

4. INFORMACIÓ

4.70. COMUNICACIONS DEL PRESIDENT DE LA GENERALITAT I COMUNICACIONS DEL GOVERN I D'ALTRES ÒRGANS

4.70.01. COMPOSICIÓ DEL GOVERN, DELEGACIONS DE FUNCIONS I ENCÀRRECS DE DESPATX

— **Encàrrec del despatx del conseller de Territori i Sostenibilitat al conseller de la Presidència**

Tram. 330-00047/10

Presentació

President de la Generalitat

Reg. 55425 / Coneixement: 18.02.2014

A LA PRESIDENTA DEL PARLAMENT

Benvolguda Presidenta,

De conformitat amb el que estableix l'article 12.1.k) de la Llei 13/2008, de 5 de novembre, de la presidència de la Generalitat i del Govern, em plau donar-vos compte que durant l'absència del conseller de Territori i Sostenibilitat, des del dia 13 fins al dia 16 de febrer de 2014, ambdós inclosos, s'encarregarà del despatx del seu Departament el conseller de la Presidència.

Cordialment,

Barcelona, 12 de febrer de 2014

Artur Mas i Gavarró

President de la Generalitat de Catalunya

N. de la R.: El Decret 17/2014, d'11 de febrer, d'encàrrec del despatx del conseller de Territori i Sostenibilitat al conseller de la Presidència des del dia 13 de febrer fins al dia 16 de febrer de 2014, ambdós inclosos, és publicat al DOGC 6562, del 14 de febrer de 2014.

— **Encàrrec del despatx del conseller d'Agricultura, Ramaderia, Pesca, Alimentació i Medi Natural a la vicepresidenta del Govern**

Tram. 330-00048/10

Presentació

President de la Generalitat

Reg. 55426 / Coneixement: 18.02.2014

A LA PRESIDENTA DEL PARLAMENT

Benvolguda Presidenta,

De conformitat amb el que estableix l'article 12.1.k) de la Llei 13/2008, de 5 de novembre, de la presidència de

la Generalitat i del Govern, em plau donar-vos compte que durant l'absència del conseller d'Agricultura, Ramaderia, Pesca, Alimentació i Medi Natural, del 14 al 16 de febrer de 2014, s'encarregarà del despatx del seu Departament la vicepresidenta del Govern i consellera de Governació i Relacions Institucionals.

Cordialment,

Barcelona, 12 de febrer de 2014

Artur Mas i Gavarró

President de la Generalitat de Catalunya

N. de la R.: El decret 18/2014, d'11 de febrer, d'encàrrec del despatx del conseller d'Agricultura, Ramaderia, Pesca, Alimentació i Medi Natural a la vicepresidenta del Govern de la Generalitat de Catalunya i consellera de Governació i Relacions Institucionals del 14 al 16 de febrer de 2014, és publicat al DOGC 6562, del 14 de febrer de 2014.

4.75. DICTÀMENS DEL CONSELL DE GARANTIES ESTATUTÀRIES

— **Procediment per a la interposició d'un recurs d'inconstitucionalitat contra la Llei de l'Estat 20/2013, del 9 de desembre, de garantia de la unitat de mercat**

Tram. 212-00002/10

Dictamen del Consell de Garanties Estatutàries

Reg. 55442 / Coneixement: Mesa del Parlament, 18.02.2014

A LA PRESIDENTA DEL PARLAMENT

Senyora,

D'acord amb l'article 22.1 de la Llei 2/2009, de 12 de febrer, del Consell de Garanties Estatutàries, us trameto, adjunta, còpia del Dictamen 5/2014, d'aquest Consell, emès el 14 de febrer de 2014, sobre la Llei 20/2013, de 9 de desembre, de garantia de la unitat de mercat.

Ben cordialment,

Barcelona, 14 de febrer de 2014

Joan Egea Fernàndez

President del Consell de Garanties Estatutàries

DICTAMEN 5/2014, DE 14 DE FEBRER, SOBRE LA LLEI 20/2013, DE 9 DE DESEMBRE, DE GARANTIA DE LA UNITAT DE MERCAT

El Consell de Garanties Estatutàries, amb l'assistència del president Joan Egea Fernández, del vicepresident Pere Jover Presa, dels consellers Eliseo Aja, Marc Carrillo i Jaume Vernet Llobet, del conseller secretari Àlex Bas Vilafranca, i dels consellers Francesc de Paula Caminal Badia, Joan Ridaó Martín i Carles Jaume Fernández, ha acordat emetre el següent

DICTAMEN

Sol·licitat per més d'una desena part dels diputats del Parlament i pel Govern de la Generalitat, sobre la Llei 20/2013, de 9 de desembre, de garantia de la unitat de mercat (BOE núm. 295, de 10 de desembre de 2013).

ANTECEDENTS

1. El dia 14 de gener de 2014 va tenir entrada en el Registre del Consell de Garanties Estatutàries un escrit de la presidenta del Parlament de Catalunya (Reg. núm. 3767) en què es comunicava al Consell l'acord de la Mesa del Parlament, del dia 13 de gener, en el qual, segons el que preveuen els articles 16.2.a i 23.f de la Llei 2/2009, de 12 de febrer, del Consell de Garanties Estatutàries, es va admetre a tràmit la sol·licitud de dictamen presentada el 10 de gener de 2014 per més d'una desena part dels diputats, del Grup Parlamentari d'Esquerra Republicana de Catalunya, en relació amb l'adequació a l'Estatut d'autonomia i a la Constitució de la Llei 20/2013, de 9 de desembre, de garantia de la unitat de mercat.

Els sol·licitants demanen d'aquest Consell el dictamen, atès el seu caràcter preceptiu segons l'article 76.3 EAC, per al cas que s'acordés interposar un recurs d'inconstitucionalitat.

2. El Consell de Garanties Estatutàries, en la sessió del dia 15 de gener de 2014, després d'examinar la legitimació i el contingut de la sol·licitud, la va admetre a tràmit i es va declarar competent per emetre el dictamen corresponent, d'acord amb l'article 24.2 de la seva Llei reguladora. Se'n va designar ponent el conseller senyor Marc Carrillo.

3. En la mateixa sessió, en aplicació de l'article 25, apartats 4 i 5, de la seva Llei reguladora, va acordar adreçar-se als sol·licitants, al Parlament, a tots els grups parlamentaris i també al Govern, a fi de sol·licitar-los la informació i la documentació complementàries de què disposessin sobre la norma sotmesa a dictamen.

4. En data 16 de gener de 2014 va tenir entrada en el Registre del Consell de Garanties Estatutàries un escrit de la vicepresidenta del Govern, de 14 de gener de 2014 (Reg. núm. 3778), pel qual, en compliment del que preveuen els articles 16.2.a i 31.1 de la Llei

2/2009, de 12 de febrer, del Consell de Garanties Estatutàries, es comunicava al Consell l'Acord del Govern de la Generalitat, de 14 de gener de 2014, de sol·licitud d'emissió de dictamen sobre l'adequació a l'ordre de distribució competencial dels articles 2 a 6, 9 a 24 i 26 a 28, i de la disposició addicional desena i les disposicions finals primera, segona, quarta i cinquena de la Llei 20/2013, de 9 de desembre, de garantia de la unitat de mercat.

L'òrgan sol·licitant demana d'aquest Consell el dictamen, atès el seu caràcter preceptiu segons l'article 76.3 EAC, per al cas que s'acordés interposar un recurs d'inconstitucionalitat.

5. El Consell de Garanties Estatutàries, en la sessió del mateix dia 16 de gener de 2014, després d'examinar la legitimació i el contingut de la sol·licitud de dictamen, la va admetre a tràmit i es va declarar competent per emetre el dictamen corresponent.

6. En la mateixa sessió del dia 16 de gener de 2014, segons el que estableixen els articles 19.2 de la Llei 2/2009, de 12 de febrer, del Consell de Garanties Estatutàries, i 31 del Reglament d'organització i funcionament del Consell, i en vista que ambdues sol·licituds tenen objectes substancialment connexos que justifiquen la unitat de tramitació i decisió, ja que recauen sobre la mateixa norma legal i coincideixen en gran part de les disposicions qüestionades, es va acordar obrir el tràmit d'audiència perquè els sol·licitants formulessin les alegacions que consideressin oportunes sobre la possibilitat d'acumulació, per part del Consell, dels dos procediments de dictamen.

Així mateix, atès el que disposa l'article 25, apartat 5, de la Llei 2/2009, de 12 de febrer, el Consell va acordar adreçar-se al Govern a fi de sol·licitar-li la informació i la documentació complementària de què disposés amb relació a la matèria sotmesa a dictamen.

7. En data 22 de gener de 2014 va tenir entrada en el Registre del Consell (Reg. núm. 3781) un escrit de la portaveu del Grup Parlamentari d'Esquerra Republicana de Catalunya, sol·licitant de la primera petició de dictamen, en el qual es manifestava la seva conformitat amb l'acumulació dels dos procediments en un únic dictamen.

8. En la sessió de 23 de gener de 2014, un cop transcorregut el termini per dur a terme el tràmit d'audiència, el Consell va acordar acumular la sol·licitud del Govern de la Generalitat a la sol·licitud presentada pel Parlament de Catalunya, del Grup Parlamentari d'Esquerra Republicana de Catalunya.

9. En data 27 de gener de 2014, va tenir entrada en el Registre del Consell (Reg. núm. 3789) un escrit de la vicepresidenta del Govern de la Generalitat que adjuntava com a documentació complementària una «Nota relativa a la Llei 20/2013, de 9 de desembre, de garantia d'unitat de mercat, en relació a l'afectació a les Em-

preses d'inserció de Catalunya i als Centres Especials de Treball de Catalunya», del director general d'Economia Social i Cooperativa i Treball Autònom, de 20 de desembre de 2013, i una «Nota relativa a la Llei 20/2013, de 9 de desembre, de garantia de la Unitat de Mercat», elaborada per la Secretaria General del Departament d'Empresa i Ocupació en data 23 de desembre de 2013.

10. En data 29 de gener de 2014, va tenir entrada en el Registre del Consell (Reg. núm. 3798) un escrit de la vicepresidenta del Govern de la Generalitat que annexava com a documentació complementària un «Informe sobre la constitucionalitat de la Llei de l'Estat 20/2013, de 9 de desembre, de garantia de la unitat de mercat», de 22 de desembre de 2013, elaborat per l'Assessoria Jurídica del Departament d'Agricultura, Ramaderia, Pesca, Alimentació i Medi Natural.

11. Finalment, després de les corresponents sessions de deliberació, es va fixar com a data per a la votació i per a l'aprovació del Dictamen el dia 14 de febrer de 2014.

FONAMENTS JURÍDICS

Primer. L'objecte del Dictamen

Com hem indicat en els antecedents, el Govern de la Generalitat i més d'una desena part de diputats del Parlament de Catalunya sol·liciten, respectivament, el pronunciament del Consell sobre una pluralitat de preceptes de la Llei 20/2013, de 9 de desembre, de garantia de la unitat de mercat (en endavant, LGUM), prèviament, i amb caràcter preceptiu, a l'eventual interposició d'un recurs d'inconstitucionalitat davant del Tribunal Constitucional (art. 76.3 EAC i 16.2.a, 30.1 i 31.1 de la Llei 2/2009, de 12 de febrer). Atesa la connexió dels objectes d'ambdues sol·licituds, el Consell va acordar, segons el que disposa l'article 19.2 de la seva Llei reguladora, l'acumulació dels procediments.

En aquest primer fonament jurídic delimitarem l'objecte del Dictamen i exposarem, en primer lloc, el contingut de la LGUM i el context normatiu en el qual s'insereix, per tal d'assenyalar, seguidament, els motius que fonamenten els dubtes de constitucionalitat i d'estatutarietat plantejats per les sol·licituds. Finalment, indicarem l'estructura que adoptarà el Dictamen a fi de donar resposta a la petició del Govern.

1. La LGUM consta de vint-i-vuit articles, agrupats en set capítols, deu disposicions addicionals, una disposició derogatòria, set disposicions finals i un annex.

L'objecte de la LGUM, tal com es descriu en el seu preàmbul, és l'establiment «[d]els principis i les normes bàsiques que, amb ple respecte a les competències de les comunitats autònomes i de les entitats locals, garanteixin la unitat de mercat per crear un entorn molt més favorable a la competència i a la inversió». La necessitat de la Llei es justifica en el fet que, mal-

grat les mesures adoptades en les últimes dècades amb la finalitat de fer efectiu el principi d'unitat de mercat, «la fragmentació subsisteix en el mercat espanyol, la qual cosa es tradueix en un elevat cost que dificulta de manera considerable l'activitat de les empreses».

El capítol I, intitulat «Disposicions generals», inclou els preceptes que regulen l'objecte i l'àmbit d'aplicació de la Llei. D'acord amb l'article 1, la Llei pretén garantir la unitat de mercat, que es fonamenta en la lliure circulació i establiment dels operadors econòmics i la lliure circulació de béns i serveis en tot el territori de l'Estat, «sense que cap autoritat la pugui obstaculitzar directament o indirectament». L'àmbit d'aplicació previst és especialment extens, en projectar-se sobre l'accés a activitats econòmiques en condicions de mercat i el seu exercici per part d'operadors legalment establerts en qualsevol lloc del territori estatal.

El capítol II compren els principis de garantia de la llibertat d'establiment i la llibertat de circulació que han de respectar totes les autoritats competents. Aquests principis són el principi de no-discriminació (art. 3), el principi de cooperació i confiança mútua (art. 4), el principi de necessitat i proporcionalitat de les autoritats competents (art. 5), el principi d'eficàcia de les actuacions de les autoritats competents en tot el territori de l'Estat (art. 6), els principis de simplificació de càrregues i de transparència (art. 7 i 8) i la garantia de les llibertats dels operadors econòmics (art. 9).

En el capítol III es preveuen diferents mecanismes de cooperació entre les administracions públiques. L'article 10 crea el Consell per a la Unitat de Mercat com a òrgan de cooperació administrativa per al seguiment de l'aplicació de la LGUM, el qual està integrat pel ministre d'Hisenda i Administracions Públiques, que el presideix, els secretaris d'Estat d'Economia i Suport a l'Empresa i d'Administracions Públiques, el subsecretari de Presidències, els consellers de les comunitats autònomes competents i representants de l'Administració local. Aquest Consell també compta amb una secretaria, com a òrgan tècnic de coordinació i cooperació (art. 11). Juntament amb la creació d'aquest òrgan específic, la LGUM disposa diferents previsions en matèria de cooperació en el marc de les conferències sectorials (art. 12), de cooperació en l'elaboració de projectes normatius (art. 14) i d'avaluació periòdica de la normativa (art. 15).

El capítol IV, amb la rúbrica «Garanties al lliure establiment i circulació», desenvolupa i concreta els principis proclamats en el capítol II en matèria de garantia de les llibertats de circulació i d'establiment i de sotmetiment de les mesures que les limitin als principis de necessitat i proporcionalitat. D'aquesta manera, després de proclamar el caràcter lliure de l'accés a les activitats econòmiques i el seu exercici en tot el territori de l'Estat, que es poden limitar únicament d'acord amb el que disposa la mateixa LGUM i els tractats i convenis internacionals i la normativa de la Unió Eu-

ropea (art. 16), estableix els supòsits en els quals les autoritats competents, d'acord amb el principi de necessitat i de proporcionalitat, podran sotmetre l'accés a les activitats econòmiques, respectivament, al règim d'autorització, de declaració responsable i de comunicació prèvia (art. 17). Per la seva banda, l'article 18 estableix una extensa llista d'actuacions i mesures que es consideren contràries a la lliure circulació i al lliure establiment.

El capítol V es dedica a la regulació del principi d'eficàcia en tot el territori de l'Estat a partir d'una doble previsió normativa. D'una banda, es reconeix el dret dels operadors econòmics a exercir la seva activitat econòmica o a circular i oferir els productes en tot el territori de l'Estat, sense que les autoritats de destinació puguin exigir requisits, qualificacions, controls o garanties que excedeixin els que preveu la normativa del lloc d'origen (art. 19). En aquest sentit, s'estableix l'obligació que l'autoritat de destinació assumeixi la plena validesa del compliment dels requisits de la normativa del lloc d'origen. De l'altra, i en connexió amb aquest principi de lliure prestació i circulació per tot el territori estatal, l'article 20 disposa l'eficàcia a tot l'Estat dels mitjans d'intervenció (autoritzacions, declaracions responsables o comunicacions prèvies) de les autoritats competents que permetin l'accés a una activitat econòmica o al seu exercici. Aquest principi d'eficàcia a tot el territori estatal del títol habilitant tan sols s'exceptua per als casos d'instal·lacions o infraestructures físiques, els supòsits d'ocupació de domini públic o quan el nombre d'operadors econòmics en un lloc del territori estigui limitat en funció de l'existència de serveis públics sotmesos a tarifes regulades (art. 20.4).

El capítol VI regula la supervisió dels operadors econòmics, que, en els casos en què no correspongui a òrgans de l'Estat, es distribueix de la manera següent: les autoritats d'origen seran competents per supervisar i controlar el compliment del requisits d'accés a l'activitat econòmica, les autoritats de destinació ho seran per supervisar l'exercici de l'activitat i les del lloc de fabricació, per al control del compliment de la normativa sobre la producció i els requisits del producte per a ús i consum (art. 21). A fi i efecte d'articular l'exercici d'aquestes competències de supervisió, es preveuen diferents mecanismes d'informació: la integració en una base de dades comuna de la informació existent en els registres sectorials (art. 22), l'establiment d'un sistema d'intercanvi electrònic d'informació (art. 23) i els procediments d'intercanvi d'informació en l'exercici de funcions de supervisió (art. 24) i en situacions que l'exigeixin per raons imperioses d'interès general (art. 25).

El capítol VII regula els mecanismes de protecció, administratius i processals, dels operadors econòmics en relació amb les mesures de les autoritats competents que siguin incompatibles amb la llibertat d'establi-

ment i de circulació. L'article 26 regula el procediment de la reclamació administrativa que, amb caràcter alternatiu als recursos administratius o jurisdiccionals corresponents, els operadors poden interposar davant la Secretaria del Consell per a la Unitat de Mercat, la qual l'haurà de trametre a l'autoritat competent afectada. L'article 27 atribueix legitimació activa a la Comissió Nacional dels Mercats i la Competència per interposar recurs contenciós administratiu davant qualsevol disposició o mesura que consideri contrària a la LGUM, d'acord amb el procediment específic que introdueix a la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa (en endavant, LJCA), la disposició final primera de la mateixa LGUM. Aquest procediment es conté en els nous articles 127 bis, ter i quater LJCA, es denomina «procediment per a la garantia de la unitat de mercat» i es caracteritza per la tramitació preferent, la brevetat dels terminis i la suspensió automàtica de l'objecte del recurs, si així ho demana la Comissió.

Quant a les disposicions addicionals, als nostres efectes, és d'interès la desena, que estableix les regles de determinació de l'autoritat d'origen i fixa, en primer lloc, el criteri d'elecció per part dels operadors econòmics, i subsidiàriament, la del lloc on l'operador exerceix la direcció efectiva de la seva activitat o, en un altre cas, aquell en el qual es va establir en primer lloc.

Pel que fa a les disposicions finals, a banda de l'esmentada disposició final primera, que modifica la LJCA, cal fer menció de la disposició final tercera, que modifica la Llei 12/2012, de 26 de desembre, de mesures urgents de liberalització i de determinats serveis, tot ampliant, en el seu article 2, l'àmbit d'aplicació en preveure que la llei sigui d'aplicació als establiments comercials amb superfície útil no superior a 750 metres quadrats (la previsió anterior fixava aquesta superfície en 500 metres quadrats). A més, aquesta disposició final tercera modifica la disposició final desena de la Llei 12/2012, tot permetent que les comunitats autònomes puguin establir regulacions sobre les activitats comercials i de serveis amb menys intervenció administrativa, incloent-hi la declaració d'innocuitat.

Finalment, la disposició final quarta disposa que la LGUM es dicti a l'empara de les competències de l'Estat sobre les matèries recollides en l'article 149.1.1, .6, .13 i .18 de la Constitució.

2. La LGUM s'insereix en un context normatiu que afavoreix la llibertat d'establiment i de prestació de serveis davant dels obstacles que es puguin derivar de l'activitat reguladora i administrativa de les autoritats públiques. Aquesta facilitació i afavoriment de l'exercici de les activitats econòmiques té un punt de partida clau en la Directiva 2006/123/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 12 de desembre de 2006, relativa als serveis en el mercat interior (en endavant, Directiva de serveis). Aquesta norma europea té per objecte la creació d'un marc jurídic que garanteixi, més en-

llà de l'aplicació directa dels articles 5 i 49 del Tractat de funcionament de la Unió Europea (en endavant, TFUE), les llibertats d'establiment i de circulació de serveis entre els estats membres. En aquest sentit, promou la simplificació de procediments i tràmits aplicables a l'accés d'una activitat de serveis i al seu exercici; limita els supòsits en els quals els estats poden supeditar l'accés o l'exercici d'una activitat de serveis a un règim d'autorització, així com els requisits que no podran exigir i aquells que sí que podran avaluar; estableix el marc de garantia de la llibertat de prestació de serveis en un estat membre diferent d'aquell en el qual es té l'establiment; i preveu diversos mecanismes de cooperació administrativa entre els estats en relació amb les obligacions d'assistència recíproca en l'exercici de les competències corresponents respecte del prestador de serveis.

Aquesta directiva ha estat incorporada a l'ordenament estatal per la Llei 17/2009, de 23 de novembre, sobre el lliure accés a les activitats de serveis i el seu exercici, anomenada «Llei paraigües», i per la Llei 25/2009, de 22 de desembre, de modificació de diverses lleis per a la seva adaptació a la Llei sobre el lliure accés a les activitats de serveis i el seu exercici, coneguda com a «Llei òmnibus». La Llei 17/2009 constitueix la norma que, amb caràcter general, ha incorporat les previsions de la Directiva de serveis, mentre que la Llei òmnibus ha modificat la normativa sectorial i específica per tal d'adaptar-la a les seves exigències.

Segons el preàmbul de la LGUM, aquesta Llei ha tingut en compte tant la Directiva de serveis com la Llei 17/2009, tot inspirant-se en el seu règim afavoridor de la llibertat d'establiment i de prestació de serveis. Però cal destacar que la LGUM no respon a cap mandat normatiu europeu que s'hagi d'incorporar a l'ordenament estatal i que el seu àmbit d'aplicació va més enllà del que preveuen la Directiva de serveis i la Llei 17/2009, en estendre's tant a sectors expressament exclusos de la Directiva de serveis (como ara el transport, les empreses de treball temporal, els serveis sanitaris o les activitats de joc, entre d'altres, d'acord amb l'art. 2.2 de la Llei 17/2009) com a la lliure circulació de mercaderies.

3. La LGUM suscita diferents dubtes de constitucionalitat i d'estatutarietat als sol·licitants de dictamen, que exposarem en relació amb cadascun dels escrits.

La sol·licitud del Govern qüestiona, en primer lloc, en vista de la garantia de la unitat de mercat ja establerta per l'article 139.2 CE, que pugui existir «espai constitucional» per a una llei com la LGUM. D'acord amb l'escrit, la Llei té materialment una naturalesa harmonitzadora però no ha seguit el tràmit previst per l'article 150.3 CE.

D'altra banda, també amb caràcter general, la sol·licitud considera que el nou marc normatiu incorporat per la LGUM buida parcialment de contingut to-

tes les competències relacionades amb l'activitat dels operadors econòmics reconegudes en els articles 116 i 119 EAC (caça, pesca, activitats marítimes i ordenació del sector pesquer), 121 EAC (comerç), 123 EAC (comerç), 133 EAC (energia i mines), 139 EAC (indústria), 162 EAC (sanitat i salut pública) i 171 EAC (turisme).

En relació amb els preceptes concrets de la LGUM, se sol·licita dictamen amb relació als articles 2 a 6, 9 a 24 i 26 a 28; la disposició addicional desena i les disposicions finals primera, segona, quarta i cinquena. Sobre aquests preceptes, l'escrit detalla els dubtes de constitucionalitat i d'estatutarietat que susciten.

El Govern considera que l'article 2, pel que fa a l'àmbit d'aplicació, i els articles 3, 4, 5, 6 i 9, que contenen determinats principis de garantia de la llibertat d'establiment i de circulació, sotmeten l'exercici de les competències autonòmiques a un règim d'aplicació uniforme que impedeix la possibilitat d'una aplicació diversa per part de les comunitats autònomes. En aquest sentit, els preceptes esmentats vulnerarien les competències de la Generalitat sobre sectors econòmics reconegudes en els articles 116, 119, 120, 121, 123, 124, 126, 127, 128, 133, 137, 139, 140, 141, 145, 146, 152, 154, 155, 157, 162, 163, 164, 170 i 171 EAC, així com el principi de territorialitat de les competències expressat en l'article 115 EAC.

Se sol·liciten, també, els articles 10, 11, 12, 14 i 15, que preveuen diferents mecanismes de cooperació que, en la mesura que preveuen controls *ex ante* i *ex post* de l'activitat de les comunitats autònomes que suposin la introducció d'obstacles a la lliure circulació de béns i serveis, podrien comportar una interferència en l'exercici de les competències de la Generalitat en les matèries econòmiques tot just esmentades.

Es qüestiona la regulació del principi d'eficàcia en tot el territori estatal prevista en els articles 16, 19 i 20 i la disposició addicional desena perquè suposa el deure d'acceptació de l'aplicació de la normativa del lloc d'origen respecte dels operadors que actuen a Catalunya, la qual cosa pot contradir el principi de territorialitat de les competències de l'article 115 EAC, així com envair les competències de la Generalitat sobre sectors econòmics.

La limitació dels mitjans d'intervenció administrativa sobre la prestació de serveis i circulació de productes que preveu l'article 17 LGUM buida de contingut, a parer del Govern, la competència de la Generalitat per decidir la tècnica apropiada per garantir els interessos públics. Retret que s'estén a les prohibicions de determinades mesures que es considera que obstaculitzen la llibertat de circulació i prestació que preveu l'article 18. En ambdós casos, es considera que es vulneren els articles 110, 111 i 112 EAC en relació amb les competències sobre les matèries econòmiques reconegudes en els preceptes esmentats abans.

Finalment, es qüestiona la regulació de la reclamació administrativa prevista a l'article 26 LGUM perquè envaeix la competència executiva sobre la revisió en via administrativa dels actes dictats per l'Administració de la Generalitat i suposa una restricció del règim d'autotutela de què gaudeix qualsevol administració pública i també una forma de control no prevista per l'article 153 CE. Així mateix, la regulació del procediment judicial de control previst a l'article 27 i la disposició final primera de la Llei suposa un control fora del que preveu l'article 153 EAC, en la mesura que s'atribueix a la Comissió Nacional dels Mercats i de la Competència una funció de control sobre els actes i les disposicions de les comunitats autònomes sense empara constitucional i es preveu una suspensió automàtica dels actes objecte del recurs contenciós administratiu que constitueix una limitació desproporcionada de la presumpció de constitucionalitat de les normes i els actes dictats per les comunitats autònomes.

La sol·licitud formulada per més d'una desena part dels diputats del Parlament de Catalunya té per objecte els articles 6, 18 i 21, el capítol V, el capítol VII, la disposició addicional desena, l'apartat 3 de la disposició final primera i la disposició final tercera LGUM.

L'escrit considera que l'article 6, en proclamar el principi d'eficàcia en tot el territori estatal, pot generar una indefinició en la normativa aplicable que creï inseguretat jurídica i vulneri, així, els articles 9.3 i 103 CE. Així mateix, considera que contradiu el principi d'eficàcia territorial de les normes previst a l'article 14 EAC, així com l'abast territorial de les competències que estableix l'article 115 EAC, i que envaeix les competències de la Generalitat previstes en els articles 116, 119, 121, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 133, 139, 141, 144, 145, 146, 152, 154, 155, 157, 162, 169 i 171 EAC.

Aquesta argumentació sosté també els dubtes plantejats pels articles 18, 19, 20 i 21 i la disposició addicional desena.

S'objecta la regulació dels mecanismes de protecció del operadors econòmics previstos en els articles 26, 27 i 28 i l'apartat tres de la disposició final primera (que introdueix els articles 127 bis, ter i quater LJCA) perquè atorguen una capacitat a la Secretaria del Consell per a la Unitat de Mercat i a la Comissió Nacional dels Mercats i de la Competència que podria vulnerar les competències de la Generalitat reconegudes en els articles de l'Estatut esmentats abans.

Finalment, la sol·licitud considera que la disposició final tercera, que modifica la Llei 12/2012, podria vulnerar les competències de la Generalitat en matèria de comerç (art. 121 EAC).

4. Per tal de donar resposta als dubtes de constitucionalitat i d'estatutarietat plantejats per les sol·licituds, l'objecte del Dictamen se centrarà a examinar, en el fonament jurídic segon, els preceptes sol·licitats dels

capítols I a V LGUM, i les disposicions connexes, relatius, respectivament, a: les disposicions generals; els principis de garantia de la llibertat d'establiment i la llibertat de circulació; la garantia de la cooperació entre les administracions públiques; les garanties al lliure establiment i circulació, i el principi d'eficàcia en tot el «territori nacional». En el fonament jurídic tercer abordarem els preceptes sol·licitats dels capítols VI i VII, i les disposicions connexes, LGUM, que es refereixen a la supervisió dels operadors econòmics i els mecanismes de protecció dels operadors econòmics en l'àmbit de la llibertat d'establiment i de la llibertat de circulació.

Segon. L'examen dels preceptes sol·licitats relatius als principis, les garanties i el règim de cooperació de la unitat de mercat

1. Aquest primer bloc de preceptes dels capítols I a V que han estat objecte de la sol·licitud es refereix, respectivament, a: l'àmbit d'aplicació de la LGUM (cap. I); els principis de garantia de la llibertat d'establiment i la llibertat de circulació (cap. II); la garantia de la cooperació entre les administracions públiques (cap. III); les garanties al lliure establiment i circulació (cap. IV); i, finalment, la regulació del principi d'eficàcia en tot el «territori nacional» (cap. V).

Els motius en els quals es fonamenten els dubtes de constitucionalitat i d'estatutarietat formulats pel Govern i pels diputats del Parlament, que succintament han estat enunciats en el fonament jurídic primer, són els que s'exposen seguidament.

Pel que fa al Govern, en primer lloc, aquest formula específicament un retret de caràcter general, segons el qual caldria determinar quin és l'espai constitucional en què es pot ubicar la LGUM, atès que, tot i que es configura com una llei bàsica, materialment –afirma– «està realitzant una operació d'harmonització amb caràcter general de les disposicions autonòmiques, situant-se entre la Constitució i els estatuts d'autonomia». En aquest sentit, si materialment es tracta d'una llei d'harmonització, s'hauria hagut d'aprovar d'acord amb el procediment prescrit a l'article 150.3 CE. A més, es planteja si amb aquesta regulació es buidarien parcialment de contingut totes les competències de les comunitats autònomes relacionades amb les diverses disciplines dels operadors econòmics. A l'Estatut aquesta circumstància es concretaria en la possible afectació de les competències relatives a: turisme (art. 171); indústria (art. 139); energia i mines (art. 133); comerç (art. 121); consum (art. 123); cooperatives i economia social (art. 124); caça, pesca, activitats marítimes i ordenació del sector pesquer (116 i 119), i sanitat i salut pública (art. 162). Conclou sostenint que la conseqüència és que les comunitats autònomes es veurien abocades a una «competició a la baixa» i que l'anomenat principi d'eficàcia en tot el territori nacional sembla

clarament incompatible amb la distribució de competències establert en el bloc de la constitucionalitat.

Abans d'examinar els preceptes específics d'ambdues sol·licituds, hem de parar atenció, tot i que sigui de manera necessàriament breu, en el context de la funció consultiva que correspon al Consell, sobre les consideracions que el Govern ha formulat en relació amb el suposat caràcter materialment harmonitzador de la LGUM.

Sobre aquest particular, cal constatar que LGUM ha estat aprovada com una llei íntegrament bàsica (disposició final quarta). En aquest sentit, es pot constatar que no deixa de ser habitual que amb caràcter general i a través de la via de la legislació bàsica l'Estat hagi disposat, indirectament, d'un instrument per uniformitzar la regulació de diversos sectors materials de l'ordenament jurídic. Especialment en els casos en els quals s'ha atribuït a la legislació bàsica un contingut molt expansiu, reduint alhora el marge de capacitat de decisió normativa del legislador autonòmic, especialment a través de l'abast que el legislador estatal ha donat a títols competencials com, entre d'altres, els previstos als apartats 1 i 13 de l'article 149.1 CE. Per tant, i ja des d'una perspectiva més específica, no ha de sobtar que el contingut de la LGUM pugui esdevenir una nova forma d'expressió d'aquesta dinàmica legislativa. Ara bé, formalment, la LGUM no és una llei d'harmonització com la prevista a l'article 150.3 CE; altrament dit, no es configura com a una norma de tancament del sistema tal com la va definir en el seu moment la jurisprudència constitucional (STC 76/1983, de 5 d'agost, FJ 3), perquè el legislador ha fet ús de l'instrument normatiu de la legislació bàsica per pretendre determinades finalitats uniformitzadores destinades a preservar la unitat de mercat. Dit d'una altra manera, el fons del problema és determinar si els títols competencials invocats per l'Estat donen suficient cobertura al contingut pretesament harmonitzador de la Llei. Per això, com ha afirmat el Tribunal Constitucional, «carece de relieve a nuestros efectos enjuiciar el supuesto carácter armonizador del contenido de la Ley, pues bastará señalar, en su caso, si dicho contenido normativo, en tanto que dotado de la forma de ley ordinaria, infringe o no las prescripciones constitucionales o estatutarias sobre la distribución de competencias en la materia, lo que nos remite al examen del articulado» (STC 227/1988, de 29 de novembre, FJ 1).

2. A continuació, examinarem els dubtes de constitucionalitat i d'estatutarietat que de manera específica han formulat ambdues sol·licituds.

