

Expediente Núm. 194/2018
Dictamen Núm. 233/2018

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 18 de octubre de 2018, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 27 de julio de 2018 -registrada de entrada el día 2 del mes siguiente-, examina el expediente relativo al proyecto de Decreto por el que se crea la Comisión Organizadora de la Evaluación de Bachillerato para el Acceso a la Universidad y se regula su Funcionamiento.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Contenido del proyecto

El proyecto sometido a consulta se inicia con un preámbulo en el que se recogen los presupuestos normativos de la regulación que aborda, comenzando por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, cuyo artículo 36 bis -introducido por el apartado veintinueve del artículo único de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa- establece la realización por parte de los alumnos y las alumnas de una evaluación

individualizada al finalizar el Bachillerato. A continuación se indica que, según la redacción dada a la disposición final quinta, apartado 3, de esta Ley Orgánica 8/2013, por el artículo 1 del Real Decreto-ley 5/2016, de 9 de diciembre, de Medidas Urgentes para la Ampliación del Calendario de Implantación de la reiterada Ley Orgánica 8/2013, “hasta la entrada en vigor de la normativa resultante del Pacto de Estado social y político por la educación, la evaluación de Bachillerato para el acceso a la Universidad no será necesaria para obtener el título de Bachiller y se realizará exclusivamente para el alumnado que quiera acceder a estudios universitarios”. Describe el marco normativo de la adecuación del régimen jurídico de la evaluación final de Educación Secundaria Obligatoria y la evaluación final de Bachillerato al nuevo calendario de implantación, tal y como se regula en el artículo 2 del Real Decreto-ley 5/2016 -completado de manera supletoria en lo que resulte compatible con esta regulación con el Real Decreto 310/2016, de 29 de julio, por el que se regulan las Evaluaciones Finales de Educación Secundaria Obligatoria y de Bachillerato-, destacando las características que el apartado 4, letra c), del citado artículo 2 confiere a la evaluación de Bachillerato para el acceso a los estudios universitarios. Según este marco normativo, “Las administraciones educativas, en colaboración con las Universidades, asumirán las mismas funciones y responsabilidades que tenían en relación con las Pruebas de Acceso a la Universidad y organizarán la realización material de la evaluación final de Bachillerato para el acceso a la Universidad. No obstante, cada administración educativa podrá delimitar el alcance de la colaboración de sus universidades en la realización de la prueba. Dicha evaluación tendrá validez para el acceso a las distintas titulaciones de la universidades españolas”.

El preámbulo se completa con la cita del artículo 18.1 del Estatuto de Autonomía, a tenor del cual corresponde al Principado de Asturias la competencia de “desarrollo legislativo y ejecución de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 27 de la Constitución y leyes orgánicas que (...) lo desarrollen”.

Se explicita más adelante que el proyecto persigue establecer un “método de coordinación de la evaluación de Bachillerato para el acceso a la Universidad, mediante la creación de una Comisión organizadora participada por la Consejería competente en materia de educación y por la Universidad de Oviedo”.

Finalmente, se señala que con la aprobación del Decreto en elaboración “se da cumplimiento al artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en el que se establecen los principios de buena regulación normativa”.

La parte dispositiva del proyecto de Decreto está integrada por ocho artículos, seguidos de dos disposiciones adicionales, una derogatoria y tres finales.

El artículo 1 recoge el “objeto” de la norma, que no es otro que la “creación de la Comisión organizadora de la evaluación de bachillerato para el acceso a la Universidad”. El artículo 2 detalla su “composición” y el 3 enumera las “funciones” que le corresponden. Tras regular el artículo 4 el “funcionamiento” de la Comisión, los siguientes desarrollan lo relativo al “Pleno” -artículo 5- y a los “Grupos de trabajo” -artículo 6-. El artículo 7 contempla la “Asistencia de personas expertas”, y el 8 se ocupa del “Informe a la Administración educativa” que ha elaborar la Comisión.

Las dos disposiciones adicionales versan, respectivamente, sobre el “No incremento de gasto público” -primera- y la “Colaboración de la Universidad de Oviedo” -segunda-.

