març de 2008, de la Conselleria d'Educació, per la qual es regula la prova de certificació dels ensenyaments d'idiomes de règim especial a la Comunitat Valenciana; Ordre 20/2011, de 24 d'octubre, de la Conselleria d'Educació, Formació i Ocupació, per la qual es regulen les proves homologades per a l'obtenció del certificat de Nivell Bàsic de les llengües alemanya, francesa, anglesa i italiana, cursades per l'alumnat d'Educació Secundària i de Formació Professional de la Comunitat Valenciana.

- Arbitrar un nou procediment de certificació de nivell de llengües en els centres d'ensenyament secundari i Formació Professional establert en l'article 61.2 de la Llei Orgànica 2/2006, de 3 de maig, d'Educació tot adaptant-lo a la nova normativa d'ensenyament d'idiomes de règim especial».

S'han emés els informes sobre impacte en la infància i l'adolescència, sobre impacte en la família i sobre impacte de gènere, de data 1 de setembre de 2021, pel director general de Política Lingüística i Gestió del Multilingüisme, utilitzant una fórmula retòrica i habitual de no incidència. Hem de posar de manifest, com ja hem dit en diversos dictàmens, entre altres el núm. 236/2019, que els informes sobre l'impacte normatiu en la infància, l'adolescència i la família i, singularment, sobre l'impacte de gènere, no poden consistir en la mera reproducció d'una pura fórmula ritual d'absència d'impacte, com s'ha fet en aquest cas.

No consta l'informe preceptiu de la Direcció General de Pressupostos que disposa l'article 26. 1r de la Llei 1/2015, de 6 de febrer, de la Generalitat, d'hisenda pública, del sector públic instrumental i de subvencions, encara que sí que hi ha una remissió en el text de la norma a l'absència d'increment de despesa pública, sense que es faça referència a si es retribuïran els llocs dels òrgans col·legiats que crea la norma i de quina forma.

L'Advocacia de la Generalitat va emetre un Informe favorable, en data 24 de novembre de 2021.

Amb data 21 de març de 2022 es va emetre l'Informe d'adequació, pel director general de Política Lingüística i Gestió del Multilingüisme, a les consideracions realitzades per l'Advocacia de la Generalitat.

Tercera.- Marc normatiu del Projecte d'ordre.

La Constitució Espanyola reconeix en l'article 27 el dret a l'educació i a la llibertat d'ensenyament, com a drets públics subjectius, que tenen per

objecte «*el ple desenvolupament de la persona humana...* », drets que, conforme al que disposa l'article 53.1 i 2, són directament aplicables i susceptibles d'empara davant el Tribunal Constitucional.

L'article 149.1.18 i 30 estableix que l'Estat té competència exclusiva sobre la regulació de les condicions d'obtenció, expedició i homologació de títols acadèmics i professionals, i les normes bàsiques per al desenvolupament de l'article 27, en virtut d'això es va dictar la Llei orgànica 2/2006, de 3 de maig, d'educació, com a norma bàsica, segons disposa la disposició final 1a-1. Així mateix, l'article 6.2 manifesta que corresponde al Govern fixar els ensenyaments mínims als quals es refereix la disposició addicional primera, apartat 2, lletra c) de la Llei orgànica 8/1985, de 3 de juny, reguladora del dret a l'educació (d'ara en avant LODE).

Els ensenyaments d'idiomes de règim especial que estableix la Llei orgànica 2/2006, de 3 de maig, d'educació, l'objectiu de la qual és capacitar l'alumnat per a l'ús adequat de diferents idiomes fora de les etapes ordinàries del sistema educatiu, queden organitzades en els seus articles 59 a 62 en els nivells bàsic, intermedi i avançat i aqueixos nivells es correspondran, respectivament, amb els nivells A, B i C del Marc europeu comú de referència per a les Llengües, que se subdivideixen, al seu torn, amb els nivells A1, A2, B1, B2, C1 i C2.

En l'àmbit de la Comunitat Valenciana, el nostre Estatut d'Autonomia , en l'article 53 estableix la competència exclusiva de la Generalitat en la regulació i administració de l'ensenyament en tota la seua extensió, nivells, graus, modalitats i especialitats, sense perjudici del que disposa la legislació estatal.

Així mateix, es va dictar el Decret 242/2019, de 25 d'octubre, d'establiment dels ensenyaments i del currículum d'idiomes de règim especial a la Comunitat Valenciana, en la disposició final primera de la qual habilita la Conselleria d'educació per a dictar les disposicions que siguen necessàries per a desenvolupar l'esmentada norma, i és l'esborrany de Projecte sotmés a consulta d'aquest Consell Jurídic, l'objecte d'aquesta.

