

En Logroño, a 9 de noviembre de 2015, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert Pérez-Caballero, y de los Consejeros D. José María Cid Monreal, D. Enrique de la Iglesia Palacios, D. José Luis Jiménez Losantos y D. Pedro Prusén de Blas, así como del Letrado-Secretario General D. Ignacio Granado Hijelmo, siendo ponente D. Enrique de la Iglesia Palacios, emite, por unanimidad, el siguiente

## **DICTAMEN**

**49/15**

Correspondiente a la consulta formulada por el Excmo. Sr. Consejero de Educación, Formación y Empleo del Gobierno de La Rioja, en relación con el *Anteproyecto de Decreto por el que se modifica puntualmente el Decreto 49/2009, de 3 de julio, por el que se regula la organización del Primer Ciclo de Educación Infantil, se fijan sus contenidos educativos y se establecen los requisitos de los Centros que imparten dicho Ciclo en la Comunidad Autónoma de La Rioja*

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Antecedentes del asunto**

#### **Único**

La Consejería de Educación, Formación y Empleo del Gobierno de La Rioja ha tramitado el procedimiento para la elaboración del referido Anteproyecto de Decreto, que consta de la siguiente documentación:

- Resolución de inicio del expediente, del 22 de junio de 2015, del Sr. Subdirector General de Educación.
- Memoria justificativa, de 25 de junio de 2015, del Sr. Jefe del Servicio de Ordenación Educativa y Atención a la Diversidad, en la que se hace referencia a la oportunidad de la norma, al marco normativo en el que se inserta el citado Anteproyecto de Decreto y se incluye un estudio económico y una tabla de vigencias.
- Primer Borrador del Anteproyecto de Decreto, sin fecha.
- Resolución, de 2 de septiembre de 2015, de la Sra. Secretaria General Técnica de la Consejería, que declara formado el expediente.

-Memoria inicial del Anteproyecto, elaborada por el Sr. Jefe de Servicio de Normativa y Asistencia Técnica el 2 de septiembre de 2015, con el visto bueno de la Sra. Secretaria General Técnica el 3 de septiembre de 2015, que se pronuncia sobre los elementos formales de la tramitación, el contenido material de la norma proyectada, así como sobre su procedimiento de tramitación y los trámites a seguir para su aprobación.

-Informe, de la Sra. Directora General de Función Pública, de 28 de septiembre de 2015.

-Oficio dirigido, por la Sra. Secretaria General Técnica de la Consejería de Educación, a la Sra. Directora General de Función Pública, que informa de los funcionarios a los que afecta la norma proyectada.

-Informe, de la Dirección General de los Servicios Jurídicos, de 19 de octubre de 2015, que considera contradictoria la redacción del borrador que se le somete y propone su modificación.

-Segundo borrador del Anteproyecto, sin fecha.

### **Antecedentes de la consulta**

#### **Primero**

Por escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente con fecha el 26 de octubre de 2015, y registrado de entrada en este Consejo el 27 de octubre de 2015, el Excmo. Sr. Consejero de Educación, Formación y Empleo del Gobierno de La Rioja, remitió al Consejo Consultivo de La Rioja, para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

#### **Segundo**

El Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja, mediante escrito de fecha 27 de octubre de 2015, firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente el mismo día, procedió, en nombre de dicho Consejo, a acusar recibo de la consulta, a declarar provisionalmente la misma bien efectuada, así como a apreciar la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

#### **Tercero**

Asignada la ponencia al Consejero señalado en el encabezamiento, la correspondiente ponencia quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

#### **Cuarto**

Con fecha 2 de noviembre de 2015, la Consejería consultante remitió electrónicamente al Consejo Consultivo una Memoria final, de la misma fecha, de la Sra. Secretaría General Técnica de la Consejería, que aborda los antecedentes, objeto y función de la norma proyectada, así como la tramitación seguida en el procedimiento de elaboración de la disposición general. Dicha Memoria fue registrada de entrada electrónicamente el mismo día 2 de noviembre de 2015.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero**

##### **Necesidad del dictamen del Consejo Consultivo.**

El artículo 11.c) de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, determina que el Consejo deberá ser consultado en relación con “*los proyectos de reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en desarrollo o ejecución de leyes estatales o autonómicas*”, precepto cuyo contenido reitera el artículo 12.2.C) del Reglamento Orgánico y Funcional del Consejo Consultivo, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero.

Como advertimos en nuestro dictamen D.39/09, emitido con ocasión del que luego sería el Decreto 49/2009, que la norma proyectada pretende modificar, en este caso el carácter preceptivo del dictamen del Consejo Consultivo es claro, dada la naturaleza de *reglamento ejecutivo* del Proyecto de Decreto sometido a nuestra consideración. Este tipo de reglamentos tiene por finalidad completar, desarrollar o concretar lo que en la Ley aparece regulado de modo más genérico o en forma principal, dejando a la Administración un espacio regulativo, a rellenar por medio del reglamento, en el que se precise todo el casuismo de desarrollo que puede exigir la situación o la compleja actuación administrativa sobre ella, (*vid.* dictámenes D.34/01, D.51/01 y D.86/08, del Consejo Consultivo de La Rioja). Estos reglamentos parten de una habilitación legal que constituye su marco normativo general y el objeto principal de los mismos consiste, de un lado, en establecer, bajo el principio de legalidad, unas reglas que ofrezcan a los ciudadanos la seguridad jurídica debida; y, de otro, permitir la adecuación normativa mediante desarrollo reglamentario de una materia. El sometimiento a la ley de estos reglamentos es expresión de la satisfacción del principio de legalidad, (*vid.* dictámenes núms. D.51/01 y D.86/08, del Consejo Consultivo de La Rioja).

En este caso, la norma legal objeto de desarrollo por el Decreto 49/2009 fue, como habíamos indicado en nuestro dictamen D.39/09, la LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. Correlativamente, también la modificación proyectada se desenvuelve en el marco de la LO 2/2006 y, más señaladamente, de su art. 92.1. Este precepto, como expondremos más detenidamente en el F. Jco. Cuarto, establece las exigencias de titulación del personal encargado de la atención educativa en el primer ciclo de la educación infantil.

El art. 92.1 LOE tiene carácter básico (DT 5ª LOE) y su desarrollo queda confiado a las Administraciones Educativas (DF 6ª LOE), en este caso, a la Comunidad Autónoma de La Rioja, en virtud de las competencias que ha asumido en materia de “*desarrollo legislativo y ejecución de la enseñanza en toda su extensión, niveles, grados y especialidades, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 27 de la Constitución y Leyes orgánicas que lo desarrollen*” (art. 10 EAR '99).

La cuestión relativa a la preceptividad del dictamen del Consejo Consultivo parece haber suscitado dudas en el Centro directivo tramitador del Anteproyecto, como expone la Memoria final, de 2 de noviembre de 2015, de la Secretaría General Técnica.

Al respecto, resulta preciso aclarar que nos hallamos ante una disposición normativa que, de ser aprobada, no tendrá un mero alcance organizativo o interno, sino que producirá *efectos* frente a terceros. Esos terceros serían, de un lado, los propios administrados (alumnos del Primer Ciclo de Educación Infantil y sus representantes legales), para quienes –desde la óptica de la prestación del servicio público educativo– no es irrelevante la titulación que ostenten quienes les presten atención educativa. Y, de otro, otros funcionarios públicos, distintos a aquellos a los que la norma proyectada se refiere, que, durante el presente curso 2015/16, y como efecto inherente a eventual aprobación de la norma, no podrían obtener, mediante los mecanismos ordinarios de provisión, los puestos de trabajo, pues éstos seguirían siendo ocupados por el personal al que se refiere la modificación propuesta.

Cosa distinta es que sean de naturaleza organizativa o interna las *razones* de la modificación normativa pretendida, como, por otra parte, explicitan la Memoria justificativa de 25 de junio de 2015, la Memoria inicial de 2 de septiembre de 2015 y la Memoria final de 2 de noviembre de 2015. Pero tales motivaciones no inciden en la naturaleza objetiva del Decreto proyectado, que, por exceder lo puramente organizativo, ha de ser sometido al dictamen preceptivo del Consejo.