A) El primer grup de preceptes sobre el qual seguidament centrarem l'atenció en aquest fonament jurídic està integrat pels articles 2 (àmbit d'aplicació); 3 (principi de no-discriminació); 4 (principi de cooperació i confiança mútua); 5 (principi de necessitat i proporcionalitat de les actuacions de les autoritats competents), precepte que, no obstant això, per la relació de con-

nexió que presenta amb l'article 17 LGUM, resta exclòs del nostre examen en aquesta fase del Dictamen; 6 (principi d'eficàcia de les actuacions de les autoritats competents en tot el «territori nacional»), i 9 (garantia de les llibertats dels operadors econòmics).

Des d'una perspectiva general, el Govern considera que aquests preceptes susciten dubtes de constitucionalitat, a causa de «[...] la generalització de les condicions d'accés a l'exercici de les activitats econòmiques en tot el territori estatal, atès que no distingeix [...] entre les intervencions aplicables a tots els operadors, independentment del seu territori d'origen, d'aquelles intervencions que tenen una finalitat "proteccionista" [...]», de tal manera que «[...] suposen una i simple desregulació més que una garantia de la unitat de mercat [...]».

Més concretament, el Govern formula els seus dubtes afirmant que el contingut dels articles 2 a 4 subjecta l'exercici de les competències de les comunitats autònomes a un règim d'aplicació uniforme que sembla desvirtuar la possibilitat d'una aplicació diversa per part d'aquestes. Així mateix, respecte dels articles 5, 6 i 9, el Govern planteja dubtes de constitucionalitat en relació amb les competències de la Generalitat sobre sectors econòmics compresos en un seguit de matèries competencials que han estat esmentades en el fonament jurídic anterior, i especialment sobre una possible vulneració de l'article 115 EAC. Per la seva banda, quant a l'article 6, els diputats formulen la seva consulta fonamentada en la manca de seguretat jurídica que es deriva del seu contingut, que podria vulnerar els articles 9.3 i 103 CE.

B) L'habilitació competencial de què ha fet ús l'Estat per justificar l'aprovació d'aquesta Llei és fonamenta, amb caràcter general, en els títols competencials previstos en els apartats 1, 6, 13 i 18 de l'article 149.1 CE, segons el que estableix la disposició final quarta, sense que sobre això la LGUM aportï més precisions quant a l'específica habilitació competencial que dóna suport als preceptes de la LGUM. Tanmateix, hem de deduir que, pel que fa als que ara són objecte del nostre examen, l'Estat fonamenta aquesta regulació en els apartats 1 i 13 de l'esmentat precepte constitucional.

A través del primer, l'Estat disposa de la competència exclusiva sobre «[l]a regulació de les condicions bàsiques que garanteixen la igualtat de tots els espanyols en l'exercici dels drets i el compliment dels deures constitucionals»; mitjançant el segon, li correspon la regulació de «[l]es bases i coordinació de la planificació general de l'activitat econòmica». Per la seva banda, tant el Govern com els diputats, en llurs respectives sol·licituds, invoquen un ampli seguit de preceptes de l'Estatut, que han estat citats al fonament jurídic primer, que podrien quedar vulnerats per la LGUM.

Sobre el títol competencial de l'article 149.1.1 CE, el Tribunal Constitucional, en la seva funció interpretativa, ha desenvolupat una delimitació negativa i positiva

sobre l'abast de la competència estatal en aquesta matèria, en la qual ha posat en relleu que, tot i l'abast que pugui tenir la competència estatal, en cap cas no podrà impedir l'existència d'una diversitat normativa derivada del principi d'autonomia política. Així, des de la primera perspectiva, ha assenyalat que:

«[...] “condiciones básicas” no es sinónimo de “legislación básica”, “bases” o “normas básicas”. El art. 149.1.1º CE, en efecto, no ha atribuido al Estado la fijación de las condiciones básicas para garantizar la igualdad en el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales, sino sólo el establecimiento –eso sí, entero– de aquellas condiciones básicas que tiendan a garantizar la igualdad. Y si bien es cierto que su regulación no puede suponer una normación completa y acabada del derecho y deber de que se trate y, en consecuencia, es claro que las Comunidades Autónomas, en la medida que tengan competencias sobre la materia, podrán siempre aprobar normas atinentes al régimen jurídico de ese derecho [...]» (STC 61/1997, de 20 de març, FJ 7)

Mentre que, d'acord amb la segona perspectiva, el Tribunal conclou en la mateixa sentència que:

«[...] “las condiciones básicas” hacen referencia al contenido primario (STC 154/1988) del derecho, a las posiciones jurídicas fundamentales (facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos previos...). En todo caso, las condiciones básicas han de ser imprescindibles o necesarias para garantizar esa igualdad, que no puede consistir en una igualdad formal absoluta.» (STC 61/1997, FJ 8)

En el mateix sentit, posteriorment, el Tribunal ha insistit que:

«[...] El principio constitucional de igualdad no impone que todas las Comunidades Autónomas ostenten las mismas competencias, ni menos aún, que tengan que ejercerlas de una manera o con un contenido y unos resultados idénticos o semejantes.» (STC 37/2001, de 14 de febrer, FJ 12)

En conseqüència, el títol competencial de l'article 149.1.1 CE no habilita el legislador estatal per establir una igualtat absoluta i, per tant, d'aquesta competència estatal no es pot derivar un desapoderament de la capacitat normativa de què disposen les comunitats autònomes en aquest àmbit. Aquesta és una regla interpretativa a partir de la qual s'hauran d'entendre les disposicions generals del capítol I i els principis de garantia de la llibertat d'establiment i la llibertat de circulació del capítol II LGUM.

L'altre títol competencial que habilita aquest grup de preceptes i, sens dubte, gran part del contingut de la LGUM, i que, així mateix, constitueix el pilar essencial sobre el qual l'Estat pretén fonamentar la legitimitat constitucional de la Llei 20/2013, és l'article 149.1.13

CE. Entre la seva abundant jurisprudència, el Tribunal Constitucional ha subratllat que la planificació general de l'activitat econòmica per part de l'Estat consisteix en l'establiment de:

«[...] “las normas estatales que fijen las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, así como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector” (STC 135/2012, de 19 de juny, FJ 2), admitiendo así que esta competencia ampara todas las normas y actuaciones orientadas al logro de tales fines, entre los que la doctrina constitucional ha situado el de garantizar el mantenimiento de la unidad de mercado (SSTC 118/1996, de 27 de juny, FJ 10 y 2018/1999, de 11 de novembre, FJ 6) o de la unidad económica (SSTC 152/1988, de 20 de juliol, FJ 2, 186/1988, de 17 de octubre, FJ 2) [...]» (STC 34/2013, de 14 de febrer, FJ 4.b)

Per la nostra banda, com hem recordat recentment en el DCGE 20/2013, de 19 de desembre, tot reiterant el que vàrem dir en el DCGE 18/2013, de 21 de novembre, sobre el significat constitucional d'aquest títol competencial, hem destacat:

«“[...] la necessitat que s'interpreti restrictivament per tal d'evitar-ne la *vis expansiva*” (FJ 2.3). Així, hem declarat, en el DCGE 10/2010, de 22 de juny (FJ 2.2), que la validesa de la intervenció de l'Estat en l'àmbit de la competència exclusiva de les comunitats autònomes *ex* article 149.1.13 CE està subjecta almenys a dos requisits; un, “que es tracti d'una mesura objectivament de caràcter econòmic” i no només per la seva finalitat; i l'altre, “que l'esmentada mesura tingui rellevància per a l'economia general” o, en altres paraules, sigui rellevant per a la protecció dels interessos econòmics generals (STC 225/1993, FJ 4).» (DCGE 20/2013, FJ 2.2)

A més, tot subratllant la interpretació donada per la jurisprudència constitucional, en el DCGE 20/2013, sobre el significat de l'article 149.1.13 CE, recordàvem que aquest:

«[...] resta limitat al fet que “el referido título competencial no alcance a incluir cualquier acción de naturaleza económica, si no posee una incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general (SSTC 186/1988 y 133/1997), pues, de no ser así, ‘se vaciaría de contenido una materia y un título competencial más específico’ (STC 112/1995)”» (STC 124/2003, FJ 3)» (DCGE 20/2013, *ibídem*.)

Però, a banda d'aquests dos títols competencials, en la fixació del cànon interpretatiu, complementàriament, haurem de fixar també l'atenció en la interpretació que la jurisprudència constitucional ha atribuït específicament a l'article 139.2 CE, al qual expressament es refereix la Llei en termes més generals en el seu preàmbul, quan afirma que «[l]a unitat de mercat constitueix un principi econòmic essencial per al funcionament

competitiu de l'economia espanyola» i afegeix que «[...] té el seu reflex a l'article 139 de la Constitució, que expressament impedeix adoptar mesures que directament o indirectament obstaculitzin la llibertat de circulació i establiment de les persones i la lliure circulació de béns en tot el territori espanyol».

D'altra banda, l'article 139.2 CE estableix que «cap autoritat podrà adoptar mesures que directament o indirecta obstaculitzin la llibertat de circulació i establiment de les persones i la lliure circulació de béns en tot el territori espanyol».

Aquest precepte es presenta com una expressió del principi de la unitat de mercat i de la unitat econòmica de l'Estat. Ara bé, tot i el contingut del preàmbul abans descrit, l'article 139.2 CE no constitueix ni el fonament ni la garantia principal de la unitat de mercat i la unitat econòmica, perquè la unitat de mercat és garantida per la Constitució mitjançant instruments i mecanismes de més entitat que l'article 139.2 CE.

En aquest sentit, la unitat de mercat és assegurada, en primer lloc, per l'establiment d'un marc jurídic unitari per al desenvolupament de les activitats econòmiques de tots els operadors econòmics públics i privats, que vincula tots els poders públics (estatals, autonòmics i locals), i també per la garantia de la lliure circulació de persones i de béns, que troben un ancoratge constitucional més intens en el contingut d'alguns drets i llibertats (art. 19, 33, 35 i 38 CE). En segon lloc, la unitat també és garantida a través de l'atribució a l'Estat de les facultats necessàries per a una direcció unitària de la política econòmica, facultats que, essencialment, es manifesten en les competències que li reconeix l'article 149.1.13 CE (entres d'altres, les STC 196/1988, de 17 d'octubre, FJ 2, i 96/1990, de 24 de maig, FJ 3). I, indefectiblement, a aquests dos mecanismes de garantia de la unitat de mercat, cal sumar-hi, cada vegada amb un pes més decisiu, les prescripcions que sobre això es deriven del procés d'integració comunitari i l'aplicació del dret europeu, en especial les referides a la llibertat de circulació de persones, serveis i capitals (títol IV TFUE), com a principal centre de gravetat de la intervenció pública en l'economia, que fixa el marc general al qual s'han d'atènyer els poders públics i els particulars.

Per tant, l'article 139.2 CE és un principi d'integració constitucional, però del seu contingut no es deriva l'atribució de competències addicionals a l'Estat. No és un nou títol competencial, sinó que el constituent el va configurar com un límit a l'exercici de les competències dels poders públics, raó per la qual prohibeix oposar obstacles a la lliure circulació de béns en tot el territori de l'Estat, com a última garantia –en aquest sentit, sí– de la unitat de mercat, davant la pluralitat d'intervencions de poders públics que es poden produir sobre el mercat, en el marc d'un estat compost com el que dissenyà la Constitució.

Sobre aquest particular, des de la seva primera jurisprudència, el Tribunal Constitucional ha subratllat una regla interpretativa que haurà de ser d'atenció rellevant als efectes del nostre dictamen. Concretament, a la STC 37/1981, d'11 de novembre, va assenyalar que no tota incidència en la lliure circulació constitueix un obstacle a aquesta, sinó que solament es podrà qualificar com a tal «[...] cuando intencionalmente persiga la finalidad de obstaculizar la circulación [...]», o quan: «[...] las consecuencias objetivas de las medidas adoptadas impliquen el surgimiento de obstáculos que no guardan relación con el fin constitucionalmente lícito que aquellas persiguen [...]» (FJ 2).

El Tribunal ha configurat la valoració de la legitimitat de les actuacions dels poders públics, d'acord amb el que prescriu l'article 139.2 CE, en la seva STC 88/1986, d'1 de juliol (FJ 6), i que, essencialment consisteix a valorar que:

«La regulación económica se lleve a cabo dentro del ámbito de la competencia de la Comunidad; que esa regulación en cuanto introductora de un régimen diverso del o de los existentes en el resto de la nación, resulte proporcionada al objeto legítimo que se persigue, de manera que las diferencias y peculiaridades en ella previstas resulten adecuadas y justificadas por su fin, y, por último, que quede en todo caso a salvo la igualdad básica de todos los españoles.»

En la mateixa línia interpretativa, segons la qual no tota mesura autonòmica que incideixi en la llibertat de circulació de persones i béns ha de ser contrària a l'article 139.2 CE, també cal tenir en compte, entre d'altres, les STC 64/1990, de 5 d'abril (FJ 3 a 5); 96/2002, de 25 d'abril (FJ 11 i 12), i 96/2013, de 21 d'abril (FJ 9).

Per tant, els límits que *ex* article 139.2 s'imposen a les comunitats autònomes per preservar la llibertat de circulació i establiment de les persones i la lliure circulació dels béns en tot el territori de l'Estat són: que actuïn en el marc de les seves competències, que la regulació diferenciada que puguin introduir sigui adequada i proporcionada al fi que persegueixen i que preservin la igualtat entre tots els espanyols, la qual cosa –com la jurisprudència constitucional reitera– no és sinònim d'identitat de competències ni de resultats.

C) Un cop hem fixat l'enquadrament competencial i el cànon interpretatiu que ens aporta la doctrina jurisprudencial i consultiva, examinarem conjuntament els preceptes continguts en els capítols I i II LGUM, que han estat objecte d'ambdues sol·licituds.

A banda del article 2 (capítol I), relatiu a l'àmbit d'aplicació de la LGUM, la resta de preceptes sol·licitats del capítol II, que són els previstos als articles 3 a 6 i a l'article 9, estableixen els principis de garantia de la llibertat d'establiment i la llibertat de circulació. Sobre la incorporació d'aquests principis hem de constatar, amb caràcter preliminar, que la majoria no fan més que reiterar i concretar per als operadors econò-

mics els principis ja establerts a la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú (en endavant, LRJPAC). Aquest és el cas del principi de cooperació i confiança mútua (art. 4 LGUM), que es pot correspondre amb els principis generals de cooperació i lleialtat institucional dels articles 3 i 4 LRJPAC; o també del principi de necessitat i proporcionalitat de les actuacions de les autoritats competents (art. 5 LGUM), que, en termes generals, troba el seu equivalent en l'article 39 bis LRJPAC, relatiu als principis d'actuació de les administracions públiques per al desenvolupament d'una activitat; o, a l'últim, del principi d'eficàcia de les actuacions competents (art. 6 LGUM), que es relaciona amb l'esmentat article 39 bis LRJPAC. Per contra, constitueix una nova incorporació el principi de no-discriminació (art. 3), sobre el qual es fonamenten molts preceptes de la LGUM, i que suposa la introducció del principi d'eficàcia en tot el territori estatal de les actuacions administratives, que es tradueix en el que es podria anomenar principi de l'autoritat d'origen, per garantir de forma efectiva la unitat de mercat sense necessitat d'establir una regulació uniforme de la normativa.

En aquests preceptes de caràcter principal, també podem constatar una correspondència, entre d'altres, amb els de bona fe i confiança mútua, proporcionalitat, lleialtat institucional, col·laboració i cooperació interadministrativa, establerts als apartats segon, novè i desè de l'article 31 de la Llei 26/2010, de 3 d'agost, de règim jurídic i de procediment de les administracions públiques de Catalunya.

Doncs bé, amb relació a la preservació del principi d'unitat de mercat, que ha permès justificar al legislador estatal la formulació d'aquests principis del capítol II LGUM, cal manifestar que com a objectiu general resulta lògic i adequat en el marc d'un estat compost com és l'espanyol i, sobretot, en el context del procés d'integració de la Unió Europea, sempre amb la finalitat d'evitar situacions de fragmentació del mercat que puguin esdevenir negatives per al sistema econòmic general, la seva competitivitat en el marc de l'economia de mercat i el manteniment i creixement del producte nacional brut. Ara bé, dit això, no hi ha dubte que aquesta plausible finalitat de la LGUM no es pot articular normativament amb desconeixement de les competències de les comunitats autònomes en general i de la Generalitat en particular.

Prenent, doncs, com a referència el que acabem d'afirmar, i d'acord amb el cànon interpretatiu abans exposat, no tota mesura que incideixi sobre la circulació de béns i persones per tot el territori de l'Estat s'oposa a la regulació de les condicions bàsiques que garanteixen la igualtat que estableix l'article 149.1.1 CE, perquè aquesta igualtat constitucionalment assegurada no és sinònim d'uniformització normativa o igualtat absoluta (STC 61/1997, FJ 8). Així mateix, tampoc ho és

la competència de l'Estat *ex* article 149.1.13 CE, llevat que es tracti d'una mesura de caràcter objectivament econòmic i sigui rellevant per a l'economia general (STC 225/1993, de 8 de juliol, FJ 4). Ni tampoc resulta «[...] contraria al art. 139.2 de la Constitución, sino que lo será cuando persiga de forma intencionada la finalidad de obstaculizar la libre circulación y genere consecuencias objetivas que implique el surgimiento de obstáculos que no guarden relación y sean desproporcionados respecto del fin constitucionalmente lícito [...]» (STC 64/1990, de 5 d'abril, FJ 5).

Per tant, seguidament passem a examinar el contingut dels preceptes previstos en els capítols I i II LGUM. Atesos el arguments exposats, respectivament, pel Govern i els diputats, que ja han estat descrits anteriorment, hem de considerar que tant l'article 2 com els principis reconeguts als articles 3, 4 i 9 LGUM estableixen un marc general al qual s'han d'atenir totes les administracions públiques que no comporta, per si mateix, vulneració del bloc de la constitucionalitat. Concretament, davant del retret que específicament formula el Govern, segons al qual aquests preceptes «subjecten l'exercici de les competències de les Comunitats Autònomes en àmbits compresos per aquesta llei a un règim d'aplicació uniforme [...]», no podem arribar a la mateixa conclusió, si ens atenem al contingut literal dels preceptes objecte de la sol·licitud. Ni tampoc que comporti una expressa alteració de les regles de l'article 115 EAC sobre l'abast territorial i els efectes de les competències de la Generalitat.

El mateix hem de dir, en principi, respecte dels dubtes formulats pels diputats quant a l'article 6, sobre una possible vulneració dels articles 9.3 i 103 CE, per manca de seguretat jurídica, així com en relació amb l'article 115 EAC, sobre l'eficàcia territorial de les normes i l'abast territorial i els efectes de les competències. En tots aquests principis, a banda que uns quants ja formaven part de l'ordenament jurídic administratiu establert a la LRJPAC, la prescripció normativa que fixen és de caràcter genèric i, en principi, no impedeix una normació diversa per part de la Generalitat, de tal manera que no ens pot portar a la conclusió que per aquesta raó vulnerin l'ordre constitucional i estatutari. Sobre aquest particular referit al principi de seguretat jurídica aplicable a aquests preceptes de caràcter principialista de la LGUM, cal no oblidar que:

«[...] no cabe admitir que se infringe el principio de seguridad jurídica cuando un texto normativo no se plantea y resuelve por sí mismo de modo explícito todos los problemas que puede suscitar su aplicación.» (STC 150/1990, de 4 d'octubre, FJ 8)

En el mateix sentit, sobre el principi de seguretat jurídica, el Consell ha interpretat que:

«[...] únicament es vulnera el principi de seguretat quan el contingut o les omissions d'un text normatiu produeixen confusió o dubtes que generen en els seus

destinatari una incertesa raonablement insuperable sobre la conducta exigible o sobre la previsibilitat dels seus efectes.» (DCGE 11/2012, d'11 d'agost, FJ 5.2, i DCGE 1/2012, FJ 4)

Ara bé, un tema diferent és el que plantegen l'article 5 i el mateix article 6, i les conclusions que es puguin derivar del seu examen, no ja com a preceptes considerats aïlladament, sinó en funció de la relació sistemàtica que ambdós presenten –respectivament– pel que fa a l'article 17 i al contingut íntegre del capítol V LGUM. Aquesta és una qüestió que examinarem més endavant.

També hem d'afirmar que la valoració feta pel Govern segons la qual aquests preceptes «[...] suposen materialment una pura i simple desregulació que, en la mesura que desapodera a les Comunitats Autònomes d'àmbits de decisió estatutàriament garantits, podria esdevenir inconstitucional», no és un argument suficient per arribar a aquesta conclusió. Perquè, sens perjudici que aquest Consell, en una valoració global del contingut general de la LGUM, pugui participar d'aquesta valoració material del text, tot seguit hem de precisar que, com a tal, l'eventual efecte desregulador que se'n pugui derivar és una opció, entre d'altres, que el legislador pot prendre, sense que per si mateixa condueixi a una conclusió d'inconstitucionalitat.

En conseqüència, i d'acord amb els arguments que acabem d'exposar, els articles 2, 3, 4 i 9 no vulnereu la Constitució ni les competències de la Generalitat que preveu l'Estatut.

3. Seguidament, examinarem un segon grup de preceptes sol·licitats que s'inclouen en el capítol III LGUM. Són els que regulen els mecanismes de garantia de la cooperació entre les administracions públiques, a fi de preservar el principi de la unitat de mercat. En aquest cas, únicament ha estat el Govern qui ha formulat dubtes sobre la seva adequació al bloc de la constitucionalitat.

A) Els articles 10, 11, 12, 13, 14 i 15 preveuen diversos mecanismes de cooperació interadministrativa. Amb aquesta finalitat es crea, en l'article 10, un Consell per a la Unitat de Mercat. Pel que fa a la seva composició i estructura, el Govern retreu que queda indeterminada, sobretot quant als representants de l'Administració local. D'altra banda, també considera que les seves funcions són transversals i que incideixen sobre qualsevol dels sectors de l'activitat econòmica. A més, afirma que se solapen i es dupliquen amb les previstes per a altres instàncies, com es pot deduir de l'apartat d del mateix article 10.4 LGUM. Així mateix, a criteri del Govern, els articles 12 i 14 tenen com a finalitat la prevenció *ex ante* de la introducció d'obstacles a la lliure circulació de béns i serveis de les disposicions de caràcter general de les comunitats autònomes, fet que podria implicar una interferència en l'exercici de les competències normatives de la Generalitat. I

quant a l'article 15 i la disposició final cinquena, afirma que inclouen també un control *ex post* sobre les esmentades disposicions. D'aquesta manera, conclou que les previsions contingudes en tots aquests preceptes podrien restringir les competències normatives de la Generalitat en diverses matèries i també podrien afectar l'article 176 EAC, que regula els efectes de la col·laboració entre la Generalitat i l'Estat.

El capítol III LGUM, en efecte, estableix, a instàncies de l'Estat, un òrgan de cooperació vertical de caràcter mixt entre l'Estat, les comunitats autònomes i les entitats locals, que rep la denominació de Consell per a la Unitat de Mercat (art. 10). A més, estableix un àmbit per a la cooperació de les diverses autoritats competents en el marc de les conferències sectorials (art. 12) i el deure dels ministeris d'Hisenda i Administracions Públiques i d'Economia i Competitivitat d'informar la Comissió Delegada del Govern per a Assumptes Econòmics sobre el desenvolupament i l'aplicació de la LGUM i sobre els treballs del Consell i de les conferències sectorials sobre el tema (art. 13); així com la cooperació entre les autoritats competents en l'elaboració de projectes normatius (art. 14) i l'avaluació periòdica per part d'aquestes de la normativa (art. 15). D'acord amb la definició que als efectes de la LGUM estableix l'apartat c de l'annex, precisa que per «autoritat competent» s'ha d'entendre: «[...] qualsevol organisme o entitat que porti a terme la regulació la regulació, l'ordenació o el control de les activitats econòmiques, o l'actuació del qual afecti l'accés a una activitat econòmica o al seu exercici i, en particular, les autoritats administratives estatals, autonòmiques o locals i els col·legis professionals i, si s'escau, els consells generals i autonòmics de col·legis professionals».

B) Com hem vist anteriorment, l'Estat invoca en la disposició final quarta quatre títols competencials per aprovar aquesta Llei. Atès el contingut substantiu del grup de preceptes continguts en el capítol III, entenem que, específicament en aquest cas, l'Estat s'empara de manera preferent en les seves competències *ex article* 149.1.13 CE. Sobre el cànon interpretatiu que hem de tenir en compte respecte de la competència estatal per determinar les bases i la coordinació de la planificació general de l'activitat econòmica, ja l'hem fixat amb anterioritat, raó per la qual no el tornarem a reproduir.

Però, a més de la competència estatal sobre la determinació de les bases en l'ordre econòmic, la instrumentació de mecanismes de col·laboració és també una conseqüència implícita dels principis constitucionals d'unitat, d'autonomia i de solidaritat que es deriven del model d'estat compost que la Constitució configura a l'article 2 CE. Per la seva banda, l'Estatut estableix de manera més explícita les formes de la Generalitat amb l'Estat. En efecte, el capítol I del títol V, relatiu a les institucions de la Generalitat –i sempre en el marc de les competències de la Generalitat– també regula les relacions de col·laboració d'aquesta amb l'Estat i les al-

tres comunitats autònomes (art. 174 a 183 EAC). Sobre aquesta qüestió concreta cal subratllar que el conjunt d'aquesta previsió estatutària no ha estat objecte de cap taxa d'inconstitucionalitat (STC 31/2010, de 28 de juny, FJ 111 a 116).

Abans, però, d'abordar l'examen dels preceptes del capítol III LGUM que han estat objecte en aquest cas de la sol·licitud del Govern, com a complement al cànon de constitucionalitat que haurem d'emprar tot seguit, cal parar atenció breument en el significat del principi constitucional de la cooperació territorial.

Aquest principi constitucional és una conseqüència lògica en tot estat compost, que com a tal està organitzat sobre la base d'una pluralitat de centres de govern i, per tant, de producció normativa. La finalitat no ha de ser cap altra que la de procurar el bon funcionament del conjunt de relacions entre les diverses administracions públiques. En general, el principi constitucional no escrit del deure de col·laboració troba un notori paral·lisme en la *Bundestreue* alemanya i s'expressa constitucionalment en termes de lleialtat institucional. Aquesta última deriva directament de l'obligació de tots els poders públics d'acatar la Constitució (STC 46/1990, de 15 de març, FJ 4) i, més concretament, del principi de solidaritat que estableix l'article 2 CE (STC 64/1990, FJ 7), i es formula, en el sentit més bàsic i primari, com el deure de totes les administracions públiques de ponderar i respectar en llurs respectives actuacions els interessos generals del conjunt i els interessos particulars i legítims de la resta, en la mesura que totes les parts es troben unides per una mateixa comunitat d'interessos (STC 46/1990, FJ 4). És a dir, de la lleialtat institucional es deriva una conseqüència ineluctable, i aquesta no és cap altra que el deure de respectar les seves competències respectives. Aquesta doctrina ha estat positivitzada en la LRJPAC, que en el seu article 4.1.a estableix com a principi general que: «[...] Les Administracions públiques actuen i es relacionen d'acord amb el principi de lleialtat institucional i, en conseqüència hauran de: a) Respectar l'exercici legítim per les altres Administracions de les seves competències [...]».

Entre les diverses formes de col·laboració, la cooperació consisteix, en sentit estricte, en un exercici conjunt de les pròpies competències, de tal manera que l'actuació sotmesa a aquest règim és duta a terme de forma mancomunada o conjunta per les diverses administracions implicades. Sobre aquest particular, i específicament quant a la naturalesa de la col·laboració, hem subratllat el seu caràcter voluntari, interpretant que:

«[...] les diverses formes de col·laboració tenen naturalesa voluntària i, per tant, necessiten per al seu establiment la conformitat de l'Estat i de les comunitats autònomes, si són verticals, o només d'aquestes últimes, si són horitzontals.» (Dictamen 4/2011, de 14 d'abril, FJ 3)

Aquesta idea ja va ser formulada també pels dictàmens tant del Consell Consultiu com del Consell de Garanties Estatutàries, en els termes que segueixen:

«[...] la col·laboració entre les Administracions Públiques és aconsellable per al bon funcionament d'un Estat de les Autonomies, idea que [...] fa entendre que determinats tipus de relació de col·laboració orientada al millor servei de l'interès públic són lícits, sense altres límits que el respecte degut a les àrees de competència dels ens públics afectats» (per tots, DCC núm. 46, de 30 d'agost de 1983, F II). I en la mateixa perspectiva se situa l'Estatut d'autonomia de Catalunya vigent, quan fa referència a diverses tècniques de col·laboració voluntària, tant horitzontal com vertical (art. 175.1 i 2 EAC), reafirmant la indisponibilitat de les competències, en declarar que la participació de la Generalitat en qualsevol tipus de col·laboració, tant si és bilateral com multilateral, no altera la titularitat d'aquestes (176.1 EAC), i assenyalant que la Generalitat no queda vinculada per les decisions adoptades en les instàncies multilaterals de col·laboració voluntària amb l'Estat i amb altres comunitats autònomes quan no hagi manifestat el seu acord respecte d'aquesta (176.2 EAC). A més, la Generalitat podrà fer constar reserves als acords adoptats en les mateixes instàncies quan s'hagin adoptat sense la seva aprovació (176.3 EAC).» (Dictamen 4/2011, de 14 d'abril, FJ 3)

A tot això, cal afegir-hi que la cooperació interadministrativa és una conseqüència de l'existència del principi de lleialtat institucional, el contingut de la qual ens ha de servir també per examinar aquest capítol III LGUM. Així, en el DCGE 12/2012 (FJ 2.5):

«[...] hem assenyalat, seguint la jurisprudència constitucional més rellevant, que la lleialtat institucional és un deure que no cal justificar expressament en preceptes de la Constitució, sinó que s'hi troba implícit, en derivar de la mateixa essència de la forma territorial de l'Estat [...]» (DCGE 11/2012, de 22 d'agost, FJ 3)

C) D'acord amb aquests criteris interpretatius, passem seguidament a examinar el contingut dels preceptes del capítol III LGUM. En primer lloc, l'article 10 regula un organisme de nova creació, el Consell per a la Unitat de Mercat, com a òrgan mixt de cooperació. La seva composició integra representants de l'Estat, les comunitats autònomes i també de l'Administració local. El Govern considera que, pel que fa a aquesta última, es fa de forma indeterminada. Certament, la LGUM no precisa de manera específica, a diferència del que estableix per a les altres dues administracions públiques, la determinació del procediment de designació dels titulars de l'Administració local. Tanmateix, aquest argument no és suficient per entendre que, de la indeterminació, se'n pugui derivar una taxa d'inconstitucionalitat; en tot cas, la participació dels ens locals en cap cas no queda exclosa d'aquest instrument de cooperació interadministrativa.

En segon lloc, l'article 11 regula la Secretaria del Consell per a la Unitat de Mercat; l'article 12, la cooperació en el marc de les conferències sectorials; i l'article 15, l'avaluació periòdica de la normativa. En tots, la LGUM es refereix a les autoritats competents, tal com es defineixen a l'apartat c de l'annex, com a òrgans que de forma simètrica participen en els diversos àmbits de cooperació. Participació que es produeix en el marc de llurs competències, que, si més no, formalment, en aquest estadi de la cooperació interadministrativa, la LGUM no qüestiona.

Per la seva banda, l'article 13, que regula la informació a la Comissió Delegada del Govern per a Assumptes Econòmics, es limita a establir que dos ministeris, el d'Hisenda i Administracions Públiques i el d'Economia i Competitivitat, hauran d'informar la dita Comissió sobre el desenvolupament i l'execució de la LGUM, així com dels treballs realitzats en el si del Consell per a la Unitat de Mercat.

Del conjunt de tots aquests preceptes, és parer d'aquest Consell que ni de la prevenció *ex ante* de la introducció d'obstacles a la lliure circulació de béns i serveis de les disposicions de les comunitats autònomes, ni tampoc dels controls *ex post*, segons la sol·licitud formulada pel Govern, se'n pot derivar expressament i de manera indubtable una restricció il·legítima de les competències normatives de la Generalitat. Més concretament, no podem compartir aquesta conclusió si, com ho hem argumentat prou anteriorment, la cooperació ha de ser entesa com una forma de col·laboració interadministrativa de caràcter voluntari, en tant que en tractar-se, com és el cas que ens ocupa, d'una cooperació vertical, sempre requerirà la conformitat de la Generalitat com a «autoritat competent», en els termes emprats per la LGUM. A partir d'aquesta premissa, les seves competències són indisponibles, en la mesura que la participació de la Generalitat en aquest mecanisme de cooperació no altera la titularitat competencial que li correspon segons el que preveu el bloc de la constitucionalitat. I, finalment, tampoc queda vinculada per les decisions que es prenguin si prèviament no hi ha manifestat el seu acord.

En conseqüència, els articles 10, 11, 12, 13 i 15 no vulnereu la Constitució ni les competències de la Generalitat que preveu l'Estatut.

D) De l'examen dels preceptes que integren el capítol III, n'hem exclòs l'article 14, que, per raó del contingut del seu apartat 2, sobre el qual ara retindrem la nostra atenció, exigeix una anàlisi específica que ara durem a terme.

El contingut d'aquest precepte s'inicia amb la prescripció d'un principi general d'informació entre les diverses autoritats competents quant a la incidència que els respectius projectes normatius puguin presentar sobre la unitat de mercat. En si mateix, no presenta cap tatxa d'inconstitucionalitat perquè el mandat que

conté constitueix una conseqüència lògica d'una de les formes de col·laboració a les quals fèiem referència quan, anteriorment, hem fixat el paràmetre d'anàlisi de constitucionalitat d'aquest conjunt de preceptes.