Quarta.- Estructura i contingut de l'Ordre projectada.

El Projecte d'ordre conté la següent estructura:

Índex.

Preàmbul.

Títol I. Disposicions generals

- Article 1. Objecte.
- Article 2. Àmbit d'aplicació.

Títol II. Avaluació, promoció i certificació acadèmica a les escoles oficials d'idiomes.

Capítol I. Avaluació i promoció

- Article 3. Característiques generals de l'avaluació.
- Article 4. Avaluació de l'alumnat oficial en els diferents cursos i nivells.
- Article 5. Qualificacions i promoció de l'alumnat.
- Article 6. Dates de convocatòria i permanència.
- Article 7. Documents d'avaluació.
- Article 8. Custòdia dels documents.
- Article 9. Test de classificació.
- Article 10. Avaluació de curs per a l'alumnat amb necessitats específiques de suport educatiu.

Capítol II. Certificació acadèmica

- Article 11. Expedició de certificacions acadèmiques.
- Article 12. Expedició de certificats dels diferents nivells.
- Article 13. Certificació de cursos d'ensenyaments no formal.

Títol III. Regulació de la prova de certificació en les EOI.

- Article 14. Matrícula per a la realització de la prova de certificació.
- Article 15. Característiques generals de la prova de certificació.
- Article 16. Estructura de la prova de certificació.
- Article 17. Qualificacions i resultats de l'avaluació de la prova de certificació.
- Article 18. Comissió coordinadora de la prova de certificació.
- Article 19. Comissions redactores de la prova de certificació.
- Article 20. Administració de la prova de certificació.
- Article 21. Comissió gestora de la prova de certificació.
- Article 22. Adaptacions de la prova per a l'alumnat amb necessitats específiques de suport educatiu.

Títol IV. Proves homologades

- Article 23. Finalitat de les proves homologades.
- Article 24. Convocatòria de les proves homologades.
- Article 25. Requisits de participació de l'alumnat.
- Article 26. Referent curricular.
- Article 27. Inscripció a la prova homologada.

Article 28. Organització de la prova homologada.
Article 29. Aplicació de la prova homologada.
Article 30. Avaluació de la prova homologada.
Article 31. Qualitat de l'avaluació.
Article 32. Certificació.
Article 33. Alumnat amb necessitats específiques de suport educatiu.

Títol V. Revisió i reclamació de qualificacions.

Article 34. Dret de l'alumnat a l'objectivitat en l'avaluació.
Article 35. Revisió i reclamació de qualificacions.

Disposició adicional primera. Protecció de dades.
Disposició adicional segona. No incidència en la despesa pública.

Disposició derogatòria única.

Disposició final primera. Modificació de l'article 37.6 de l'Ordre 20/2019.
Disposició final segona. Delegació i facultat d'execució.
Disposició final tercera. Entrada en vigor.

Annex I. Expedient acadèmic.

Annex II. Acta de qualificació dels ensenyaments d'idiomes en règim especial.

Annex III. Acta de la prova per a l'obtenció del certificat.

Annex IV. Prova Homologada Nivell A2. Acta de qualificacions

Cinquena.- Observacions al Projecte d'ordre.

Observacions de caràcter general.

(I). El text normatiu sotmés a Dictamen, a més de ser excessivament llarg, està redactat de forma poc clara el que en complica l'enteniment i l'aplicació pels diferents operadors, seria convenient la utilització d'articles més curts i millor distribuïts mitjançant la utilització deguda de paràgrafs.

(II). La divisió en capítols s'ha utilitzat exclusivament en el títol II però no en altres títols que tenen més extensió, en contra del que disposa l'article 22.1 del Decret 24/2009: «*Els projectes normatius es dividiran en capítols quan per raons sistemàtiques no puguin dividir-se exclusivament en articles*».

(III). Al llarg del text normatiu s'han reiterat articles d'altres normes, en concret del Decret 242/2019, de 25 d'octubre, d'establiment dels ensenyaments i del currículum d'idiomes de règim especial a la Comunitat Valenciana, en referència a la matrícula de la prova de certificació, la qual cosa manifesta una tècnica normativa no adequada.

Observacions de caràcter particular

A l'article 3. Característiques generals de l'avaluació.

En l'apartat cinqué es fa referència a les modalitats d'avaluació que, per la seua extensió i contingut, podrien recollir-se en un article distint.

A l'article 14. Matrícula per a la realizació de la prova de certificació.