Establecida la habilitación legal que constituye el marco normativo general de la norma proyectada, el objeto principal de este dictamen, según ha manifestado este Consejo en reiteradas ocasiones, en virtud de lo dispuesto en su Ley reguladora (Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja), consiste, de una parte, en

“emitir un *juicio de estatutoriedad*, examinando la adecuación del texto al Estatuto de Autonomía y, por extensión, al *bloque de constitucionalidad* definido en el artículo 28.1º de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, en el que se inserta; así como un *juicio de legalidad*, esto es, sobre la adecuación de la norma reglamentaria proyectada a la Ley que le sirve de cobertura y del consiguiente respeto del *principio de jerarquía normativa*; para evitar, mediante este control previo de legalidad, que la norma proyectada pueda quedar incurso en alguno de los vicios de nulidad de pleno Derecho expresados en el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC)” (cfr. dictamen D.56/06). No en vano, el sometimiento a la ley de los reglamentos, y del ahora examinado en particular, es expresión de la satisfacción del principio de legalidad (dictámenes D.51/01 y D.86/08).

## Segundo

### **Cumplimiento de los trámites del procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general.**

Como reiteradamente viene sosteniendo este Consejo Consultivo, la importancia de observar las prescripciones establecidas en la Ley, en lo que se refiere al procedimiento para la elaboración de las disposiciones generales, constituye una garantía de acierto en su elaboración, al tiempo que presta una mayor certeza jurídica a los ciudadanos, toda vez que su incumplimiento es susceptible de ser enjuiciado, por los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa; y, en caso de recurso, la estimación de éste puede ocasionar la eventual ineficacia de las normas reglamentarias aprobadas.

Por tanto, procede examinar el grado de cumplimiento, en la elaboración del Anteproyecto de Decreto, de los trámites establecidos en los artículos 33 a 41 de la Ley 4/2005, de 1 de junio, de Funcionamiento y Régimen Jurídico de la Administración de la CAR, puesto que el proceso de elaboración de dicho Anteproyecto se inició tras la entrada en vigor de la misma.

#### **1. Resolución de inicio del expediente.**

Conforme a lo dispuesto en el art. 33.2 de la Ley 4/2005, de 1 de junio, de Funcionamiento y Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja:

*“El procedimiento para la elaboración de los reglamentos se iniciará mediante resolución del órgano administrativo competente por razón de la materia. 2. La Resolución de inicio expresará sucintamente el objeto y finalidad de la norma, las normas legales que, en su caso deba desarrollar, así como el fundamento jurídico relativo a la competencia ejercida”.*

En el presente caso, la Resolución de inicio del procedimiento se ha dictado por el Sr. Subdirector General de Educación. La competencia administrativa para dictar la Resolución de inicio del procedimiento de elaboración de la disposición general corresponde al Director General de Educación, que puede “*dictar la resolución de inicio de la tramitación de las disposiciones de carácter general*” en las materias de su competencia, entre las que se encuentra la “*elaboración de normativa sobre enseñanza no universitaria*”. Todo ello, según los arts. 6.1.4 g y 6.2.3.a) del Decreto 48/2011, de 6 de julio, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Educación, Cultura y Turismo y sus funciones en desarrollo de la Ley 3/2003, de 3 de marzo, de Organización del Sector Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja, vigente en el momento en el que se dictó la resolución de inicio.

Al comienzo del expediente, se alude a una “*Resolución de 15 de junio de 2015*” que atribuiría la competencia al Subdirector General de Educación. Posteriormente, la Memoria de 2 de noviembre de 2015 aclara que esa Resolución atribuyó al Subdirector General las competencias de su superior jerárquico al hallarse éste en periodo vacacional. Esto dicho, debe ser integrado el expediente con la referida Resolución.

Desde el punto de vista del contenido, el artículo 33.2 de la Ley 4/2005, dispone que “*la resolución de inicio expresará sucintamente el objeto y finalidad de la norma, las normas legales que, en su caso, deba desarrollar, así como el fundamento jurídico relativo a la competencia ejercida*”.

La Resolución de inicio del expediente, de 18 de junio de 2015, resulta, en lo esencial, conforme a la previsión legal, si bien, no aborda el “*fundamento jurídico relativo a la competencia ejercida*”. Este Consejo Consultivo ya ha señalado que tal mención es referible, tanto a la competencia *administrativa* del órgano que aprueba la Resolución de inicio, como a la competencia *estatutaria* de la Comunidad Autónoma desde el punto de vista material (D.98/10 o D.63/13); aspectos éstos que, en este caso, la Resolución de inicio no examina.

En torno a la competencia de la Comunidad Autónoma, hemos señalado ya (D.63/13, entre otros) que constituye un presupuesto esencial para la validez de cualquier norma reglamentaria autonómica, por lo que parece de razón –y así lo contempla el art. 33 Ley 4/2005- que el acto administrativo que da principio al procedimiento de elaboración de la disposición general identifique con precisión el título competencial que sustenta el dictado del reglamento que se proyecta.

Las omisiones señaladas carecen de eficacia invalidante del procedimiento tramitado, si se tiene en cuenta que la Comunidad Autónoma resulta, efectivamente, competente para regular la materia afectada por el Anteproyecto y que la Dirección General iniciadora del procedimiento es también competente para ello. Ello no obstante,

aunque sugerimos la conveniencia de que, en sucesivos expedientes, a fin de completar la conformación de las Resoluciones de inicio, se indiquen los preceptos que amparan la tramitación –y ulterior aprobación- de la disposición general de que se trate.

## **2. Elaboración del borrador inicial.**

A tenor de lo establecido en el artículo 34 de la Ley 4/2005:

*“1. El órgano del que emane la resolución de inicio elaborará un borrador inicial integrado por un preámbulo y por el texto articulado del reglamento que incluirá, en su caso, una disposición derogatoria de las normas anteriores que resulten afectadas.*

*2. El borrador inicial irá acompañado de una memoria justificativa acerca de la necesidad de la aprobación de la nueva norma, de su adecuación al objeto y finalidad fijados en la resolución de inicio, la incidencia que habrá de tener en el marco normativo en que se inserte, una relación de las disposiciones afectadas y la tabla de vigencias de las disposiciones anteriores sobre la misma materia, así como una valoración de los efectos previsibles que puedan seguirse de su aplicación. Finalmente, incluirá, en su caso, también los estudios e informes previos que le sirvan de fundamento, así como una relación de aquellos informes o trámites que se consideren necesarios en la tramitación del expediente.*

*3. En los casos de creación de nuevos servicios o de modificación de los existentes, o aquellos en los que de la aplicación del reglamento se prevea que van a derivar derechos y obligaciones de carácter económico, deberá adjuntarse al expediente un estudio del coste y financiación”.*

En el expediente, constan, junto con el primer borrador del texto de la disposición proyectada, una Memoria justificativa, del Sr. Jefe del Servicio de Ordenación Educativa y Atención a la Diversidad, de 25 de junio de 2015, que, por su contenido, permite entender adecuadamente cumplidos los requisitos anteriormente transcritos.

No obstante, respecto del estudio económico del Anteproyecto de Decreto, exigido por el art. 34.3 de la referida Ley, en el informe de 25 de junio de 2015 se afirma que *“la modificación del Decreto que se pretende llevar a cabo no conlleva ningún incremento del crédito presupuestario.”*

Sin embargo, siendo la analizada materia de personal, no parece posible realizar, sin mayor motivación, una afirmación tan categórica. La norma proyectada prevé que continúen en sus puestos de trabajo funcionarios que, con la redacción del Decreto 49/2009 aún vigente, habrían de cesar en ellos al finalizar el curso 2014/2015. Por ello, es dable suponer que su permanencia en esos puestos imposibilita que sean destinados a otros puestos de trabajo, sin que en el expediente existan datos concretos sobre la situación actual de esos potenciales puestos de destino. La Memoria final de 2 de noviembre de 2015 alude al hecho de que algunos se encontrarían cubiertos por medio de personal interino, cuya contratación no sería precisa si estuvieran provistos por personal funcionario como el afectado por la modificación propuesta.

En definitiva, la aplicación del Decreto puede originar “*derechos y obligaciones de contenido económico*”, por lo que se debería integrar el expediente tramitado mediante la inclusión en él de la correspondiente Memoria económica; en cuya importancia hemos insistido en numerosos dictámenes (D.39/09, D.10/10, D.13/10, D. 92/10, D.73/11 y D.18/12, entre otros), así como también la jurisprudencia que, en ocasiones, ha estimado esta falta como vicio invalidante de la disposición (cfr. Sentencia 600/2000, de 17 de noviembre, de la Sala de lo Contencioso administrativo del TSJ de La Rioja).