Per contra, la qüestió es presenta menys pacífica quant al que prescriu el segon apartat, que estableix el següent:

«En els procediments d'elaboració de normes que afectin de manera rellevant la unitat de mercat, l'autoritat competent proponent de la norma ha de posar a disposició de la resta d'autoritats a través del sistema d'intercanvi electrònic d'informació que preveu l'article 23 d'aquesta llei, amb antelació suficient, el text del projecte de norma acompanyat dels informes o dels documents que en permetin la valoració adequada, incloent-hi si s'escau la memòria de l'anàlisi d'impacte normatiu.»

Per la seva banda, l'article 23, al qual es remet l'apartat 2, regula el sistema d'intercanvi electrònic d'informació, en què s'estableix que, per intercanviar informació, les autoritats competents han de disposar d'un sistema d'intercanvi electrònic de dades, incloent-hi les dades de caràcter personal. Més concretament, el paràgraf segon de l'apartat 1 de l'article 23 estableix que:

«[A]mb aquesta finalitat, el Ministeri d'Hisenda i Administracions públiques, a través de la Secretaria d'Estat d'Administracions Públiques, ha d'establir un sistema d'intercanvi electrònic de dades que podran utilitzar les autoritats competents en la matèria. Aquest sistema d'intercanvi s'ha de canalitzar a través de plataformes d'infraestructures i serveis comuns mantingudes per la Secretaria d'Estat esmentada.

2. En cas que no s'acordi un format comú de comunicació entre autoritats competents, el Ministeri d'Hisenda i Administracions Públiques l'ha de determinar de conformitat amb el principi d'eficiència en l'assignació i la utilització dels recursos públics que estableix l'article 7 de la Llei orgànica 2/2012, de 27 d'abril, d'estabilitat pressupostària i sostenibilitat financera.»

El seu contingut específic presenta un caràcter instrumental respecte del que en relació amb la cooperació en l'elaboració de projectes normatius estableix l'article 14.2, perquè es vincula al sistema d'intercanvi electrònic d'informació del Ministeri d'Hisenda i Administracions Públiques, raó per la qual l'examinarem conjuntament amb aquest últim.

Doncs bé, la qüestió que planteja aquest apartat 2 de l'article 14 rau en el fet que la prescripció segons la qual l'autoritat competent proponent de la norma, el Govern de la Generalitat, en allò que interessa l'objecte del nostre dictamen, i en el context del procediment d'elaboració de les seves pròpies normes, ha de posar a disposició de la resta d'autoritats, per tant, del Govern de l'Estat i dels òrgans executius de la resta de les comunitats autònomes, a través del sistema

d'intercanvi electrònic d'informació que preveu l'article 23 LGUM, la informació pertinent sobre els seus projectes normatius. És a dir, la LGUM introdueix un nou tràmit extramurs de les previsions de l'Estatut i de la legislació específica aplicable a Catalunya, que concerneix el procediment d'aprovació de normes reglamentàries. Es tracta d'un tràmit que, justament, cal complir en un àmbit que roman vinculat al principi d'autonomia política que la Constitució reconeix a les comunitats autònomes (art. 2 CE).

Perquè, en efecte, del principi d'autonomia política es deriva la potestat de les comunitats autònomes per aprovar les seves pròpies normes a través del procediment del qual s'hagin dotat, com a expressió en aquest cas de l'autonomia institucional de què disposen. Des de la seva primera jurisprudència, el Tribunal Constitucional ha assenyalat que els ens autonòmics, «[...] en el ejercicio de su autonomía, pueden orientar su acción de gobierno en función de una política propia [...] aunque en tal acción de gobierno no puedan hacer uso sino de aquellas competencias que específicamente le están atribuidas. Dentro de ellas está sin duda la necesaria para fijar la "organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno" [...]» (STC 35/1982, de 14 de juny, FJ 6). I, més concretament, des d'una perspectiva funcional, l'autonomia política es concreta en el fet que les comunitats autònomes exerceixen funcions legislatives i reglamentàries, és a dir, que: «[...] gozan de una autonomía cualitativamente superior a la administrativa que corresponde a los entes locales, ya que se añaden potestades legislativas y gubernamentales que la configuran como autonomía de naturaleza política, cualquiera que sea el ámbito autonómico, éste queda fijado por el Estatuto, en el que se articulan las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma dentro del marco establecido en la Constitución (art. 147.1)» (STC 25/1981, de 14 de juliol, FJ 3).

En el marc de la competència per fixar el «règim i funcionament» s'integra la potestat de la Generalitat per aprovar les seves pròpies normes, sempre d'acord amb les regles comunes sobre procediment establertes per l'Estat, en virtut de la competència d'aquest últim per determinar les bases del règim jurídic de les administracions públiques i el procediment administratiu comú (art. 148.1.18 CE). Un cop dit això, com a referent normatiu procedimental, la Generalitat disposa de la seva legislació específica, la Llei 26/2010, de 3 d'agost, de règim jurídic i de procediment de les administracions públiques de Catalunya, que en el títol V regula el procediment d'elaboració de disposicions reglamentàries (art. 59 a 70), a més de les previsions generals sobre l'exercici de la potestat reglamentària que estableix la Llei 13/2008, de 5 de novembre, de la Presidència de la Generalitat i del Govern (art. 39 a 41).

Doncs bé, l'apartat 2 de l'article 14 LGUM estableix que, en els procediments d'elaboració de les seves

pròpies normes, la Generalitat, en tant que «autoritat competent» proponent de la norma que pugui afectar la unitat de mercat, «ha de posar a disposició de la resta d'autoritats a través del sistema d'intercanvi electrònic d'informació que preveu l'article 23 d'aquesta Llei, amb l'antelació suficient», el text de la seva disposició infralegal, acompanyada de la documentació addicional que permeti fer-ne una valoració adequada. La prescripció per la qual la informació que hagi de ser preceptivament tramesa per la Generalitat, en cas que no s'acordi un format comú entre les autoritats competents, a través del sistema informàtic establert pel Ministeri d'Hisenda i Administracions Públiques, a més del mandat peremptori que es faci amb l'antelació suficient, objectivament, denoten un condicionament en el procés d'elaboració de les pròpies normes.

Per tant, atès el contingut imperatiu d'aquest apartat, que es projecta sobre una qüestió tan essencialment vinculada a l'autonomia institucional, derivada de l'autonomia política, com és la seva potestat sobre l'iter d'aprovació de les seves disposicions generals, la Generalitat es veu obligada a alterar els tràmits amb la incorporació d'un de nou que ha prescrit la LGUM. Aquest caràcter preceptiu del tràmit prescrit per la llei estatal incorpora un element de cautela o tutela que no es correspon amb el principi d'autonomia política de l'article 2 CE.

Per això, quant al deure d'informació previst a l'apartat 1 de l'article 14, aquest no es pot entendre en relació amb l'apartat segon més enllà d'un deure genèric, a partir del qual s'exigeix que la informació es doni en un determinat format o d'una manera uniforme. Així, esdevé improcedent exigir a l'Administració que informi la realització d'aquesta tasca en termes tan restrictius –en la mesura que passen per la imposició en darrer terme d'una determinada plataforma informàtica– perquè això pot comportar l'afectació de l'exercici de la potestat reglamentària de la Generalitat.

En conseqüència, d'acord amb els arguments que acabem d'exposar, l'apartat segon de l'article 14 LGUM i també, per la connexió que presenta, l'apartat segon de l'article 23 LGUM, vulneren la potestat reglamentària del Govern de l'article 68.1 EAC, pel que fa a les competències relacionades amb activitats econòmiques reconegudes al capítol II del títol IV EAC.

4. A l'últim, en aquest fonament jurídic examinarem els preceptes que han estat objecte d'ambdues sol·licituds i que es contenen als capítols IV i V LGUM. El capítol IV (art. 16 a 18), la disposició addicional desena i les disposicions finals segona i tercera regulen les garanties al lliure establiment i circulació; per la seva banda, el capítol V (art. 19 i 20) regula el principi d'eficàcia en tot el territori nacional. El tractament conjunt dels dos capítols es justifica per la interrelació material que presenta el seu contingut respecte de tots els preceptes.

A) En el fonament jurídic primer hem descrit el contingut dels dos capítols i de la disposició addicional desena, que ja no escau reproduir. Tan sols cal subratllar que en el capítol IV s'estableix el principi de lliure iniciativa econòmica i es regula ja de manera precisa la instrumentació del principi de necessitat i proporcionalitat, que amb caràcter general es positivitza a l'article 5, dins el capítol II, referent als principis de garantia de la llibertat d'establiment i la llibertat de circulació, i les actuacions que limiten la llibertat d'establiment i la llibertat de circulació. El capítol V regula la lliure iniciativa econòmica i l'eficàcia de les actuacions administratives en tot el «territori nacional» i la disposició addicional desena regula la determinació de l'autoritat d'origen.

Com ja hem avançat en el fonament jurídic anterior, el Govern es qüestiona la regulació del principi d'eficàcia en tot el territori estatal prevista en els articles 16, 19 i 20 i la disposició addicional desena perquè suposa el deure d'acceptació de l'aplicació de la normativa del lloc d'origen respecte dels operadors que actuen a Catalunya. Aquesta regla sobre l'eficàcia de les disposicions i els actes de les comunitats autònomes pot contradir el principi de territorialitat de les competències de l'article 115 EAC, així com envair les competències de la Generalitat sobre un ampli ventall de sectors econòmics.

La limitació dels mitjans d'intervenció administrativa sobre la prestació de serveis i la circulació de productes que preveu l'article 17 LGUM i la disposició final segona, buida de contingut, a parer del Govern, la competència de la Generalitat per decidir la tècnica apropiada per garantir els interessos públics. Aquest és un retret que s'estén també a les prohibicions de determinades mesures que es considera que obstaculitzen la llibertat de circulació i prestació previstes a l'article 18. En ambdós casos es considera que es vulneren els articles 110, 111 i 112 EAC, relatius a les competències exclusives, compartides i executives, en relació amb un ampli catàleg de matèries competencials previstes a l'Estatut sobre les matèries econòmiques que el Govern i també els diputats del Parlament han indicat a bastament en les seves respectives sol·licituds.

El títol competencial en el qual entenem que, específicament per a aquests preceptes dels capítols IV i V, s'empara l'Estat és el previst a l'article 149.1.13 CE. Sobre el cànon jurisprudencial d'interpretació aplicable pel que fa a la naturalesa i l'abast d'aquesta competència sobre «les bases i coordinació de la planificació general de l'activitat econòmica», ja hem fixat anteriorment els criteris que cal tenir en compte. D'acord amb aquest marc competencial i el cànon jurisprudencial al qual hem fet referència, procedim a l'examen del contingut substantiu d'aquests dos capítols de la LGUM.

B) El capítol IV (art. 16 a 18) regula, com ja hem anunciat, les «garanties al lliure establiment i circulació»,

d'acord amb el qual la LGUM es fonamenta en el principi general que determina que l'accés a les activitats econòmiques i el seu exercici serà lliure en tot el territori de l'Estat, i solament es podrà limitar segons el que estableixi aquesta Llei i allò que disposi la normativa de la Unió Europea o els tractats i convenis internacionals (art. 16).

Aquesta Llei es fonamenta en la raonable finalitat de suprimir els obstacles i entrebancs que es puguin derivar del creixement i la diversificació de regulacions sobre l'exercici de la llibertat d'iniciativa econòmica en un àmbit que es pretén que sigui únic. I ho fa en el context d'un estat políticament descentralitzat en el qual la LGUM, segons expressa en el preàmbul, vol establir uns principis i normes bàsiques que «[...] amb ple respecte a les competències de les comunitats autònomes i de les entitats locals, garanteixin la unitat de mercat». Ens pertoca, doncs, examinar si aquestes competències són efectivament respectades.

Els límits al lliure accés a les activitats econòmiques, segons es torna a manifestar en el preàmbul, tenen com a referència els criteris establerts per la Directiva 2006/123/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 12 de desembre de 2006, relativa als serveis en el mercat interior, més coneguda com a «Directiva de serveis». Però hem d'avançar que aquesta influència de l'ordenament europeu és més que relativa, perquè la LGUM, amb una evident finalitat d'ampliar els sectors econòmics al procés liberalitzador, estén el seu àmbit d'aplicació a l'accés a totes «les activitats econòmiques en condicions de mercat» (art. 2). És a dir, en principi no estableix limitacions sobre aquesta qüestió, mentre que la norma europea n'exclou un ampli catàleg d'activitats econòmiques (art. 2 de la Directiva de serveis), per exemple, els serveis no econòmics d'interès general, els serveis financers com els bancaris, els serveis i xarxes de comunicacions, els serveis de transports, etc.

Una conseqüència d'aquesta notòria diferència amb la Directiva és que la regulació establerta per la LGUM, a fi de preservar la unitat de mercat, es projecta sobre qualsevol àmbit material de competències que tingui relació amb l'activitat econòmica, i respecte del qual les comunitats autònomes i les entitats locals disposin de capacitat normativa. En especial, pel que fa a les comunitats autònomes, la qüestió és prou rellevant perquè la LGUM podrà incidir sobre àmbits materials diversos, amb independència de quina sigui la naturalesa de la competència (exclusiva, compartida o executiva).

L'article 17, referent a la instrumentació del principi de necessitat i proporcionalitat, introdueix una sèrie de regles per les quals es podrà establir l'exigència d'una autorització administrativa. Cal precisar, però, que la referència legal al dit principi de proporcionalitat ha de permetre identificar-lo amb la interpretació jurisprudencial que d'aquest ha fet el Tribunal Constitucional.

El seu apartat 1 estableix quatre supòsits que determinen quan concorren els principis de necessitat i proporcionalitat per exigir una autorització. Es tracta d'una nova regulació, que suposa una important limitació de les raons imperioses d'interès general a les quals es refereix la Directiva de serveis per poder justificar una intervenció administrativa sobre l'activitat econòmica. Aquests supòsits introduïts per la LGUM estableixen que l'autorització es podrà exigir:

«a) Respecte als operadors econòmics, quan estigui justificat per raons d'ordre públic, seguretat pública, salut pública o protecció del medi ambient en el lloc concret on es fa l'activitat, i aquestes raons no es puguin salvaguardar mitjançant la presentació d'una declaració responsable o d'una comunicació.

b) Respecte a les instal·lacions o les infraestructures físiques necessàries per a l'exercici d'activitats econòmiques, quan siguin susceptibles de generar danys sobre el medi ambient i l'entorn urbà, la seguretat o la salut pública i el patrimoni historicoartístic, i aquestes raons no es puguin salvaguardar mitjançant la presentació d'una declaració responsable o una comunicació.

c) Quan per escassetat de recursos naturals, la utilització de domini públic, l'existència d'impediments tècnics inequívocs o en funció de l'existència de serveis públics sotmesos a tarifes regulades, el nombre d'operadors econòmics del mercat sigui limitat.

d) Quan així ho disposi la normativa de la Unió Europea o tractats i convenis internacionals, incloent-hi l'aplicació, si escau, del principi de precaució.»

Aquesta regulació, en efecte, contrasta notòriament amb el que prescriuen l'article 4.8 («Definicions») de la Directiva 2006/123/CE i també l'article 3.11 de la Llei 17/2009, de 23 de novembre, sobre el lliure accés a les activitats de serveis i el seu exercici, que és la norma estatal de transposició d'aquesta Directiva a l'ordenament espanyol, quan prescriu un ampli catàleg de supòsits per «raons d'imperiós interès general», que també cal que reproduïm aquí:

«Raó imperiosa d'interès general»: raó definida i interpretada per la jurisprudència del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees, limitades les següents: l'ordre públic, la seguretat pública, la protecció civil, la salut pública, la preservació de l'equilibri financer del règim de seguretat social, la protecció dels drets, la seguretat i la salut dels consumidors, dels destinataris de serveis i dels treballadors, les exigències de la bona fe en les transaccions comercials, la lluita contra el frau, la protecció del medi ambient i de l'entorn urbà, la sanitat animal, la propietat intel·lectual i industrial, la conservació del patrimoni històric i artístic nacional i els objectius de la política social i cultural.»

Per la seva banda, l'article 18 LGUM ha ampliat a través d'una extensa llista la determinació de les actuacions que es considera que limiten la llibertat d'es-

tabliment i la llibertat de circulació i, per tant, que són considerades contràries al principi de la unitat de mercat.

D'aquesta manera, a través de la LGUM el legislador estatal ha confegit un model d'intervenció pública destinat a garantir el principi de la unitat de mercat que, certament, respon a una lògica més liberalitzadora i probablement de caràcter més desregulador que l'existent fins ara. No obstant això, no correspon al Consell fer cap mena de valoració d'oportunitat sobre aquesta minva de la voluntat reguladora del legislador estatal.

Per contra, sí que escau parar atenció al seu contingut. En aquest sentit i atesa la notòria reducció de supòsits admissibles d'invocació de raons imperioses d'interès general que resulta de la comparació dels dos textos normatius esmentats (art. 3.11 de la Llei 17/2009 i art. 17 LGUM), cal constatar que les comunitats autònomes en general, i la Generalitat en particular, veuen notòriament restringides les possibilitats de decidir sobre la procedència de la intervenció administrativa en els sectors econòmics a través del mecanisme de l'autorització, a fi de preservar determinats béns jurídics que es poden considerar susceptibles de protecció, en l'exercici de llurs competències en els àmbits materials més diversos. La raó sembla evident: a través de la regulació introduïda per l'article 17.1 LGUM, posat en relació amb el que prescriu l'article 4.8 de la Directiva, s'exclou un seguit de limitacions que fins ara estaven contingudes en les regulacions sectorials de la legislació estatal bàsica, les lleis autonòmiques de desenvolupament i els seus respectius reglaments administratius, a més d'un bon nombre d'ordenances municipals. En aquest sentit, es tracta d'un model d'intervenció pública que resulta diferent i clarament alternatiu al prescrit pel dret europeu d'acord amb el TFUE, que l'esmentada Llei 17/2009 havia incorporat a l'ordenament jurídic intern espanyol.

Certament, amb aquest canvi que la LGUM incorpora en el règim d'intervenció de les diverses administracions públiques a fi de preservar la unitat de mercat, modifica el que havia previst la Llei 17/2009. En el si de l'ordenament jurídic espanyol, en tant que *lex posterior* que modifica una llei anterior, la qüestió no planteja un problema formal. Ara bé, i sense solució de continuïtat, hem de constatar un tema no menor i és que, amb aquest canvi legislatiu, resulta del tot evident que la LGUM està mancada de l'aixopluc del dret europeu.

Més enllà d'aquesta circumstància, d'altra banda gens irrellevant en termes jurídics en el plànol de les relacions entre el dret europeu i el dret espanyol, en allò que és d'interès prioritari per a l'emissió del nostre parer, la regulació que la LGUM ha dut a terme a través dels articles 16 a 18 constitueix una imposició a les comunitats autònomes, i també als ens locals, d'un marc encotillat o, si es vol, especialment restrictiu per a l'exercici de les seves competències. Perquè el nou marc normatiu limita de forma notòria les possibili-

tat de les administracions autonòmiques i locals per decidir si resulta proporcionat o no prohibir, o sotmetre a autorització, les activitats que siguin contràries als béns jurídics vinculats a les competències de les quals són titulars. Aquesta és la conclusió que es deriva de la constatació d'una regulació que, per bé que la LGUM estigui destinada a aconseguir un objectiu raonable, com és evitar situacions de fragmentació i entrebancs del mercat, en el marc de la llibertat d'establiment i circulació de persones i mercaderies, aquesta finalitat no pot ser construïda amb menyscabament de les competències autonòmiques i, específicament, de la Generalitat.

Perquè, com hem apuntat anteriorment, a través de la palesa restricció operada per l'article 17.1, a fi de preservar solament quatre raons imperioses d'interès general molt concretes, com són l'ordre públic, la seguretat pública, la salut pública o la protecció del medi ambient, queden fora de la intervenció pública de la Generalitat, mitjançant el mecanisme de l'autorització, un bon feix d'àmbits materials de competències relacionats amb l'activitat econòmica, sobre els quals pot tenir interès d'intervenir, quan escaigui, a fi de preservar determinats béns i interessos generals. Especialment, a través de les seves competències i en funció de la seva capacitat per dur a terme polítiques públiques pròpies en els sectors més diversos. Per exemple, i sense cap afany d'exhaustivitat, en les seves competències sobre agricultura, ramaderia i aprofitaments forestals (art. 119 EAC); cooperatives i economia social (art. 124 EAC); cultura (art. 127 EAC); propietat intel·lectual i industrial (art. 155 EAC); turisme (art. 171 EAC); energia i mines (art. 133 EAC); comerç i fires (art. 121 EAC), i tantes d'altres que materialment es relacionen amb l'activitat econòmica. En aquests casos exclosos dels quatre supòsits de raons imperioses d'interès general que preveu l'article 17.1 LGUM, l'opció residual que, com a màxim, li queda a la Generalitat és la d'esperar una declaració responsable de l'operador econòmic que vol operar en el mercat (art 17.2 LGUM).

D'acord amb l'habilitació competencial que la LGUM atribueix a l'Estat per regular les condicions que han d'assegurar la unitat de mercat, l'article 149.1.13 CE és l'instrument principal al qual s'ha acollit. Tanmateix, aquest precepte no es pot concebre com una mena de norma en blanc, que habiliti l'Estat per intervenir sempre i de qualsevol manera, en la regulació d'actuacions en l'ordre econòmic. Com hem posat en relleu a bastament en la nostra doctrina consultiva (DCGE 20/2013, FJ 2.2), i seguint en aquest sentit la jurisprudència constitucional, aquesta última ha subratllat que el significat de l'article 149.1.13 CE no inclou «[...] cu- alquier acción de naturaleza económica, si no posee una incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general (SSTC 186/1988 y 133/1997), pues, de no ser así, 'se vaciaría de contenido una ma-

teria y un título competencial más específico' (STC 112/1995)» (STC 124/2003, de 19 de juny, FJ 3).

Doncs bé, per les raons exposades, la regulació continguda en els articles 16 a 18 LGUM comporta un buidament del contingut de les competències estatutàries relacionades amb els diversos àmbits econòmics, de tal manera que vulneren les relacionades amb activitats econòmiques reconegudes al capítol II del títol IV de l'Estatut.

Així mateix, per la connexió material que presenta amb l'article 17, hem d'incloure també en aquesta conclusió el contingut de l'article 5, relatiu al principi de cooperació i confiança mútua, i també la disposició final segona, per la qual s'opera la modificació de la Llei 17/2009, de 23 de novembre, sobre el lliure accés a les activitats de serveis i el seu exercici.

C) El capítol V (art. 19 i 20) i la disposició addicional desena regulen el principi d'eficàcia en tot el «territori nacional». Amb aquesta finalitat, tots aquests preceptes presenten un caràcter unitari.

El contingut dels dos primers articles que integren el capítol V l'hem descrit al fonament anterior. A tall de recordatori, assenyalarem que en el primer precepte es regula la lliure iniciativa econòmica en tot el territori de l'Estat, mentre que el segon es refereix a l'eficàcia en el mateix àmbit territorial de les actuacions administratives. Per la seva banda, la disposició addicional desena estableix les regles de determinació de l'autoritat d'origen. Atesa la interrelació que presenta el contingut d'aquests preceptes, que en el seu conjunt configuren un nou model d'eficàcia en tot el territori de l'Estat de les dites actuacions per garantir la unitat de mercat, l'examen que durem a terme serà conjunt.

El títol competencial en el qual s'empara l'Estat en aquest apartat de la Llei entenem que, un cop més, és el previst a l'article 149.1.13 CE.

El Govern argumenta que els articles 16 –precepte sobre el qual ja ens hem pronunciat–, 19 i 20, així com la disposició addicional desena (relativa a la determinació de l'autoritat d'origen), en la mesura que estableixen l'aplicació de la normativa del lloc d'origen respecte dels operadors econòmics que desenvolupin la seva activitat a Catalunya, poden vulnerar el que estableix l'article 115 EAC, sobre l'abast territorial i els efectes de les competències de la Generalitat, «de tal forma que podria contradir els articles 110, 111 i 112 EAC [...], [...] ja que les competències sobre els sectors econòmics compresos en les matèries estatutàries abans esmentades restarien parcialment buidades de contingut».

Per la seva banda, els diputats del Parlament sostenen que el contingut d'allò que prescriu tot el capítol V podria vulnerar l'article 9.3 i, per extensió, l'article 103 CE, a més dels articles 14 i 115 EAC; i, a més, entraria

en contradicció amb l'àmplia sèrie de competències de la Generalitat que se citen.

Aquests dos preceptes del capítol V constitueixen la principal novetat que la LGUM aporta a l'ordenament jurídic, que es concreta en l'establiment del principi «d'eficàcia en tot el territori nacional», i sens dubte esdevé el seu element basilar. Aquest principi comporta que qualsevol operador legalment establert, o qualsevol bé legalment produït i posat en circulació, podrà exercir l'activitat econòmica o circular en tot el territori de l'Estat sense que, en principi, li puguin ser exigides noves autoritzacions o tràmits addicionals per part de d'altres autoritats competents diferents. Concretament, sobre aquest particular, l'article 19.1 LGUM prescriu el següent:

«Des del moment en què un operador econòmic estigui legalment establert en un lloc del territori espanyol pot exercir la seva activitat econòmica en tot el territori, mitjançant establiment físic o sense aquest, sempre que compleixi els requisits d'accés a l'activitat del lloc d'origen, fins i tot quan l'activitat econòmica no estigui sotmesa a requisits en el lloc esmentat.»

Aquesta és la regla general sobre la qual es construeix l'esmentat «principi d'eficàcia en tot el territori nacional». Sembla evident que, a partir d'aquesta regla, la LGUM renuncia a establir unes normes comunes bàsiques a les quals s'hagin de subjectar els operadors per a l'exercici de llurs activitats econòmiques en els diversos àmbits sectorials, sinó que remet la seva concreció a la regulació que s'estableixi des del lloc d'origen de l'operador, ja sigui la regulació de la comunitat autònoma o, si escau, de l'ens local. És a dir, tot i que la llei no arribi a emprar aquesta denominació, el que de fet s'està produint a través de la LGUM és la implantació de l'anomenada «llicència comercial única». En funció d'aquest nou règim, l'apartat 3 de l'article 19 estableix que:

«[Q]uan de conformitat amb la normativa del lloc de destinació s'exigeixin requisits qualificacions, controls previs o garanties als operadors econòmics o als béns, diferents dels exigits o obtinguts a l'empara de la normativa del lloc d'origen, l'autoritat de destinació ha d'assumir la plena validesa d'aquests últims, encara que difereixin en el seu abast o quantia. Així mateix, el lliure exercici opera fins i tot quan en la normativa del lloc d'origen no s'exigeixi cap requisit, control, qualificació o garantia.»

Per tant, amb aquesta previsió normativa la LGUM renuncia a introduir un sistema que apliqui a tot el territori de l'Estat unes regles comunes bàsiques –desenvolupades després pels legisladors autonòmics– que assegurin la unitat de mercat en tot allò que es consideri essencial, a fi d'evitar l'aparició d'obstacles que la puguin fragmentar. Ans al contrari, el que estableix la LGUM, d'acord amb la lògica desreguladora que sembla inspirar-la, és un principi general d'eficàcia

de la regulació procedent de l'autoritat d'origen que, d'aquesta manera, es pot estendre a tot l'Estat. Així s'afavoreix que sigui la comunitat autònoma que ofereixi un règim menys intervencionista o més flexible la que aconsegueixi que la seva regulació pugui estendre l'eficàcia a tot el territori de l'Estat i s'imposi, desplaçant-les, a les regulacions d'altres comunitats autònomes.

La conseqüència probable d'aquesta renúncia de l'Estat a establir unes pautes bàsiques reguladores de les activitats econòmiques és una més que probable competència entre els diversos legisladors autonòmics per oferir als operadors econòmics, sobre els mateixos àmbits materials de competències, regulacions menys exigents per dur a terme una activitat econòmica. En aquest sentit, els riscos de manca de seguretat jurídica (art. 9.3 CE), com apunta la sol·licitud formulada pels diputats del Parlament, en la determinació de l'ordenament aplicable a cada cas no resten exclòs.

En un sentit similar, cal tenir en compte el parer emès pel Consell Econòmic i Social, en el seu Dictamen de 18 d'abril de 2013, sobre el l'Avantprojecte de LGUM, en el qual mostrava el seu desacord amb l'opció adoptada pel prelegislador estatal sobre la regulació donada al principi d'eficàcia en tot el territori estatal. Atès que el contingut d'aquesta no ha variat en el que és essencial, cal retenir allò que sobre el tema va fer avinent aquest òrgan consultiu de l'Estat:

«[...] la posibilidad de ir hacia un proceso de homogeneización normativa puede producir la convergencia hacia una normativa de mínimos o ausencia de norma, y [...] que al establecer el principio de territorio de origen, se puede introducir un incentivo a la localización empresarial en los territorios con menor regulación o con aquella más favorable para su actividad.» (Dictamen del Consell Econòmic i Social 5/2013, de 18 d'abril, sobre l'Avantprojecte de llei de garantia de la unitat de mercat, paràgraf sisè de les «Observacions generals».)

Aquesta competència a la baixa entre les comunitats autònomes que es pot derivar de la nova regulació establerta per la LGUM pot suposar també un efecte negatiu i, de fet, de naturalesa discriminatòria per a les empreses radicades en el territori de la comunitat autònoma, que seran les úniques a les quals serà aplicable la normativa específica d'aquesta comunitat autònoma. Perquè les disposicions i els actes d'aquesta última es veuran desplaçats per la regulació del «lloc d'origen» que acompanyi a l'operador econòmic, si li resulta més favorable per accedir a l'activitat. Altra ment dit, si, per exemple, a Catalunya s'estableixen uns requisits més rigorosos per accedir a una activitat econòmica, la qual per llur naturalesa pot posar en risc la protecció del medi ambient, la norma catalana es veurà bandejada per la més flexible que sigui vigent en una altra comunitat autònoma, i que haurà permès

a l'operador accedir amb més facilitat a la mateixa activitat econòmica.

Això dit, i un cop hem fixat el marc competencial i el cànon interpretatiu aplicable, i examinat el contingut d'aquest grup de preceptes, ens correspon ara determinar la incidència que la introducció de la regla de l'«autoritat del lloc d'origen» presenta sobre les competències de la Generalitat.

D) Per donar resposta a les qüestions plantejades pel Govern i els diputats del Parlament de Catalunya, abordarem, en primer lloc, la problemàtica que presenta el «principi d'eficàcia en tot el territori nacional», que regulen el capítol V i la disposició addicional desena LGUM, en relació amb el principi de territorialitat de les competències, recollit a l'article 115 de l'Estatut. Aquestes competències són les relatives a totes les relacionades amb activitats econòmiques reconegudes al capítol II del títol IV de l'Estatut.

La jurisprudència constitucional ha reconegut de forma reiterada, des de les seves primeres resolucions (STC 37/1981, de 16 de novembre, FJ 1), que les competències autonòmiques poden tenir efectes supraterritorials. Amb caràcter general, aquests efectes són el resultat lògic de «[...] la unidad política, jurídica, económica y social de España», que «impide su división en compartimentos estancos» per la qual cosa «[...] la privación a las Comunidades Autónomas de la posibilidad de actuar cuando sus actos pudieran originar consecuencias más allá de sus límites territoriales equivaldría necesariamente a privarlas, pura y simplemente, de toda capacidad de actuación» (en el mateix sentit es pronunciaren, entre d'altres, les STC 44/1984, de 27 de març, FJ 2, i 291/2005, de 10 de novembre, FJ 3.b).

D'acord amb aquesta reiterada doctrina jurisprudencial, l'article 115 EAC regula l'abast territorial i els efectes de les competències, i després de reconèixer la regla general segons la qual «l'àmbit material» d'aquestes és «[...] el territori de Catalunya [...]», tot seguit introdueix com a excepció «[...] els supòsits a què fan referència expressament aquest Estatut i altres disposicions legals que estableixen l'eficàcia jurídica extraterritorial de les disposicions i actes de la Generalitat». Per tant, és una conseqüència lògica que les competències autonòmiques tenen el seu àmbit natural d'exercici en el territori de Catalunya, però això no obsta perquè, si escau, també tinguin efectes extraterritorials.

Fixada aquesta premissa, és cert que la determinació de l'eficàcia territorial de les normes jurídiques forma part de la competència exclusiva de l'Estat (art. 149.1.8 CE). Però aquesta prescripció constitucional no ha comportat cap obstacle per reconèixer, tal com ha interpretat la jurisprudència constitucional i ha positivitzat el mateix Estatut, que en determinats supòsits les

competències autonòmiques tinguin efectes supraterritorials.

Ara bé, resulta contradictori amb el que acabem d'exposar que, a través d'una llei ordinària, tot i que hagi estat aprovada amb el caràcter de norma bàsica, l'Estat pugui establir, com ho ha fet la LGUM, i en sentit contrari al que preveu l'article 115 de l'Estatut, una regla general que atribueix uns efectes extraterritorials generals a totes les actuacions administratives, que desplacen les previsions estatutàries sobre el tema. Perquè, certament, aquesta és la conseqüència que es deriva de la institucionalització del principi de l'eficàcia en tot el territori estatal de les actuacions administratives de les autoritats «del lloc d'origen».

Més concretament, amb l'aplicació general d'aquesta regla sobre l'eficàcia de les disposicions i els actes d'una comunitat autònoma, al contrari d'allò que estableix l'Estatut (art. 115), la LGUM està atribuint efectes extraterritorials a la regulació unilateral establerta per l'autoritat competent del «lloc d'origen» sobre requisits formals i substantius que hagin d'acomplir els serveis i els productes adscrits a la competència sobre un sector determinat.

Aquesta circumstància comporta que les disposicions que l'esmentada autoritat del lloc d'origen hagi aprovat sobre la protecció dels interessos públics s'imposen a l'autoritat competent del «lloc de destinació». Altrament dit, les disposicions i els actes administratius adoptats per la Generalitat, quan sigui «autoritat de destinació», que estiguin adreçades, per exemple, a protegir els aprofitaments forestals (art. 116 EAC); regular el consum (art. 123 EAC); regular el joc i els espectacles (art. 141 EAC); prendre mesures addicionals per protegir el medi ambient (art. 144 EAC); regular el turisme interior (art. 171 EAC), o regular el comerç i les fires (art. 121), entre tantes altres matèries que formen part de les activitats econòmiques, quedaran desplaçades –llevat que hi coincideixin– per les disposicions aprovades per l'autoritat competent, és a dir, la comunitat autònoma del «lloc d'origen» on l'operador econòmic ha estat prèviament habilitat per iniciar l'activitat.