A més de ser reiteració del que disposa l'article 7 i següents del Decret 242/2019, de 25 d'octubre, d'establiment dels ensenyaments i del currículum d'idiomes de règim especial a la Comunitat Valenciana, no es fa cap esment a la possibilitat d'utilitzar mitjans electrònics.

Als articles 18 a 22.

Els esmentats articles fan referència a la creació de diferents òrgans col·legiats (Comissió coordinadora de proves de selecció, subcomissions de treball específiques, comissions redactores de proves unificades i tribunals mixtos); per això, cal recordar els advertiments que aquest Consell ja ha realitzat en diversos dictàmens i que, principalment, són dos:

La primera qüestió és que la creació d'òrgans col·legiats de caràcter consultiu i participatiu ha de respectar els límits fixats per la normativa bàsica, en concret l'article 5.4 de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, quant a la creació i constitució d'òrgans: *«No podran crear-se nous òrgans que suposen duplicació d'uns altres ja existents si al mateix temps no se suprimeix o restringeix degudament la competència d'aquests. A aquest objecte, la creació d'un nou òrgan només tindrà lloc prèvia comprovació que no n' existeix un altre en la mateixa Administració Pública que desenvolupe igual funció sobre el mateix territori i població»*, per la qual cosa abans de crear-se diferents òrgans s'ha de comprovar i acreditar que no existeixen òrgans que exercisquen les mateixes funcions, a fi d'evitar duplicitats administratives.

La segona qüestió és que ha de garantir-se que la composició dels òrgans col·legiats responga al principi de presència equilibrada de dones i homes, exigència que resulta de l'efectivitat del dret constitucional d'igualtat de dones i homes i en compliment de l'article 4 de la Llei 9/2003, de 2 d'abril, de la Generalitat, d'igualtat entre dones i homes, i de l'article 14 de la Llei orgànica 3/2007, de 22 de març, per a la igualtat efectiva de dones i homes, que constitueixen normativa superior al projecte normatiu de consulta que, per tant, ha d'ajustar-se a aquesta i garantir l'esmentat principi.

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

A l'article 27. Inscripció a la prova homologada.

Com ja s'ha dit anteriorment, no es realitza cap esment a la possibilitat d'utilitzar els mitjans electrònics en la inscripció de la prova, dins del deure dels poders públics de fomentar l'accés electrònic als serveis públics.

II CONCLUSIÓ

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

Que el Projecte d'ordre de la Conselleria d'Educació, Cultura i Esport, pel qual es regulen l'avaluació dels ensenyaments d'idiomes de règim especial i les proves de certificació dels nivells del Marc Europeu Comú de Referència per a les Llengües a la Comunitat Valenciana, és conforme amb l'ordenament jurídic, sempre que s'atenga l'observació **essencial** formulada.

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

València, 4 de maig de 2022

LA LLETRADA MAJOR

(article 40.e) del Reglament del Consell Jurídic,
aprovat per Decret, del Consell, 37/2019, de 15 de març)

LA PRESIDENTA

HBLE. SR. CONSELLER D'EDUCACIÓ, CULTURA I ESPORT

VOTO PARTICULAR

Que formula el Consejero Enrique Fliquete Lliso al Dictamen 267/2022 (Expediente 222/2022), aprobado por el Pleno del Consejo de 4 de mayo de 2022, y relativo al Proyecto de Orden por la que se regulan la evaluación de las enseñanzas de idiomas de régimen especial y las pruebas de certificación de los niveles del Marco Común de Referencia para las Lenguas de la Comunitat Valenciana.

Discrepo respetuosamente de la observación esencial realizada a los arts. 18 a 22 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, debería recogerse, expresamente, que tales órganos deben 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 apercebimiento 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 (...)*”

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

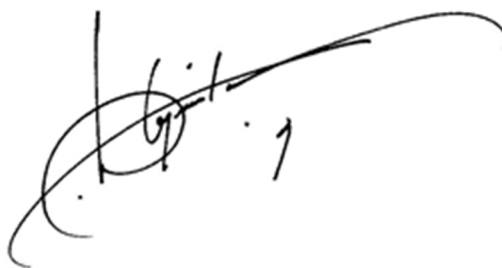
“Las medidas de acción positiva que pudieran fijarse en el acceso y la promoción del empleo en la función pública, no pueden dictarse ni ser aplicadas al margen de los principios constitucionales de mérito y capacidad (art. 103.3 CE) que se integran en el contenido del derecho fundamental de acceso a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

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.

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 cinco de mayo de dos mil veintidós

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke extending to the right.

Enrique Fliquete Lliso
Consejero Vicepresidente