De la trascendencia de verificar un adecuado examen de los aspectos de orden presupuestario en la tramitación de las disposiciones de carácter general, da cuenta el art. 40.1 de la Ley 11/2013, de 21 de octubre, de Hacienda pública de La Rioja, a cuyo tenor “*las disposiciones legales y reglamentarias, en fase de elaboración y aprobación (...) deben valorar sus repercusiones y efectos y supeditarse de forma estricta a las disponibilidades presupuestarias y a los límites del marco presupuestario a medio plazo*”; añadiendo el art. 40.2 que: “*con carácter previo a la aprobación de cualquier actuación con incidencia en los límites establecidos en el punto anterior, la dirección general con competencias en materia de planificación presupuestaria deberá emitir informe sobre las repercusiones presupuestarias que se deriven de su aprobación*”.

Por ello, y a fin de que el Consejo de Gobierno tenga toda la información necesaria para aprobar el Anteproyecto de Decreto, parece deseable una más ponderada apreciación de la cuestión. En particular, estimamos que el Centro directivo promotor de la norma debe analizar la situación en que se encuentran los puestos de trabajo que podrían ser potencialmente cubiertos por el personal al que se refiere la modificación. Para ello, sería necesaria la inclusión en el expediente de la correspondiente Memoria económica (así, dictámenes D.74/07 y D.71/08, por todos).

### **3. Formación del expediente de Anteproyecto de reglamento.**

El artículo 35 de la Ley 4/2005 dispone lo siguiente:

- 1. Una vez elaborado el borrador inicial, así como la documentación complementaria a que se refiere el artículo anterior, el expediente se remitirá a la Secretaría General Técnica de la Consejería, cuyo titular, a la vista de su contenido declarará, en su caso, formado el expediente de anteproyecto y acordará la continuación del procedimiento por la propia Secretaria General Técnica.*
- 2. Por la Secretaría General Técnica de la Consejería se determinarán los trámites e informes que resulten necesarios para garantizar el acierto y legalidad del reglamento.*
- 3. Cuando se observaran defectos en la formación del expediente por el órgano administrativo que dictó la resolución de inicio el mismo podrá ser devuelto al citado centro a efectos de que se proceda a su subsanación”.*

En la documentación que nos ha sido remitida, consta la Resolución de la Sra. Secretaria General Técnica de la Consejería de Educación, que dispone la formación del expediente de Anteproyecto, de fecha 2 de septiembre de 2015, acompañada de una Memoria inicial de 3 de septiembre de 2015, que resulta formalmente adecuada al precepto transcrito.

#### **4. Trámite de audiencia.**

La Ley 4/2005 regula expresamente este trámite (diferenciándolo del de información pública, del que se ocupa su artículo 37), que no era contemplado en la Ley 3/1995, de 8 de marzo, a la que aquélla viene a sustituir, pero en cuya obligatoriedad –fundada en la Constitución y en la legislación estatal de carácter tanto básico como supletorio, para los casos previstos en ella- había insistido este Consejo en numerosos dictámenes. A este respecto, el artículo 36 de la Ley autonómica vigente dispone lo siguiente:

*“1. El anteproyecto deberá someterse a la audiencia de los interesados, directamente o por medio de las entidades reconocidas por la Ley que los agrupen o los representen, en los siguientes casos: a) Cuando lo exija una norma con rango de Ley; b) Cuando la disposición afecte a derechos e intereses legítimos de los ciudadanos.*

*2. No será exigible el trámite previsto en el punto anterior respecto de las entidades citadas si han sido consultadas en el procedimiento de elaboración o si han intervenido en él mediante la emisión de informes o participación en órganos colegiados.*

*3. La audiencia no será exigible en relación con los proyectos de disposiciones que regulen la organización del Gobierno, de la Administración General de la Comunidad Autónoma o de los entes integrantes de su Sector Público, salvo que en alguno de estos casos se regule la participación de los ciudadanos o de sus organizaciones y asociaciones representativas en el ejercicio de sus funciones u órganos. Tampoco será exigible el trámite de audiencia en relación a aquellas disposiciones que tengan por objeto exclusivo la regulación de los tributos o ingresos de derecho público.*

*4. El plazo de la audiencia debe ser adecuado a la naturaleza de la disposición, y no inferior a quince días. Por razones justificadas, y mediante acuerdo o resolución debidamente motivado, este plazo podrá reducirse a siete días.”*

El Anteproyecto no ha sido sometido a audiencia corporativa. La razón de ello parece hallarse en que el Centro Directivo promotor de la norma considera que ésta “*se refiere a un aspecto esencialmente concreto que atañe, fundamentalmente, a la potestad de autoorganización de la Administración*”, en palabras de la Memoria inicial de 3 de septiembre de 2015.

A criterio de este Consejo, y en línea con lo que ya hemos razonado en cuanto a la preceptividad de nuestro dictamen, han de distinguirse los motivos por los que pretende modificarse el Decreto 49/2009, de los efectos objetivos que tal modificación va a producir. Los primeros podrán ser de índole organizativa, pero los segundos es claro que van a ir más allá de la esfera interna de la Administración y van a afectar a los

administrados -a los usuarios del servicio público educativo- y también a otros funcionarios públicos que cuentan con las titulaciones exigidas por los arts. 92.1 de la LOE y 24.2 del Decreto 49/2009 y que, sin embargo, no van a poder optar, durante el curso vigente, a los puestos de trabajo ocupados por el personal afectado por la disposición que se proyecta.

Parece, por tanto, necesario someter el texto proyectado a un trámite de audiencia corporativa que permita incorporar al procedimiento de elaboración de esta disposición las apreciaciones y alegaciones de los dos colectivos potencialmente afectados, a través de sus entidades representativas; singularmente, los Sindicatos de la función pública, las Asociaciones de padres y madres de alumnos; e incluso a las Asociaciones de Centros de Educación Infantil, pues el Decreto en tramitación pretende extender sus efectos a los Centros privados, además de a los públicos. Al respecto, llamamos la atención sobre la amplitud que este trámite mereció en la tramitación del que luego sería Decreto 49/2009 (del que da cuenta, por ejemplo, el dictamen D.39/09 de este Consejo).

Constan incorporadas al expediente las aportaciones de la Dirección General de la Función Pública, formuladas el 28 de septiembre de 2015, que se pronuncian, en sentido negativo, sobre la necesidad de someter el actual texto a la Mesa General de Negociación, contemplada en el art. 36 del Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril), si bien considera que habrá de negociarse el futuro proceso de reasignación de efectivos.

Al efecto –y en la medida en que el Centro Directivo tramitador del Anteproyecto acoge ese parecer- estimamos que han de deslindarse dos cuestiones distintas, que afectan a momentos diferentes. Ciertamente, cuando los funcionarios afectados por la modificación propuesta hayan de ser reasignados a puestos distintos, ese proceso deberá ser objeto de la oportuna negociación previa, como razona la propia Dirección General de la Función Pública; pero ello no supone que la norma proyectada no produzca ya efectos inmediatos, que son los antes descritos, respecto a otros funcionarios o al alumnado. Efectos que justifican sobradamente el sometimiento del texto a un trámite de audiencia corporativa, como antes hemos señalado.

## **5. Informes y dictámenes preceptivos.**

Según el artículo 39 de la Ley 4/2005:

*“1. Los informes preceptivos y los dictámenes de los órganos consultivos se solicitarán en el momento y en la forma que determinen sus disposiciones reguladoras. El plazo para su emisión será el previsto en ellas, y a falta de previsión expresa, el de diez días.*

*2. De no emitirse el informe en el plazo señalado, y sin perjuicio de las responsabilidades en que incurra el responsable de la demora, se podrán proseguir las actuaciones cualquiera que sea el carácter del informe solicitado, excepto en los supuestos de informes preceptivos que sean*

*determinantes para la tramitación del reglamento, en cuyo caso podrá interrumpirse la misma en tanto no se emitan e incorporen al expediente. El plazo de espera no podrá exceder en ningún caso de tres meses, salvo disposición legal que determine un plazo menor o establezca otros efectos ante la falta de emisión.*

*3. El anteproyecto de reglamento será informado por la Dirección General de los Servicios Jurídicos una vez cumplimentados todos los trámites y previamente a la emisión de los dictámenes que, en su caso, resulten procedentes”.*

En el expediente remitido, no resultaba obligado recabar el informe del SOCE, pues el contenido de la disposición general proyectada no se encuadra entre los contemplados por el art. 4 del Decreto 125/2007, de 26 de octubre, por el que se regula el ejercicio de las funciones en materia de organización administrativa, calidad y evaluación de los servicios en la Administración General de la Comunidad Autónoma de la Rioja y sus organismos autónomos.