Això significa que els criteris sobre polítiques públiques sectorials que disposi la Generalitat en les seves disposicions generals, a fi de garantir la protecció dels béns jurídics vinculats a les competències relacionades amb les activitats econòmiques, no siguin aplicables respecte de l'operador econòmic que vulgui desenvolupar la seva activitat a Catalunya i al qual acompanyi la regulació procedent de «l'autoritat d'origen».

En suma, l'efecte de l'aplicació del principi d'eficàcia en tot el «territori nacional» de les actuacions administratives establert en el capítol V LGUM presenta una doble conseqüència: la disposició general o l'acte administratiu aprovat des de «l'autoritat d'origen» té un efecte extraterritorial que produeix plens efectes

jurídics, perquè «l'autoritat de destinació» està obligada a assumir la seva validesa (art. 19.3 LGUM). Però, a més, davant d'aquesta disposició o acte no es poden oposar les disposicions o actes procedents de «l'autoritat de destinació», que queden, efectivament, desplaçades. I, tot això, amb abstracció d'allò que preveu l'article 115.1 EAC, segons el qual «l'àmbit material de les competències de la Generalitat està referit al territori de Catalunya excepte en els supòsits a què fan referència expressament aquest Estatut i altres disposicions legals que estableixen l'eficàcia extraterritorial de les disposicions i actes de la Generalitat».

Entenem, doncs, que l'Estat no pot emparar-se en el títol competencial de l'article 149.1.13 CE per dur a terme una regulació destinada a garantir la unitat de mercat en els termes i amb els efectes tant restrictius per a les competències de la Generalitat que hem examinat. Com ja hem dit abans en determinar el paràmetre de constitucionalitat, el Tribunal Constitucional ha reiterat que aquest títol no pot ser entès des d'una lògica que condueixi a una aplicació indiscriminada (STC 124/2003, FJ 3).

Amb la genèrica invocació de l'article 149.1.13 CE que l'Estat fa per justificar la necessitat de garantir la unitat de mercat, a través del «principi d'eficàcia en tot el territori nacional», desactiva de forma parcial però indiscriminada la territorialitat *ex* article 115.1 EAC respecte de totes les competències de la Generalitat que directament o indirecta tinguin relació amb activitats econòmiques. És a dir, serà parcial perquè les disposicions i actes de la Generalitat solament s'aplicaran als operadors econòmics que hagin obtingut per l'autoritat competent de Catalunya l'habilitació administrativa per desenvolupar la seva activitat econòmica. I serà indiscriminada perquè afectarà totes les competències previstes a l'Estatut relacionades amb els sector lligats a activitats econòmiques.

Tampoc pot servir l'apel·lació que en el preàmbul de la LGUM es fa a l'article 139.2 CE, si es fa en uns termes que permeten un resultat com el que acabem de descriure. En efecte, com hem dit en aquest mateix fonament jurídic, d'aquest principi constitucional no és deriva cap competència addicional per a l'Estat. Per si mateix, constitueix una última garantia de la unitat de mercat que, naturalment, no exclou que els legisladors autonòmics puguin regular de manera diversa les competències reconegudes pels estatuts d'autonomia, sense que la unitat de mercat quedi ressentida.

La jurisprudència constitucional ha delimitat la legitimitat de les actuacions dels poders públics, respectuoses amb la preservació de la unitat de mercat, segons el que estableix l'article 139.2 CE, d'acord amb el criteris següents: que l'entitat que hagi dictat la mesura disposi de la competència per fer-ho; que la mesura s'adeqüi a la finalitat constitucionalment legítima perseguida; que el grau de diversitat que s'introdueix sigui proporcional respecte del fi legítim que la me-

sura persegueix, i, finalment, que respecti el principi d'igualtat bàsica de drets i obligacions entre tots els espanyols (STC 88/1986, d'1 de juliol, FJ 6).

Doncs bé, examinats anteriorment els efectes que es deriven de l'aplicació del «principi d'eficàcia en tot el territori nacional» i, específicament, de la regla del «lloc d'origen», els requisits derivats de l'aplicació del cànon sobre l'article 139.2 CE han quedat completament desplaçats pel reconeixement de l'extraterritorialitat de les disposicions i actes emesos per l'autoritat, autonòmica o local, del tantes vegades esmentat «lloc d'origen». Més concretament, la LGUM es constitueix com una norma que s'interposa il·legítimament entre el l'Estatut i l'article 139.2 CE, precepte aquest últim que queda desplaçat per la llei estatal quan aquesta estableix una regulació que no solament impedeix la diversitat jurídica en el marc de la unitat de mercat, sinó també la seva eficàcia en el propi territori de Catalunya. Per tant, la conseqüència és la parcial desactivació de les competències de la Generalitat.

Finalment, hem de fer notar que la regulació que la LGUM fa de l'eficàcia en tot el «territori nacional» de les actuacions administratives (art. 20), i les conseqüències en l'ordre competencial que se'n deriven, contrasten amb el que estableix la Directiva 2006/123/CE («Directiva de serveis») sobre les condicions per a la concessió de l'autorització (art. 10), quan fa avinent que allò que estableix aquest mateix precepte del dret europeu, «[...] no cuestiona el reparto de competencias locales o regionales de las autoridades del Estado miembro habilitadas para conceder dichas autorizaciones».

Així mateix, aquest contrast inclou també la jurisprudència del TJUE sobre les llibertats d'establiment i de circulació de serveis entre els estats membres (art. 45 i 49 TFUE), en el marc de la unitat de mercat. Tot i reconèixer que, certament, el paralelisme entre les formes de relació entre la UE i els estats membres i les que hi ha entre l'Estat i les comunitats autònomes és relatiu, escau recordar que el Tribunal de Luxemburg ha interpretat sobre la regla del reconeixement mutu en el dret europeu, especialment des de l'anomenada Sentència *Cassis de Dijon*, de 20 de febrer de 1979 (C-120/78, Rewe-Zentral AG):

«8. [...] los obstáculos a la circulación intracomunitaria que sean consecuencia de disparidades entre legislaciones nacionales relativas a la comercialización de los productos controvertidos deben aceptarse en la medida en que estos preceptos sean necesarios para cumplir las exigencias imperativas relativas, en particular, a la eficacia de los controles fiscales, a la salvaguardia de la salud pública, a la lealtad de las transacciones comerciales y a la protección de los consumidores.»

Aquesta regla de reconeixement mutu suposa el respecte de la normativa d'origen, però amb matisos importants. Concretament, d'acord amb aquesta, en

principi l'estat membre de destinació ha d'acceptar el producte o servei acollit a la normativa de l'estat d'origen; tanmateix, hi pot oposar raons imperioses d'interès general –relacionades amb la protecció de béns jurídics– com a excepció a aquesta regla, sempre que la mesura restrictiva de la llibertat de circulació sigui adequada a aquesta finalitat d'interès general i, a més, sigui proporcionada. I això sens perjudici que la UE sempre pugui harmonitzar la legislació dels estats membres relativa a les dites raons imperioses d'interès general.

Doncs bé, entenem que tots aquests paràmetres derivats de l'ordenament jurídic espanyol i europeu han estat obviats per la LGUM.

En conseqüència, d'acord amb els arguments exposats, els articles 19 i 20, i també, per la connexió que presenta, la disposició addicional desena comporten un buidament del contingut de les matèries estatutàries relacionades amb els diversos àmbits econòmics, de manera que no troben empara en l'article 149.1.13 CE i vulneren les competències relacionades amb activitats econòmiques reconegudes al capítol II del títol IV EAC, així com l'article 115.1 EAC, relatiu a l'abast territorial i els efectes d'aquestes competències.

Tercer. L'examen dels preceptes sol·licitats relatius a la supervisió i els mecanismes de protecció dels operadors econòmics

En aquest fonament jurídic examinarem el contingut dels preceptes que són objecte d'ambdues sol·licituds i que es contenen al capítol VI (art. 21 a 24), relatiu a la supervisió dels operadors econòmics; al capítol VII, referit als mecanismes de protecció dels operadors econòmics en l'àmbit de la llibertat d'establiment i de la llibertat de circulació, i a la disposició final primera, per la qual es modifica la Llei 29/1988, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa.

Finalment, abordarem també el contingut de les disposicions finals quarta, relativa als títols competencials en els quals l'Estat s'ha emparat per aprovar la LGUM, i també de la cinquena, sobre l'adaptació de la normativa vigent.

1. El contingut d'aquest grup de preceptes ha estat descrit en el fonament jurídic primer. Entenem que el títol competencial en el qual s'empara l'Estat, en relació amb aquest capítol, és també el previst a l'article 149.1.13 CE, respecte del qual també hem exposat el cànon d'interpretació sobre el seu abast establert per la jurisprudència constitucional i la nostra doctrina consultiva, que no reiterarem.

Quant als articles 21 a 24 LGUM, tot i que els esmenta en la sol·licitud, el Govern no incorpora cap motivació específica que la fonamenti. Per la seva banda, els diputats del Parlament solament expressen dubtes

de constitucionalitat respecte de l'article 21 LGUM, i afirmen que podria vulnerar el principi d'eficàcia territorial de les normes previst en l'article 14 EAC i la limitació material respecte a l'abast territorial i els efectes de les competències de la Generalitat previst a l'article 115 EAC, la qual cosa entraria en contradicció amb una àmplia llista –que se cita– de competències de la Generalitat.

L'article 21, que és conseqüència del que prescriuen els articles 19 i 20 (cap. V), relatiu al principi d'eficàcia en tot el territori «nacional», es refereix a la regulació de les funcions generals atribuïdes a l'autoritat competent, ja sigui l'autoritat d'origen o la de destinació, en la supervisió dels operadors. Per la seva banda, l'article 22 regula la integració de la informació que consta en els registres sectorials. Sobre l'article 23, relatiu al sistema d'intercanvi electrònic d'informació, ja ens hi hem pronunciat amb motiu de l'examen de l'article 14.2. I l'article 24 regula l'intercanvi d'informació en l'exercici de les funcions de supervisió, entre l'autoritat d'origen i l'autoritat de destinació. El contingut respectiu d'aquests tres preceptes ha de ser incardinat en l'atribució de funcions a les autoritats competents, ja sigui en el marc de les relacions de col·laboració en general o, també, en l'àmbit de les relacions de mútua informació tramesa entre les diverses administracions públiques concernides.

Atès el seu contingut específic, no observem problemes de rellevància competencial que afectin el principi d'eficàcia territorial de les normes (art. 14 EAC), ni tampoc l'abast territorial i els efectes de les competències (art. 115 EAC).

En conseqüència, els articles 21, 22 i 24 LGUM no vulneren la Constitució ni l'Estatut d'autonomia.

2. Seguidament, passem a examinar el capítol VII (art. 26 a 28) LGUM, que regula els mecanismes de protecció dels operadors econòmics en l'àmbit de la llibertat d'establiment i de la llibertat de circulació. L'article 26 estableix un procediment en defensa dels drets i els interessos dels operadors econòmics per les autoritats competents; per la seva banda, l'article 27 es refereix a la legitimació atribuïda a la Comissió Nacional dels Mercats i la Competència per presentar un recurs contenciós administratiu; i l'article 28 regula els mecanismes addicionals d'eliminació d'obstacles o barreres detectats pels operadors econòmics, els consumidors i els usuaris. Per la connexió evident que planteja, en aquest apartat del Dictamen també ens referirem a la disposició final primera, per la qual es modifica la Llei 29/1988, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa.

El contingut de tots aquests preceptes, així com la fonamentació d'ambdues sol·licituds presentades pel Govern i els diputats del Parlament, han estat exposats en el fonament jurídic primer.

Pel que fa a l'habilitació competencial a la qual específicament s'acull l'Estat respecte d'aquests preceptes, interpretem que, a banda de la més transversal de l'article 149.1.13 CE, s'hi han d'incloure també les seves competències en matèria de legislació processal (art. 149.1.6 CE) i en matèria de bases del règim jurídic de les administracions públiques, i la legislació bàsica sobre contractes administratius (art. 149.1.18 CE).

A) El procediment previst a l'article 26 LGUM estableix un procediment administratiu de nova planta en defensa dels drets i interessos dels operadors. A mode de síntesi, convé ara precisar que el Govern considera que aquest recurs «suposa una ingerència en la funció executiva sobre la revisió en via administrativa de les seves pròpies decisions que correspon exclusivament a la Generalitat». Per aquesta raó, la previsió de la LGUM podria vulnerar els articles 110, 111 i 112 EAC. A més, el recurs incorpora un control sobre normes i actes de la Generalitat que, malgrat que sigui opcional per als operadors econòmics, no està previst ni a la Constitució ni a l'Estatut i podria ser contrari a les previsions dels articles 137, 103.1 i 153.c CE.

Amb aquest procediment que ha previst a l'article 26, la LGUM ha introduït una regulació de les denúncies sobre pràctiques contràries a la unitat de mercat que suposa la creació d'una nova reclamació administrativa, alternativa als recursos administratius o jurisdiccionals regulats fins ara, amb l'exclusiva finalitat de denunciar vulneracions a la llibertat d'establiment o de circulació. El caràcter alternatiu i, per tant, opcional d'aquest recurs de naturalesa administrativa és reconegut per l'apartat 3 de l'article 26 LGUM: «El procediment que preveu aquest article té caràcter alternatiu. Si no s'acull, l'operador econòmic pot interposar els recursos administratius o jurisdiccionals que siguin procedents contra la disposició, acte o actuació de què es tracti».

A grans trets, les característiques d'aquest procediment previst per l'article 26 LGUM són les que segueixen: l'objecte de la reclamació és la vulneració dels drets i interessos legítims de l'operador, per alguna disposició de caràcter general, acte, actuació, inactivitat o via de fet que pugui ser incompatible amb la llibertat d'establiment o de circulació; l'òrgan destinatari de la reclamació és la Secretaria del Consell de la Unitat de Mercat; la reclamació pot ser presentada contra tota actuació que hagi esgotat o no la via administrativa, i sigui susceptible de recurs administratiu ordinari, o també contra disposicions de caràcter general, de conformitat amb el que disposa la LJCA; i la legitimació per recórrer a aquest procediment correspon a l'operador econòmic i a les seves organitzacions representatives.

Per a la resolució de la reclamació, les autoritats competents actuen i cooperen a través d'una xarxa de punts de contacte; aquests són: la Secretaria del Consell per a la Unitat de Mercat; la Comissió Nacional

dels Mercats i la Competència; cada departament ministerial i l'autoritat que designi cada comunitat autònoma o ciutat amb estatut d'autonomia; la reclamació serà distribuïda entre tots els punts de contacte, que podran adreçar a l'autoritat competent les aportacions que considerin oportunes; en vista de la documentació rebuda, la Secretaria del Consell ha d'elaborar un informe de valoració sobre la reclamació, que haurà de ser tingut en compte per l'autoritat competent; la resolució de la reclamació correspon a l'autoritat competent, la qual informará de la resolució adoptada a la dita Secretaria del Consell, així com de les mesures que s'hagin pres per solucionar la reclamació; en cas que els operadors o les seves organitzacions representatives no consideressin satisfets els seus drets o interessos legítims, podran adreçar la seva sol·licitud a la Comissió Nacional dels Mercats i la Competència.

De l'examen d'aquest dens règim jurídic del procediment de l'article 26, i en vista dels retrets d'inconstitucionalitat i d'estatutarietat formulats pel Govern i genèricament pels diputats del Parlament, hem de destacar el següent: en primer lloc, que l'òrgan destinatari de la reclamació formulada per l'operador econòmic o les seves organitzacions representatives és el dit Consell per a la Unitat de Mercat, que, com hem vist anteriorment, és un òrgan de cooperació administrativa per al seguiment de l'aplicació del contingut de la LGUM (art. 10.1); en segon lloc, que la seva actuació, a través de la Secretaria del Consell, com a òrgan tècnic de coordinació i cooperació (art. 11), al llarg de la tramitació de la reclamació, quant a «punt de contacte» dels quatre supòsits previstos per la llei, es mou entre les funcions relatives a la gestió de la reclamació rebuda, les referents a la informació amb la resta de «punts de contacte», però alhora, també, a través de funcions consultives de caràcter preceptiu i quasi vinculant. I aquest és l'aspecte més rellevant que cal subratllar.

Perquè, en efecte, amb relació a l'iter que ha de seguir la reclamació formulada pels operadors econòmics i les funcions atribuïdes a la dita Secretaria, hem de destacar dos aspectes especialment significatius que incideixen en les competències executives de la Generalitat. Concretament, ens referim, en primer lloc, al primer paràgraf de l'apartat 5 de l'article 26; i, en segon lloc, al segon paràgraf del mateix apartat 5, lletra b. En el primer s'estableix:

«5. La Secretaria ha de revisar les reclamacions per comprovar que es tracta d'una actuació que pugui ser incompatible amb la llibertat d'establiment i circulació, i la pot inadmetre quan no concorren aquest requisits. Una vegada admesa, l'ha de remetre al punt de contacte corresponent a l'autoritat competent afectada [...]»

En el segon, relatiu al decurs que la reclamació ha de seguir entre tots els punts de contacte, es prescriu que:

«[A]ixí mateix, la reclamació s'ha de distribuir entre tots els punts de contacte, que poden remetre a l'autoritat competent afectada, informar-ne la Secretaria del Consell, les aportacions que considerin oportunes en el termini de cinc dies. La Secretaria ha d'elaborar un informe de valoració sobre la reclamació rebuda en un termini de deu dies, que ha de ser tingut en compte per l'autoritat competent a l'hora de decidir. Els informes emesos s'han d'incorporar a l'expedient administratiu.»

Dels preceptes precitats, hem de destacar dues prescripcions d'abast competencial especial: una, que la Secretaria del Consell per a la Unitat de Mercat disposa de plena capacitat de decisió per revisar la reclamació formulada i, en aquest sentit, per admetre-la o inadmetre-la, en funció de si, a parer seu, l'actuació és o no compatible amb la llibertat d'establiment o circulació; segona, que l'informe de valoració sobre la reclamació rebuda ha de ser tingut en compte per l'autoritat competent.

A la primera, la Generalitat, com a autoritat competent en un ampli ventall de competències executives relacionades amb l'activitat econòmica, és ignorada. Mentre que, a la segona, si l'informe de la Secretaria ha de ser tingut en compte per la Generalitat, la seva capacitat de decisió queda notòriament minvada. El parer quasi vinculant que es deriva d'aquest mandat legal, objectivament, suposa una interferència en l'exercici de la competència, que es projecta també sobre les competències executives de què disposa en relació amb les activitats econòmiques.

A causa dels condicionaments previs que acabem de destacar en l'apartat 5 de l'article 26, la funció formalment decididora que l'apartat 6 atribueix a l'autoritat competent i, per tant, a la Generalitat, de resoldre la reclamació formulada resta ja molt atenuada. Aquest precepte estableix el següent:

«6. Transcorreguts quinze dies des de la presentació de la reclamació, el punt de contacte corresponent a l'autoritat competent afectada ha d'informar de la resolució adoptada per aquesta la Secretaria del Consell i la xarxa de punt de contacte, i indicar les mesures que s'hagin adoptat per donar solució a la reclamació.»

Altrament dit, si, d'una banda, la potestat per revisar i valorar la reclamació no la pot fer la Generalitat; i, d'una altra, a més, si l'informe que emet la Secretaria l'ha de tenir en compte, la conclusió lògica és que el marge efectiu de decisió de la Generalitat per resoldre la reclamació resta molt minvat.

En aquest sentit, i des d'una perspectiva general, considerem que aquesta regulació procedimental excedeix amb escreix allò que sobre el procediment administratiu comú estableix l'article 149.1.18 CE, que, segons ha fixat la jurisprudència constitucional, a més d'incloure el procediment administratiu en sentit estricte, també inclou «[...] los principios y normas que

prescriben la forma de elaboración de los actos, los requisitos de validez y eficacia, los modos de revisión y los medios de ejecución de los actos administrativos [...]» (STC 227/1988)» (STC 50/1999, de 6 d'abril, FJ 3).

Ultra això, i ja des d'un pla més específic, interpretem que no pot ser cap altra la conclusió si, com acabem de constatar, l'Administració de la Generalitat no disposa —per si mateixa—, com a titular de la competència executiva, de la potestat per revisar la reclamació presentada per l'operador econòmic, a fi de comprovar si es tracta d'una actuació que pugui ser incompatible amb la llibertat d'establiment o circulació. Ans al contrari, perquè qui la fa és un òrgan estatal, que és la Secretaria del Consell de la Unitat de Mercat. Amb aquest antecedent, i per bé que després li correspongui resoldre la reclamació de forma expressa o per silenci administratiu (art. 26.6), el fet que, per a fer-ho, la Generalitat forçosament hagi, a més, de «tenir en compte» un informe elaborat per la dita Secretaria, sobre la valoració de la reclamació rebuda, que en cap cas no ha pogut revisar, fa que en gran part la resolució li vingui predeterminada.

Aquesta interferència promoguda per la LGUM contrasta amb el principi d'autonomia política que reconeix l'article 2 de la Constitució, que impedeix l'existència de controls genèrics, que impliquin una dependència jeràrquica de les comunitats autònomes respecte de l'Administració de l'Estat. Així, com ja va declarar el Tribunal Constitucional en una de les seves primeres sentències que «[...] no se ajusta al principio de autonomía la previsión de controles genéricos e indeterminados, que impliquen dependencia jerárquica de las Comunidades Autónomas, respecto a la Administración del Estado» (STC 6/982, de 22 de febrer, FJ 7).

Així mateix, el grau d'intervenció administrativa sobre les disposicions i actes de la Generalitat, com el que permeten realitzar els preceptes de la LGUM que acabem d'examinar, afecta directament el principi d'autotutela administrativa que li correspon exercir. En tant que prerrogativa de l'Administració pública, d'acord amb aquest principi, no és permès que una altra administració intervingui en el seu àmbit competencial de decisió ni tampoc li cal accedir als tribunals de justícia perquè les seves decisions siguin obligatòries, sinó que hauran de ser els destinataris de les seves disposicions i actes els que ho hagin de fer. A més, en cas de resistència a acomplir una decisió administrativa, en tant que administració pública, la Generalitat tampoc necessita la intervenció dels tribunals per imposar-la coactivament, sinó que ho pot fer a través dels seus propis mitjans coactius o de l'execució forçosa.

Per tant, d'acord amb els arguments que hem exposat, el primer paràgraf de l'apartat 5 de l'article 26, així com el segon paràgraf del mateix apartat 5, lletra b, no troben empara en l'article 149.1.13 i .18 CE i vulnereixen les competències relacionades amb activitats eco-

nòmiques reconegudes al capítol II del títol IV EAC, així com l'article 115.1 EAC, relatiu a l'abast territorial i els efectes d'aquestes competències.

B) Pertoca ara examinar els articles 27 i 28 i la disposició final primera. Atès el seu contingut unitari i d'acord també amb la literalitat de les sol·licituds formulades pel Govern i els diputats del Parlament, ho farem de forma conjunta.

El contingut d'aquests preceptes ha estat descrit sumàriament en el fonament jurídic primer, així com els arguments del Govern i dels diputats del Parlament exposats en les seves respectives sol·licituds.

L'habilitació competencial a la qual s'acull l'Estat, entenem que, més enllà de la incidència transversal de l'article 149.1.13 CE, en aquest cas també es fonamenta en la competència de l'article 149.1.6 CE relativa a «legislació processal». Sobre aquest particular, el cànon fixat per la jurisprudència constitucional estableix que, d'acord amb aquest títol competencial, correspon a l'Estat: salvaguardar la uniformitat dels instruments jurisdiccionals (STC 135/2006, de 27 d'abril), mentre que les comunitats autònomes solament poden introduir aquelles innovacions processals que requereixi la seva connexió amb el dret substantiu autonòmic (STC 243/2004, de 16 de desembre, i 135/2006). En el cas que ens ocupa, no hi ha cap dubte que l'Estat disposa de la competència per dur a terme la modificació de la LJCA prescrita a la disposició final primera i amb què es relaciona l'article 27, que atribueix la legitimació processal activa a la Comissió Nacional dels Mercats i la Competència (en endavant, CNMC), per interposar un recurs contenciós administratiu davant de qualsevol disposició de caràcter general, acte, actuació, inactivitat o via de fet que es consideri contrària a la llibertat d'establiment o de circulació.

D'acord amb el contingut de les sol·licituds formulades, centrarem la nostra atenció específicament en l'article 27 i la seva relació amb el que prescriu l'article 127 quater de la LJCA, que resulta de la nova redacció donada per la modificació de l'esmentada llei processal que estableix l'apartat tres de la disposició final primera, pel qual s'afegeix un nou capítol IV al títol V LJCA. Es tracta d'un nou procediment judicial per a la garantia de la unitat de mercat, en què es pot apreciar la voluntat del legislador de prioritzar la resolució dels conflictes derivats de l'aplicació del principi de la unitat de mercat, respecte d'altres qüestions subjectes a la jurisdicció contenciosa administrativa, especialment per l'establiment de terminis molt curts i el caràcter preferent que explícitament s'atribueix a la tramitació.

Quant a l'esmentat article 127 quater LJCA, destaquem específicament el que preveuen els dos primers apartats en relació amb la mesura cautelar de la suspensió i els seus efectes:

«1. La Comissió Nacional dels Mercats i la Competència pot sol·licitar en el seu escrit d'interposició la sus-

pensió de la disposició, actes o la resolució impugnats, així com qualsevol altra mesura cautelar que asseguri l'efectivitat de la sentència.

2. Sol·licitada la suspensió de la disposició, actes o la resolució impugnats, aquesta s'ha de produir de manera automàtica, una vegada admès el recurs i sense exigència de fiançament dels possibles perjudicis de qualsevol naturalesa que se'n puguin derivar. L'administració l'actuació de la qual s'hagi de recorregut pot sol·licitar l'aixecament de la suspensió en el termini de tres mesos des de la seva adopció sempre que acrediti que del seu manteniment es pugui seguir una pertorbació greu dels interessos generals o de tercer que el tribunal ha de ponderar en forma circumstanciada.»

La CNMC, creada per la Llei 3/2013, de 4 de juny, és un organisme públic dels previstos en la disposició addicional desena de la Llei 6/1997, de 14 d'abril, d'organització i funcionament de l'Administració general de l'Estat (art. 1). Es tracta, per tant, d'un ens estatal que, com a tal, està dotat de personalitat jurídica pròpia i plena capacitat pública i privada, i que exerceix les seves funcions amb autonomia orgànica i funcional (art. 2.1 LCMC). Així mateix, i com ja hem vist, la CNMC disposa de legitimació per a la interposició de recurs contenciós administratiu davant de qualsevol disposició de caràcter general, acte, actuació, inactivitat o via de fet que es consideri contrària a la llibertat d'establiment o de circulació procedent de qualsevol autoritat competent (art. 27.1 LGUM). Per tant, en principi, la seva actuació es pot projectar sobre qualsevulla administració pública. No obstant això, als efectes d'aquest Dictamen, cal subratllar que la Generalitat i els ens locals, en tant que autoritats competents, queden a expenses de l'aplicació d'una mesura cautelar que pot comportar una especial incidència sobre l'exercici efectiu de llurs competències respectives.

Perquè, d'aquesta manera, el privilegi processal que li reconeix l'article 127 quater LJCA, consistent a atribuir efecte suspensiu immediat a la impugnació de les disposicions i actes de les comunitats autònomes i, específicament, de la Generalitat, suposa la configuració d'un contundent instrument processal que temporalment li impedeix continuar exercint les seves competències relacionades amb activitats econòmiques, si més no fins que cautelarment l'òrgan judicial decideixi aixecar la suspensió o, si escau, fins que resolgui de forma definitiva.

En vista d'aquesta modificació de la LJCA operada per la disposició final primera LGUM, dues són les qüestions que es plantegen i a les quals hem de donar resposta. La primera és de caràcter processal, mentre que la segona, necessàriament, ha de concernir els efectes competencials que es puguin derivar de l'anterior.

Pel que fa a la primera, ja hem vist que, d'acord amb l'enquadrament competencial abans descrit (art. 149.1.6 CE) i el cànon interpretatiu que es deriva de

la jurisprudència constitucional (STC 243/2004 i 135/2006), l'atribució a l'Estat de la competència exclusiva sobre legislació processal respon a la necessitat de salvaguardar la uniformitat dels instruments jurisdiccionals.

El nou procediment per a la garantia de la unitat de mercat incorporat pel capítol IV LJCA introdueix al precitat article 127 quater l'instrument processal de la impugnació suspensiva amb efectes automàtics, promogut a instància d'una persona jurídica pública, que és la precitada CNMC. Quant a aquest tema, primer de tot ens hem de pronunciar sobre la legitimitat del legislador per atribuir a un ens de l'Estat aquest instrument processal.

Amb aquesta finalitat, hem de subratllar el que la jurisprudència constitucional ha interpretat sobre el dret d'accés a la jurisdicció de les persones jurídiques públiques en defensa dels interessos generals. I, en aquest sentit, ha afirmat que:

«[C]orresponde a la Ley procesal determinar [...], los casos en que las personas públicas disponen de acciones procesales para la defensa del interés general que les está encomendado.» (STC 175/ 2001, de 14 d'agost, F J 8)

Atenent a la competència de l'Estat en matèria de legislació processal *ex* article 149.1.6 CE, no hi ha cap impediment constitucional perquè el legislador pugui introduir un procediment contenciós administratiu específic per garantir la unitat de mercat com el que preveu el nou capítol IV LJCA. Altrament dit, legislar sobre això forma part de les competències de l'Estat. Però un tema diferent són els efectes que aquest instrument processal pugui arribar a produir en l'àmbit competencial; un aspecte que forma part de la segona qüestió que examinarem més endavant.

Dit això, cal fer notar que els termes amb què aquest procediment especial ha estat incorporat al dret positiu no hi ha dubte que atribueixen una privilegiada posició a la CNMC com a ens estatal legitimat per interposar el recurs contenciós administratiu. Perquè, en efecte, a través de la seva decisió de presentar el recurs i un cop aquest hagi estat admès, les disposicions generals, els actes o les resolucions impugnades de qualsevol autoritat competent, ja siguin de l'Estat, de les comunitats autònomes o dels ens locals, quedaran automàticament suspesos. I, a més, l'aplicació de la mesura cautelar de la suspensió no comportarà l'exigència de la contracautela de la fiança.

Sobre la posició atribuïda a la CNMC, el Govern de la Generalitat dubta del seu encaix constitucional i afirma que, com a organisme de control sobre les disposicions de caràcter general, no està previst entre els reconeguts a l'article 153 CE. Doncs bé, sobre aquest particular hem de precisar que la funció atribuïda a la CNMC per la LGUM (art. 27) és la d'instar el control per part de la jurisdicció contenciosa administrati-

va, però no la d'exercir-lo directament. I, així mateix, cal fer avinent que el Tribunal Constitucional no és l'únic òrgan jurisdiccional amb potestat per suspendre disposicions normatives i actes de les comunitats autònomes, perquè també els òrgans contenciosos administratius gaudeixen de la potestat de suspendre la disposició reglamentaria o l'acte dictat per una comunitat autònoma (art. 153.c CE i 129 i seg. LJCA).

Si tornem a aquest tractament processal favorable atribuït per la LGUM a la CNMC, ens cal remarcar, a mode de contrast, que quan es tracta de la impugnació de disposicions i actes de les comunitats autònomes davant el Tribunal Constitucional (art. 161.2 CE i 76 i 77 LOTC), l'únic òrgan legitimat per fer-ho és el Govern de l'Estat, i, a més, d'acord amb l'article 22.6 de la Llei orgànica 3/1980, de 22 d'abril, del Consell d'Estat (en endavant LOCE), en la redacció donada per la modificació continguda a la Llei orgànica 3/2004, de 28 de desembre, estableix que la Comissió Permanent del Consell d'Estat haurà de ser consultada amb caràcter previ a la interposició del recurs. Mentre que, per contra, en el cas del nou procediment contenciós administratiu establert per la LGUM, l'únic organisme legitimat és la CNMC, tot i que l'objecte de la impugnació sigui el mateix que el previst en el procediment constitucional de l'article 161.2 CE.

A més, no acaba aquí el tractament favorable que la LGUM atorga a la legitimació processal per impugnar disposicions i resolucions autonòmiques. Concretament, a tot el que fins ara hem fet notar, cal afegir-hi, com apuntàvem abans, l'exclusió de l'exigència de fiançament per presentar el recurs (art. 27.2). Sobre la rellevància processal de la fiança com una mena de contracautela, cal posar en relleu que, mentre que la mesura cautelar serveix per prevenir els danys que es podrien derivar del retard en la resolució del procediment, i amb aquesta finalitat, i en virtut de la urgència, sacrifica les exigències de la justícia a les que deriven de la celeritat, la fiança acompanya la mesura cautelar per assegurar el rescabament dels danys que podrien ser causats per l'excessiva celeritat de la mesura cautelar. Doncs bé, aquest equilibri processal és plenament ignorat per la LGUM, raó per la qual es pot afirmar sense cap dubte que aquest és un factor addicional que avala el privilegi processal del qual la CNMC és beneficiària.

Això dit, entenem, tanmateix, que les prescripcions processals dels apartats 1 i 2 del nou article 127 quater LJCA formen part de la competència del legislador estatal per determinar els casos en què les persones jurídiques públiques disposen d'accions processals per dur a terme la defensa de l'interès que els ha estat encomanat. I, en conseqüència, des de la perspectiva processal no observem cap tatxa d'inconstitucionalitat.

Ara bé, la conclusió no pot ser la mateixa si, com ara ens correspon fer, abordem el tema des de la perspec-

tiva competencial. La qual cosa ens porta a examinar, tal com hem anunciat abans, els efectes competencials que es poden derivar de les modificacions processals operades en la LJCA, amb la incorporació del nou procediment especial per garantir la unitat de mercat.

