



E- 361/22
08/03/22

**CONSELL JURÍDIC CONSULTIU
DE LA
COMUNITAT VALENCIANA**

Dictamen 089/2022
Expedient 019/2022

Presidenta

Hble. Sra.

Margarita Soler Sánchez

Conselleres i Consellers

Il·lms. 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 23 de febrer 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., d'11 de gener de 2022 (Registre d'entrada de 13 de gener), el Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana ha examinat el procediment instruït per la Vicepresidència 1a i Conselleria d'Igualtat i Polítiques Inclusives, sobre el projecte de Decret del Consell, pel qual es crea el Consell Valencià de les Migracions.

CSV:ATIRIH3:FX2V2LN6:JURPUTVX URL de validació:<https://www.tramita.gva.es/csv-front/index.faces?cadena=ATIRIH3:FX2V2LN6:JURPUTVX>

ÁMBITO- PREFIJO

ORVE

Nº registro

REGAGE22s00005670723

CÓDIGO SEGURO DE VERIFICACIÓN

ORVE-caad-80f6-1675-becb-3fe7-c433-04ab-e263

DIRECCIÓN DE VALIDACIÓN

https://sede.administracionespublicas.gob.es/valida/validar/servicio_csv_id/10/

FECHA Y HORA DEL DOCUMENTO

2022-03-04 10:54:16

Validez del documento

Original





I ANTECEDENTS

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

Únic.- L'11 de gener de 2022 el Sotssecretari de la Vicepresidència 1a i Conselleria d'Igualtat i Polítiques Inclusives va remetre el projecte de Decret del Consell, pel qual es crea el Consell Valencià de les Migracions.

L'expedient administratiu remés s'integra, fonamentalment, de l'acord d'iniciació, consulta pública prèvia, memòria econòmica i justificativa, informes sobre repercussió econòmica i altres informes i tràmits procedimentals requerits per la normativa d'aplicació.

II CONSIDERACIONS

Primera.- Naturalesa del dictamen.

L'autoritat consultant ha instat el dictamen amb caràcter preceptiu, a l'empara del que es disposa en 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, pel qual es crea el Consell Valencià de les Migracions.

Això no obstant ha de ressaltar-se que, tal i com indica l'Informe realitzat per l'Advocacia de la Generalitat, l'única referència a un mandat sobre la creació de l'òrgan col·legiat i aprovació de les seues normes de composició i funcionament es troba en l'Estratègia Valenciana de Migracions que no té caràcter normatiu sinó que és un document declaratiu sobre compliment d'objectius en la matèria per part dels òrgans competents en el compliment de les polítiques públiques sectorials de què es tracte i de la manera i instruments per a dur-los a terme, per la qual cosa no es dicta en execució de cap norma.

Per això, tal com afirma l'Informe del Director General d'Igualtat en la Diversitat, de 5 de gener de 2021, el Dictamen d'aquest Consell se sol·licita amb caràcter facultatiu.

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, havent-se complit els tràmits essencials exigits en ell.

ÁMBITO- PREFIJO	CÓDIGO SEGURO DE VERIFICACIÓN	FECHA Y HORA DEL DOCUMENTO
ORVE	ORVE-caad-80f6-1675-becb-3fe7-c433-04ab-e263	2022-03-04 10:54:16
Nº registro	DIRECCIÓN DE VALIDACIÓN	Validez del documento
REGAGE22s00005670723	https://sede.administracionespublicas.gob.es/valida/validar/servicio_csv_id/10/	Original





S'ha realitzat la consulta i audiència previstes en l'article 133 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del Procediment Administratiu Comú de les Administracions Públiques.

El procediment es va iniciar per Resolució d'inici de tramitació de l'expedient del projecte de Decret, de data 9 de juny de 2021, de la Vicepresidenta 1a del Consell i Consellera d'Igualtat i Polítiques Inclusives.

S'ha emés l'Informe de Coordinació Informàtica de 29 de juliol de 2021 realitzat pel Director General d'Igualtat en la Diversitat i els Informes d'impacte en la infància, família i adolescència i de gènere de la mateixa data també realitzats pel Director General d'Igualtat en la Diversitat.