Tampoco parece preceptiva la intervención del Consejo Escolar de La Rioja (CER), pues el art. 7.1 de la Ley 3/2004, de 25 de junio, de Consejos Escolares de La Rioja, prevé que éste órgano haya de emitir informes preceptivos en la tramitación de “*proyectos de disposiciones administrativas de carácter general que revistan la forma de decreto, para la programación general de la enseñanza no universitaria*”, en cuyo ámbito material, conforme al art. 7.2, no se encuentran, de modo directo, los aspectos relativos al profesorado.

Ahora bien, siendo el CER un órgano de participación social en el que están representadas distintas organizaciones de la comunidad educativa, la consulta al mismo, aun no siendo preceptiva, puede servir para cumplir el trámite de audiencia corporativa, tal y como permite el art. 36.3 de la Ley 4/2005, y así lo hemos señalado en distintos dictámenes (cfr, en general, D.22/07 y D.38/14; y en concreto respecto al CER, D.16/02, D.54/02, D.17/04, D.37/05, D.11/07, D.38/07, D.128/07, D.36/08, D.39/09, D.08/10, D.10/10, D.11/10, D.12/10, D.13/10, D.14/10, D.15/10, D.66/10, D.68/10, D.90/10, D.06/13 y D.21/14), siempre que se haga en el momento adecuado (D.34/14 y D.50/14), se forme adecuadamente la voluntad del órgano consultivo (D.04/05) y éste se pronuncie como tal órgano y no sólo sus componentes a título individual (cfr, D.65/10, D.10/13, D.26/13 y D.50/14, entre otros).

Por otra parte, como hemos anticipado, conforme al art. 40.2 LHPLR, resultaría necesario recabar el informe de la Oficina de Control Presupuestario, en orden a analizar la Memoria económica que elabore el Centro directivo promotor del Anteproyecto.

Finalmente, consta en el expediente el informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos, de 19 de octubre de 2015. Al respecto, hemos de señalar que si el

texto fuera sometido a un trámite de audiencia corporativa, debería interesarse la emisión de un nuevo informe del Servicio Jurídico.

Como hemos recordado en otros dictámenes, el espíritu que anima el art. 39 Ley 4/2005 es que la intervención de la Dirección General de los Servicios Jurídicos (no sólo preceptiva, sino también *última*) se produzca en la fase final, inmediatamente antes de la redacción de la Memoria final y del Anteproyecto que se someterá -cuando proceda- a dictamen del Consejo Consultivo. Se trata con ello de que la Dirección General pueda valorar, en toda su amplitud, las observaciones y sugerencias de alcance jurídico que hayan sido presentadas con anterioridad por otros servicios o entidades (dictámenes D.56/06, D.23/07, D.27/07, D.54/10, D.29/11, D.46/11, o D.63/13, por todos).

Posteriormente, y siempre en esa hipótesis, a la vista de ese informe, debería redactarse una nueva Memoria final.

En este sentido y como hemos hecho en otros dictámenes (cfr, por todos, D.22/07), debemos recordar la importancia de realizar las actuaciones previstas en el momento procedimental adecuado, pues ello servirá para aquilatar el contenido de la norma proyectada.

## **6. Integración del expediente y Memoria final del Anteproyecto.**

Finalmente, según el artículo 40 de la Ley 4/2005:

*“1. Concluidas las actuaciones de instrucción y con carácter previo a la emisión del dictamen del Consejo Consultivo de La Rioja, que en su caso deba emitirse, la Secretaría General Técnica encargada de la tramitación, elaborará una memoria sucinta de todo el procedimiento, en la que se reseñarán los antecedentes, los trámites practicados y su resultado, las modificaciones introducidas en el texto del anteproyecto como consecuencia del contenido de los documentos e informes resultantes de los trámites de audiencia, información pública e informes preceptivos, así como una exposición motivada de aquellas que hayan sido rechazadas. Le memoria deberá recoger expresamente una declaración motivada de la adecuación al ordenamiento jurídico del texto del anteproyecto.*

*2. El expediente de elaboración del reglamento se ordenará a partir de la resolución de inicio seguido del anteproyecto y documentación correspondiente, así como de los estudios y consultas evacuados y demás actuaciones practicadas.*

*3. En aquellos casos en que proceda la emisión de dictámenes por el Consejo Consultivo, y una vez recibido el mismo, se procederá a introducir las modificaciones que procedan en el texto del anteproyecto formulándose por la Secretaría General Técnica correspondiente la memoria final del anteproyecto, en aquellos casos en que la misma resulte necesaria, que precederé en todo caso a la formalización del proyecto de reglamento”.*

En el expediente sometido a nuestra consideración, consta una última Memoria, de la Secretaria General Técnica de la Consejería, de fecha 2 de noviembre de 2015, que relata cumplidamente todo el *iter* procedimental seguido para la redacción del texto normativo pretendido. A dicha Memoria, precede el borrador definitivo de la disposición proyectada.

Con base en todo lo expuesto, hay que concluir, en relación con el procedimiento de elaboración de la disposición normativa proyectada, que éste debería completarse con la correspondiente Memoria económica. Igualmente, resultaría oportuno que fuera sometido a un trámite de audiencia corporativa; así como al informe de la Oficina de Control Presupuestario. A la vista de todo ello, habría de recabarse un nuevo informe, sobre la totalidad del expediente, a la Dirección General de los Servicios Jurídicos, salvo, naturalmente, en el caso de que esos trámites no aportaran novedad respecto al conjunto de alegaciones y datos que ya obran en él.

#### Cuarto

##### **Competencia de la Comunidad Autónoma de La Rioja para regular la materia proyectada y cobertura legal de la misma.**

1. Como ya hemos adelantado, la competencia de la Comunidad Autónoma para dictar la norma proyectada resulta del art. 10 del Estatuto de Autonomía de La Rioja (EAR'99) confiere a nuestra Comunidad Autónoma la competencia de *“desarrollo legislativo y ejecución de la enseñanza en toda su extensión, niveles, grados y especialidades, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 27 de la Constitución y Leyes orgánicas que conforme al apartado 1 del artículo 81 de la misma lo desarrollen y sin perjuicio de las facultades que atribuye al Estado el número 30 del apartado 1 del artículo 149 y de la alta inspección para su funcionamiento y garantía.”*

2. El marco legal en el que se desenvuelve la norma proyectada (y el Decreto 49/2009, que la misma viene a modificar) está constituido, primordialmente, por la LO 2/2006, de 3 de mayo de Educación (LOE), modificada por la LO 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa (LOMCE).

En particular, por centrarnos en los aspectos de la regulación estatal que guardan mayor relación con la materia objeto de la modificación propuesta, es preciso destacar que el art. 3.2 a) contempla la Educación Infantil como una de las enseñanzas que ofrece el sistema educativo. Con arreglo al art. 14.1, esta Etapa se ordena en dos Ciclos: el Primero comprende hasta los tres años; y el Segundo desde los tres hasta los seis.

La LOE concibe la Educación Infantil como una *“Etapa única”* cuyos Ciclos *“responden ambos a una intencionalidad educativa”* (Exposición de Motivos de la LOE).

El art. 12.1 la define como “*la Etapa educativa, con identidad propia, que atiende a niñas y niños desde el nacimiento hasta los seis años de edad*”. El art. 14.2 proclama decididamente el “*carácter educativo*” de ambos Ciclos, también el del primero, superando el carácter “*educativo-asistencial*” que a la Educación Preescolar atribuía el art. 7.2 de la Ley 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación (LOCE).

En coherencia con ello, es necesario que los Centros que impartan enseñanzas del Primer Ciclo de Educación Infantil elaboren una “*propuesta pedagógica*” (art. 14.2) y que los “*contenidos educativos de la Educación Infantil*” se organicen “*en Áreas correspondientes a ámbitos propios de la experiencia y del desarrollo infantil*”. Serán las Administraciones educativas las que determinarán “*los contenidos educativos del Primer Ciclo de la Educación Infantil, de acuerdo con lo previsto en el presente capítulo*” (art. 14.7), del que destacamos el art. 13, que enumera los objetivos generales de la Educación Infantil.