En efecte, la constatada posició de privilegi processal que la LGUM atribueix a la CNMC, per disposar d'un ràpid i àgil instrument per activar l'acció de la jurisdicció contenciosa administrativa, permet que actuï sobre un ampli ventall d'àmbits materials de competències de la Generalitat. De fet, ho podrà fer sobre totes les vinculades a l'activitat econòmica i respecte de les quals es prenguin decisions en forma de disposicions generals, actes o resolucions per part d'òrgans de l'Administració autonòmica, sempre que consideri que siguin contraris a la llibertat d'establiment o de circulació.

És a dir, la favorable posició processal que la LGUM atorga a la CNMC, si bé no habilita per considerar que en si mateixa produeix una infracció competencial directa i explícita, sí que permet afirmar que la vulneració competencial es produeix per menyscabament. En especial, per la posició d'asimetria processal en la qual queda l'Administració de la Generalitat en un procediment de control de legalitat com és el que ja ha creat la LGUM, que no solament afecta els actes administratius sinó també les seves pròpies disposicions generals.

En aquest sentit, també hem de constatar que el legislador atribueix un efecte suspensiu amb caràcter automàtic al recurs presentat per la CNMC, contra disposicions generals, actes i resolucions de les comunitats autònomes i altres administracions públiques, que resulta excepcional en l'ordenament. En efecte, i cal reiterar-ho, aquesta previsió processal de forma excepcional s'atribueix al Govern *ex* article 161.2 CE davant del Tribunal Constitucional. També, amb caràcter excepcional, en l'àmbit de la legislació de règim local, l'article 66 de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases de règim local, preveu la suspensió dels actes i acords de les entitats locals que menyscabin les competències de l'Estat o de les comunitats autònomes o interfereixin llur exercici, a sollicitud de l'ens demanant raonada en la preservació de l'interès general o comunitari, que l'òrgan judicial acordarà, si considera la sollicitud «fundada», en el primer tràmit subsegüent a la presentació de la impugnació. Doncs bé, en aquest cas, la LGUM no solament atribueix aquesta potestat a un organisme públic estatal, sinó que també ho fa en uns termes que permeten un ús ordinari, a més de limitar la capacitat de l'òrgan judicial d'avaluar la procedència d'una mesura cautelar tan contundent.

Per bé que aquesta posició avantatjosa que la LGUM proporciona a la CNMC s'encabeixi –com ja hem dit– en la competència de l'Estat *ex* article 149.1.6 CE, aquesta no pot arribar a conduir a una regulació abusiva de tal manera que menystingui la posició de les

parts davant la jurisdicció. Fins al punt, àdhuc, de provocar una situació d'indefensió de l'autoritat competent sobre la matèria, en aquest cas la Generalitat. I aquesta és la conseqüència a la qual condueixen els apartats 1 i 2 de l'article 127 quater LJCA, en la redacció donada per la modificació operada per la LGUM.

Sobre aquest darrer aspecte, hem de dir que, en la mesura que el dret de totes les persones a la tutela judicial comporta que en cap cas «pugui haver-hi indefensió» (art. 24.1 CE), escau recordar que, sobre la posició de l'Administració pública en l'àmbit jurisdiccional i específicament en relació amb el dret a la tutela judicial (art. 24 CE), el Tribunal Constitucional ha interpretat que:

«[E]l derecho a la tutela judicial efectiva, como derecho fundamental protege, antes que nada, a los individuos frente al poder. [...] ya en la sentencia 14/1988, de 12 de abril, FJ 1, declaró este Tribunal que “no se puede efectuar una íntegra traslación a las personas jurídicas públicas de Derecho público de las doctrinas jurisprudenciales elaboradas en desarrollo del citado derecho fundamental en contemplación directa de derechos fundamentales de los ciudadanos.» (STC 175/2001, FJ 4)

Dit això, el Tribunal, en la mateixa resolució, precisà que: «[...] sólo excepcionalmente –y en ámbitos procesales muy delimitados– podemos admitir que las personas públicas disfrutan del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)» (FJ 8). I afegeix que: «[T]ambién, como excepción, las personas públicas están amparadas por el derecho a no sufrir indefensión en el proceso (art. 24.1 CE)» (FJ 8).

Per tant, interpretem que, amb la dita asimetria processal en els processos judicials en els quals es dilucidi la garantia de la unitat de mercat, el legislador estatal col·loca l'administració de l'autoritat competent en una posició especialment subordinada davant la CNMC. Una posició que, indirectament, incideix sobre l'autonomia política de la Generalitat i l'exercici de les seves competències relacionades amb les activitats econòmiques.

En aquest sentit, i tal com vàrem dir en el nostre DCGE 12/2012, de 22 d'agost (FJ 5), quant a la invasió competencial per menyscabament de les competències autonòmiques, la STC 104/1998, de 8 de juny, seguint la STC 49/1984, de 5 d'abril, ja afirmava que:

«[...] es posible plantear para garantizar el ámbito propio de autonomía, supuestos de lesión por simple menoscabo, no por invasión de competencias ajenas, de modo que no resulta indispensable que el ente que plantea el conflicto recabe para sí la competencia ejercida por otro sino tan sólo que la actuación del otro afecte a su propio ámbito de autonomía “condicionando o configurando de forma que juzgan inadecuadas las competencias que en virtud de esa autonomía ostentan.» (FJ 1)

La mesura cautelar de la suspensió automàtica de la disposició, resolució o acte de la Generalitat després de l'admissió del recurs plantejat per la CNMC comporta l'impediment, si més no temporal, de l'exercici ple de la competència, i també barra el pas perquè l'òrgan jurisdiccional competent en el moment de la presentació del recurs per part de la CNMC pugui ponderar la concurrència de tots els elements de dret i de fet que hi puguin incidir, sobretot si es tracta d'una disposició de caràcter general. I, a més, sense la possibilitat d'obtenir un rescabament per l'eventual dany que hagi pogut patir, per la no-exigència de fiançament al recurrent. En aquest sentit, l'actuació de l'Estat a través de l'exercici de les seves competències en matèria processal, que com a tals no són qüestionades, objectivament, produeix un condicionament sobre l'exercici efectiu de les competències estatutàries i, al capdavant, de l'autonomia política.

En conseqüència, i d'acord amb els arguments exposats, l'article 27 LGUM en relació amb els apartats 1 i 2 de l'article 127 quater LJCA, resultant de la modificació realitzada per la disposició final primera LGUM, vulnera per menyscabament les competències relacionades amb activitats econòmiques reconegudes al capítol II del títol IV de l'Estatut.

Per contra, un cop examinat el contingut de l'article 28, no observem motius de vulneració del bloc de la constitucionalitat.

3. Passem tot seguit a examinar la disposició final tercera LGUM, per la qual es modifica la Llei 12/2012, de 26 de desembre, de mesures urgents de liberalització del comerç i de determinats serveis. El seu apartat u ha reformat l'apartat 1 de l'article 2 (àmbit d'aplicació), que ara ha quedat redactat de la manera següent:

«1. Les disposicions que conté el títol I d'aquesta llei s'han d'aplicar a les activitats comercials al detall i a la prestació de determinats serveis previstos a l'annex d'aquesta llei, efectuats a través d'establiments permanents, situats en qualsevol part del territori nacional, i amb superfície útil d'exposició i venda al públic que no sigui superior a 750 metres quadrats.»

Així mateix, el seu apartat dos reforma la disposició final desena de la Llei esmentada, quant a l'ampliació per part de les comunitats autònomes del llindar de superfície, del catàleg d'activitats i d'altres supòsits d'inexistència de llicències.

La qüestió essencial sobre la qual hem de parar atenció és la relativa a l'ampliació, ara a 750 metres quadrats, de les activitats comercials al detall, i a les prestacions de determinats serveis previstos a l'annex de la precitada Llei 12/2012.

A fi d'examinar la incidència que sobre les competències de la Generalitat suposa la introducció del nou límit de 750 metres quadrats de la superfície comercial, establert en el procés de liberalització del comerç i de

determinats serveis, ens limitarem ara a reproduir allò que recentment fou el nostre parer, emès amb motiu del DCGE 20/2013, de 19 de desembre, sobre la Proposició de Llei del Parlament de Catalunya, d'horaris comercials i determinades activitats de promoció.

En efecte, amb ocasió d'aquest parer consultiu, vàrem examinar el que llavors podia suposar per a les competències autonòmiques l'ampliació a 300 metres quadrats, un límit que havia estat establert amb caràcter de norma bàsica al Reial decret llei 20/2012, de 22 d'agost, de mesures per garantir l'estabilitat pressupostària i de foment de la competitivitat:

«[...] l'ampliació a 300 m² significa l'afectació de quasi la totalitat del comerç, cosa que deixa un marge d'actuació a la Generalitat irrisori en aquest aspecte, ja que disposarien de llibertat horària el 90% dels establiments comercials detallistes (p. 13), per la qual cosa hem de concloure, com també ho feu el Consell Consultiu en dos supòsits semblants (DCC núm. 219, de 14 de juliol de 2000, F IV.4.E, i DCC núm. 267, de 7 de febrer de 2005, F V.4), que a aquesta prescripció no se li pot atribuir el caràcter de base, no perquè formalment i aparent no doni marge al legislador autonòmic (marca un llindar màxim de superfície), sinó perquè materialment no permet desenvolupar una política pròpia i singularitzada en matèria d'horaris comercials (art. 121.1.c EAC), ja que la pretesa base afecta quasi la totalitat de comerços detallistes. Ara bé, mentre el Tribunal Constitucional no s'hi pronuncii expressament, caldria que el legislador català, en el preàmbul de la Proposició, aportés les raons que justifiquen separar-se d'una norma declarada bàsica.» (FJ 3.4)

En coherència amb el que llavors vàrem dir, aquests arguments ara s'han de mantenir una vegada més. En conseqüència, per les raons exposades, considerem que l'apartat u i, també, per connexió, l'apartat dos de la disposició final tercera no troben empara en l'article 149.1.3 CE i vulnereu les competències de la Generalitat relatives a comerç de l'article 121 EAC.

4. Finalment, examinem la disposició final quarta, relativa a la fixació dels títols competencials.

Pel que fa a això, també en aquest cas ens remetem al que vàrem interpretar, d'acord amb la nostra doctrina, en el DCGE 17/2012, de 20 de desembre (FJ 3.6), acollint el criteri de la jurisprudència constitucional:

«El Tribunal Constitucional ha declarat que les impugnacions de les disposicions que qualifiquen determinats preceptes d'una norma estatal com a bàsics tenen el caràcter de «sistemàtiques» i, per tant, s'han de resoldre en el mateix sentit que les impugnacions referides als preceptes substantius (STC 206/2001, de 22 d'octubre, FJ 29).»

En conseqüència, el parer d'inconstitucionalitat i d'antiestatutarietat que hem emès sobre el contingut de de-

terminats preceptes de la LGUM, esmentats al llarg d'aquest Dictamen, s'estén també a la disposició final quarta.

Atesos els raonaments continguts en els fonaments jurídics precedents, formulem les següents

CONCLUSIONS

PRIMERA. L'apartat segon de l'article 14, i per connexió l'apartat segon de l'article 23 LGUM, de la Llei 20/2013, de 9 de desembre, de garantia de la unitat del mercat, vulneren la potestat reglamentària del Govern de la Generalitat reconeguda en l'article 68.1 EAC, pel que fa a les competències relacionades amb activitats econòmiques reconegudes al capítol II del títol IV EAC.

Adoptada per majoria.

SEGONA. Els articles 16, 17 i 18, i per connexió l'article 5 i la disposició final segona, de la Llei 20/2013, de 9 de desembre, vulneren les competències de la Generalitat relacionades amb activitats econòmiques reconegudes en el capítol II del títol IV EAC.

Adoptada per unanimitat.

TERCERA. Els articles 19 i 20, i per connexió la disposició addicional desena, i així mateix, l'apartat 5 de l'article 26 de la Llei 20/2013, de 9 de desembre, vulneren les competències relacionades amb activitats econòmiques reconegudes al capítol II del títol IV EAC, així com l'article 115.1 EAC, relatiu a l'abast territorial i els efectes d'aquestes competències.

Adoptada per unanimitat.

QUARTA. L'article 27 de la Llei 20/2013, de 9 de desembre, en relació amb la disposició final primera que afegeix els apartats 1 i 2 de l'article 127 quater de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa, vulneren les competències relacionades amb activitats econòmiques reconegudes al capítol II del títol IV EAC.

Adoptada per unanimitat.

CINQUENA. L'apartat u i, per connexió, l'apartat dos de la disposició final tercera de la Llei 20/2013, de 9 de desembre, que donen nova redacció a l'article 2 i a la disposició final desena de la Llei 12/2012, de 26 de desembre, de mesures urgents de liberalització del comerç i de determinats serveis, vulneren les competències de la Generalitat relatives a comerç de l'article 121 EAC.

Adoptada per unanimitat.

SISENA. La disposició final quarta de la Llei 20/2013, de 9 de desembre, és contrària a la Constitució i a l'Es-

tatut en la mesura que declara bàsic els preceptes citats en les conclusions anteriors.

Adoptada per unanimitat.

SETENA. La resta de preceptes examinats de la Llei 20/2013, de 9 de desembre, no són contraris a la Constitució ni a l'Estatut.

Adoptada per unanimitat.

Aquest és el nostre Dictamen, que pronunciem, emetem i signem al Palau Centelles en la data indicada a l'encapçalament.

Àlex Bas Vilafranca, conseller secretari del Consell de Garanties Estatutàries,

CERTIFICO que el present exemplar és còpia autèntica de l'original, el qual és a l'arxiu al meu càrrec.

Barcelona, 14 de febrer de 2014

El conseller secretari
Àlex Bas Vilafranca

Vist i plau
El president
Joan Egea Fernández

— **Procediment per a la interposició d'un recurs d'inconstitucionalitat contra la Llei orgànica 8/2013, del 9 de desembre, per a la millora de la qualitat educativa**

Tram. 212-00003/10 i 212-00005/10

Dictamen del Consell de Garanties Estatutàries
Reg. 55441 / Coneixement: Mesa
del Parlament, 18.02.2014

A LA PRESIDENTA DEL PARLAMENT

Senyora,

D'acord amb l'article 22.1 de la Llei 2/2009, de 12 de febrer, del Consell de Garanties Estatutàries, us trameto, adjunta, còpia del Dictamen 4/2014, d'aquest Consell, emès el 12 de febrer de 2014, sobre la Llei orgànica 8/2013, de 9 de desembre, per a la millora de la qualitat educativa.

Així mateix, us trameto la certificació, en llengua castellana, que el Consell ha emès el dictamen, als efectes que corresponguin.

Ben cordialment,

Barcelona, 14 de febrer de 2014

Joan Egea Fernández
President del Consell de Garanties Estatutàries

DICTAMEN 4/2014, DE 12 DE FEBRER, SOBRE LA LLEI ORGÀNICA 8/2013, DE 9 DE DESEMBRE, PER A LA MILLORA DE LA QUALITAT EDUCATIVA

El Consell de Garanties Estatutàries, amb l'assistència del president Joan Egea Fernández, del vicepresident Pere Jover Presa, dels consellers Eliseo Aja, Marc Carrillo i Jaume Vernet Llobet, del conseller secretari Àlex Bas Vilafranca, i dels consellers Francesc de Paula Caminal Badia, Joan Ridaó Martín i Carles Jaume Fernández, ha acordat emetre el següent

DICTAMEN

Sol·licitat per més d'una desena part dels diputats del Parlament de Catalunya, sobre la Llei orgànica 8/2013, de 9 de desembre, per a la millora de la qualitat educativa (BOE núm. 295, de 10 de desembre de 2013).

ANTECEDENTS

1. El dia 14 de gener de 2014 va tenir entrada en el Registre del Consell de Garanties Estatutàries un escrit de la presidenta del Parlament de Catalunya (Reg. núm. 3766) en què es comunicava al Consell l'acord de la Mesa del Parlament, del dia 13 de gener, en el qual, segons el que preveuen els articles 16.2.a i 23.f de la Llei 2/2009, de 12 de febrer, del Consell de Garanties Estatutàries, es va admetre a tràmit la sol·licitud de dictamen presentada el 10 de gener de 2014 per més d'una desena part dels diputats, del Grup parlamentari d'Esquerra Republicana de Catalunya, en relació amb l'adequació a l'Estatut d'autonomia i a la Constitució de la Llei orgànica 8/2013, de 9 de desembre, per a la millora de la qualitat educativa.

L'òrgan sol·licitant demana d'aquest Consell el dictamen, atès el seu caràcter preceptiu segons l'article 76.3 EAC, per al cas que s'acordés interposar un recurs d'inconstitucionalitat.

2. El Consell de Garanties Estatutàries, en la sessió del dia 15 de gener de 2014, després d'examinar la legitimitat i el contingut de la sol·licitud, la va admetre a tràmit i es va declarar competent per emetre el dictamen corresponent, d'acord amb l'article 24.2 de la seva Llei reguladora. Se'n va designar ponent el conseller senyor Eliseo Aja.

D'acord amb l'article 33 del Reglament d'organització i funcionament, el senyor Eliseo Aja sol·licita el canvi de ponent per a l'elaboració dels fonaments jurídics quart i cinquè, com a conseqüència de la posició minoritària del text de la seva ponència. El Ple, a proposta del president, acorda designar ponent el conseller secretari, senyor Àlex Bas Vilafranca, per a la redacció del fonament jurídic quart («L'ensenyament de la religió en l'itinerari educatiu»), i també designar ponència conjunta de la majoria per a l'elaboració del fonament jurídic cinquè («L'ensenyament diferenciat per raó de gènere»).

3. En la mateixa sessió, en aplicació de l'article 25, apartats 4 i 5, de la seva Llei reguladora, va acordar adreçar-se als sol·licitants, al Parlament, a tots els grups parlamentaris i també al Govern, a fi de sol·licitar-los la informació i la documentació complementàries de què disposessin sobre la norma sotmesa a dictamen.

4. En data 30 de gener de 2014 va tenir entrada en el Registre del Consell de Garanties Estatutàries un escrit de la presidenta del Parlament de Catalunya (Reg. núm. 3802) en què es comunicava al Consell l'acord de la Mesa del Parlament, del dia 28 de gener, en el qual, segons el que preveuen els articles 16.2.a i 23.f de la Llei 2/2009, de 12 de febrer, del Consell de Garanties Estatutàries, es va admetre a tràmit la sol·licitud de dictamen presentada el 22 de gener de 2014 per més d'una desena part dels diputats, del Grup parlamentari Socialista, en relació amb l'adequació a l'Estatut d'autonomia i a la Constitució de la Llei orgànica 8/2013, de 9 de desembre, per a la millora de la qualitat educativa.

La sol·licitud demana d'aquest Consell el dictamen, atès el seu caràcter preceptiu segons l'article 76.3 EAC, per al cas que s'acordés interposar un recurs d'inconstitucionalitat.

5. El Consell de Garanties Estatutàries, en la sessió del dia 31 de gener de 2014, després d'examinar la legitimitat i el contingut de la sol·licitud de dictamen, la va admetre a tràmit i es va declarar competent per emetre el dictamen corresponent.

6. En la mateixa sessió del dia 31 de gener de 2014, segons el que estableixen els articles 19.2 de la Llei 2/2009, de 12 de febrer, del Consell de Garanties Estatutàries, i 31 del Reglament d'organització i funcionament del Consell, i en vista que ambdues sol·licituds tenen objectes connexos que justifiquen la unitat de tramitació i decisió, ja que recauen sobre la mateixa norma legal i coincideixen substancialment les disposicions qüestionades, es va acordar obrir el tràmit d'audiència perquè els sol·licitants formulessin les al·legacions que consideressin oportunes sobre la possibilitat d'acumulació, per part del Consell, dels dos dictàmens.

7. En la sessió de 6 de febrer de 2014, un cop transcorregut el termini per dur a terme el tràmit d'audiència, el Consell va acordar acumular la sol·licitud presentada pel Parlament de Catalunya, d'una desena part dels diputats, del Grup parlamentari Socialista, a la presentada pel Parlament de Catalunya, d'una desena part dels diputats, del Grup parlamentari d'Esquerra Republicana de Catalunya. En data 11 de febrer de 2014 es va rebre l'acceptació per part del Grup parlamentari d'Esquerra Republicana de Catalunya a aquesta acumulació.

8. Finalment, després de les corresponents sessions de deliberació, es va fixar com a data per a la votació i per a l'aprovació del Dictamen el dia 12 de febre de 2014.

FONAMENTS JURÍDICS

Primer. L'objecte del Dictamen

1. D'acord amb els antecedents, més d'una desena part dels diputats, del Grup parlamentari d'Esquerra Republicana de Catalunya i del Grup parlamentari Socialista del Parlament de Catalunya, presenten al Consell dues sol·licituds de dictamen, que s'han acumulat perquè tenen objectes connexos, que justifiquen la unitat de tramitació i de decisió. Les esmentades peticions tenen caràcter preceptiu i previ a la interposició de recurs d'inconstitucionalitat per part del Parlament (art. 16.2.a, 23.f i 30 LCGE), sobre la Llei orgànica 8/2013, de 9 de desembre, per a la millora de la qualitat educativa (en endavant, LOMCE).

Aquesta Llei orgànica també ha estat objecte d'una altra petició de dictamen presentada pel Govern de la Generalitat amb anterioritat a les que ara ens ocupen, que, com veurem més endavant amb més detall, coincideix parcialment en els preceptes ara sol·licitats (DCGE 3/2014, de 28 de gener). D'acord amb això, ens remetem, d'entrada, a l'exposició que s'ha fet en el fonament jurídic primer de l'esmentat Dictamen del context normatiu en el qual s'insereix la LOMCE, així com de les principals novetats que aquesta norma introdueix en el sistema educatiu.

Dit això, cal que analitzem el contingut i l'estructura de les sol·licituds dels diputats del Parlament, a fi d'assenyalar els preceptes que els ofereixen dubtes de constitucionalitat i d'estatutarietat, juntament amb la motivació que els fonamenta i, tot seguit, identificarem els que poden plantejar noves qüestions que no han estat tractades en el Dictamen demanat pel Govern sobre la mateixa Llei, o ho han estat des d'una perspectiva diferent. Abans, però, hem de recordar que, com hem dit en el Dictamen prèviament emès, la LOMCE s'estructura en un únic article que engloba un amplíssim nombre d'apartats que, en la seva gran part, modifiquen preceptes de la Llei orgànica 2/2006, de 3 de maig, d'educació (en endavant, LOE). D'aquesta manera, per a una lectura i comprensió del text més fàcil, la forma com habitualment ens referirem als preceptes objecte d'examen es correspon amb la numeració que tenen a la LOE.

2. La primera sol·licitud, dels diputats del Grup parlamentari d'Esquerra Republicana de Catalunya, s'estructura en cinc apartats, que es corresponen amb diferents tipus de dubtes plantejats.

A) En el primer es diu que vulneren la distribució competencial prevista a la Constitució espanyola i l'Estatut d'autonomia i, en concret, les competències en educació de la Generalitat previstes a l'article 131 EAC, els articles i disposicions de la LOE següents: 2 bis.3, 6 bis, 21.2, 29.1 i .4, 36 bis.1 i .3, 38.1 i .2, 41.2.d, 41.3.b, 43.1, 62.1, 64.2, 111 bis.3 i .6, 119, 120.3, 127, 142.1 i .2, 143, 144.1 (segon paràgraf), 147.2, disposicions addicionals trenta-quatre i trenta-sisena, dispo-

sició transitòria primera, i disposicions finals cinquena, setena i setena bis, i també les disposicions finals segona i cinquena de la mateixa LOMCE.

Quant als motius allegats per fonamentar els dubtes que susciten aquests preceptes, l'escrit només diferencia l'article 2 bis.3, que entén que «regula òrgans de participació de la comunitat educativa en la programació de l'ensenyament de tot l'Estat, i vulnera així l'article 131.2.a EAC, que estableix la regulació d'aquests òrgans com a competència de la Generalitat, en el seu territori».

Pel que fa a la resta de preceptes, els tracta tots conjuntament i, després d'enunciar sintèticament i descriptiva la matèria que regulen, considera que vulneren les competències de la Generalitat en: «A) la programació de l'ensenyament, la seva definició i l'avaluació general del sistema educatiu; B) l'ordenació del sector de l'ensenyament i de l'activitat docent i educativa; C) l'establiment dels plans d'estudi corresponents, incloent-hi l'ordenació curricular; E) l'accés a l'educació i l'establiment i la regulació dels criteris d'admissió».

A aquesta enumeració de competències estatutàries s'afegeix només l'argument que la «Llei reserva al Govern de l'Estat la competència exclusiva en les assignatures troncales i específiques i deixa com a competència compartida un nombre residual d'assignatures», i que les «Administracions educatives només poden completar l'horari i els continguts, però no els criteris d'avaluació corresponents a la part que amplii».

B) El segon es refereix a la vulneració de drets lingüístics i de competències de la Generalitat en matèria lingüística, i sota aquesta rúbrica general planteja diferents qüestions. Un primer grup es refereix a la «possibilitat d'eximir-se de cursar i/o realitzar l'avaluació de l'àrea de llengua cooficial i literatura», prevista als articles 20.5, 24.5, 25.7, 28.9, 34 bis.5, 34 ter.5, 36.5, i la disposició addicional trenta-novena LOE. En aquest sentit, considera que aquests preceptes vulneren els articles 3 CE i 6, 32, 35 i 143 EAC, en no preveure el mateix tractament per a la llengua castellana i discriminar les llengües pròpies de les comunitats autònomes en clara contradicció amb el mandat constitucional d'especial respecte i protecció de les llengües. D'altra banda, la no-consideració de les llengües com a assignatures troncales amb la modificació de l'article 24.5 LOE vulnera l'article 3.2 CE i els articles 143 i 35 EAC, així com també l'article 9.3 CE en la mesura que aquesta modificació respecte del sistema anterior no es justifica i és, per tant, arbitrària.

Un altre retret està relacionat amb la disposició addicional trenta-vuitena de la LOE i la disposició final tercera de la LOMCE, que entén que vulneren també l'article 3.2 CE i l'article 35.1 EAC, perquè contradueixen el règim lingüístic de Catalunya establert a l'Estatut i a la Llei d'educació de Catalunya, que reconeix el dret a no ser separats per raó de llengua. I això per-

què les esmentades disposicions estableixen l'obligació de l'Administració educativa de garantir l'oferta d'ensenyament sostingut amb fons públics en la que el castellà sigui llengua vehicular i no estableixen la mateixa obligació respecte de les llengües pròpies, quan no existeix el dret a rebre ensenyaments únicament en castellà o català. D'altra banda, obligar a aquesta Administració a sufragar les despeses d'escolarització dels alumnes en centres privats que utilitzin el castellà vulnera també les competències autonòmiques i afecta l'àmbit de decisió de les comunitats autònomes.

Finalment, es diu que la disposició final setena bis de la LOE, sobre les bases de l'educació plurilingüe, suposa una vulneració de la competència lingüística de la Generalitat en matèria educativa.

C) El tercer apartat se centra en la vulneració del dret a la llibertat ideològica, religiosa i de culte, recollit a l'article 16.1 i .3 CE, per part dels articles 18.3.b, 24.4.b, 24.4.c.7è, 25.6.b, 25.6.c.9è, 34 bis.4.7è, 34 ter.4.j, i la disposició addicional segona LOE, amb l'únic argument «que preveuen la introducció de la religió com a àrea del bloc d'assignatures específiques».

D) El quart considera que la modificació dels articles 84.3, 116 i la disposició transitòria segona LOE vulnera el dret a la no-discriminació per raó de sexe de l'article 14 CE, sense afegir cap argument ulterior, llevat que també és «contradictori amb la disposició addicional 25ena de la mateixa LOE que regula l'atenció preferent i prioritària dels centres que desenvolupin el principi de coeducació en totes les etapes educatives i amb els articles 205 i 43 de la Llei d'educació de Catalunya».

E) En el darrer i cinquè apartat, s'invoca una genèrica vulneració de drets respecte dels articles 9.3 i 84.2, segon paràgraf, LOE. El primer perquè es considera que els criteris que de forma prioritària es preveuen per a la distribució territorial dels recursos dels programes de cooperació territorial vulneren els articles 9.2 i 31.2 CE, atès que no tenen en compte altres criteris socioeconòmics. El segon, quan possibilita «la reserva del 20 per cent de la puntuació assignada a les sol·licituds d'admissió al criteri del rendiment de l'alumne o alumna», contradient així «el dret d'accés a l'ensenyament en condicions d'igualtat garantit a l'article 27 CE i l'article 9.2 CE [...], així com també la competència de la Generalitat regulada a l'article 131.3.e EAC». Finalment, s'assenyala que l'article 117.6 LOE vulnera l'article 37.2 CE sobre el dret dels treballadors i empleats a adoptar mesures de conflicte col·lectiu.

3. La segona petició, formulada pels diputats del Grup parlamentari Socialista, de forma semblant a l'anterior, conté quatre grups d'arguments principals.

A) El primer se centra en la vulneració del dret a la igualtat (art. 14 CE) sobre la base del plantejament de diferents dubtes. Així, es qüestiona la nova lletra *q* afegida a l'article 1 LOE, atès que permet elegir el tipus

de centre docent, però si la demanda supera l'oferta haurà d'intervenir la planificació educativa i el centre serà qui esculli els alumnes. I, següidament, la modificació legislativa dels articles 84.3, 116 i la disposició transitòria segona LOE perquè, en possibilitar l'organització de l'ensenyament diferenciat per sexes, trenquen el principi de coeducació i discriminen en l'accés dels alumnes al sistema educatiu. Finalment, es fa referència a la reforma de l'article 84.2 LOE, que, en possibilitar la reserva de fins al 20% de la puntuació assignada a les sol·licituds d'admissió al criteri del rendiment acadèmic dels alumnes, vulnera l'accés a l'ensenyament en condicions d'igualtat (art. 27 CE), els articles 9.2 i 14 CE i la competència de la Generalitat prevista a l'article 131.3.e EAC.

B) El segon allega que el legislador estatal s'apodera d'unes competències que corresponen al legislador català, vulnerant les competències de la Generalitat de l'article 131 EAC en relació amb l'article 149.3 CE, i sense més fonamentació, qüestiona els nous articles 6 bis, 29 bis, 36 bis i 111 bis.3 i .6 i la modificació dels articles 21.2, 29, 62.1, 119, 120.3, 127, 143, 144, 147.2, i les disposicions addicionals trenta-quatre, trenta-sisena i finals cinquena i setena LOE, com també les disposicions finals segona, tercera i cinquena LOMCE.

C) El següent es dedica a la vulneració de les competències de la Generalitat en matèria lingüística. D'aquesta manera, la reforma dels articles 18.4, 20.5, 24.5, 25.7, 28.9, 34 bis.5, 34 ter.5, 36.5 i la disposició addicional trenta-novena LOE contradiu l'article 3 CE, l'article 143 EAC, quant a la competència de la Generalitat sobre la determinació de l'abast, els usos i els efectes jurídics de l'oficialitat de la llengua pròpia i també la normalització lingüística del català; l'article 32 EAC, que estableix el dret a no ser discriminat per raons lingüístiques; l'article 35 EAC, sobre llengua pròpia i llengües oficials, i l'article 35 EAC, relatiu als drets lingüístics en l'àmbit de l'ensenyament, en relació amb els articles 148.1.17 CE i 149.3 CE. En concret, es diu que «la possibilitat d'exempció de realitzar l'avaluació de l'àrea Llengua cooficial i Literatura de la Comunitat Autònoma corresponent» discrimina les llengües pròpies (art. 6 EAC). D'altra banda, s'afegeix que l'establiment d'aquestes com a «assignatura de lliure configuració autonòmica i no com a assignatura troncal, relega aquesta llengua a un segon pla respecte a la llengua castellana», vulnerant així els articles 3.2 CE i 35 i 143 EAC.

D) El quart i darrer es refereix a la vulneració de la llibertat ideològica, religiosa i de culte (art. 16 CE), que suposa la nova redacció dels articles 18.3.b, 24.4.b, 24.4.c.7è, 25.6.b, 25.6.c i l'addició dels articles 34 bis.4.b.7è i 34 ter.4.j. Sobre aquesta qüestió, la petició exposa la naturalesa i el contingut de la llibertat religiosa, que, entre d'altres, comporta la no-intervenció de l'Estat, també en l'àmbit de l'ensenyament. Segui-

dament, destaca que el laïcisme prohibeix la concurrència de l'Estat, en qualitat de subjecte, a actituds de signe religiós, propugnant la neutralitat dels poders públics. I, finalment, que l'Estat té l'obligació d'evitar qualsevol conflicte entre l'educació pública en matèria religiosa i les creences religioses de les famílies, amb la finalitat de respectar la lliure decisió d'aquestes, deure que ha incomplert amb la modificació dels preceptes de la LOE, abans citats.

4. Després de descriure els termes de les dues sol·licituds dels diputats del Parlament, ens correspon delimitar l'objecte d'aquest Dictamen, l'estructura del qual coincidirà substancialment amb les agrupacions dels dubtes plantejats per ambdues. Per dur a terme aquesta tasca, com hem avançat, tindrem en compte el Dictamen prèviament emès sobre la mateixa Llei orgànica i, concretament, els seus pronunciaments i corresponents conclusions amb relació als preceptes i les disposicions de l'actual sol·licitud que siguin coincidents amb els que, en el seu moment, van plantejar els dubtes del Govern. D'aquesta manera, a continuació especificarem, per a cada fonament jurídic, respecte de quins preceptes i disposicions ens remetem íntegrament al DCGE 3/2014 i quins es tractaran pel fet que plantegen noves qüestions. En aquesta operació de delimitació, en el cas que la sol·licitud qüestionï un mateix article inicialment de forma genèrica i, després, en canvi, invoqui la part concreta que suscita els dubtes, prendrem com a referència per a la nostra anàlisi aquesta segona invocació, en ser més específica.