La disposición derogatoria única deja sin efecto, en el apartado 1, “la Resolución de 23 de noviembre de 2017, de la Consejería de Educación y Cultura, por la que se organiza la prueba de evaluación de Bachillerato para acceso a la Universidad correspondiente al año 2017-2018”. El apartado 2 deroga “cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en el presente decreto”.

La disposición final primera fija “un plazo máximo de 20 días hábiles contados desde el día siguiente al de la publicación del presente decreto en el

Boletín Oficial del Principado de Asturias” para constituir la Comisión organizadora. La segunda faculta “a la persona titular de la Consejería competente en materia educativa para dictar cuantas disposiciones sean precisas para la ejecución y desarrollo de lo previsto en el presente decreto”. Finalmente, la tercera establece la “entrada en vigor” de la norma “a los veinte días de su publicación en el *Boletín Oficial del Principado de Asturias*”.

2. Contenido del expediente

A propuesta del Jefe del Servicio de Evaluación Educativa, con el visto bueno del Director General de Ordenación Académica e Innovación Educativa, y por Resolución de 13 de noviembre de 2017, del titular de la Consejería de Educación y Cultura, se ordena el inicio del procedimiento para la elaboración de una disposición de carácter general por la que se crea la Comisión organizadora de la evaluación de Bachillerato para el acceso a la Universidad y se regula su funcionamiento.

Consta en el expediente remitido que, de conformidad con lo previsto en el artículo 133.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, con anterioridad a la elaboración de un primer borrador del proyecto de Decreto se sustanció la consulta pública allí preceptuada a través del Portal de Transparencia del Principado de Asturias, según certificación emitida el 1 de diciembre de 2017 por el Secretario General Técnico de la Consejería de Presidencia y Participación Ciudadana. El 16 de enero de 2018, el Jefe del Servicio de Evaluación Educativa, con el visto bueno del Director General de Ordenación Académica e Innovación Educativa, informa que dentro del periodo de tiempo habilitado a tal efecto no se recibió “ninguna aportación u opinión”.

Durante la instrucción del procedimiento se han incorporado al mismo un primer proyecto de Decreto, una memoria justificativa y una memoria económica, así como una tabla de vigencias y un cuestionario para la valoración de propuestas normativas; documentos todos ellos suscritos el 16 de enero de 2018 por el Jefe del Servicio de Evaluación Educativa, con el visto bueno del

Director General de Ordenación Académica e Innovación Educativa. La memoria económica concluye que la norma en tramitación “no supone incremento alguno de gastos corrientes ni de gastos de inversión del presupuesto del Principado de Asturias, ya que la creación y el funcionamiento de la Comisión organizadora, ya sea en Pleno o en grupo, no supondrá gasto público alguno, y la asistencia a las sesiones del Pleno o de los grupos de trabajo no generará derecho a indemnización alguna, dado que el personal de la Comisión organizadora es funcionarial y las tareas que tienen encomendadas se encuentran dentro del ejercicio propio de sus funciones./ Este decreto no supone ni supondrá coste alguno en el año 2017 ni en el 2018, ni tampoco en años sucesivos”.

El día 8 de febrero de 2018, la Jefa del Servicio de Gestión Presupuestaria, con el conforme del Director General de Presupuestos, elabora, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 38.2 del Texto Refundido del Régimen Económico y Presupuestario, un informe en el que señala que, “de acuerdo con la memoria económica de la Dirección General de Ordenación e Innovación Educativa, la aprobación de la presente norma no tiene repercusión presupuestaria, puesto que la asistencia a las sesiones de la Comisión que se crea no genera derecho a indemnización alguna, dado que las tareas que se le encomiendan se encuentran dentro del ejercicio de sus funciones”. En estas condiciones concluye que, “visto lo anterior y a efectos presupuestarios, no hay observaciones a la presente propuesta”.

En la misma fecha, la Responsable de la Unidad de Igualdad, con el visto bueno del Secretario General Técnico de la Consejería instructora, suscribe una “evaluación de impacto de la normativa en garantía de la unidad de mercado”, prevista en el artículo 14 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, en la que se concluye que el impacto de la norma en elaboración es nulo.