El Título III de la LOE regula el “*profesorado*” en los distintos niveles educativos. Y así, el art. 92.1 dispone que:

*“La atención educativa directa a los niños del Primer Ciclo de Educación Infantil correrá a cargo de profesionales que posean el título de Maestro, con la Especialización en Educación Infantil o el título de Grado equivalente, y, en su caso, de otro personal con la debida titulación para la atención a las niñas y niños de esta edad. En todo caso, la elaboración y seguimiento de la propuesta pedagógica a la que hace referencia el apartado 2 del artículo 14, estarán bajo la responsabilidad de un Maestro de Educación Infantil o título de Grado equivalente.”*

Parece obvio que las previsiones de los arts. 12 a 14, de un lado, y del art. 92.1 LOE, de otro, son congruentes entre sí y responden al propósito explicitado por el legislador orgánico: si el Primer Ciclo de la Educación Infantil se configura como parte de una Etapa educativa (la Educación Infantil); y, si, a sus enseñanzas y contenidos, se les atribuye carácter educativo, el profesorado que lo imparta ha de poseer la titulación académica correspondiente, en garantía de la adecuada impartición de esas enseñanzas. El art. 100 de la LOE incide, por lo demás, en la trascendencia de la formación inicial y adecuada la titulación de los profesionales de los distintos niveles y grados educativos.

La LOE contiene sobre esta cuestión una norma de Derecho intertemporal, pues su DT 14<sup>a</sup> establece que: “*los requisitos de titulación establecidos en la presente Ley, para la impartición de los distintos niveles educativos, no afectarán al profesorado que esté prestando sus servicios en Centros docentes según lo dispuesto en la legislación aplicable en relación a las plazas que se encuentran ocupando*”.

Como es de ver, esa DT 14<sup>a</sup> afecta al profesorado que, a la entrada en vigor de la LOE (24 de mayo de 2006, según su DF 8<sup>a</sup>), estuviera prestando servicios en Centros docentes conforme a la legislación aplicable hasta entonces a las plazas que ocupare. Con

carácter transitorio, este personal no quedaría afectado por los cambios en los requisitos de titulación del profesorado operados a partir de la LOE.

En cuanto al calendario de aplicación de la LOE, su DA 1ª habilitó al Gobierno de la Nación a establecerlo, previa consulta a las Comunidades Autónomas y en el plazo de cinco años a partir de la entrada en vigor de la Ley. Y así, el art. 3.2 del Real Decreto 806/2006, de 30 de junio, dispuso que: *“en el año académico 2008-2009, las Administraciones educativas implantarán las enseñanzas correspondientes al Primer y Segundo Ciclo de la Educación Infantil y dejarán de impartirse las enseñanzas correspondientes al Primer y Segundo Ciclo de la Educación Infantil definidas por la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, y las Enseñanzas de Preescolar definidas por la ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación...”*; y, en su art. 4, indica que: *“antes de la fecha de implantación del Primer Ciclo de la Educación Infantil...se establecerán los requisitos de los Centros de educación infantil, de acuerdo con el art. 17.4 de la Ley Orgánica 2/2006...”*. En particular, en su DA 4ª, en relación con los *“Centros de Primer Ciclo de Infantil”*, establece un plazo *“de tres años para adaptarse a los requisitos que se establezcan a partir de la entrada en vigor de su regulación específica”*.

En fin, la DF 6ª señala que *“las normas de esta Ley podrán ser desarrolladas por las Comunidades Autónomas, a excepción de las relativas a aquellas materias cuya regulación se encomienda por la misma al Gobierno o que corresponden al Estado conforme a lo establecido en la Disposición Adicional Primera, número 2, de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación”*.

## Quinto

### **Examen del marco normativo autonómico sobre el que incide la regulación proyectada**

1. El análisis de la norma proyectada debe partir del examen de la situación actual en que se encuentra la regulación de estas enseñanzas en la Comunidad Autónoma de La Rioja. Y es que nuestra Comunidad, en ejercicio de sus competencias sobre la materia, ha desarrollado ya las previsiones de la LOE, mediante la aprobación del Decreto 49/2009, de 3 de julio, que la norma propuesta trata de modificar.

Como expusimos en nuestro dictamen D.39/09, en el contexto descrito en el Fundamento anterior, la Comunidad Autónoma de La Rioja debía elaborar –como así efectivamente hizo- un Decreto que regulara la Educación Infantil conforme a las disposiciones de aplicación al nuevo sistema educativo conformado por la LOE.

2. El Decreto 49/2009 hace, pues, uso de la habilitación conferida por el legislador orgánico y pormenoriza aquellos aspectos del Primer Ciclo de la Educación Infantil (requisitos de los Centros, *ratios* profesor-alumno, entre otros), que quedan a la libre configuración de las Administraciones educativas.

De este modo, y ciñéndonos a la materia analizada, en cuanto a la “*cualificación profesional*” del profesorado, el art. 24 del Decreto dispone que:

*1.- Los Centros para niños de cero a tres años deberán contar con el personal cualificado en los términos recogidos en el artículo 92.1 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación y de acuerdo con lo dispuesto en este Decreto.*

*2.- Los profesionales que se encarguen de la atención educativa de los niños tienen que estar en posesión del título de Maestro Especialista en Educación Infantil o del título de Grado equivalente, o del título de Técnico Superior en Educación Infantil, así como cualquier otro título declarado equivalente académica y profesionalmente, a alguno de los anteriores”.*

El precepto concreta, pues, el margen ofrecido por el art. 92.1 LOE, al determinar las titulaciones que se consideran precisas para poder prestar atención educativa a los niños; añadiendo -como permite el art. 92.1-, a la de Maestro Especialista (y su título de Grado equivalente), la de Técnico Superior en Educación Infantil, así como los títulos declarados equivalentes, académica y profesionalmente, a uno o a otro.

Como norma de Derecho Transitorio, la DT 2ª del Decreto 49/2009 señala que:

*1.- Las personas que, sin tener alguna de las titulaciones indicadas en el artículo 24.2 del presente Decreto, estén prestando, en el momento de su aplicación, sus servicios en Centros docentes autorizados por la Consejería competente en materia de educación, que atiendan a niños de hasta tres años, y lo lleven haciendo durante tres cursos de los ocho últimos, podrán continuar impartiendo el Primer Ciclo de la Educación Infantil en el mismo puesto de trabajo del Centro en el que se encuentren trabajando, siempre que dichas personas inicien y finalicen el proceso formativo conducente a la obtención de alguna de las titulaciones exigidas en el presente Decreto en el plazo de seis años.*

*2.- Los profesionales que presten servicios en las Guarderías que atienden a la población de cero a tres años y no dispongan de la titulación exigida por la Administración educativa para impartir el Primer Ciclo de Educación Infantil dispondrán hasta la finalización del curso escolar 2014-2015 para obtener alguna de las titulaciones previstas en el artículo 24.2 del presente Decreto (...).*

*3.- Finalizado el plazo establecido en los apartados anteriores, sólo podrán impartir el Primer Ciclo de la Educación Infantil las personas con las titulaciones exigidas en el presente Decreto”.*

El Decreto 49/2009 entró en vigor el 11 de julio de 2009 (DF 3ª), por lo que los seis años previstos por su DT 2ª, 1 concluyeron el 11 de julio de 2015.

En cuanto al curso académico 2014/2015, al que se refiere la DT 2ª, 2, sus actividades académicas concluyeron el 30 de junio de 2015, según el apartado tercero.1 b) de la Resolución núm. 1063/2014, de 26 de marzo, de la Dirección General de Educación (BOE núm. 45, de 9 de abril), y el año académico se extendió hasta el 31 de agosto de 2015 (apartado segundo).

En definitiva, cualquiera de estos plazos ha concluido en la fecha presente, por lo que lo habrá hecho también en el momento de promulgarse el Decreto proyectado.

**3.** La modificación propuesta añadiría, al apartado 3º de la DT 2ª, el siguiente inciso: *“No obstante, el personal afectado por el apartado 2 de la presente disposición que, al finalizar el plazo establecido en el mismo, no hubiera obtenido la titulación exigida, podrá permanecer en sus puestos de trabajo, como máximo, hasta la finalización del curso 2015-2016”*.