A) Així, en el fonament jurídic segon, referit a les competències de la Generalitat en matèria d'educació, exposarem i aplicarem les especificacions del marc constitucional i estatutari que puguin suscitar els següents preceptes de la LOE i de la LOMCE i, tot seguit, les hi aplicarem:

– Sistema Educatiu Espanyol i distribució de competències: article 2 bis.3 LOE i 6 bis LOE.

– Criteris d'avaluació individualitzada de les assignatures: article 21.2 LOE (avaluació final de l'educació primària), article 43.1 (avaluació dels cicles de formació professional) i 144.1, darrer paràgraf (procediment de revisió dels resultats).

– Equivalència de títols acadèmics: articles 62.1 LOE (correspondència amb altres ensenyaments) i 64.2 LOE (organització d'ensenyaments esportius).

– Funcionament i govern dels centres sostinguts amb fons públics: article 119 LOE (participació en el funcionament i govern), articles 133 i 135 LOE, disposició transitòria primera LOMCE i modificació dels articles 54.2 i 61.1 LODE per la disposició final segona LOMCE (facultats i selecció del director i comissió de conciliació).

– Avaluació del sistema educatiu: articles 142.1 i .2 LOE (organismes responsables), 143 LOE (avaluació

general) i 147.2 (difusió del resultat de les avaluacions).

– Títol competencial: disposició final cinquena LOE.

Quant a la resta dels articles i les disposicions qüestionades, susceptibles de ser inclosos en aquest mateix grup, i pel fet que ja han estat objecte prèviament del nostre pronunciament explícit, ens remetem al que hem opinat i conclòs en el DCGE 3/2014. Aquests preceptes són: els articles 6.2.d, i .2.c.1r (currículum i distribució de competències); 6 bis.2.b.3r (disseny i contingut de les proves); 29.1 (plans d'estudi i avaluació individualitzada i final d'ESO); 29.4 (disseny i contingut de les proves per a l'ESO); 36 bis.1 (plans d'estudi i avaluació individualitzada i final de batxillerat); 36 bis.3 (disseny i contingut de les proves per a batxillerat); 38.2 (reglament bàsic i admissió a ensenyaments universitaris); 41.2 (darrer paràgraf) i 3.b (reglament bàsic i admissió a centres d'ensenyament de cicles formatius de grau superior); 111 bis.3 i .6 (TIC); 127, lletres *a*, *b*, *e*, *h* i *i* (competències del consell escolar); 120.3 (dret a l'educació i publicació del resultat de les avaluacions); 132, lletres *l*, *m*, *n*, *ñ*, i *o* (competències del director); 144.1 (segon paràgraf) (disseny de les proves); 147.2 (dret a l'educació i publicació del resultat de les avaluacions); les disposicions addicionals trenta-quatre (beques i ajuts a l'estudi) i trenta-sisena (reglament bàsic i admissió a ensenyaments universitaris), i la disposició final cinquena (títol competencial), tots de la LOE, així com les disposicions finals segona, en la modificació que efectua de l'article 57 LOE (facultats del consell escolar) i la cinquena LOMCE (calendari d'implantació). A l'últim, hem de fer notar que l'article 117.6 LOE no ha estat reformat per la LOMCE i que la petició no aporta ulteriors arguments per fonamentar la seva inconstitucionalitat i antiestatutarietat.

B) En el fonament jurídic tercer, analitzarem els aspectes del marc constitucional i estatutari que, en relació amb el règim lingüístic a l'ensenyament, se susciten de nou per la sol·licitud dels diputats del Parlament. Així, la qüestió de la possibilitat d'exempció de cursar o avaluar la llengua cooficial prevista per a les diferents modalitats i etapes dels ensenyaments als articles 20.5, 24.5, 25.7, 28.9, 34 bis.5, 34 ter.5, 36.5 i la disposició addicional trenta-novena. Igualment, examinarem la modificació del currículum introduïda en el ja esmentat article 24.5 LOE, des de la perspectiva de la no-inclusió de la llengua oficial com a assignatura troncal.

D'acord amb això, i perquè ja s'ha examinat en el Dictamen emès a sol·licitud del Govern, ens remetem al que allà hem dit i conclòs sobre els següents preceptes de la LOE: articles 29.1 (matèries objecte d'avaluació final a l'ESO) i 36 bis.1 (matèries objecte d'avaluació final de batxillerat).

C) En el fonament jurídic quart examinarem la qüestió de la possible vulneració de l'article 16 CE, que

no va ser objecte d'estudi en l'anterior Dictamen. Per tant, després de l'exposició del marc constitucional en aquesta matèria, l'aplicarem als preceptes de la LOE que inclouen l'assignatura de religió com a específica o optativa en totes les etapes de l'ensenyament: articles 18.3.b, 18.4, 24.4.b, 24.4.c.7è, 25.6.b, 34 bis.4.7è, 34 ter.4.j, així com la disposició addicional segona, que tracta sobre l'ensenyament de la religió.

D) En el fonament jurídic cinquè ens ocuparem de la possible discriminació per raó de sexe, prohibida per l'article 14 CE, com a conseqüència de l'ensenyament diferenciat per sexes que es pot impartir en determinats centres sostinguts amb fons públics i en determinades condicions. En aquest sentit, després de la corresponent anàlisi del marc constitucional aplicable, el projectarem sobre els articles 84.3 i 116 LOE (apt. 1 a 7), i la disposició transitòria segona LOMCE.

E) En el fonament jurídic sisè ens ocuparem d'un *altre* grup de preceptes que suscita dubtes a les sol·licituds dels diputats del Parlament: l'article 1.q LOE, quan es refereix a la llibertat d'ensenyament; l'article 9.3 LOE (distribució territorial de recursos econòmics en programes de cooperació territorial); l'article 84.2 LOE (criteri del rendiment acadèmic per a l'admissió a centres), i l'article 116.8 LOE (sòl públic dotacional per a la construcció de centres docents concertats), que són sol·licitats per la possible vulneració de normes constitucionals i estatutàries no competencials.

Segon. El marc constitucional i estatutari de competències en matèria d'educació, i la seva aplicació als preceptes sol·licitats

En aquest fonament jurídic estudiarem els preceptes que afecten les competències de la Generalitat en matèria d'educació. Segons hem avançat, atesa la recent emissió del DCGE 3/2014, de 28 de gener, no examinarem els que ja han estat objecte de la nostra opinió consultiva sinó que tractarem només els que plantegen qüestions noves, segons la classificació dels preceptes efectuada en l'apartat 4.A del fonament jurídic primer.

1. Abans, però, d'efectuar aquesta anàlisi dels preceptes qüestionats, cal emfasitzar alguns aspectes del paràmetre de constitucionalitat i d'estatutarietat, que, amb caràcter general, ja hem exposat en el fonament jurídic segon del DCGE 3/2014.

Així, n'hi haurà prou amb recordar que l'eix de la distribució competencial es troba en l'article 149.1.30 CE, que acull dos títols diferents: la regulació de les condicions d'obtenció, expedició i homologació de títols acadèmics i professionals, que atorga a l'Estat la potestat de regulació i a les comunitats autònomes la facultat d'execució, i les normes bàsiques per al desenvolupament de l'article 27 CE, que atribueix a l'Estat la normació de les bases i a les comunitats autònomes la legislació de desenvolupament i l'execució corres-

ponent. En el marc d'aquesta distribució constitucional, com veurem més endavant, l'article 131 EAC conté una extensa regulació de les competències de la Generalitat.

De la doctrina relativa a l'abast de la competència sobre els títols acadèmics i professionals, recollida en el precedent Dictamen, convé subratllar la distinció entre els títols professionals i els estrictament acadèmics, atès que aquests darrers certifiquen la superació d'una etapa del currículum i el pas a la següent, sense habilitar per exercir una activitat professional.

Quant a les competències sobre ensenyament, emmarcades per les previsions del dret fonamental a l'educació recollides a l'article 27 CE, correspon a l'Estat l'aprovació de les normes bàsiques, complint les condicions del seu doble vessant material i formal, tal com s'ha tractat en nombroses sentències constitucionals i també en els nostres dictàmens (DCGE 3/2014, FJ 2, amb citació d'altres). D'aquesta àmplia doctrina convé recordar que la intensitat normativa de les bases varia molt d'una matèria a una altra i, a parer nostre, en educació, les bases es poden circumscriure majoritàriament a les línies generals que fixin el mínim comú denominador de la matèria, ja que, per la seva naturalesa, és una de les competències de l'article 149.1 CE que admet millor la consideració de les bases com a criteris i trets generals. Per la mateixa raó, les remissions de la llei a futurs reglaments estatals han de ser excepcionals, atesa la competència legislativa de les comunitats autònomes, i només estarien justificades en àmbits molt tècnics que requereixin un tractament homogeni.

2. Seguidament, efectuarem l'anàlisi dels preceptes sol·licitats començant pels que tenen un caràcter més general. L'article 2 bis LOE, introduït per l'apartat dos de l'article únic LOMCE, estableix la definició del sistema educatiu espanyol, a partir de l'esment a les administracions competents i als diferents subjectes, públics i privats, que desenvolupen funcions per a l'exercici del dret a l'educació, els titulars d'aquest dret a l'educació i el conjunt d'estructures, mesures i accions que s'implementen per prestar-lo (apt. 1). Així mateix, l'apartat 3 enumera els instruments d'aquest sistema, mitjançant els quals s'han d'assolir els fins que es preveuen en el precedent article 2, i l'apartat 4 afluïeix als principis que han de regir-ne el funcionament.

Tal com hem dit en el fonament jurídic anterior, l'escrit dels parlamentaris qüestiona l'article 2 bis.3 LOE, en la mesura que «regula òrgans de participació de la comunitat educativa en la programació de l'ensenyament de tot l'Estat, i vulnera així l'article 131.2.a) EAC, que estableix la regulació d'aquests òrgans com a competència de la Generalitat, en el seu territori».

Certament, aquest precepte conté una definició genèrica del sistema educatiu espanyol i, en concret, l'apartat 3 del precepte que ara s'examina enumera els seus

instruments, com ara el Consell Escolar de l'Estat, la Conferència Sectorial d'Educació, les taules de negociació de l'ensenyament públic i del concertat, el sistema d'informació educativa, i el sistema estatal de beques i ajuts a l'estudi. Instruments que situa dintre de l'àmbit estatal.

D'acord amb l'article 131 EAC, la Generalitat té competència per establir un sistema educatiu propi, tal com es desprèn de les diferents competències establertes en els seus apartats. Pel que ara interessa, el tercer apartat es projecta sobre els ensenyaments que condueixen a un títol acadèmic amb validesa a tot l'Estat, i recull la competència compartida en àmbits tan cabdals com la programació de l'ensenyament, l'ordenació de l'activitat docent i curricular, el règim de sosteniment amb fons públics dels ensenyaments del sistema educatiu i dels centres que els imparteixen, la organització d'aquests centres o la participació de la comunitat educativa en el seu control i gestió.

Així, els elements del sistema educatiu català, desenvolupats actualment per la Llei 12/2009, de 10 de juliol, d'educació (en endavant, LEC), solament depenen de la Generalitat. D'aquesta manera, tot i que els òrgans que s'estableixin poden resultar en alguns casos paral·lels als estatals que preveu l'article 2 bis LOE, la Generalitat conforma l'organització i l'estructura de la seva comunitat educativa amb plena competència. Una altra cosa és que en el si dels òrgans estatals on són presents les comunitats autònomes, naturalment, hi participin les institucions de la Generalitat (per exemple, en la Conferència Sectorial), però ambdós nivells institucionals es mouen en esferes separades.

Per tant, per les raons exposades, l'article 2 bis.3 LOE no és contrari a la Constitució ni vulnera les competències previstes a l'article 131.2 EAC.

En aquesta part més general, cal que fem referència també a l'article 6 bis LOE, introduït per l'apartat 5 de l'article únic LOMCE, sobre la «Distribució de competències» en l'àmbit de l'ensenyament no universitari. L'esmentat precepte, d'extraordinària amplitud i complexitat, comença per enumerar les facultats del Govern estatal, en general (apt. 1), i examina després els diferents tipus d'assignatures de l'educació primària, l'ESO i el batxillerat (apt. 2), classificant les que corresponen al Govern, el Ministeri, les administracions educatives i els centres docents. A més, es tracten altres ensenyaments (apt. 3) i la formació professional (apt. 4), l'autonomia dels centres (apt. 5), els títols (apt. 6) i la cooperació internacional (apt. 7). Aquesta breu enumeració mostra la diversitat de matèries regulades, i les confusions que poden generar solapaments d'òrgans estatals com la distinció entre les facultats del Govern i les del Ministeri.

En el DCGE 3/2014 ja hem tractat alguns aspectes concrets d'aquest precepte, com ara la complementació de les assignatures troncales (art. 6 bis.2.c.1r) i la

possible limitació de l'atribució a les comunitats autònomes de «recomanacions de metodologia» (art. 6 bis.2.c.3r).

Quant als dubtes competencials que suscita l'article 6 bis LOE, les sol·licituds es limiten a citar-lo, sense aportar arguments, de manera que el seu examen sistemàtic ens portaria a revisar, a partir del seu contingut genèric, tota la LOE, un enfocament que excedeix l'objecte d'aquest Dictamen. No obstant això, si és el cas, ens pronunciarem sobre algun dels seus apartats amb ocasió de l'estudi d'altres articles de la LOE que hi tinguin relació directa.

3. Els escrits de sol·licitud plantegen altres qüestions competencials, que s'aborden a continuació en els aspectes que permeten inferir una vulneració de la Constitució o de l'Estatut d'autonomia de Catalunya.

A) L'article 21 LOE, modificat per l'apartat tretze de l'article únic LOMCE, regula l'avaluació final de l'etapa de l'ensenyament de l'educació primària. En concret, l'apartat 2 d'aquest precepte, que ara s'examina, encomana al Govern de l'Estat que, amb consulta prèvia a les comunitats autònomes, estableixi «criteris d'avaluació i les característiques generals de les proves per a tot el sistema educatiu espanyol amb la finalitat d'assegurar uns criteris i unes característiques d'avaluació comuns a tot el territori».

Per la seva banda, l'apartat 1 de l'article 43 LOE, reformat per l'apartat trenta-set del mateix article únic, referit a l'avaluació de l'aprenentatge de l'alumnat en els cicles de formació professional bàsica i en els cicles formatius de grau mitjà i superior, habilita el Govern per aprovar un reglament que fixi les condicions d'aquesta avaluació, que es durà a terme per mòduls professionals i, si escau, per matèries o blocs.

L'article 144.1 LOE, que es refereix en general a les avaluacions individualitzades d'educació primària, durant l'etapa (art. 20.3) i al final d'aquesta, en el sisè curs (art. 21), al final de l'ESO (art. 29) i al final del batxillerat (art. 36 bis), conté un darrer paràgraf que remet a un reglament governamental el procediment de revisió dels resultats de les avaluacions.

D'acord amb la disposició final cinquena LOE, aquests tres preceptes són de caràcter bàsic i el legislador estatal els dicta d'acord amb l'article 149.1.30 CE.

a) Quant a les actuacions d'avaluació, en el DCGE 3/2014 (FJ 3) ja hem tractat altres preceptes que regulen les avaluacions finals dels ensenyaments d'ESO i batxillerat (29.4 i 36 bis.3 LOE) i ens hem pronunciat sobre la validesa de l'atribució al Govern central de la facultat per establir els «criteris d'avaluació i les característiques de les proves», pel fet que aquestes avaluacions són un requisit per a l'obtenció d'un títol acadèmic oficial amb validesa a tot l'Estat, i, per tant, la seva regulació correspon a l'Estat, d'acord amb la competència del primer incís de l'article 149.1.30 CE.

Però aquesta conclusió no és plenament traslladable als supòsits que ara es plantegen, en la mesura que les avaluacions que s'examinen es projecten sobre uns altres ensenyaments i tenen uns efectes i un tractament diferents a la mateixa LOE, com veurem seguidament.

Així, d'una banda, l'article 21.2 LOE preveu una avaluació final de l'etapa d'educació primària (sisè curs) que no té la condició de requisit necessari per a l'obtenció d'un títol acadèmic, com és el cas dels esmentats articles 29.4 i 36 bis.3 LOE. D'aquesta manera, la seva finalitat és comprovar el nivell d'adquisició, per part de l'alumnat, de les competències del currículum i de l'assoliment dels objectius de l'etapa; nivell que es farà constar en un informe, que tindrà caràcter orientador per als centres on s'ha cursat el sisè curs i on es cursarà el següent curs escolar, així com per als equips docents, els pares, les mares o els tutors legals i els alumnes. De fet, el mateix article que ara ens ocupa ja preveia aquesta avaluació abans de la reforma (amb la denominació «avaluació de diagnòstic»), el desenvolupament i control de la qual corresponia a les administracions educatives, que establien també de quina manera els resultats d'aquestes avaluacions es posaven en coneixement de la comunitat educativa (art. 144 LOE, abans de la seva modificació). Amb la LOMCE es regula, però, més exhaustivament, afegint-hi un seguit de noves exigències a l'hora de dur-la a terme, com ara que s'ha d'expressar en nivells, que el nivell constarà en un informe, a qui i quan s'ha de comunicar aquest informe (apt. 3) i, com hem vist, remetent al Govern l'establiment dels criteris d'avaluació i les característiques generals de les proves (apt. 2).

I, d'una altra banda, l'article 43.1 LOE, de manera semblant, es refereix a l'avaluació de l'aprenentatge de l'alumnat dels diferents cicles de formació professional, la qual li permetrà, si és positiva, la superació d'aquests cicles i l'accés als següents. Cal indicar, a títol il·lustratiu, que, abans que la LOMCE el reformés, aquest precepte preveia una avaluació de naturalesa equivalent a la que ara es dictamina, tot i que no remetia al Govern la normació de les condicions per a la seva realització. Per aquest motiu, la STC 111/2012, de 24 de maig, va acceptar implícitament el seu caràcter bàsic, perquè es limitava «a establecer que la evaluación se realizará por módulos profesionales y que la superación de un ciclo formativo requerirá la evaluación positiva en todos los módulos que lo componen» i permetia el seu desenvolupament per les comunitats autònomes (FJ 10).

b) Seguint, però, els criteris que amb caràcter general hem establert en l'esmentat DCGE 3/2014, hem de distingir entre les dues competències que atribueix a l'Estat l'article 149.1.30 CE. Pel que fa a la del seu primer incís, hem dit que, si bé respecte dels títols professionals té sentit una regulació que «entri en l'avaluació dels coneixements i les competències que es considerin necessaris per a l'exercici d'una professió

titulada concreta», quant als títols acadèmics, per contra, «aquesta avaluació no és procedent, i per això la intervenció de l'Estat ha de ser diferent i, per la seva naturalesa, més limitada». Així mateix, hem afirmat que no es pot fer servir la competència estatal sobre la regulació dels títols per intervenir en matèries que són pròpies del segon incís de l'article 149.1.30 CE, en les quals l'actuació de l'Estat s'ha de limitar a la normativa bàsica (FJ 2.2).

Certament, la qüestió que planteja l'article 21.2 LOE s'insereix en l'àmbit de la competència estatal sobre normes bàsiques per al desenvolupament del dret a l'educació, que ha de seguir en tot cas l'esquema bases-desenvolupament.

I aquesta afirmació és vàlida també per a l'article 43 LOE, referit a la formació professional que pertany al sistema educatiu, que, com ha reiterat la doctrina constitucional des de l'any 2002 (STC 95/2002, de 25 d'abril, FJ 6), es regeix competencialment pel segon incís de l'article 149.1.30 CE. Més recentment, la STC 111/2012, abans esmentada, ha declarat que el fet que la formació professional reglada condueixi a l'obtenció d'un títol no autoritza a incardinar tota aquesta matèria en el primer incís de l'esmentada clàusula competencial ni a aclaparar tot el seu desenvolupament, implicant les possibilitats d'intervenció normativa de les comunitats autònomes en l'exercici legítim de les seves competències (FJ 12).

Als efectes d'aquest Dictamen, hem de fer esment igualment de la STC 25/2013, de 31 de gener, que, referint-se a l'article 44 LOE, relatiu als títols i les convalidacions dels cicles formatius de la formació professional del sistema educatiu, afirma que: «Las exigencias relativas a la superación del módulo profesional de proyecto, o a cualquier otro, no son por tanto condiciones específicamente anudadas a la obtención del correspondiente título académico, sino que forman parte del inexcusable proceso de superación del conjunto de las enseñanzas teórico-prácticas que conforman el ciclo formativo». Aquestes previsions s'enquadren, per tant, en el segon dels incisos de l'article 149.1.30 CE, a partir del qual les competències de l'Estat s'han d'exercir de forma suficientment oberta i flexible perquè les comunitats autònomes puguin adoptar les seves pròpies alternatives polítiques en funció de les seves circumstàncies específiques (FJ 3).

Per finalitzar aquestes consideracions de caire competencial, i amb relació a l'excepció de la regulació de les bases per llei, ens remetem novament al DCGE 3/2014, que ha exigít que en les remissions reglamentàries de naturalesa bàsica concorrin, almenys, dues condicions: «en primer lloc, la norma legal de remissió ha de ser clara i ha de contenir una habilitació legal suficient, de manera que el seu objecte no presenti dubtes i, si és possible, inclogui criteris que delimitin l'exercici de la potestat reglamentària; i, en segon lloc, s'ha de tractar d'una matèria la naturalesa o caracterís-

tiques de la qual no siguin adequades per la seva regulació legal, bé pel seu caràcter substancialment tècnic, bé perquè està subjecta a canvis i modulacions que requereixen una adequació continuada (per totes, STC 24/2013, FJ 4 *in fine*)» (FJ 2.5).

D'acord amb això, podem dir que les habilitacions que incorporen els articles 21.2 i 43.1 LOE perquè el Govern de l'Estat reglamenti l'avaluació de l'alumnat al final de l'etapa d'educació primària i al llarg dels diferents cicles de formació professional, pel seu contingut genèric i excessivament ampli, no respecten aquestes exigències constitucionals. D'altra banda, el fet que en el primer precepte esmentat es prevegi la consulta prèvia a les comunitats no ens porta a una conclusió diferent ja que, si bé aquesta consulta pot ser entesa en clau de cooperació, no permet substituir l'exercici de les competències que són indisponibles i irrenunciables i que han d'exercir, precisament, les comunitats autònomes (en aquest sentit, STC 111/2012, de 24 de maig, FJ 10).

Per les raons exposades, els articles 21.2 i 43.1 LOE vulneren les competències de la Generalitat previstes a l'article 131.2.d i .3.a EAC i no troben empara en l'article 149.1.30 CE. Així mateix, per a l'educació primària, s'arriba a la mateixa conclusió respecte de l'article 6 bis 2.a.3r LOE, perquè conté una atribució idèntica a la de l'article 21.2 LOE.

c) A l'últim, cal indicar que l'article 144.1 LOE, que mereix algunes consideracions separades, ha estat examinat en el DCGE 3/2014, quant a l'atribució al Ministeri d'Educació, Cultura i Esport del disseny de les proves de les avaluacions finals d'ESO i batxillerat.

Als efectes que ara interessin, el paràgraf quart de l'esmentat precepte efectua una remissió al Govern per establir el procediment de revisió dels resultats de les avaluacions. Deixant de banda si aquest procediment de revisió es refereix només a les proves finals d'ESO (art. 29) i batxillerat (art. 36 bis) o també a les altres avaluacions a què fa esment en el seu encapçalament (art. 20.3 i 21), podem afirmar que estem davant d'una habilitació al Govern de l'Estat que excedeix àmpliament l'abast que, d'acord amb la doctrina constitucional, han de tenir les normes bàsiques estatals. Efectivament, com sabem, l'acreditació de coneixements mitjançant la corresponent avaluació és una matèria que s'insereix en la competència bàsica estatal sobre aquests ensenyaments. Però l'establiment d'uns criteris bàsics en aquest àmbit, que, per la seva naturalesa, podria contenir la Llei, no es pot estendre fins a la regulació completa i detallada, mitjançant un reglament estatal, del procediment de revisió dels resultats de les avaluacions i de la concreció de la manera com aquests s'han d'avaluar.

En conclusió, la remissió reglamentària al Govern de l'Estat, del darrer paràgraf de l'article 144.1 LOE, no troba empara en l'article 149.1.30 CE i vulnera les

competències de la Generalitat previstes a l'article 131.3 EAC.

B) Seguidament, examinarem els articles 62.1 i 64.1 LOE, referents a l'equivalència de títols en l'àmbit dels ensenyaments d'idiomes i esportius, respectivament.

a) L'article 62.1, modificat per l'apartat quaranta-vuit de l'article únic LOMCE, amb la intitulació de correspondència amb altres ensenyaments, encomana al Govern de l'Estat que determini, amb consulta prèvia a les comunitats autònomes, les equivalències entre els títols dels ensenyaments d'idiomes i la resta dels títols dels ensenyaments del sistema educatiu.

D'acord amb el cànon establert en el DCGE 3/2014 sobre la competència de regulació dels títols acadèmics oficials, correspon a l'Estat «l'establiment» d'aquests títols i les condicions per obtenir-los, tenint en compte que la seva intervenció en aquest àmbit en tot cas «s'ha de circumscriure als aspectes normatius i respectar les competències executives de les comunitats autònomes per homologar-los i expedir-los» (FJ 2.2). De la mateixa manera, el Tribunal Constitucional ha advertit que aquesta competència estatal ha de ser objecte d'«interpretación estricta, ciñendo su campo de aplicación sólo a lo que tenga una relación directa con la obtención, expedición y homologación de títulos» (STC 111/2012, FJ 12).

Pel que ara interessa, l'establiment de les equivalències entre els títols dels ensenyaments d'idiomes i la resta dels ensenyaments del sistema educatiu a què fa referència el precepte dictaminat comporta una facultat d'homologació dels estudis efectuats per a la seva obtenció, per referència al seu contingut i valor, que forma part de la competència estatal de l'article 149.1.30 CE (STC 87/1983, de 27 d'octubre, FJ 4).

En conseqüència, l'article 62.1 LOE troba empara en l'article 149.1.30 CE.

b) L'article 64.2 LOE, reformat per l'apartat cinquanta de l'article únic LOMCE, s'inclou dins del capítol dedicat als ensenyaments esportius com una nova modalitat de la formació professional i regula la seva organització i, en concret, l'accés al grau superior, que requerirà estar en possessió del títol de tècnic esportiu, en la modalitat o especialitat que es determini reglamentàriament. Davant la manca d'argumentació explícita de la sol·licitud, entenem que aquesta remissió, com en el cas anterior, troba empara en la competència estatal sobre condicions d'obtenció dels títols acadèmics (art. 149.1.30 CE), que comprèn, com hem vist, la regulació de la matèria.

En canvi, ens mereix una consideració diferent la previsió del darrer paràgraf d'aquest precepte, que regula la possibilitat que els aspirants que no tinguin els títols requerits accedeixen als graus mitjà i superior de formació professional, si superen una prova d'accés regulada per les administracions educatives. I que,

a continuació, estableix que aquesta prova ha de permetre acreditar el grau de coneixement i habilitats suficient, d'acord amb els criteris que estableixi el Govern. A títol indicatiu, cal assenyalar que, segons la versió d'aquest article anterior a la reforma feta per la LOMCE, la regulació d'aquesta prova corresponia a les administracions educatives.

En vista del que hem exposat en l'anterior apartat 3.A.b d'aquest fonament jurídic, sobre l'article 149.1.30 CE, podem dir que es tracta d'una atribució que no té una relació directa amb la competència estatal sobre els títols acadèmics, en la mesura que el que pretén es permetre l'accés a una etapa dels ensenyaments esportius i, per tant, s'insereix en la competència sobre les normes bàsiques de l'article 27 CE.

En aquest sentit, el precepte dictaminat conté uns criteris bàsics sobre qui es pot presentar a les proves d'accés als graus mitjà i superior dels ensenyaments esportius, i també sobre què s'ha d'acreditar en aquestes proves, de manera que l'habilitació reglamentària que s'afegeix, pel seu caràcter ampli i genèric, excedeix la funció que correspon a l'Estat d'acord amb el segon incís de l'article 149.1.30 CE.

En conclusió, la remissió al Govern que preveu el darrer paràgraf de l'article 64.2 LOE no troba empara en l'article 149.1.30 CE.

C) L'article 119 LOE, amb la redacció donada per l'apartat setanta-dos de l'article únic LOMCE, conté un reconeixement del principi de participació: primer, de la comunitat escolar, a través del Consell Escolar, en el control i la gestió dels centres; en segon lloc, del professorat en les decisions pedagògiques del claustre, dels òrgans de coordinació docent i dels equips de professors; en tercer lloc, de l'alumnat en el funcionament dels centres, a través dels seus delegats i representants, i, en quart lloc, dels pares i de l'alumnat, a través de les seves associacions. D'acord amb les disposicions finals cinquena i setena LOE, es tracta d'una regulació de caràcter orgànic i bàsic alhora.

De fet, les previsions que s'hi contenen tenen per objecte fer efectiu el dret de participació reconegut a l'article 27.7 CE, que també està recollit a l'article 44.3 EAC. Pel que ara interessa, en la mesura que són de caràcter principal, podran ser desenvolupades i completades per les comunitats autònomes, d'acord amb els criteris exposats en el DCGE 3/2014 (FJ 5) sobre l'articulació del caràcter de llei orgànica i el sistema de distribució competencial derivat de l'article 149.1.30 CE.

A continuació, l'article 119.5 LOE estableix com a òrgans col·legiats, almenys, el consell escolar i el claustre del professorat, la qual cosa tampoc no planteja problemes competencials pel seu caràcter mínim comú, que pot ser desenvolupat per les comunitats autònomes.

En conseqüència, l'article 119 LOE no és contrari a la Constitució ni a l'Estatut.

D) En aquest apartat examinarem diversos preceptes de la LOE i la LODE que modifiquen les funcions dels òrgans de govern i participació dels centres escolars, que són els articles 133 i 135 LOE, la disposició transitòria primera LOMCE, i els articles 54.2 i 61.1 LODE. Quant a l'article 132 LOE, relacionat amb aquesta matèria, ens remetem al que ja hem dit i conclòs en el DCGE 3/2014 (FJ 5).

Els articles 133 i 135 LOE, modificats pels apartats vuitanta-dos i vuitanta-quatre, respectivament, de l'article únic LOMCE, es refereixen a la figura del director dels centres docents públics. El primer regula els principis generals de la seva selecció en la qual participen la comunitat i l'Administració educatives, que s'efectuarà mitjançant concurs de mèrits, d'acord amb els principis d'igualtat, publicitat, mèrit i capacitat. El segon estableix específicament el procediment de selecció, que es durà a terme mitjançant una comissió integrada per les administracions i representants del centre, i fixa diversos criteris de valoració. La disposició transitòria primera LOMCE eximeix els candidats a director, durant cinc anys, de l'exigència del mèrit previst a l'article 134.1.c LOE (certificat acreditatiu del curs de formació de la funció directiva).

La STC 212/2012, de 14 de novembre, va tractar expressament el procediment de selecció dels directors dels centres públics (art. 88.2 LOCE), que tenia un contingut semblant al que ara considerem i va acceptar-ne la constitucionalitat per les funcions que atribuïa a les administracions educatives en aquest procediment d'elecció dels directors i, en especial, per l'establiment dels criteris objectius i del procediment aplicable (FJ 6).

Els dos preceptes examinats estableixen normes generals per a la selecció del director, que poden ser concretades ulteriorment per les comunitats autònomes, com és el cas de la composició de la comissió de selecció del director, i de la valoració dels mèrits i l'experiència dels candidats. Així, tot i que els articles incorporen un nombre elevat de criteris de valoració que arriben a precisar que es tingui en compte la destinació i la continuació en el mateix centre, la possibilitat de baremació dels diferents criteris en permet el desenvolupament per part de les comunitats autònomes.

En conclusió, els articles 133 i 135 LOE i la disposició transitòria primera LOMCE no vulneren les competències de la Generalitat previstes a l'article 131.3.h EAC i troben empara en l'article 149.1.30 CE.

La modificació de l'article 54.2 LODE per la disposició final segona LOMCE planteja una qüestió difearent, relacionada amb el canvi de model respecte de les funcions del consell escolar. Pel que ara interessa, les lletres b i c de l'article 54.2, objecte de dictamen, introdueixen canvis menors en les funcions del director. Per contra, la modificació que efectua l'apartat vuitanta-un LOMCE de l'article 132 LOE significa

un increment substancial de les facultats del director, que assumeix algunes de les funcions que abans estaven atribuïdes al consell escolar. Quant a la disposició final segona, apartat sis, LOMCE, que modifica l'article 61.1 LODE, priva la comissió de conciliació del coneixement de conflictes entre el titular i el consell escolar del centre, reduint les seves funcions al coneixement de l'incompliment de les obligacions derivades del concert.

En aquest sentit, en el DCGE 3/2014 (FJ 5.1), hem tractat les noves funcions d'aquests òrgans i n'hem acceptat la constitucionalitat, de manera que els articles 54.2 i 61.1 LODE no vulnereu les competències de la Generalitat previstes a l'article 131.3.h i i EAC i troben empara en l'article 149.1.30 CE.

E) Els articles 120.3, 142.1 i .2, 143 i 147.2 LOE, modificats pels apartats setanta-tres, vuitanta-set, vuitanta-vuit i noranta, respectivament, de l'article únic regulen el règim general de les avaluacions del sistema educatiu, tant a escala autonòmica com estatal.

Abans d'examinar les qüestions competencials que poden suscitar aquests preceptes, cal assenyalar que han estat tractats en el DCGE 3/2014 des de la perspectiva del dret a l'educació, raó per la qual cal plantejar-se ara si suscitaven dubtes de naturalesa competencial.

L'article 120.3 LOE, que forma part d'un conjunt de normes generals sobre l'autonomia i el govern dels centres, pel que ara interessa, estableix un mandat referit a l'avaluació del sistema educatiu per part de les administracions educatives, en el sentit que aquestes hauran de publicar els resultats obtinguts pels centres docents, segons diu la Llei, «considerats en relació amb els factors socioeconòmics i socioculturals» i «en els termes que el Govern estableixi reglamentàriament».