Atendiendo a lo establecido en el artículo 22 *quinquies* de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de Modificación Parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el 9 de

febrero de 2018, la Responsable de la Unidad de Igualdad, con el visto bueno del Secretario General Técnico de la Consejería instructora, elabora un informe de impacto normativo en infancia y familia de la norma proyectada, considerando el mismo como “positivo”.

Consta también el informe positivo sobre la evaluación de impacto de género previsto en la Ley del Principado de Asturias 2/2011, de 11 de marzo, para la Igualdad de Mujeres y Hombres y la Erradicación de la Violencia de Género, suscrito el 13 de febrero de 2018 por la Responsable de la Unidad de Igualdad de la Consejería instructora, con el visto bueno del Secretario General Técnico.

En la reunión celebrada el 14 de marzo de 2018, el Pleno del Consejo Escolar del Principado de Asturias aprobó, “por mayoría, con 18 votos a favor y 1 abstención”, un dictamen sobre el proyecto de Decreto en elaboración en el que se formulan diversas observaciones al texto sometido a su consideración. El Jefe del Servicio de Evaluación Educativa emite informe el 11 de abril de 2018 sobre las observaciones formuladas, razonando su aceptación o rechazo.

Mediante oficio de 18 de abril de 2018, el Secretario General Técnico de la Consejería instructora remite a los titulares de las Secretarías Generales Técnicas de las restantes Consejerías que integran la Administración del Principado de Asturias un nuevo texto del proyecto. Al respecto, formula observaciones la Consejería de Presidencia y Participación Ciudadana.

El expediente se completa con un informe, suscrito por el Secretario General Técnico de la Consejería instructora el 28 de junio de 2018, en el que se estima que el proyecto “se ajusta a derecho en cuanto al procedimiento seguido y el contenido de la regulación” y “se informa favorablemente”.

El proyecto de Decreto es examinado e informado favorablemente por la Comisión de Secretarios Generales Técnicos en la reunión celebrada el 9 de julio de 2018, según certificación emitida al día siguiente por la Secretaria de la citada Comisión. Se añade en la certificación correspondiente que la Comisión de Secretarios Generales Técnicos propone “la modificación del apartado segundo de la disposición adicional primera, relativa a la generación de

derechos de indemnización a los miembros del Pleno de la Comisión organizadora de la evaluación de bachillerato para el acceso a la Universidad, en el siguiente sentido: La asistencia a las sesiones del Pleno o de los grupos de trabajo, en su caso, dará lugar a la indemnización que pudiera corresponder, de conformidad con lo previsto en el Decreto 92/1989, de 3 de agosto, sobre indemnizaciones por razón del servicio en la Administración del Principado de Asturias”.

3. En este estado de tramitación, mediante escrito de 27 de julio de 2018, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al proyecto de Decreto por el que se crea la Comisión Organizadora de la Evaluación de Bachillerato para el Acceso a la Universidad y se regula su Funcionamiento, adjuntando a tal fin copia autenticada del expediente en soporte digital.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

ÚNICA.- El expediente remitido documenta el procedimiento de elaboración de un proyecto de Decreto por el que se crea la Comisión Organizadora de la Evaluación de Bachillerato para el Acceso a la Universidad y se regula su Funcionamiento.

El dictamen se solicita por el Presidente del Principado de Asturias con el carácter de preceptivo, con base en lo dispuesto en el artículo 13.1, letra e), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo, en relación con el artículo 18.1, letra e), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

Antes de efectuar cualquier otra consideración debemos examinar nuestra propia competencia, verificando si la consulta planteada tiene el carácter preceptivo que se le atribuye en la solicitud. Para dilucidar esta cuestión es preciso analizar el precepto de la Ley del Consejo Consultivo alegado por el solicitante y comprobar si el proyecto normativo, por su contenido y naturaleza, se subsume en él.

El mencionado artículo 13.1, letra e), dispone que este Consejo será consultado preceptivamente sobre “Proyectos de reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes, así como sus modificaciones”, tramitados por los órganos de la Administración del Principado de Asturias.