La adecuada comprensión de la DT 2ª obliga también a examinar los términos *“Centros docentes autorizados”* y *“Guarderías”* por ella empleados. Como es lo propio de su contenido de Derecho transitorio, la DT 2ª se refiere a las situaciones existentes al tiempo de su entrada en vigor, y establece los plazos y mecanismos para acomodarlas a las exigencias de la nueva regulación.

Y así, a efectos de regular la adaptación de los Centros a los nuevos requisitos, el Decreto 49/2009 -dando desarrollo a la DA 4ª del RD 806/2006- distinguió, en lo que afecta a nuestro examen, los siguientes supuestos:

(i) Los Centros que ya estuvieran autorizados a prestar el Primer Ciclo de Educación Infantil o Educación Preescolar a la entrada en vigor de la LOE, los cuales se consideraron automáticamente autorizados para prestar ese Primer Ciclo (DA 1ª).

(ii) Los Centros que, a la entrada en vigor del Decreto, estuvieran autorizados como Guarderías, de acuerdo con el Decreto 49/2004, de 30 de julio, de Guarderías infantiles. Estos Centros podrían seguir prestando el Primer Ciclo, siempre que sus titulares lo solicitaran en los tres años siguientes a la entrada en vigor del Decreto 49/2009 y, en su caso, realizaran las adaptaciones precisas en cuanto a *“número máximo de puestos escolares, relación profesor/unidad y titulación y acreditación de los profesionales docentes”* (DT 1ª, 1). El Decreto 49/2004 preveía, naturalmente, la existencia de Guarderías de titularidad pública y de titularidad privada (cfr. su art. 8).

(iii) Los Centros que no estuvieran autorizados en ninguna de las categorías anteriores pero dispusieran de licencia municipal. También estos Centros dispusieron de un plazo de tres años para adaptarse a las previsiones del nuevo Decreto 49/2009 (DT 1ª, 2).

4. Como se ha expuesto, esas fórmulas de adaptación buscaron acomodar los Centros existentes a la ordenación definitiva establecida por el Decreto 49/2009, que es la siguiente:

El art. 18.2 del Decreto 49/2009 distingue entre Centros de Primer Ciclo de Educación Infantil públicos (de los que es titular una Administración pública) y privados (de los que es titular una persona distinta a una Administración). Conforme al art. 19.1, los Centros públicos son creados por las Administraciones públicas; mientras que los privados, creados por particulares, son autorizados por la Comunidad Autónoma, previa acreditación del cumplimiento de los correspondientes requisitos.

En punto a su denominación, conforme al art. 16 del Decreto, si los Centros sólo imparten el Primer Ciclo de Educación Infantil, según la naturaleza del titular, se denominarán Escuelas Infantiles de Primer Ciclo, si son públicos (art. 111.1 LOE) o Centros docentes de Primer Ciclo de Educación Infantil, si son privados y están autorizados (art. 16.2).

Por ello, como explica, por ejemplo, la Memoria justificativa de 23 de junio de 2015, obrante en el expediente remitido a este Consejo, las Guarderías públicas de la Comunidad Autónoma –servidas por funcionarios públicos- tuvieron que adaptarse, con el fin de convertirse en Escuelas Infantiles de Primer Ciclo, que es la denominación que les reserva el Decreto 49/2009. Naturalmente, el mismo proceso de adaptación, para su conversión en Centros docentes de Primer Ciclo de Educación Infantil, tuvieron que acometer las Guarderías infantiles de titularidad privada.

Si, en los Centros, públicos o privados, no sólo se presta el Primer Ciclo de la Educación Infantil, sino también otros niveles educativos, estos Centros tendrán la denominación genérica que les corresponda según sus enseñanzas (art. 16.3), por lo que habrá de estarse a los arts. 111 y 114 LOE.

5. En el dictamen D.39/09, este Consejo se pronunció sobre el diferente ámbito de aplicación de las Disposiciones Transitorias 1ª y 2ª del Decreto 49/09, que acabamos de examinar.

Aunque ambas Disposiciones Transitorias están vinculadas, la Primera se refería a los Centros y la Segunda al profesorado. Y así, ante las dudas planteadas por los Servicios Jurídicos sobre el alcance del plazo de tres años establecido por la DA 4ª del RD 806/2006, razonó este Consejo que:

*“... debe tenerse en cuenta que la DA 4ª del expresado RD 806/2006 se refiere a la adaptación de los Centros de Primer Ciclo a los nuevos requisitos y a su contenido se ajusta escrupulosamente la DT 1ª de la norma proyectada; mientras que la DT 2ª de ésta hace referencia a la adaptación de*

*los profesionales a las condiciones de su puesto de trabajo, como se infiere de su propio contenido y del título que la rúbrica, 'profesorado', lo cual no parece contrario a Derecho”.*

A partir de ahí, y en torno al sentido de los plazos establecidos por la DT 2ª en relación con el profesorado –que es la cuestión que ahora nos ocupa- se indicó, en el precitado dictamen, que:

*“De la interpretación conjunta de las DT 1ª y 2ª de la norma dictaminada, se desprende que, en aplicación del RD 806/2006 y la DA 1ª de ésta, los Centros que, en la actualidad, se dediquen al cuidado de niños de hasta tres años disponen de un plazo de tres años para solicitar su conversión en Centros educativos a los efectos de la nueva ordenación del sistema educativo; y, en ese momento, deberán cumplir los requisitos mínimos de espacios e instalaciones y las ratios establecidas en el artículo 25. Ello no obstante, se permitirá que determinadas personas que presten servicio en estos Centros y no cuenten con la titulación adecuada, en las condiciones y con los requisitos a los que se refiere la DT 2ª de la norma proyectada, puedan obtenerla en otros tres años más; solución que pretende facilitar la adaptación de los profesionales a la nueva situación, que se entiende insista en la discrecionalidad técnica inherente a la potestad reglamentaria y por la que se ha optado en términos similares en otras Comunidades Autónomas, como Islas Baleares, que amplía el plazo a para el periodo de adaptación de los profesionales en los diferentes supuestos a cuatro años (DA 3ª, 4ª y 5ª del Decreto 60/2008, de 2 de mayo; BOIR de 8 de mayo) o Cataluña, que, más genéricamente, parece ampliarlo a 10 años (D.282/2006, de 4 de julio; DOG de 6 de julio de 2006), máxime cuando, en este caso, la normativa vigente para la obtención del título de Magisterio requiere cursar cuatro años académicos, lo que exige adaptaciones por vía reglamentaria que sean razonables, como la que nos ocupa”.*

## Sexto

### Observaciones al texto del Anteproyecto

Expuesta la situación y el marco normativo vigente en la actualidad, cumple examinar cómo incidiría sobre él la norma cuya aprobación se proyecta, con el fin de analizar si constituye un ejercicio adecuado de la potestad reglamentaria.

1. En primer lugar, la disposición proyectada debe ser analizada desde la óptica del principio de jerarquía normativa (arts. 9.3 CE o 62.2 LPAC, por todos), con el fin de determinar si se mueve dentro de los contornos que le marca la Ley que le sirve de cobertura o si, por el contrario, la vulnera.

Al respecto, lo primero que debe recordarse es que el art. 92.1 LOE es taxativo al determinar que los profesionales que presten atención educativa a los alumnos del Primer Ciclo de Educación Infantil deben tener la titulación académica de Maestro especialista u otro título equivalente. En su DT 14ª, la LOE permitió que las exigencias de titulación no fueran de aplicación al personal que se encontrara prestando esos servicios en el momento de su entrada en vigor conforme a la legislación aplicable a las plazas que estuviera ocupando.

Correspondiendo a las Administraciones educativas el desarrollo de la LOE (DF 6ª LOE), la Comunidad Autónoma de La Rioja ejerció esas competencias mediante la aprobación del Decreto 49/2009. Lo hizo, en primer lugar, concretando las titulaciones que había de poseer este personal (art. 24.2); y, en segundo lugar, estableciendo un régimen transitorio (DT 2ª) encaminado a que, al término de los plazos por él previstos, sólo pudiera impartir ese Primer Ciclo quien ostentara esas titulaciones (tanto funcionarios públicos, como profesionales del ámbito privado).