Quant a aquesta previsió, hem d'examinar si la imposició de les regles concretes a què s'ha de subjectar aquesta avaluació, mitjançant el corresponent reglament bàsic, respecta la competència exclusiva de la Generalitat reconeguda a l'article 131.2.d EAC per a «l'avaluació interna del sistema educatiu», així com la competència compartida en matèria «d'avaluació general» prevista a l'article 131.3.a EAC.

La STC 212/2012, de 14 de novembre, ha tractat aquesta qüestió (FJ 7) i ha considerat que el mandat estatal de donar publicitat a les avaluacions efectuades per les administracions educatives no planteja problemes competencials en la mesura que es relaciona amb l'efectivitat del dret a l'educació i que, per tant, es pot inferir del conjunt de la regulació bàsica estatal en matèria d'avaluació del sistema educatiu. D'altra banda, va acceptar la constitucionalitat del precepte qüestionat (art. 101.3 LOCE) perquè tenia un «contenido meramente programático o principal respecto de la evaluación que ha de ser llevada a cabo por las administraciones educativas, [...] y que, por su carácter

genérico, es plenamente coherente con la competencia básica ejercida por el Estado» (FJ 7).

Així, l'Estat pot determinar la necessitat d'aquesta avaluació en funció de la seva competència normativa bàsica i establir uns criteris generals, però sense entrar en la seva regulació específica, que és precisament el que s'ha previst amb aquesta habilitació reglamentària. D'altra banda, la Llei no conté els criteris mínims que han de guiar aquest desenvolupament pel Govern de l'Estat, i constitueix, per tant, una remissió incondicionada i indeterminada que no permet a la Generalitat desenvolupar legislativament les actuacions d'avaluació dels centres docents.

En conclusió, l'article 120.3 LOE, en l'incís «en els termes que el Govern estableixi per reglament», vulnera les competències de la Generalitat de l'article 131.2.d i .3.a EAC i no troba empara en l'article 149.1.30 CE.

L'article 142.1 i .2, sobre els òrgans responsables de l'avaluació, que té el mateix contingut que abans de ser reformat per la LOMCE, llevat del canvi de denominació de l'Instituto Nacional de Evaluación y Calidad del Sistema Educativo per la d'Instituto Nacional de Evaluación Educativa, preveu que l'avaluació del sistema educatiu sigui duta a terme conjuntament per aquest Institut i els organismes competents de les comunitats autònomes, les quals efectuaran l'avaluació del sistema educatiu en l'àmbit de les seves competències. Així mateix, s'estableix la participació de les administracions educatives en l'estructura i les funcions de l'esmentat Institut.

L'article 143, relatiu a l'avaluació general del sistema educatiu, atribueix a l'Institut Nacional d'Avaluació Educativa, en col·laboració amb les administracions educatives, l'establiment de plans plurianuals d'avaluació general del sistema educatiu. Per dur a terme aquesta tasca, i com a novetat, atribueix a aquest Institut l'establiment dels estàndards metodològics i científics que garanteixin la qualitat i fiabilitat de les avaluacions (apt. 1). A part d'altres previsions sobre la participació de l'Estat en avaluacions internacionals i sobre l'elaboració d'un Sistema Estatal d'Indicadors de l'Educació, que ja existien en la LOE (apt. 2 i 3), el precepte que ara s'examina afegeix un mandat perquè el Ministeri, en col·laboració amb les comunitats autònomes, arbitri els mecanismes per possibilitar la incorporació d'informació addicional al tractament estadístic conjunt, per millorar l'anàlisi dels factors que afecten el rendiment educatiu i la comparació basada en el valor afegit (apt. 4).

Com es pot constatar, les previsions introduïdes per l'article 143.1 i .4 LOE habiliten l'Institut Nacional d'Avaluació Educativa per dur a terme diverses actuacions amb vista a elaborar l'avaluació general del sistema educatiu, algunes de les quals requereixen la necessària col·laboració amb les comunitats autònomes, per tal de fer possible la informació recíproca, l'homo-

geneïtat tècnica i l'acció conjunta de les administracions educatives, estatal i autonòmiques. Això anterior no significa, però, com hem dit, que, paral·lelament, no correspongui a la Generalitat, a l'empara de les competències previstes a l'article 131.2.d i .3.a EAC, elaborar les seves pròpies avaluacions respecte del sistema educatiu de Catalunya i prendre les mesures que consideri necessàries per orientar les polítiques públiques en aquest sector.

Per tant, els articles 142.1 i .2 i 143.1 i .4 LOE troben empara en l'article 149.1.30 CE.

L'article 147.2, que també s'insereix en el context de l'avaluació del sistema educatiu, conté diverses previsions sobre la difusió del resultat de les avaluacions. Pel que ara interessa, en els dos primers paràgrafs es preveu que les administracions educatives divulguin aquests resultats, mitjançant uns indicadors comuns per al conjunt dels centres docents, i també es remet al Govern l'establiment d'unes bases, amb la consulta prèvia a les comunitats autònomes, que permetin la utilització i l'accés públic dels resultats de les avaluacions. A continuació, en el tercer i darrer paràgraf d'aquest apartat 2, es regula la publicació de l'avaluació general del sistema educatiu, encomanant aquesta tasca al Ministeri d'Educació, Cultura i Esport i a l'Institut Nacional d'Avaluació Educativa.

Per a l'anàlisi d'aquestes previsions, hem de considerar que ens trobem davant de dos tipus de difusió de les avaluacions. D'una banda, la fonamentada en la competència exclusiva de les administracions educatives per avaluar el seu sistema educatiu i publicar els resultats obtinguts de la manera que considerin més convenient. I, de l'altra, la facultat paral·lela de l'Estat per introduir indicadors comuns que li permetin realitzar l'avaluació general del sistema educatiu i la consegüent publicació dels resultats d'aquesta avaluació referent al conjunt dels centres docents de l'Estat.

Dit això, entenem que l'habilitació al reglament que es conté en el segon paràgraf de l'article 147.2, segons la qual el Govern ha d'establir les bases per a la difusió i l'accés als resultats de les avaluacions, supera àmpliament el que hauria de ser l'abast d'una norma bàsica, ja que el mateix precepte conté els criteris generals i bàsics sobre la difusió del resultat de les avaluacions, la qual, d'altra banda, es correspon amb una actuació de caràcter executiu. Així, l'al·lusió terminològica a «les bases per a la utilització i accés públic dels resultats de les avaluacions» no equival al concepte de bases que deriva del bloc de la constitucionalitat.

Per tant, per les raons exposades, la remissió al Govern que conté el segon paràgraf de l'article 147.2 LOE vulnera les competències de la Generalitat de l'article 131.3.a EAC i no troba empara en l'article 149.1.30 CE.

Pel que fa al tercer i darrer paràgraf de l'article 147.2, que encomana al Ministeri d'Educació, Cultura i Es-

port i a l'Institut Nacional d'Avaluació Educativa la tasca de l'avaluació general del sistema educatiu, cal indicar que la STC 212/2012 va avalar la constitucionalitat d'aquesta atribució, i també «la publicidad periódica de “las conclusiones de interés general de las evaluaciones del sistema educativo efectuadas por el Instituto Nacional de Evaluación y Calidad del Sistema Educativo” y de “los resultados de la aplicación del Sistema Estatal de Indicadores de la Educación”» (FJ 7). Per tant, i en la mesura que es tracta d'una avaluació estatal que no està subjecta a la reserva competencial de l'article 131.2.d EAC, no vulnera les competències de la Generalitat.

F) Pel que fa a la disposició final cinquena LOE, relativa als títols competencials, ens remetem al que vàrem dir sobre aquesta disposició en el DCGE 3/2014 (FJ 3). Pel que ara interessa, a la declaració d'inconstitucionalitat i d'antiestatutarietat dels preceptes allà examinats, cal afegir, igualment, els articles 6 bis.2a.3r, 21.2, 43.1, 64.2 (darrer paràgraf), 120.3, 147.2 (segon paràgraf) i 144.1 (darrer paràgraf), perquè tampoc no troben empara en l'article 149.1.30 CE, per les raons expressades en aquest fonament jurídic.

Tercer. Les previsions d'exempció de l'estudi i l'avaluació de la llengua cooficial a l'ensenyament

En aquest fonament jurídic analitzarem els aspectes del marc constitucional i estatutari que, en relació amb el règim lingüístic de l'ensenyament, són suscitats de nou per les sol·licituds dels diputats del Parlament. Per fer-ho, ens remetem al que ja hem dit en el DCGE 3/2014, tantes vegades citat, que establia el marc constitucional i estatutari dels drets lingüístics a l'ensenyament (FJ 4), tot referint-se amb més atenció a les llengües oficials com a llengües vehiculars més que no pas com a llengües curriculars, que és el que aquí més ens interessa.

Així, les qüestions que hem de tractar són: d'una banda, la previsió d'exempció de cursar o de ser avaluat de l'assignatura Llengua cooficial i literatura, segons la normativa autonòmica corresponent. I, de l'altra, la no-incorporació al currículum d'aquesta assignatura com a troncal, sinó com a assignatura de lliure configuració autonòmica.

1. La LOE reformada preveu l'exempció de la matèria Llengua cooficial i literatura en els articles 20.5 (no ser avaluat durant l'etapa d'educació primària), 24.5 (no cursar o no ser avaluat al primer cicle d'ESO), 25.7 (no cursar o no ser avaluat a quart curs d'ESO), 28.9 (no avaluació a l'ESO), 34 bis.5 (no cursar o no ser avaluat al primer curs de batxillerat), 34 ter.5 (no cursar o no ser avaluat al segon curs de batxillerat), 36.5 (no ser avaluat durant l'etapa de batxillerat), i a la disposició addicional trenta-novena que, amb caràcter general i per a les etapes d'educació primària, ESO i batxillerat, en el seu darrer incís, torna a preveure

l'exempció de l'avaluació final de l'assignatura Llengua cooficial o literatura per als alumnes que estiguin exempts d'estudiar o de ser avaluats d'aquesta, segons la normativa autonòmica corresponent.

Sobre tots aquests preceptes, els escrits de petició de dictamen coincideixen en al·legar que comporten una discriminació entre la llengua oficial castellana i les llengües cooficials i, per aquesta raó, consideren vulnerats els articles 3 CE i 32, 35, 143 i 131 EAC. Pel que fa a la invocació d'aquest darrer precepte estatutari, que atribueix a la Generalitat la competència exclusiva sobre la llengua pròpia, cal indicar que en el cas que ens ocupa no es produeix una invasió competencial perquè els esmentats preceptes de la LOE remetent sistemàticament la regulació de l'exempció de cursar o avaluar l'assignatura de la llengua pròpia a la normativa de les respectives comunitats autònomes, de manera que, sense aquesta normativa de desenvolupament, la previsió de l'exempció que ara ens ocupa no és possible. Cal analitzar, però, si aquesta habilitació de la Llei produeix altres vulneracions de la Constitució i l'Estatut.

Per això, hem d'interpretar sistemàticament la naturalesa d'aquesta exempció. La possibilitat d'eximir l'ensenyament o l'avaluació de la llengua cooficial en els diferents cicles de l'ensenyament constitueix un règim d'excepció particular i temporal per a un alumne o alumna, ateses les seves condicions o circumstàncies personals, que lògicament afectarà un nombre reduït d'estudiants. A títol il·lustratiu, cal indicar que aquesta darrera possibilitat està actualment prevista a Catalunya, a la Llei 1/1998, de 7 de gener, de política lingüística.

En aquest sentit, hem de distingir entre règim jurídic de la llengua pròpia d'una comunitat autònoma i exempció, entesa com l'excepció personal que acabem de descriure.

El règim jurídic de les diferents llengües oficials a les comunitats autònomes permet modular els diversos models lingüístics (com la regulació de l'ensenyament de l'eusquera al País Basc) o tenir en compte la implantació territorial de les respectives llengües (com diuen les lleis de Navarra o la Comunitat Valenciana sobre l'ús de les llengües), però l'existència d'una llengua oficial de la comunitat autònoma implica l'obligatorietat del seu estudi al sistema escolar. Així ho va afirmar des d'un principi la STC 87/1983, de 27 d'octubre, en tractar les implicacions de la cooficialitat, i ho va ratificar posteriorment la STC 337/1994, de 23 de desembre:

«Por tanto, del reconocimiento de la cooficialidad del castellano y de la lengua propia de una Comunidad se deriva el mandato para los poderes públicos, estatal y autonómico, de incluir ambas lenguas cooficiales como materia de enseñanza obligatoria en los Planes de estudio, a fin de asegurar el derecho, de raíz constitu-

cional y estatutaria, a su utilización [...]. Es indudable, pues, el deber de conocer la lengua catalana como área o materia obligatoria de enseñanza en los Planes de estudio para quienes estudien en los Centros educativos de Catalunya.» (FJ 14)

Aquest caràcter obligatori ha estat reforçat a Catalunya mitjançant els articles 35.1 i .2 EAC. Fins i tot, això és reconegut per la STC 31/2010, de 28 de juny (FJ 14.b), que recull el deure de conèixer el català en l'àmbit de l'educació. Però aquesta afirmació es pot estendre també a la resta de comunitats autònomes amb llengua oficial, perquè així deriva de la condició de cooficialitat (art. 3.2 CE) i de la protecció que mereixen les diferents llengües d'Espanya (3.3 CE). En aquest sentit, l'abans esmentada STC 87/1983 declara que correspon a l'Estat en conjunt (incloent-hi les comunitats autònomes) «el deber constitucional de asegurar el conocimiento tanto del castellano como de las lenguas propias de aquellas comunidades que tengan otra lengua como oficial. Una regulación de los horarios mínimos que no permita una enseñanza eficaz de ambas lenguas en esas comunidades incumpliría el art. 3 de la Constitución» (FJ 5). I, més recentment, la STC 48/2013, de 28 de febrer, ha reiterat que ambdues llengües cooficials s'han d'ensenyar en els centres escolars de la comunitat amb la intensitat que permeti assolir l'objectiu exigut per l'article 3 CE, de manera que l'Estat en conjunt té «el deber constitucional de asegurar el conocimiento tanto del castellano como de las lenguas propias de aquellas comunidades que tengan otra lengua como oficial» (FJ 3).

Per tant, una interpretació que donés a l'exempció examinada un abast general i atemporal contradiria el mateix objectiu marcat per la disposició addicional trenta-vuitena LOE, que exigeix la capacitat de comprensió i d'expressió de tot l'alumnat en les dues llengües oficials en acabar l'educació bàsica. Igualment, no seria coherent amb diversos articles de la LOE (com ara els art. 24.5, 25.7 i 34 bis.5) que exigeixen un tractament «anàleg» de les àrees de Llengua castellana i literatura i Llengua cooficial i literatura. Finalment, cal afegir que correspon a les administracions educatives concretar els criteris d'avaluació, els estàndards d'aprenentatge i el disseny de les proves que s'apliquin a aquesta darrera assignatura (disp. addicional trenta-novena LOE, segon paràgraf).

El paràmetre constitucional i estatutari d'aplicació en l'àmbit de l'educació, pel que fa a l'ensenyament de les llengües oficials, és doble. D'una banda, la ja citada STC 87/1983 (FJ 5), i alguns estatuts, com ara el de Catalunya (art. 35.2 EAC), han establert expressament el deure d'assegurar el coneixement suficient de les llengües oficials al final de l'ensenyament obligatori, com hem apuntat en el DCGE 3/2014 (FJ 4.2). De l'altra, a partir de la STC 31/2010, que va afirmar que no es podia prescriure normativament un desequilibri entre dues llengües oficials (FJ 12.a), es pot sostenir que

les dues llengües oficials, des de la perspectiva del seu caràcter de llengua curricular, és a dir, des de l'òptica que són ensenyades i avaluades dins d'unes assignatures de llengua o literatura concretes, rebran un tractament equivalent; això no obsta que, des de la perspectiva docent o de llengua vehicular o de comunicació, el criteri no sigui el de la igualtat, sinó el d'apreciar una proporció raonable entre les llengües declarades oficials.

El deure dels estudiants de conèixer les llengües oficials es compleix a través de l'exigència de cursar les assignatures de contingut lingüístic, amb la corresponent avaluació, que acredita que s'ha assolit el nivell corresponent. No obstant això, el fet que hi hagi alumnes que s'incorporen tardanament al sistema educatiu, des d'altres contrades, sense haver adquirit un coneixement elemental d'una o les dues llengües oficials, fa que es pugui posar en qüestió el mateix dret a l'educació. Per això, el Tribunal Constitucional, en la STC 337/1994, va advertir que els discents «han de recibir la educación en una lengua en la que puedan comprender y asumir los contenidos de las enseñanzas que se imparten; ya que en otro caso podrían quedar desvirtuados los objetivos propios del sistema educativo y afectada la plenitud del derecho a la educación que la Constitución reconoce». Motiu pel qual també afirmava que calia «establecer medidas de carácter flexible en la ordenación legal de las enseñanzas para atender estas especiales situaciones personales» (FJ 11). Aquesta doctrina constitucional és vàlida per a totes les llengües oficials.

En aquest sentit, hi poden haver diversos mètodes per incloure els alumnes nouvinguts amb carències de comprensió d'alguna de les llengües oficials. Un és el sistema d'exempcions, que pot tenir variants, però, a més a més, n'hi ha d'altres (art. 10.2 i 81.5 LEC).

L'obligació d'estudiar i de superar les proves d'avaluació pot admetre excepcionalment la previsió d'exempcions individualitzades i temporals, que seran ponderades i reconegudes per l'administració educativa competent. Tanmateix, l'exempció o la dispensa de cursar una o més assignatures, és a dir, l'autorització de no assistir a classe, pot comportar una major exclusió de l'alumne, al qual suposarà un esforç més gran integrar-se en el grup classe, i també li costarà més entrar en contacte amb les llengües oficials i la cultura del país, i això l'endarrerirà. Per aquesta raó, la dispensa de cursar l'assignatura de Llengua, com a mesura de flexibilització, té un component de desproporció en comparació amb altres accions d'integració. Aquesta es pot assolir, atenent tots els interessos que hi ha en joc, d'una forma més equilibrada a través de l'exempció individual i temporal de l'avaluació d'una o diverses assignatures d'un curs, amb dret de pròrroga o, també, mitjançant altres models inclusivament de l'alumne en el sistema educatiu, que atenen la progressió individual en el procés avaluador i, per tant, no deixen

d'examinar els alumnes tot tenint en compte el desenvolupament individual en la competència lingüística, com es fa en altres assignatures.

En conseqüència, les exempcions previstes a la LOE solament es poden interpretar com a excepcions particulars i temporals, en el cas dels alumnes que, per circumstàncies personals, no gaudeixen de la competència lingüística necessària per a l'aprenentatge. D'altra banda, la referència concreta als «alumnos y alumnas» en el darrer paràgraf de la disposició addicional trenta-novena LOE avala aquesta interpretació cenyida a determinats alumnes.

Certament, des del punt de vista de la tècnica legislativa, hagués estat preferible una menció més clara i menys reiterada sobre l'abast de la possible exempció, sense la repetició en cada cicle de l'ensenyament, que sembla atorgar-li una projecció molt superior a la que té en realitat. Però entès en la forma excepcional en què ha estat interpretada la possibilitat de l'exempció, com quelcom aplicable a casos particulars, no és contrària a la Constitució. Per connexió, arribem a la mateixa afirmació respecte de l'article 18.4 LOE, que preveu una remissió anàloga a les anteriors.

En conclusió, els articles 18.4, 20.5, 24.5, 25.7, 28.9, 34 bis.5, 34 ter.5 i 36.5 LOE, en els termes en què han estat interpretats, no vulnereu les competències de la Generalitat.

2. Finalment, cal tractar la possible vulneració de la Constitució i de l'Estatut plantejada per les dues sol·licituds parlamentàries en considerar que la LOMCE exclou l'ensenyament de la llengua oficial pròpia de la comunitat autònoma de les assignatures troncales i la considera una assignatura de lliure configuració autonòmica. Certament, l'article 6 bis.2 LOE distingeix entre assignatures troncales, específiques i de lliure configuració, i les diferents etapes educatives situen la llengua cooficial de la comunitat autònoma entre les assignatures de lliure configuració, com ara l'article 24 LOE respecte del primer cicle d'ESO.

Resulta clar que la LOMCE opera en aquest aspecte un canvi de model en l'estructura del currículum, i en la terminologia, perquè, d'una banda, crea una nova categoria d'assignatures «troncales» i, de l'altra, no inclou entre aquestes l'ensenyament de la llengua cooficial.

Per tant, hem d'examinar si la consideració concreta de l'assignatura Llengua cooficial i literatura com de lliure configuració per contraposició a les troncales respecta les competències autonòmiques en matèria d'ensenyament i la resta de normes constitucionals.

En aquest sentit, el primer punt que cal destacar és que la consideració de lliure configuració permet a la comunitat autònoma l'exercici de la competència plena sobre la configuració de l'assignatura Llengua cooficial i literatura, perquè la intervenció de la comuni-

tat autònoma es dona sobre aquest tipus d'assignatura. En segon lloc, la LOE prescriu un tractament «anàleg» per a les diferents etapes educatives (art. 18.4, 24.5, 25.7, 34 bis.5 i 34 ter.5) entre l'ensenyament del castellà i de les altres llengües oficials, al marge de la seva qualificació com a troncal o de lliure configuració. En tercer lloc, d'acord amb la regulació prevista per a aquest darrer bloc d'assignatures, correspon a les comunitats autònomes amb llengua pròpia, entre d'altres, establir-ne els continguts, els criteris d'avaluació i els estàndards d'aprenentatge avaluable, i fixar-ne l'horari (art. 6 bis.2.c.2n, 5è, 6è i 7è LOE).

A més, pel que ara interessa, hem de destacar el que prescriu la disposició addicional trenta-novena LOE, quan estableix amb caràcter general el mandat que l'assignatura Llengua cooficial i literatura haurà de ser avaluada en les avaluacions finals d'educació primària (art. 21), ESO (art. 29) i batxillerat (art. 36 bis), i que, així mateix, llevat de les exempcions personals, també es cursarà i s'avaluarà al llarg de les diferents etapes educatives. Per tant, tot i que ara l'assignatura Llengua cooficial i literatura s'insereix en el bloc de les assignatures no troncal, se'n preserva l'aprenentatge i l'avaluació, tant al llarg de les etapes educatives com al final d'aquestes, fent així efectiu el deure que correspon a l'Estat, conjuntament amb les comunitats autònomes, de garantir-ne el coneixement, d'acord amb el que preveuen els articles 3 CE i 6.2 i 35 EAC.

Una vegada establerta la constitucionalitat del règim jurídic, es poden plantejar els inconvenients d'utilitzar una terminologia que contraposa la qualificació del castellà com a assignatura troncal amb la resta de llengües oficials de les comunitats com a assignatures de «lliure configuració autonòmica». Així, aquest terme podria evocar una naturalesa qualitativa inferior de les llengües cooficials respecte de la troncalitat del castellà en el sistema educatiu. Malgrat aquesta impressió, la consideració de la matèria llengua cooficial com de lliure configuració no és contrària ni a la Constitució ni a l'Estatut.

En conclusió, la consideració de l'assignatura Llengua cooficial i literatura com de lliure configuració autonòmica dels diferents cicles de l'ensenyament, prevista en els articles 18.4 (primària), 24.5 (primer cicle d'ESO), 25.7 (quart d'ESO), 34 bis.5 (primer de batxillerat), 34 ter.5 (segon de batxillerat) LOE, examinats conjuntament amb allò que disposa la disposició addicional trenta-novena LOE, no és inconstitucional.

Quart. L'ensenyament de la religió en l'itinerari educatiu

En el present fonament jurídic examinarem els preceptes de la LOE que són qüestionats pels diputats sol·licitants per la seva possible vulneració del dret a la llibertat ideològica, religiosa i de culte previst a l'article

16 CE. Per tal d'analitzar-los, els classificarem en dos grups, d'acord amb el seu contingut.

1. D'una banda, abordarem els que estableixen la religió com a àrea del bloc de les assignatures específiques en les diferents etapes de l'ensenyament: l'article 18.3.b LOE, modificat per l'apartat nou de l'article únic LOMCE, per a l'educació primària; l'article 24.4.b i .c.7è, reformat per l'apartat quinze de l'article únic LOMCE, per al primer cicle d'ESO; l'article 25.6.b i .c.9è, segons la redacció donada per l'apartat setze de l'article únic LOMCE, per al quart curs d'ESO; l'article 34 bis.4.7è, d'acord amb la redacció de l'apartat vint-i-cinc de l'article únic LOMCE, per al primer curs de batxillerat; i l'article 34 ter.4.j, modificat per l'apartat vint-i-sis de l'article únic LOMCE, per al segon curs de batxillerat. I, de l'altra, analitzarem la regulació integrada per les previsions de la disposició addicional segona LOE, intitulada «Ensenyament de la religió», que ha estat modificada per l'apartat noranta-un de l'article únic LOMCE, i que té tres apartats. El primer declara que «[l]l'ensenyament de la religió catòlica s'ha d'ajustar al que estableix l'Acord sobre ensenyament i assumptes culturals subscrit entre la Santa Seu i l'Estat espanyol», i, a continuació, disposa que aquesta religió, que s'inclourà en els nivells educatius que correspongui, ha de ser d'oferta obligatòria i de caràcter voluntari per a l'alumnat. El segon es remet, per a l'ensenyament d'altres religions diferents de l'anterior, als acords de cooperació que ja s'han subscrit amb altres tres religions i als que es puguin subscriure en el futur. I el tercer, que és el que incorpora *ex novo* la LOMCE, atribueix a les autoritats religioses la determinació del currículum i dels estàndards d'aprenentatge avaluable, així com les decisions sobre la utilització dels llibres de text i els materials didàctics.

Com hem vist en el fonament jurídic primer, els diputats no precisen de manera detallada els dubtes que susciten aquests preceptes, més enllà de l'afegació genèrica que el laïcisme de l'Estat li prohibeix actituds de signe religiós, com també la intervenció en l'àmbit de l'ensenyament. I que el poder públic «té l'obligació d'evitar qualsevol conflicte entre l'educació pública en matèria religiosa i les creences religioses de les famílies, amb la finalitat de respectar la lliure decisió d'aquestes».

Un cop enumerats els articles qüestionats i la fonamentació de la sol·licitud, ens correspon delimitar l'objecte del nostre pronunciament, el qual se centrarà a donar resposta a dues qüestions principals. En primer lloc, haurem de determinar si la previsió que contenen els precitats articles de la LOE, en la mesura que estableixen la religió com a assignatura específica del currículum de primària, ESO i batxillerat, d'oferta obligatòria i continguts avaluable, s'adequa al marc constitucional, concretament a l'article 16 CE i a la jurisprudència constitucional que l'ha interpretat. Una vegada resolt l'anterior dubte, examinarem la dispo-

sició addicional segona LOE amb la finalitat d'escatir si la regulació que inclou sobre les condicions d'establiment i d'ensenyament de l'assignatura en el si del sistema educatiu són respectuoses amb l'ordre constitucional (art. 16 i 27 CE) i, específicament, si el règim aplicable a la religió catòlica podria vulnerar el principi d'igualtat de l'article 14 CE amb relació a altres confessions distintes de la primera.

Per tal de donar resposta adequada a aquest objecte, cal que a continuació exposem sintèticament el paràmetre de constitucionalitat que aplicarem. Certament, l'àmbit de la llibertat religiosa i el dret a l'educació és un tema de gran profunditat doctrinal, atesa la seva rellevància sistèmica en la cultura constitucional des dels seus orígens històrics. No obstant això, a efectes del present examen, resultarà suficient limitar-ne l'anàlisi als aspectes que esdevenen imprescindibles per resoldre'l en els termes en què ens ha estat sol·licitat, és dir, en el de la seva projecció com a assignatura inserida en el currículum del sistema educatiu.

2. Els preceptes que actuen de referència en el vèrtex de l'ordenament constitucional són els articles 16 i 27 CE. Sobre el primer, cal recordar que l'Estat espanyol és definit per la norma fonamental com a aconfessional. Aquesta caracterització, referida a la posició de l'Estat davant el fet religiós, comporta l'exigència de la separació entre l'esfera dels poders públics i les diferents confessions religioses, en el sentit de la manca d'identitat jurídica i moral dels uns respecte de les altres. Així, l'Estat ha de desvincular dels interessos i valors religiosos tant la producció i l'enjudiciament de les seves normes com la concepció i l'execució de les seves polítiques públiques en un sentit ampli. Fins i tot es podria afirmar que aquesta aconfessionalitat estatal ens remet a la primacia dels principis, els valors, els drets i les llibertats constitucionals a l'hora d'articular la moral pública o el mínim comú ètic com a paràmetre de referència en la valoració de l'actuació política i l'interès general.

L'esmentat model de l'aconfessionalitat respon, d'una banda, a la llibertat religiosa (art. 16.1 CE), que implica un deure de respecte i, per tant, d'abstenció de l'Estat respecte de l'esfera íntima de la llibertat subjectiva de la persona i les seves conviccions. Simultàniament, però, també presenta una dimensió externa, consistent en la possibilitat o la facultat del seu exercici per part dels ciutadans, davant de la qual l'Estat ha de manifestar una posició neutral, de no-interferència o coacció indeguda, i al mateix temps facilitadora en el sentit prestacional o assistencial. És en aquest darrer sentit, relatiu a la dimensió col·lectiva de la llibertat religiosa, que la Constitució incorpora, un cop fixada la necessària neutralitat, un mandat als poders públics de cooperació i col·laboració amb les confessions religioses (art. 16.3 CE).

Aquest darrer vessant, que ha estat denominat pel Tribunal Constitucional com a *laïcisme positiu*, ha de ga-

rantir als individus la realització efectiva del seu dret, tant en l'àmbit individual com en el col·lectiu. Ara bé, el mandat positiu d'actuació ha de ser respectuós amb dues exigències que deriven dels principis i valors constitucionals: d'una banda, no ha d'interferir en la llibertat de creences dels ciutadans, els quals no poden ser obligats en contra de la seva voluntat a participar en cap activitat religiosa o professar cap creença; i, de l'altra, quan l'Estat intervingui ho ha de fer des de la neutralitat, manifestant-se imparcial en el camp del pluralisme religiós i sense identificar-se amb cap confessió concreta ni assumir-la com a pròpia (STC 5/1981, de 13 de febrer, FJ 9), tot vetant «cualquier tipo de confusión entre fines religiosos y estatales» (STC 46/2001, de 15 de febrer, FJ 4).

Aquest esquema de configuració dual, negatiu i positiu, té una de les seves manifestacions més rellevants i notòries en l'àmbit del dret fonamental a l'educació (article 27 CE), amb relació al qual es preveu que ha de tenir com a objecte el ple desenvolupament de la personalitat humana en el respecte als principis democràtics de convivència i als drets i llibertats fonamentals (apt. 2), així com que els poders públics han de garantir el dret dels pares que els fills rebin la formació religiosa i moral que vagi d'acord amb la seves conviccions (apt. 3). I, en aquest sentit, el Tribunal Constitucional ha declarat que el deure de cooperació de l'Estat, a què ens hem referit, troba en la inserció de la religió en l'itinerari educatiu una via possible per a la realització de la llibertat religiosa en concurrència amb l'exercici del dret a l'educació d'acord amb les pròpies conviccions religioses (STC 128/2007, de 4 de juny, FJ 5).

En l'àmbit internacional, la projecció de la llibertat religiosa en l'ensenyament està recollida en diverses normes, com ara l'article 14.3 de la Carta europea dels drets fonamentals de la Unió Europea, l'article 9 del Conveni europeu per a la protecció dels drets humans i de les llibertats fonamentals, o l'article 18.4 del Pacte internacional de drets civils i polítics. I, en l'àmbit intern, hem de fer esment també a la Llei orgànica 7/1980, de 5 de juliol, de llibertat religiosa, que disposa que els poders públics han d'adoptar les mesures necessàries per facilitar la formació religiosa en centres docents públics, i fer així efectiva l'aplicació del dret de tota persona a rebre ensenyament religiós de tot tipus i a elegir, dins i fora de l'àmbit escolar, l'educació religiosa que estigui d'acord amb les seves conviccions (art. 2).

D'acord amb aquest marc, la jurisprudència constitucional s'ha pronunciat, des de la dècada dels anys vuitanta, establint una doctrina prou consolidada en determinats aspectes, tot i que l'evolució de la legislació del sistema educatiu ha estat, com és sabut, tan prolífica com efímera, amb nombroses reformes fins arribar a la regulació que ara estem analitzant. És clar que el model constitucional permet diverses opcions a l'hora d'incor-

porar la religió a l'ensenyament, amb més o menys presència d'aquesta segons l'apreciació que en cada època s'imposi, d'acord amb la sensibilitat social del moment, les majories parlamentàries o els acords que signi l'Estat en compliment de l'article 16.3 CE. De fet, les lleis que han estat en vigor d'ençà de la recuperació de la democràcia han previst formulacions sensiblement diferents, que han anat des de l'opció voluntària i asimètrica entre religió i l'assignatura alternativa, generalment l'ètica i els valors cívics, fins a l'actual reforma de la LOE, que, com hem avançat, preveu la religió com a assignatura específica i avaluable.

No hi ha dubte que la crítica o el qüestionament que es formula a la regulació que ara estem examinant, des d'un punt de vista polític o social hi té cabuda, en la mesura que es produeix un canvi significatiu respecte del model vigent fins a l'actualitat. I la sensibilitat de la qüestió resulta evident en la mesura que la religió a la LOE s'estableix ara, en les diverses etapes educatives, com a disciplina avaluable, tot i que no en l'avaluació final d'accés als títols d'ESO i batxillerat. Ara bé, des de la perspectiva juridicoconstitucional, no es pot obviar que la jurisprudència ha marcat els límits infranquejables i indisponibles per part de legislador en el règim de voluntarietat en la seva elecció o «seguimiento libre», la indemnitat de l'ordre constitucional de valors i principis xifrat en l'ordre públic constitucional (per totes, STC 5/1981, de 13 de febrer, FJ 9) i el respecte al principi d'igualtat i la prohibició de la discriminació entre les diferents religions que conformen el pluralisme de la nostra societat.