S'ha realitzat tràmit d'audiència a totes les Conselleries havent-se emés Informe sobre les al·legacions realitzades el dia 29 de juliol de 2021 del Director General d'Igualtat en la Diversitat.

El projecte de Decret es va publicar en el *Diari Oficial de Generalitat Valenciana* l'1 de juliol de 2021, emetent-se Informe sobre les al·legacions formulades del Director General d'Igualtat en la Diversitat, el 29 de juliol de 2021.

La Memòria Econòmica realitzada pel Director General d'Igualtat en la Diversitat, el 29 de juliol de 2021, conclou afirmant que el projecte normatiu no comporta obligacions econòmiques per a la Generalitat.

L'Informe de Necessitat i Oportunitat de la norma estudiada es va emetre pel Director General d'Igualtat en la Diversitat, el 29 de juliol de 2021.

La Directora General de Pressupostos va emetre Informe favorable el dia 13 d'agost de 2021.

L'Advocacia de la Generalitat va emetre Informe el dia 13 de setembre de 2021 realitzant observacions.

El 5 de gener de 2021 el Director General d'Igualtat en la Diversitat va emetre Informe sobre les observacions efectuades per l'Advocacia de la Generalitat.

Tercera.- Estructura i contingut del Projecte.

El text del Projecte consta d'un Preàmbul, setze articles, una Disposició Addicional única, una Disposició Derogatòria única i dues Disposicions Finals.

ÁMBITO- PREFIJO	CÓDIGO SEGURO DE VERIFICACIÓN	FECHA Y HORA DEL DOCUMENTO
ORVE	ORVE-caad-80f6-1675-becb-3fe7-c433-04ab-e263	2022-03-04 10:54:16
Nº registro	DIRECCIÓN DE VALIDACIÓN	Validez del documento
REGAGE22s00005670723	https://sede.administracionespublicas.gob.es/valida/validar/servicio_csv_id/10/	Original





Quarta.- Observació general.

La Memòria econòmica, realitzada pel Director General d'Igualtat en la Diversitat el 29 de juliol de 2021, conté una contradicció interna ja que afirma que la norma projectada “no comporta obligacions econòmiques per a la Generalitat” i immediatament a continuació, sense solució de continuïtat, diu que “la seua aplicació i desplegament no podrà tindre incidència en la dotació dels capítols de despesa assignats a la Generalitat, i haurà de ser atesa amb els mitjans personals i materials de què disposa aquesta”.

És a dir, malgrat el que s'afirma en primer lloc, s'acaba reconeixent que l'aplicació de la norma sí que comportarà un cost econòmic i precisament per això en l'article set, apartat 6 es disposa que:

“Per a no produir un menyscapse econòmic a les persones que siguen designades en les vocalies socials, se'ls abonaran les despeses de desplaçament generats per l'assistència a les reunions del Consell, sempre que es troben justificats documentalment, amb càrrec al pressupost de la direcció general competent en matèria de política migratòria, sense que en cap cas supose un increment de la dotació anual inicial pressupostària.

L'import de la indemnització a percebre serà el de les despeses documentalment justificades. Si el mitjà de transport utilitzat és el vehicle propi, l'import de la indemnització serà el que resulte d'aplicar als quilòmetres recorreguts les quanties que a cada moment es fixen en la normativa aplicable a l'Administració de la Generalitat sobre les indemnitzacions per raó del servei”.

Com ja vam dir en el nostre dictamen 45/2022, relatiu al projecte de Decret pel qual es crea l'Observatori Valencià per a la Igualtat de Tracte, la No Discriminació i la Prevenció dels Delictes d'Odi, en relació amb el corresponent article, de redacció idèntica, ha d'aclarir-se com es retribuiran les despeses de desplaçaments a personal no funcionari i no adscrit de la Conselleria, sense que supose una despesa corrent del capítol II, ja que, si s'imputen al capítol IV, serien transferències corrents, és a dir, subvencions nominatives i directes que haurien de constar de manera expressa en els pressupostos de la Generalitat Valenciana, tenint en compte que en la Disposició Addicional Primera del projecte de Decret es fa referència a l'absència d'incidència en la despesa pressupostària de la Generalitat.