En la fijación de esos plazos, nuestra Comunidad Autónoma -igual que las restantes con competencias de desarrollo y ejecución en materia educativa- gozaba de un amplio margen, como pusimos de manifiesto en nuestro dictamen D.39/09; e hizo uso de él en los términos que resultan de la DT 2ª. Esta DT 2ª, como es de ver, estableció un horizonte temporal razonable, ciertamente muy amplio, para que el personal que, al principiar la vigencia del Decreto autonómico, no dispusiera de la titulación adecuada, pudiera obtenerla.

Pues bien, una vez ejercidas sus potestades de desarrollo normativo mediante la aprobación del Decreto 49/2009, éste se incorporó al ordenamiento jurídico y, por ello, resulta de obligado cumplimiento; también para la propia Administración (arts. 9.1 o 103.1 CE o 51 LPAC, por todos). Y así, debe señalarse que, a la fecha presente, se han cumplido ya sobradamente los periodos de tiempo establecidos por los dos primeros apartados de la DT 2ª, porque ha transcurrido ya el plazo de seis años del apartado 1º y ha finalizado el curso 2014/2015. De esta suerte, se han consumado ya los efectos propios de la norma (a la que debe darse cumplimiento), que son los establecidos en el apartado 3º; y, una vez transcurridos esos plazos -cosa que ha sucedido ya-, sólo pueden impartir el Primer Ciclo de Educación Infantil los profesionales que tengan la correspondiente titulación.

Repárese en que, por razón del tiempo en que habría de ser promulgada la norma proyectada, la modificación que pretende no se produce *durante el transcurso* de los plazos establecidos en la vigente DT 2ª (especialmente, en su apartado 2º), sino cuando tales plazos han vencido ya. En otros términos, ese cambio normativo no produciría -no puede hacerlo ya- el efecto de *prorrogarlos*, pues han fenecido con anterioridad.

Correlativamente, la norma proyectada no va a *prolongar* en el tiempo una situación preexistente en la cual el personal carente de titulación seguía impartiendo el Primer Ciclo de Educación Infantil, al amparo del régimen transitorio resultante de la DT 14ª LOE y de la DT 2ª del Decreto 49/2009. Al contrario, esa situación transitoria, concluidos los plazos para los que se conformó su existencia, ha desaparecido ya; por lo que, en la actualidad, el personal afectado no puede ya seguir prestando esos servicios, dado que carece de cobertura legal para ello.

Como consecuencia de lo expuesto, la modificación que pretende introducirse en el Decreto 49/2009, operaría sobre una situación ya consumada, y generaría el efecto de constituir *ex novo*, a personal carente de titulación, en el derecho a ocupar puestos de trabajo para los que estas titulaciones son requeridas, tanto por la LOE, como por el Decreto 49/2009. Ese efecto constitutivo e innovador, además de contravenir el art. 92.1 LOE, no encuentra amparo ya en la DT 14ª LOE, pues ésta estaba prevista –como es lo propio de su naturaleza transitoria- para personal sin titulación que, a la entrada en vigor de la LOE, estuviera ocupando plazas conforme a la normativa que resultara de aplicación a éstas; mientras, por el contrario, el personal afectado por la DT 2ª-2 ha perdido ya, conforme a la normativa que le resulta de aplicación (el propio Decreto 49/2009), el derecho a ocupar estas plazas. Y ello por cuanto se ha extinguido ya el plazo transitorio durante el cual las desempeñaba.

En definitiva, a juicio de este Consejo, la modificación pretendida carece de cobertura legal y es contradictoria con lo establecido por el art. 92.1 LOE, por lo que, al vulnerar el principio de jerarquía normativa, resultaría nula de pleno derecho de conformidad con los arts. 9.3 CE, 1.2 Cc o 62.2 LPAC, entre otros.

2. Señalado lo anterior, este Consejo no duda de la buena fe que ha movido a la Administración educativa riojana a promover la modificación proyectada para facilitar una solución reglamentaria al problema objeto de la misma. Pero este Consejo se encuentra institucionalmente constreñido a la legalidad vigente y entiende que el Anteproyecto ha de ser analizado, no sólo desde la óptica desde el principio de jerarquía normativa, sino también desde la perspectiva más amplia que impone la observancia de los principios generales del Derecho, los cuales han de presidir el ejercicio de toda potestad administrativa, incluida la reglamentaria, por imperativo de los arts. 9.3 CE (interdicción de la arbitrariedad), 103.1 CE (sometimiento pleno de la Administración a la Ley y al Derecho) y 106.1 CE (sometimiento de la potestad reglamentaria y de la actividad administrativa a los fines que la justifican, que implica prohibir la desviación de poder).

Así, la jurisprudencia ha recordado la necesidad de *motivación* de los reglamentos, pero entendiendo que la misma ha de ser *objetiva*, esto es, no contraria a la legalidad vigente y, además, ceñida al “*propio objeto de la regulación material*” de que se trate (cfr. STS, 3ª, de 3 de noviembre de 2010, R. Casación 480/09), es decir, sin resolver problemas ajenos a dicho objeto (STS 3ª, de 28 de octubre de 1995, Recurso nº 510/1993), puesto que el titular de la potestad reglamentaria tiene, ciertamente, “*una libertad de opción o de alternativas*”, pero ello sólo “*dentro de los márgenes que permite la norma que se desarrolla o ejecuta*” (STS, 3ª, de 16 de junio de 2003, R. Casación 647/00).

3. Expuesto lo anterior, lo primero que debe constatarse es que la modificación propuesta, en cuanto permite ocupar puestos de atención educativa a personas que carecen de la correspondiente titulación académica, establece un supuesto de hecho que se aparta

de la regla general, que es precisamente la contraria, la exigencia de esa titulación (art. 92.1, en relación con el art. 100 LOE, o el art. 24.2 y la DT 2ª.1 y 2 del Decreto 49/2009).

En principio, resulta constitucionalmente lícito que las disposiciones normativas (las leyes, pero también los reglamentos) establezcan diferencias de trato entre supuestos de hecho diferentes. Pero, como ha señalado con reiteración el Tribunal Constitucional (cfr, por todas, SS 22/1981 y 209/98) el principio de igualdad “*en la Ley*” -que es una manifestación del principio de igualdad proclamado por el art. 14 CE- impone necesariamente: primero, que los supuestos de hecho abstraídos de la regulación general sean, según criterios y juicios de valor generalmente aceptados, diferentes a los que están sujetos a la regulación general; y, segundo, que, a esas diferencias en la configuración de los supuestos de hecho de la norma, se atribuyan consecuencias jurídicas que resulten razonables y proporcionadas; lo que implica un juicio de razonabilidad objetiva que se desprende del art. 9.3 CE sobre interdicción de la arbitrariedad.

Pues bien, en el caso analizado, la norma proyectada no superaría, a criterio de este Consejo, ese juicio de razonabilidad objetiva.

-En primer lugar, porque, durante el tiempo de su vigencia, haría de mejor condición a funcionarios públicos que carecen de titulación para impartir el Primer Ciclo de Educación Infantil (previsión que ya es en sí contraria a la norma legal de cobertura, como hemos visto) que a otros funcionarios públicos que tienen esa titulación y que, sin embargo, no van a poder optar, mediante los correspondientes procedimientos de provisión, a obtener las plazas que aquellos ocupan.

-En segundo lugar- porque esas diferencias de trato se establecen por razones que, si bien se observa, serían ajenas a los fines perseguidos y al círculo de intereses protegidos por la LOE, y que incluso resultarían contradictorias con ellos. En efecto, la Memoria justificativa, de 25 de junio de 2015, la Memoria inicial, de 3 de septiembre de 2015, y la final, de 2 de noviembre de 2015 explican los motivos de la modificación propuesta, que fundan en razones puramente organizativas, como son “*la especial complejidad en la gestión de los recursos humanos en el ámbito de la organización administrativa*”, que se acentúa especialmente “*cuando se pasa de la Administración general a la especial*” (Memoria de 25 de junio de 2015). Como quiera que esos funcionarios carentes de titulación han de ser destinados a otros puestos, “*se habilita un periodo que permitirá encarar con tiempo suficiente la necesaria negociación en los órganos de representación del personal...*”.

Pues bien, más allá de constatar que el periodo transitorio habilitado por el Decreto 49/2009 ha tenido, tanto para la Administración como para los funcionarios interesados, una duración amplia y razonable (seis años); lo cierto es que las razones aducidas para operar la modificación pretendida –en suma, facilitar a la Administración la reasignación

del personal sin titulación- no guardan relación con los fines que persigue la LOE o, en palabras de la STS de 3 de diciembre de 2010, con el *propio objeto de la regulación material* del Reglamento.