Como recogimos en nuestro reciente Dictamen Núm. 127/2018, el propio Tribunal Supremo ha reconocido que “sobre la condición de Reglamento ejecutivo a la que se vincula el carácter preceptivo del informe del Consejo de Estado se han observado algunas divergencias jurisprudenciales: mientras en unas ocasiones se atiende a una concepción material, comprendiendo en el concepto aquellos Reglamentos que de forma total o parcial `completan, desarrollan, pormenorizan, aplican o complementan´ una o varias leyes, entendidas éstas como normas con rango de ley, lo que presupone la existencia de un mínimo contenido legal regulador de la materia, en otras se da cabida también, en una perspectiva formal, a los Reglamentos que ejecutan habilitaciones legales, con independencia de cualquier desarrollo material”, defendiendo una interpretación no restrictiva del término “ejecución de (...) leyes”, en cuanto se advierte que a medida que es mayor la desconexión con la ley del reglamento más necesario se hace el control interno en su elaboración (por todas, Sentencia de 31 de mayo de 2011 -ECLI:ES:TS:2011:3187-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª).

Por lo que se refiere a la preceptividad de nuestro dictamen, el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias acoge una concepción formal en la delimitación del concepto de reglamento ejecutivo, tal y como se refleja en la Sentencia de 23 de mayo de 2016 -ECLI:ES:TSJAS:2016:1458-, Sala de lo

Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a (coincidente, a su vez, con la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la Sentencia de 31 de marzo de 2000 -ECLI:ES:TSJCAT:2000:4524-). En ella expresa, siguiendo anteriores pronunciamientos del Tribunal Supremo, que debe incluirse en la categoría de “reglamento ejecutivo” (en contraposición a la categoría de reglamentos organizativos, y a efectos de emitir, con carácter preceptivo, nuestro dictamen) “toda la norma reglamentaria que desarrolle cualquier remisión normativa o reenvío legal o una ulterior formación que ha de efectuar la Administración como complemento de la ordenación que la propia ley establece, aunque esta no incorpore una específica y parcial regulación material de lo que está llamado a desarrollar o complementar el reglamento, y únicamente estarán excluidos del preceptivo dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico los Reglamentos independientes, autónomos o *praeter legem*, en el reducido ámbito en que resultan constitucional y legalmente posibles y especialmente en el organizativo interno y en el de la potestad doméstica de la Administración y los Reglamentos de necesidad”.

Esta concepción formal del reglamento ejecutivo, sostenida sobre la base de su conexión directa con la ley y desvinculada, en el límite, de que la autoorganización sea o no el objeto y contenido material de la disposición normativa, resulta coincidente con la que mantiene el Consejo de Estado. Así lo manifiesta en la Memoria correspondiente al ejercicio 2016 al señalar que, “por definición, cuando hay una ley previa simplemente no hay reglamento independiente. Sea cual sea el ámbito que el legislador haya dejado a la potestad reglamentaria, si la potestad se ejerce por habilitación *ad hoc* de la norma con rango de ley, el reglamento no es independiente sino totalmente ‘dependiente’ de la ley./ Y ello sea la materia ‘organizativa’ o no, puesto que el legislador también puede imponer límites legales a la potestad de autoorganización del Gobierno y dicha ley prevalece sobre cualquier reglamento mientras no se anule, por limitar los poderes del Gobierno más allá de lo requerido por el artículo 97 de la Constitución (...).Y si un órgano está regulado o previsto en una ley y se remite su creación o regulación a la potestad

reglamentaria se trata de un reglamento ejecutivo preceptivamente sujeto a dictamen del Consejo de Estado”.

En suma, incluso en una interpretación amplia de la concepción material, el proyecto sometido a la consideración del Consejo Consultivo no puede ser calificado de reglamento ejecutivo, precisamente porque falta la imprescindible previsión legal que lo justifique, por lo que, a falta de un planteamiento de la consulta con carácter potestativo, este Consejo no puede emitir dictamen so pena de infringir la Ley que lo regula y delimita su competencia.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que el proyecto de Decreto por el que se crea la Comisión Organizadora de la Evaluación de Bachillerato para el Acceso a la Universidad y se regula su Funcionamiento no requiere el previo dictamen de este Consejo.”

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.