Cinquena.- Observacions al Text del Projecte.

Observacions al Preàmbul.

En la línia tercera del primer paràgraf del Preàmbul, en fer referència al títol de la Llei 2/2015, de 2 d'abril, “Comunitat Valenciana” haurà d'escriure's en la seua denominació oficial: “Comunitat Valenciana”.

ÁMBITO- PREFIJO	CÓDIGO SEGURO DE VERIFICACIÓN	FECHA Y HORA DEL DOCUMENTO
ORVE	ORVE-caad-80f6-1675-becb-3fe7-c433-04ab-e263	2022-03-04 10:54:16
Nº registro	DIRECCIÓN DE VALIDACIÓN	Validez del documento
REGAGE22s00005670723	https://sede.administracionespublicas.gob.es/valida/validar/servicio_csv_id/10/	Original





Observacions a l'articulat.

A l'article 3. Funcions.

Aquest precepte regula les funcions del Consell.

En la lletra d) “*Generalitat Valenciana*” haurà d'escriure's en la seua denominació oficial: “*Generalitat*”.

A l'article 6. Les vicepresidències.

Se suggereix, ateses les funcions que la norma projectada atribueix a la vicepresidència segona, que es configure aquesta com la vicepresidència primera, passant la vicepresidència primera a ser la segona. Seria també necessari atribuir-li a aquesta última funcions específiques perquè puguen ser delegades. A més, es recomana que s'indique quin de les dues és la vicepresidència “*institucional*” i quina és la “*social*”.

Als articles 12. Comissions de treball, 13. Comissió Mixta de Seguiment de l'Estratègia Valenciana de Migracions i 14. Comissió Mixta d'Atenció i Acollida a Persones Refugiades i Desplaçades

Aquest preceptes no contenen cap previsió per a garantir la composició equilibrada de dones i homes en les comissions de treball que regulen, en contra del que resulta de 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 a autonòmica (article 10 de la Llei 9/2003, de 2 d'abril, de la Generalitat, per a la igualtat entre dones i homes), la qual cosa haurà d'esmenar-se incloent en els referits articles tal previsió.

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

Observacions de caràcter gramatical.

En l'article 14 lletra d) en la segona línia entre “*representació*” i “*les vocalies*” ha d'afegir-se la preposició “*de*”.

ÁMBITO- PREFIJO	CÓDIGO SEGURO DE VERIFICACIÓN	FECHA Y HORA DEL DOCUMENTO
ORVE	ORVE-caad-80f6-1675-becb-3fe7-c433-04ab-e263	2022-03-04 10:54:16
Nº registro	DIRECCIÓN DE VALIDACIÓN	Validez del documento
REGAGE22s00005670723	https://sede.administracionespublicas.gob.es/valida/validar/servicio_csv_id/10/	Original





III CONCLUSIÓN

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

Que el Projecte de Decret del Consell, pel qual es crea el Consell Valencià de les Migracions és, en general, 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, 23 de febrer de 2022

EL SECRETARI GENERAL



Firmat per Joan Maria Tamarit Palacios el
03/03/2022 14:09:17
Càrrec: Secretari General del Consell
Jurídic Consultiu

LA PRESIDENTA



Firmat per Margarita Soler Sánchez el
03/03/2022 14:22:41
Càrrec: Presidenta del Consell Jurídic
Consultiu de la Comunitat Valenciana

**HBLE. SRA. VICEPRESIDENTA I CONSELLERA D'IGUALTAT I POLÍTQUES
INCLUSIVES**

6

CSV:ATIRIH3:FX2V2LN6:JURPUTVX URL de validació:<https://www.tramita.gva.es/csv-front/index.faces?cadena=ATIRIH3:FX2V2LN6:JURPUTVX>

ÁMBITO- PREFIJO	CÓDIGO SEGURO DE VERIFICACIÓN	FECHA Y HORA DEL DOCUMENTO
ORVE	ORVE-caad-80f6-1675-becb-3fe7-c433-04ab-e263	2022-03-04 10:54:16
Nº registro	DIRECCIÓN DE VALIDACIÓN	Validez del documento
REGAGE22s00005670723	https://sede.administracionespublicas.gob.es/valida/validar/servicio_csv_id/10/	Original





VOTO PARTICULAR

Que formula el Consejero Enrique Fliquete Lliso al Dictamen 089/2022 (Expediente 19/2022), aprobado por el Pleno del Consejo de 23 de febrero 2022, y relativo al Proyecto de Decreto del Consell por el que se crea el Consejo Valenciano de las Migraciones.