Esos fines son claros: en coherencia con el carácter educativo que se atribuye a esa etapa (arts. 12 a 14 LOE), es evidente que los profesionales que la impartan han de tener la titulación adecuada (art. 92.1), lo que constituye una garantía para la mejor prestación del servicio educativo (art. 100 LOE). Y ello acude de modo directo en beneficio del interés prevalente seleccionado por la norma legal, que no es otro –lo explicita el art. 100 LOE– que la mejor formación de los alumnos. Complementariamente, y desde la perspectiva funcionarial la exigencia de una titulación adecuada se coherencia con los principios de igualdad, mérito y capacidad que deben inspirar el acceso a la función pública y la provisión los puestos de trabajo de las Administraciones públicas (arts. 23.2 y 103.3 CE, por todos).

Así, si la modificación propuesta se refiere estrictamente a los funcionarios públicos que prestan sus servicios en las antiguas Guarderías públicas (actuales Escuelas Infantiles de Primer Ciclo), la norma proyectada se considera contraria a Derecho.

4. Iguales razonamientos cabe hacer si, como parece deducirse de la Memoria inicial, de 3 de septiembre de 2015, es intención de la Consejería promotora del Anteproyecto que la modificación del Decreto 49/2009 se proyecte también sobre el personal que preste sus servicios en las Guarderías privadas. En efecto, se indica en ese documento que, *“pese a que la dificultad se ha evidenciado en el Sector público de la Comunidad Autónoma de La Rioja, la regulación no establece ninguna diferencia con el sector privado para el cual, el plazo queda igualmente prorrogado.”*

A lo ya expuesto cabe añadir, para este personal, una consideración adicional. Y es que, para el caso del personal que presta sus servicios en Centros privados (bien sean trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia, piénsese en el caso de Centros en régimen cooperativo o similares), no existe ni siquiera una *coherencia interna* entre las razones que justificarían el cambio normativo y el *ámbito subjetivo* al que éste afectaría.

Como es evidente, los razonamientos relativos a la necesidad de tramitar un procedimiento de reasignación de efectivos o a las mayores dificultades que éste puede plantear cuando ha de afectar a funcionarios pertenecientes a Cuerpos de la Administración especial tienen su sentido, estrictamente, en el ámbito profesional de la función pública, que es el único que, en razón a su peculiar estatuto jurídico, presenta estos condicionantes. Por el contrario, esas razones son perfectamente ajenas al ámbito profesional privado, regulado por normas que establecen relaciones de servicio distintas a las funcionariales.

Así, no parece atendible la argumentación ofrecida al respecto por la Memoria inicial de 3 de septiembre de 2015, según la cual “*la regulación no establece ninguna diferencia con el sector privado*” de modo que la modificación proyectada ha de extender sus efectos a ambos colectivos profesionales. Esa apreciación, creemos, confunde dos escenarios normativos distintos. Ciertamente, en su redacción originaria (la vigente hoy) la DT 2ª-2 no establecía diferencias entre Guarderías públicas y privadas. Pero esa igualdad de trato lo era a los efectos previstos por la propia DT 2ª-2 en su redacción originaria, a saber: los de establecer un plazo transitorio para que sus profesionales obtuvieran la titulación.

Pero la modificación propuesta, que busca dar una redacción y contenido nuevos a la DT 2ª-2, mediante la adición de un inciso en la DT 3ª, se funda en unas razones fácticas que –justificadoras o no del cambio normativo - sólo son de aplicación al personal funcionario; por lo que es contradictorio extender sus efectos al personal que presta sus servicios en las antiguas Guarderías privadas, respecto del cual, por ello mismo, la alteración normativa aparece carente de una motivación, específica (propia para ese personal), que la respalde.

Yendo más allá, podría advertirse incluso una nueva incoherencia interna pues, si – incorrectamente a juicio de este Consejo- se extiende la ampliación del plazo al personal que presta sus servicios en las antiguas Guarderías privadas, cabría plantearse porqué no se extiende también al personal al que se refiere la DT 1ª, esto es, el que, a la entrada en vigor del Decreto 49/2009, trabajaba en Centros docentes autorizados, ya que no se advierte, a estos efectos, diferencia relevante entre ambos supuestos.

**5.** Como último elemento de análisis de la razonabilidad de la norma proyectada, hemos de considerarse que la solución que ofrece al problema planteado es susceptible de ser sustituida por mecanismos alternativos que guardan una mayor *proporcionalidad* con las necesidades a que pretende subvenir, sin suponer una alteración de los mecanismos normales de provisión de puestos de trabajo ni contravenir las exigencias generales de titulación establecidas por la LOE. Mecanismos y exigencias, se insiste, que reclaman la cobertura de los puestos de trabajo objeto de análisis por personal funcionario con las titulaciones exigidas.

De un lado, como resulta del propio expediente administrativo, la medida afectaría – centrándonos en el ámbito de la función pública- a un número muy limitado de funcionarios (siete, según el informe de 2 de octubre de 2015 de la Secretaría General Técnica de Educación). Todos ellos, conforme señala la Memoria del mismo órgano de 2 de noviembre de 2015, pertenecen a los Cuerpos de Educadores o de Ayudantes Técnicos Educativos de la Comunidad Autónoma de La Rioja, y, según la Memoria, pueden ser destinados a otros Centros educativos y a Centros asistenciales de la Comunidad.

Como hemos señalado, este Consejo estima que las razones expuestas por la Consejería consultante (aunque, sin duda alguna, tratan de resolver de buena fe el problema planteado), no permiten considerar ajustada a Derecho una medida como la planteada por la norma prevista. Pero, esto dicho, es claro que las circunstancias descritas por la Administración obedecen a una realidad y merecen una respuesta jurídica adecuada.

Así, atendido ello, cabe sugerir al Centro directivo la posibilidad de adoptar alguna de las medidas que, en orden a la gestión del personal y a la provisión de los puestos, ofrece ya el ordenamiento jurídico vigente. Sin ánimo de exhaustividad, y sin perjuicio del análisis casuístico de cada situación -en el que este Consejo no puede entrar al carecer de datos y exceder ello de sus atribuciones- se exponen las posibilidades que siguen:

-El art. 30.1 (*“Movilidad del puesto de trabajo”*), de la Ley 3/1990, de 29 de junio, de Función Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja, contempla la posibilidad de atribuir el desempeño provisional de puestos pertenecientes a su Cuerpo o Escala al personal que cese en su puesto de trabajo sin obtener otro, y ello sin perjuicio de que, en tanto se produzca esa asignación, mantengan las retribuciones propias del puesto en el que cesan en los casos y con los límites indicados por el art. 30.1-2 LFPLR.

-El art. 36 LFPLR (*“movilidad interna”*) establece la posibilidad de adscribir a funcionarios a puestos no singularizados, de idéntico nivel y retribución, en la misma localidad, y en la misma o en distinta Consejería.

-El art. 7 del Decreto 78/1991, de 28 de noviembre, por el que se regula la provisión de puestos de trabajo del personal funcionario al servicio de la Administración pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja, disciplina las comisiones de servicios, que permiten la cobertura de puestos vacantes durante un plazo de seis meses, por funcionarios de la misma o distinta Consejería capacitados para su desempeño en razón a su grupo de pertenencia (art. 7.5).

## CONCLUSIONES

### Primera

La Comunidad Autónoma de La Rioja tiene competencia para dictar la norma proyectada al amparo del art. 10 del Estatuto de Autonomía de La Rioja (EAR '99).

### **Segunda**

La adecuada observancia de los trámites procedimentales que, para la elaboración de reglamentos, exigen los artículos 33 a 42 de la Ley 4/2005, de 1 de junio, de Funcionamiento y Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja exige la subsanación de los defectos advertidos en los apartados 2, 4 y 5 del Fundamento de Derecho Segundo de este dictamen.

### **Tercera**

El contenido del Anteproyecto no se considera ajustado a Derecho, por los motivos expuestos en el Fundamento de Derecho Sexto de este dictamen; sin perjuicio de que puedan tenerse en cuenta, entre otras, las posibilidades aludidas en el apartado 5 del citado Fundamento de Derecho.

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO

Joaquín Espert y Pérez-Caballero