Discrepo respetuosamente de la observación esencial realizada a los art. 12, 13 y 14 de la norma, que regula las comisiones de trabajo y la comisión mixta, sobre la necesidad de realizar una referencia expresa a la composición equilibrada de tales comisiones, 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

ÁMBITO- PREFIJO	CÓDIGO SEGURO DE VERIFICACIÓN	FECHA Y HORA DEL DOCUMENTO
ORVE	ORVE-caad-80f6-1675-becb-3fe7-c433-04ab-e263	2022-03-04 10:54:16
Nº registro	DIRECCIÓN DE VALIDACIÓN	Validez del documento
REGAGE22s00005670723	https://sede.administracionespublicas.gob.es/valida/validar/servicio_csv_id/10/	Original





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 aperebir 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

ÁMBITO- PREFIJO	CÓDIGO SEGURO DE VERIFICACIÓN	FECHA Y HORA DEL DOCUMENTO
ORVE	ORVE-caad-80f6-1675-becb-3fe7-c433-04ab-e263	2022-03-04 10:54:16
Nº registro	DIRECCIÓN DE VALIDACIÓN	Validez del documento
REGAGE22s00005670723	https://sede.administracionespublicas.gob.es/valida/validar/servicio_csv_id/10/	Original





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 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

ÁMBITO- PREFIJO	CÓDIGO SEGURO DE VERIFICACIÓN	FECHA Y HORA DEL DOCUMENTO
ORVE	ORVE-caad-80f6-1675-becb-3fe7-c433-04ab-e263	2022-03-04 10:54:16
Nº registro	DIRECCIÓN DE VALIDACIÓN	Validez del documento
REGAGE22s00005670723	https://sede.administracionespublicas.gob.es/valida/validar/servicio_csv_id/10/	Original





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 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).”

ÁMBITO- PREFIJO	CÓDIGO SEGURO DE VERIFICACIÓN	FECHA Y HORA DEL DOCUMENTO
ORVE	ORVE-caad-80f6-1675-becb-3fe7-c433-04ab-e263	2022-03-04 10:54:16
Nº registro	DIRECCIÓN DE VALIDACIÓN	Validez del documento
REGAGE22s00005670723	https://sede.administracionespublicas.gob.es/valida/validar/servicio_csv_id/10/	Original





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 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

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”.

ÁMBITO- PREFIJO	CÓDIGO SEGURO DE VERIFICACIÓN	FECHA Y HORA DEL DOCUMENTO
ORVE	ORVE-caad-80f6-1675-becb-3fe7-c433-04ab-e263	2022-03-04 10:54:16
Nº registro	DIRECCIÓN DE VALIDACIÓN	Validez del documento
REGAGE22s00005670723	https://sede.administracionespublicas.gob.es/valida/validar/servicio_csv_id/10/	Original





necesarios en tal sentido.

Es 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 veinticuatro de febrero de dos mil veintidós

Enrique Fliquete Lliso
Consejero Vicepresidente

<u>ÁMBITO- PREFIJO</u>	<u>CÓDIGO SEGURO DE VERIFICACIÓN</u>	<u>FECHA Y HORA DEL DOCUMENTO</u>
ORVE	ORVE-caad-80f6-1675-becb-3fe7-c433-04ab-e263	2022-03-04 10:54:16
<u>Nº registro</u>	<u>DIRECCIÓN DE VALIDACIÓN</u>	<u>Validez del documento</u>
REGAGE22s00005670723	https://sede.administracionespublicas.gob.es/valida/validar/servicio_csv_id/10/	Original