En concret, quant a la impartició d'uns ensenyaments que responguin a conviccions religioses i, alternativament i simultània, altres ensenyaments paral·lels, el Tribunal Constitucional ha declarat que aquest sistema persegueix l'objectiu d'assegurar que l'alumne rebi una formació adequada per al ple desenvolupament de la personalitat, que li proporcioni el bagatge cultural necessari per al legítim i ple exercici de la llibertat ideològica, que comprèn totes les opcions que suscita la vida personal i social, entre les quals s'inclouen les conviccions que es tinguin sobre el fenomen religiós. Dit d'una altra manera, «se persigue educar en la tolerancia y en el respeto a las convicciones ajenas, valores sin los cuales no hay una sociedad democrática (TEDH, caso Handyside, Sentencia de 7 de diciembre de 1976, núm. 65 y SSTC 62/1982, fundamento jurídico 5º; 107/1988, fundamento jurídico 2º y 171/1990, fundamento jurídico 9º) y para cuya efectiva realización es precisa la maduración intelectual en una mentalidad amplia y abierta» (ITC 40/1999, de 22 de febrer, FJ 2). Una altra cosa seria que aquest sistema es configurés de manera irracional o mancat d'objectivitat, i que vulnerés el principi d'igualtat proclamat constitucionalment.

3. Ara, ja centrats en l'examen que ens pertoca en el present Dictamen, si observem la regulació concreta

dels preceptes indicats al començament d'aquest fonament jurídic, podem comprovar que la religió es configura de manera optativa, en la mesura que els alumnes, sempre i en tot cas per si mateixos (o, si escau, pel pare, la mare o el tutor legal), poden triar entre l'assignatura específica de religió o, alternativament, la de valors ètics (llevat del batxillerat, en el qual la religió, si bé continua sent una assignatura específica, s'insereix en una llista més àmplia de matèries de lliure elecció entre les quals ja no es preveu la de valors ètics). D'aquesta manera, cap estudiant ni cap família veuen interferida o vulnerada la seva llibertat de creença (art. 16.1 CE) perquè no hi ha l'obligació en cap etapa educativa de cursar-la, però al mateix temps el model garanteix el mandat constitucional d'oferir-la als alumnes que la desitgin rebre d'acord amb les seves conviccions, donant compliment a l'article 27.3 CE.

La LOE, a més, situa les dues assignatures en igualtat de condicions, a diferència del que succeïa a la LODE, atès que actualment ambdues matèries són avaluables i computables en unes condicions idèntiques, circumstància que elimina els dubtes d'igualtat en aquest aspecte. Per tant, la possible valoració que una assignatura és concebuda per la Llei com a tributària de l'altra no deixa de ser un judici d'intencions que no pot ser elevat al nivell juridicoconstitucional. Finalment, pel que fa al contingut de l'assignatura com a tal, ens hi referirem més endavant, en la segona i darrera part d'aquest fonament jurídic.

En conclusió, l'article 18.3.b, l'article 24.4.b i .c.7è, l'article 25.6.b i .c.9è, l'article 34 bis.4.7è i l'article 34 ter.4.j LOE no són contraris a la Constitució.

Passant ja a la darrera qüestió de la implantació de l'assignatura i els seus continguts i condicions d'ensenyament, ens correspon analitzar la regulació de la disposició addicional segona LOE. Els dubtes expressats respecte d'aquesta, tal com hem indicat en l'encapçalament d'aquest fonament jurídic, fan referència al seu contingut confessional i a la posició de preeminència de la religió catòlica, que comportaria una vulneració del principi d'igualtat per a la resta de confessions.

Abans d'examinar aquesta disposició, cal fer una breu referència als seus antecedents més immediats i a la seva evolució normativa. Així, amb ubicació i numeració similars, l'ensenyament de la religió en el sistema educatiu s'ha previst en les diferents lleis orgàniques d'educació des de la LOGSE fins a l'actualitat, tot fent remissió al contingut de l'Acord sobre ensenyament i assumptes culturals subscrit entre la Santa Seu i l'Estat espanyol, i als altres acords de cooperació celebrats per aquest amb diverses confessions religioses, quant a la forma com aquest ensenyament s'ha d'oferir.

Així, l'esmentat Acord internacional, de 3 de gener de 1979, ratificat per l'Instrument de 4 de desembre de 1979, i que s'ha mantingut fins avui sense ulteriors reformes, declara, als efectes que interessin, que els

plans d'estudi (des de l'educació infantil fins al batxillerat) hauran d'incloure l'ensenyament de la religió catòlica en tots els centres educatius «en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales» i que aquest ensenyament no tindrà caràcter obligatori (art. II). Pel que fa als altres acords de cooperació subscrits per l'Estat amb la Federació d'Entitats Religioses Evangèliques d'Espanya, la Federació de Comunitats Israelianes a Espanya i la Comissió Islàmica d'Espanya, recollits a les lleis 24, 25 i 26/1992, de 10 novembre, garanteixen als alumnes d'educació infantil, primària i ESO, als seus pares i als òrgans de govern escolars que ho sol·licitin, l'exercici del dret dels primers a rebre ensenyament de la seva religió en els centres públics i privats concertats, sempre que, pel que fa a aquests darrers, l'ensenyament d'aquestes religions no entri en conflicte amb el caràcter propi del centre (art. 10).

Quant a la resta de previsions, l'Acord amb la Santa Seu i els altres acords presenten una identitat substancial pel que fa al professorat, el contingut de l'assignatura i la determinació dels llibres de text.

En desenvolupament de les esmentades disposicions addicionals sobre l'ensenyament de la religió, podem esmentar el Reial decret 2438/1994, de 16 de desembre, dedicat específicament a la regulació d'aquesta qüestió. Posteriorment, ha estat derogat i en l'actualitat el detall de l'oferta d'aquest ensenyament (com ara fer l'elecció d'aquesta assignatura, quines mesures organitzatives cal adoptar en cas de no escollir-la, com s'avalua i com es computa aquesta avaluació en l'expedient) es troba incorporat en les normes reglamentàries dels currículums de les diferents etapes dels ensenyaments (per tots, RD 1631/2006, de 29 de desembre, per a l'ESO, i RD 1467/2007, de 2 de novembre, per al batxillerat).

En allò que interessa a aquest Dictamen, el nou apartat tercer que s'afegeix a la disposició addicional segona, sobre l'atribució de la determinació del currículum i dels estàndards de l'aprenentatge avaluables a les autoritats religioses, com també de les decisions sobre utilització dels llibres de text i materials didàctics, té el seu antecedent en els mateixos acords internacionals abans esmentats i ja s'havia previst de forma semblant en la regulació dels currículums dels ensenyaments.

En relació amb els continguts confessionals, ja sigui de la religió catòlica o de qualsevol altra confessió, hem de recordar que la jurisprudència constitucional ha sostingut que una manifestació del principi de neutralitat de l'Estat consisteix en l'abstenció d'aquest d'intervenir en l'elecció dels coneixements que són impartits amb motiu del seu ensenyament, ja que, precisament, com hem vist, aquest principi prohibeix qualsevol confusió entre funcions religioses i estatals (per totes, STC 340/1993, de 16 de novembre, FJ 4.D). Així s'ha considerat que la no-intervenció de l'Estat en la selecció dels llibres i materials és una garantia del

dret de la llibertat religiosa en la seva dimensió externa i col·lectiva, afirmant que: «El credo religioso objeto de enseñanza ha de ser, por tanto, el definido por cada iglesia, comunidad o confesión, no cumpliéndole al Estado otro cometido que el que se corresponda con las obligaciones asumidas en el marco de las relaciones de cooperación a las que se refiere el art. 16.3 CE» (STC 38/2007, FJ 5).

Aquesta doctrina ens permet connectar amb el retret dels sol·licitants del present Dictamen quan sostenen que un contingut confessional de l'assignatura de religió suposa immediatament una vulneració del caràcter aconfessional de l'Estat proclamat per la Constitució a l'article 16 CE. Però això, a efectes del nostre examen constitucional i d'acord amb la jurisprudència que acabem d'indicar, no és correcte, atès que precisament la inserció en el currículum escolar d'una assignatura religiosa, quan és l'opció legítimament adoptada pel legislador, ha de respectar l'esmentada neutralitat pel que fa a la determinació dels continguts i materials. Per contra, els veritables límits que no es poden traspassar, a efectes del seu enjudiciament, consisteixen en el fet que no es configuri com una assignatura de curs obligatori, i que no es tracti d'una oferta curricular que discrimini el pluralisme religiós. Per tant, l'aconfessionalitat és respectada mitjançant aquestes previsions i no mitjançant el control indegut de la matèria, que, per contra, podria afectar l'obligació de no-interferència per parts dels poders públics en funcions que no els són pròpies.

D'aquesta manera, la disposició addicional segona LOE, quant a la manera com s'ha d'impartir aquest ensenyament, remet als termes i continguts dels acords de cooperació signats entre l'Estat espanyol i diverses confessions religioses. Entre aquests destaca, com hem indicat, l'Acord internacional sobre ensenyament i assumptes culturals subscrit entre l'Estat i la Santa Seu. Pel que fa a aquests, hem de dir –en el mateix sentit que al seu dia es va pronunciar el nostre predecessor, el Consell Consultiu (DCC núm. 194, de 16 de març de 1995, F III.2)– que, malgrat que el seu abast pugui ser objecte de crítiques, la seva signatura com a instrument jurídic de caràcter internacional i paccionat ha estat una opció lliurement exercida per les institucions de l'Estat, i no ha estat denunciada ni tampoc contradita pel Tribunal Constitucional. No hi ha dubte que són possibles altres models de cooperació amb les confessions, i específicament amb la catòlica, que prevegin una menor presència o concreció de la «inserción de la religión en el itinerario educativo» (STC 38/2007, FJ 5), però, com ja hem exposat, ara com ara, els esmentats acords als quals es remet la LOE, i que la completen, són vigents. Certament, el seu contingut i abast no és el mateix que el dels signats amb les altres confessions, però seria igualment irraonable no prendre en consideració la inqüestionable diferència, a causa de la seva històrica implantació social, dels vincles d'unes confessions respecte de les altres amb re-

lació al nostre país, i de manera molt especial pel que fa a la seva presència en el camp de les institucions d'ensenyament. De fet, la Constitució mateixa evidencia l'existència d'una certa asimetria quan, en l'article 16.3 CE, l'única confessió que esmenta explícitament és la catòlica.

Per això, la diferència resultant de règims en l'articulació concreta de l'assignatura en els centre educatius, i més quan deriva d'acords singulars de distinta naturalesa, sempre que no comporti una discriminació per un tractament arbitrari, no és per si mateixa contrària al principi d'igualtat de l'article 14 CE. Com ha reiterat la jurisprudència constitucional en nombroses ocasions, perquè el test d'igualtat adquireixi rellevància d'inconstitucionalitat per raó d'un tracte diferenciats, ja sigui en la configuració normativa o en la seva aplicació, ha d'acreditar de manera indubtable que es parteix de situacions idèntiques o molt similars (*tertium comparationis*), i, un cop es comprova aquesta condició prèvia, s'ha d'evidenciar que la regulació adoptada resulta arbitrària per manca d'una finalitat constitucionalment legítima o bé perquè la distinció que adopta no respon a una justificació mínimament raonable. Així mateix, la vulneració del principi d'igualtat també pot derivar de la desproporció en les conseqüències de la seva aplicació, tenint en compte la finalitat de la norma. Doncs bé, en el cas que ens ocupa, i tal com ho hem raonat, les confessions diferents de la catòlica són tractades per la Llei en condicions similars pel que fa al règim de l'assignatura específica de la religió, i en cap cas queden excloses. La distinció principal recau en la intensitat de la implantació en el sistema, el qual, com hem dit, està determinat pels termes concrets dels diferents acords que se signin amb l'Estat i, especialment, per la demanda que es produeixi en la xarxa de centres educatius, ja siguin públics o privats, segons ho aprecii l'Administració educativa competent.

Per tant, tenint en compte la inexistència d'un tracte diferenciats arbitrari (la Llei no atorga un tracte substancialment diferent a les diferents confessions ni molt menys d'exclusió), i el resultat de la seva aplicació (en els termes dels acords als quals es remet la Llei, i que són tributaris en gran manera de realitats socioreligioses diverses), no s'aprecia una taxa d'inconstitucionalitat per conculcació de l'article 14 CE, amb relació als articles 16 i 27 CE, quan es projecta en l'àmbit del dret a la llibertat religiosa i el dret a l'educació.

En conseqüència i com a conclusió, la disposició addicional segona LOE no és contrària a la Constitució.

Fetes les consideracions anteriors, no volem cloure la nostra anàlisi sense recordar que, donant per consolidada la configuració constitucional de la llibertat religiosa en el sistema educatiu, mitjançant la incorporació de l'assignatura de religió i el corresponent deure de l'Estat de garantir la voluntarietat per part dels alumnes i, alhora, la no-interferència en els continguts, d'acord amb les conviccions de cada confes-

sió, les administracions educatives competents no poden quedar al marge de qualsevol control sobre la concreció d'aquestes assignatures. És cert que la jurisprudència ha avalat la diversitat de models segons l'apreciació del legislador i els termes que pacti amb les distintes autoritats religioses.

Però, donant per descomptat el reconeixement de la llibertat d'apreciació de l'oportunitat i l'autonomia de l'Estat en la fixació dels acords amb les confessions, aquest no pot ignorar que la legítima inserció de la religió en el sistema educatiu públic i concertat ha de ser sempre compatible i respectuosa amb el conjunt dels principis, valors, drets i llibertats fonamentals. D'acord amb això, no seria acceptable constitucionalment la transmissió de continguts i coneixements que fossin manifestament contraris a principis tan essencials com el de la igualtat o la prohibició de discriminació per raó de qualsevol condició o circumstància personal o social, o atemptatori contra el concepte de l'ordre públic protegit per la llei, el qual ens remet als valors de la tolerància, la convivència i el pluralisme en les seves diverses manifestacions.

Per tant, amb independència de la literalitat de la LOE, en la qual no hem detectat motiu d'inconstitucionalitat segons el paràmetre d'enjudiciament que ens correspon aplicar, o de l'abast dels acords amb les confessions religioses, sí que és cert que aquesta capacitat d'alta supervisió per part dels poders públics seria convenient que constés de forma més explícita en la Llei o la normativa que la desenvolupi. Això es podria concretar en la previsió de mecanismes o procediments específics de garantia per part de les administracions educatives competents, així com en la fixació més detallada dels límits precisos a les facultats que les confessions tenen reconegudes en l'articulació de l'assignatura específica de religió, incloent-hi els llibres i el material, la selecció i la idoneïtat dels professors o l'establiment dels estàndards de coneixement avaluable. D'aquesta manera, alhora que es respecta el principi de neutralitat estatal i el dret fonamental a l'educació en el fet religiós, s'asseguraria de manera més nítida la distinció entre les finalitats religiosa i pública.

Cinquè. L'ensenyament diferenciats per raó de gènere

Els sol·licitants qüestionen, fonamentalment per conculcació del principi d'igualtat (art. 14 CE), tres preceptes: els articles 84. 3 i 116 LOE, així com la disposició transitòria segona LOMCE.

1. L'article 84 LOE, modificat per l'apartat seixanta-un de l'article únic LOMCE, conté onze paràgrafs, dedicats a la regulació, l'admissió d'alumnes i l'escolarització en centres públics i privats concertats, i incorpora els canvis més substancials en els apartats 2 i 3.

Concretament, pel que interessa a l'objecte d'aquest Dictamen, el primer paràgraf del seu apartat 3 repro-

dueix el principi constitucional de prohibició de tota discriminació (art. 14 CE), mentre que els altres dos paràgrafs que s'hi afegeixen *ex novo* es dediquen, d'una banda, a afirmar que l'organització de l'ensenyament diferenciat per sexes no constitueix una discriminació (art. 84.3.2n) i, de l'altra, a establir la prohibició que l'elecció d'aquest tipus d'ensenyament pugui comportar un tractament menys favorable o un desavantatge, a l'hora de subscriure concerts amb les administracions educatives o en qualsevol altre aspecte, per a les famílies, l'alumnat o els centres mateixos (art. 84.3.3r). En consonància amb aquesta darrera previsió, l'article 116.1 LOE, modificat per l'apartat setanta de l'article únic LOMCE, incorpora un mandat semblant amb relació a l'elecció de centre per raó del seu caràcter propi.

Pel que fa a les sol·licituds de Dictamen, la primera, presentada pels diputats del Parlament, del Grup parlamentari d'Esquerra Republicana de Catalunya, entén que la modificació de l'article 84.3 LOE «suposa una discriminació per raó de sexe, la qual cosa vulnera l'article 14 CE, a part de ser contradictori amb la disposició addicional 25ena de la mateixa LOE [...] i els articles 205 i 43 de la Llei d'educació de Catalunya». La segona, dels diputats del Parlament, pertanyents al Grup parlamentari Socialista, també considera que el canvi legal constitueix una vulneració de l'article 14 CE, així com de l'Estatut, tant pel que fa als drets estatutaris com en relació amb les competències de la Generalitat. A més, destaca que «pot suposar trencar amb un dels principis ordenadors de la prestació del servei educatiu, concretament el principi de coeducació».

En la nostra funció consultiva ens pertoca fer una anàlisi únicament de constitucionalitat i d'estatutarietat dels preceptes qüestionats, tot deixant de banda les possibles contradiccions amb altres preceptes legals, dictats per l'Estat o les comunitats autònomes, que, tanmateix, poden contextualitzar els canvis normatius produïts. Així, el nostre capteniment s'ha de dirigir a comprovar si la norma que proposa la separació educativa de l'alumnat per raó de sexe contravé o no els articles 14 i 27 CE, essent els poders públics els encarregats de concretar i garantir el respecte dels esmentats límits. Per finalitzar, també examinarem si la regulació prevista en l'esmentat article 84.3 LOE respecta les competències de la Generalitat en matèria d'admissió als centres educatius i règim de sosteniment amb fons públics dels ensenyaments del sistema educatiu i dels centres que els imparteixen.

L'article 84 LOE s'emmarca, com hem dit, en el procediment d'escolarització i admissió dels alumnes en els centres docents, però no es pot negar la intrínseca relació que manté la possibilitat d'educació separada, establerta també pels sol·licitants, amb els concerts educatius (art. 116 LOE), ja que l'escola pública opta unívocament per l'organització de l'ensenyament en coeducació. En aquest sentit, la disposició addicional

vint-i-cinquena LOE, no modificada per la LOMCE, amb la finalitat de fomentar la igualtat entre homes i dones, estableix que els centres que desenvolupin el principi de coeducació en totes les etapes educatives «han de ser objecte d'atenció preferent i prioritària en l'aplicació de les previsions que recull aquesta Llei, sense perjudici del que disposen els convenis internacionals subscrits per Espanya». En aquesta mateixa direcció, podem esmentar l'article 43.1.d LEC, que, entre els principis ordenadors del Servei d'Educació de Catalunya, inclou el de la coeducació.

Igualment, l'article 116 LOE (d'acord amb la redacció feta per l'apartat setanta de l'article únic LOMCE, que no el modifica en aquest punt) diu que, d'una banda, constitueix un requisit, a l'hora d'acollir-se al règim de concerts, oferir ensenyaments declarats gratuïts i satisfer necessitats d'escolarització (art. 116.1 LOE). I, de l'altra, pel mateix motiu, que tenen preferència aquells centres privats que atenguin poblacions escolars de condicions econòmiques desfavorables, que duguin a terme experiències d'interès pedagògic per al sistema educatiu o que, a més dels dos anteriors, funcionin en règim de cooperativa (art. 116.2 LOE i STC 77/1985, 9 de febrer, FJ 30).

A) Des de la perspectiva juridicoconstitucional, en relació amb el principi d'igualtat en l'àmbit educatiu, l'afirmació que fa el primer paràgraf de l'article 84.3, en el sentit que l'organització de l'ensenyament diferenciat per sexes no constitueix una discriminació, o la prohibició de discriminació en el cas d'elecció de centre pel seu ideari o en la subscripció de concerts, que es conté en el segon paràgraf del mateix article, no són motius suficients per entendre que no s'incorre en inconstitucionalitat pel motiu al·legat pels sol·licitants. L'article 14 CE conté una clàusula explícita de no-discriminació per raó de sexe, que es projecta sobre l'article 27.2 CE, en la mesura que aquest incorpora el mandat que l'educació tingui com a objecte el ple desenvolupament de la persona humana i el respecte als drets i a les llibertats fonamentals, entre els quals es troba, sens dubte, la igualtat davant la llei. Per això és exigible que l'article 84.3 LOE tingui més garanties que les merament formals.

En aquesta línia de reforç, l'article 84.3 (segon paràgraf) reclama que l'esmentat ensenyament segregat s'ha de desenvolupar de conformitat amb l'article 2, apartat a, de la Convenció per la lluita contra les discriminacions en l'àmbit de l'ensenyament, aprovada per la Conferència General de la UNESCO el 14 de desembre de 1960, el qual permet l'ensenyament diferenciat per raó de sexe entre alumnes, com a excepció al principi general de no-segregació (previst a la Convenció precitada, a l'art. 1.1.c), sempre que: «esos sistemas o establecimientos ofrezcan facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza, dispongan de un personal docente igualmente calificado, así como de locales escolares y de un equipo de igual calidad y

permitan seguir los mismos programas de estudio o programas equivalentes».

L'article 84.3 (tercer paràgraf, darrer incís) LOE exigeix també, a mode de garantia, que els centres precisats han d'exposar, en el seu projecte d'ensenyament, «les raons educatives» de l'elecció d'aquest sistema segregat i les «mesures acadèmiques que desenvolupen per afavorir la igualtat». Per tant, la intenció de la Llei és situar el model de separació per raó de sexe dins de les opcions pedagògiques, tot preservant com a valor la igualtat entre homes i dones.

D'altra banda, des de la perspectiva de la possible discriminació a l'hora de sol·licitar l'admissió en un centre que tingui implantada una educació diferenciada per sexes, no coincidint amb el gènere del sol·licitant, hem de fer alguna consideració addicional. Així, si bé l'Administració educativa ha de procurar respectar en allò que sigui possible el dret a la lliure elecció de centre, cal recordar que del dret a l'ensenyament reconegut a l'article 27 CE no es deriva el reconeixement del dret del particular a l'elecció d'un centre docent en concret (STC 77/1985, FJ 5). En qualsevol cas, allò que ha de garantir l'Administració educativa és l'escolarització de l'alumne o alumna en l'àmbit territorial que li correspongui per aplicació dels criteris objectius de selecció que derivin del sistema legalment previst, i d'acord amb una programació adequada de l'oferta dels centres docents públics i concertats.

A més, el nou article 1.q LOE (també sol·licitat per la segona petició, al qual ens referirem més endavant) indica que el sistema educatiu espanyol s'inspira en «[l]a llibertat d'ensenyament, que reconegui el dret dels pares, les mares i els tutors legals a triar el tipus d'educació i el centre per als seus fills, en el marc dels principis constitucionals». Igualment, l'article 2.1.b LOE estableix com a fi del sistema educatiu espanyol «[l]educació en el respecte dels drets i llibertats fonamentals, en la igualtat de drets i oportunitats entre homes i dones».

Consegüentment, atès tot l'anterior, des de l'òptica de la preservació del principi d'igualtat (art. 14 CE), l'opció pedagògica que permet l'article 84.3 LOE, en abstracte, d'emprar una metodologia educativa o una altra no conculca el dit principi, ni tampoc contradiu aquest precepte constitucional, ja que manifesta expressament el respecte dels principis constitucionals i, a més, hi ha previstes unes garanties per a la preservació dels valors establerts a la Constitució.

B) Des d'un altre vessant jurídic constitucional, el de la llibertat d'ensenyament (art. 27.1, .3 i .6 CE) i del suport públic als centres privats (art. 27.9 CE), la Constitució exigeix «respecte als principis constitucionals» (art. 27.6 CE) i que l'ajuda pública, concretada legalment en els concerts educatius encara que no únicament, s'efectuarà en aquells centres docents «que reu-

neixin els requisits que la llei estableixi», sigui estatal o autonòmica.

En aquest sentit, els centres privats poden tenir i aplicar el seu projecte educatiu (caràcter, orientació o ideari educatiu), sempre que no contradigui els principis constitucionals (STC 5/1981, FJ 8, i STC 77/1985, FJ 9). I podran ser subvencionats en règim de concert d'acord amb els requisits i les prioritats que la llei prevegi. Aquesta llei, actualment, en l'àmbit estatal, no és una altra que la LOE, en la versió donada per la LOMCE, i que ha estat dictada, en relació amb l'article 84.3 LOE, com a bàsica (disp. final cinquena LOE) i com a orgànica (disp. final setena LOE), tot i que pot ser desenvolupada per la legislació autonòmica (en el nostre cas, per la LEC).

Com sabem, el dret a l'educació (art. 27.1 CE), ensems amb el seu contingut primari de dret de llibertat, té «una dimensió prestacional», relacionada amb el suport potestatiu als centres privats, en el marc d'allò que estableixi la llei (STC 236/2007, de 7 de novembre, FJ 8). Segons això, l'apartat 9 del mateix article 27 CE no inclou un «dret subjectiu a la prestació pública», sinó que l'ajut públic es configura, per remissió, d'acord amb els termes que disposi la llei, de manera que els centres privats podran invocar el dret legal de rebre subvencions. Així, el Tribunal, a la STC 86/1985, de 10 de juliol, considera que l'article 27.9 CE demana al legislador que configuri el règim d'ajuts atenint-se «a las pautas constitucionales orientadoras del gasto público, porque la acción prestacional de los poderes públicos ha de encaminarse a la procuración de los objetivos de igualdad y efectividad en el disfrute de los derechos que ha consagrado nuestra Constitución» (FJ 3).

Per tant, la llei necessàriament haurà d'establir el model dels ajuts als centres docents, com també els requisits i les prioritats per al seu atorgament, ja que «el derecho a la subvención no nace para los centros de la Constitución, sino de la Ley» (STC 86/1985, FJ 3). D'aquesta manera, el legislador pot modificar les condicions i els criteris per a la subvenció, sempre que ho faci en el marc de la Constitució i sense generar desavantatges o un tractament menys favorable (en el sentit de l'art. 84.3, tercer paràgraf, o l'art. 116.1 LOE). En qualsevol cas, no podrà ser considerat un desavantatge encara que es doni prevalença a altres criteris diferents al de la separació, en aplicació dels requisits i de les preferències establerts a la Llei. Així, «los recursos públicos no han de acudir, incondicionalment, allà donde vayan las preferencias individuales» (STC 86/1985, FJ 4). En aquest sentit, els criteris de preferència s'apliquen en el cas d'insuficiència de pressupost per atendre totes les peticions dels centres privats (art. 116.2 i 109.3 LOE, i específicament a Catalunya d'acord amb l'art. 205.2 LEC, precepte examinat pel Consell Consultiu en el DCC núm. 294, F VII.6).

En conseqüència, les comunitats autònomes, a partir d'ara, no poden excloure del règim de concert els centres que triïn aquesta organització de l'ensenyament de forma segregada, ja que la dita prohibició és considerada bàsica, però, a partir dels requisits i de les prioritats de la LOE, poden, en la seva llei de desenvolupament (lletres *e* i *f* de l'art. 131.3 EAC), establir i complementar periòdicament els criteris d'atorgament dels concerts educatius (art. 116.4 LOE i DCC núm. 294, F VII.6). Així mateix, en relació amb l'admissió d'alumnes, l'han de regular de manera que es garanteixi el dret a l'educació, l'accés en condicions d'igualtat i la llibertat d'elecció de centre per pares o tutors (art. 84.1 LOE), concedint l'ajut d'acord també amb les dotacions pressupostàries i altres previsions, com ara la concertació preferent dels cicles de formació professional bàsica (art. 116.6 LOE), o també la previsió, com a principi ordenador de la prestació del sistema educatiu català, que la coeducació, per mitjà de l'escolarització mixta, ha de ser objecte «d'atenció preferent» (art. 43.1.d LEC).

En conclusió, l'article 84.3 LOE no és contrari a l'article 14 CE ni a l'article 27.9 CE, i tampoc no vulnera les competències de la Generalitat previstes a l'article 131.3 EAC.

2. L'article 116 LOE, sobre el règim de concerts dels centres privats, queda modificat per l'apartat setanta de l'article únic LOMCE, el qual, d'una banda, afegeix un nou apartat vuit, que examinarem més endavant; i, de l'altra, unes addicions poc rellevants als efectes del nostre Dictamen, en forma d'incisos dins del redactat anterior (art. 116.1, .3 i .4 LOE). A més, opera el canvi de règim singular a general pel que fa als cicles de formació professional bàsica (116.6 LOE). De fet, algunes de les previsions d'aquest article ja han estat mencionades en l'apartat anterior i no ofereixen dubtes de constitucionalitat o d'estatutarietat, tret del nou article 116.8 LOE, que, com hem apuntat, estudiarem posteriorment.

Certament, en cap dels apartats del modificat article 116 LOE es fa referència directa a l'ensenyament diferenciat per sexes, al qual fa esment explícitament l'article 84.3 LOE. En conseqüència, el primer precepte té virtualitat amb independència dels models pedagògics triats. Val a dir que l'article 116.1 LOE, com ja hem dit abans, introdueix i reproduïx literalment un incís del nou article 84.3 (tercer paràgraf) LOE, quan diu que: «sin que la elección de centro por razón de su carácter propio pueda representar para las familias, alumnos y alumnas y centros un trato menos favorable, ni una desventaja, a la hora de suscribir conciertos con las Administraciones educativas o en cualquier otro aspecto». Però, en tot cas, aquest incís, en el context de l'article 116, no és essencial perquè recorda el principi d'igualtat (art. 14 CE). A més, l'article 116.1 LOE fa referència expressa a l'article 109 LOE, que en el seu apartat 3 limita els concerts a la disponibilitat

pressupostària, els quals també han de preveure una adequada i equilibrada escolarització dels alumnes amb necessitats específiques de suport educatiu (art. 109.2 LOE).

En conseqüència, l'article 116, de l'apartat primer al setè, LOE no és contrari a l'article 14 CE ni a l'article 27.9 CE, i tampoc no vulnera les competències de la Generalitat previstes a l'article 131.3 EAC.

3. La disposició transitòria segona LOMCE, intitulada «Aplicació temporal de l'article 84.3 de la Llei orgànica 2/2006, de 3 de maig, d'educació» prescriu que: «Els centres privats als quals el 2013 se'ls hagi denegat la renovació del concert educatiu o reduït les unitats escolars concertades per l'únic motiu d'oferir educació diferenciada per sexes poden sol·licitar que se'ls apliqui el que indica l'article 84.3 d'aquesta Llei orgànica per a la resta de l'actual període de concerts en el termini de dos mesos des de la seva entrada en vigor».

L'atorgament dels concerts educatius el fan les comunitats autònomes, com hem apuntat abans, d'acord amb els requisits i les prioritats establerts a la llei (art. 27.9 CE), estatal o autonòmica, vigent en el moment de la formalització dels ajuts, d'acord amb les previsions pressupostàries (art. 116 i 109.3 LOE, al qual es remet). En aquest sentit, cal ressaltar que les sol·licituds de concerts a què fa referència aquesta disposició no es van presentar seguint els requisits exigits per la nova LOE, sinó d'acord amb les previsions anteriorment vigents. Per tant, una aplicació d'aquesta disposició que comportés accedir a les sol·licituds fora de termini es podria considerar una arbitrarietat vetada per l'article 9.3 CE.

Finalment, aquesta prescripció temporal retroactiva al 2013 vulnera la lletra *f* de l'article 131.3 EAC, ja que suposa una ingerència del legislador estatal en les competències de la Generalitat (art. 131.3 EAC), en tant que les subvencions per concertar centres privats ja han estat concedides, a banda que també vulnera la seva autonomia financera (art. 202.3 EAC).

En conclusió, la disposició transitòria segona LOMCE vulnera les competències de la Generalitat previstes a l'article 131.3.f EAC i no troba empara en l'article 149.1.30 CE.

Sisè. Altres preceptes de la LOE sol·licitats per raons no competencials

Els escrits de petició de dictamen dels parlamentaris qüestionen altres preceptes de la LOE perquè entenen que vulneren normes de la Constitució o de l'Estatut d'autonomia de Catalunya que no tenen naturalesa competencial, o que la vulneració competencial no és el principal enfocament. Es tracta de normes i de dubtes de caire molt divers.

1. La lletra *g* de l'article 1 LOE, afegida per l'apartat u de l'article únic LOMCE, recull la llibertat d'ensenyament com un dels principis del sistema educatiu, i re-

coneix el dret «dels pares, de les mares i els tutors legals a elegir el tipus d'educació i el centre per als seus fills, en el marc dels principis constitucionals».

L'escrit de sol·licitud de dictamen presentat per una desena part de diputats, del Grup parlamentari Socialista, planteja la possible inconstitucionalitat d'aquest precepte, argumentant que pot constituir una vulneració del principi constitucional d'igualtat de l'article 14 CE, perquè «si la demanda és més gran que l'oferta haurà d'intervenir la planificació educativa i serà el centre el que esculli els alumnes».

La norma citada presenta un clar caràcter principal i el seu desenvolupament es troba en altres articles de la LOE, sobretot a l'article 84 («Admissió d'alumnes»), que estableix un seguit de criteris objectius (com ara, els germans matriculats al centre, el pare o la mare que hi treballen o la proximitat del domicili) en el cas d'insuficiència de places. Si el procés es fa correctament, l'adjudicació de les places no és determinada pel centre sinó per aquests criteris legals.

D'altra banda, no hi ha un dret constitucional a l'elecció de centre, sinó el dret a optar per un centre diferent dels creats pels poders públics, a fi de garantir el dret dels pares a una formació general d'acord amb les seves conviccions, tal com reflecteixen els tractats internacionals i ha interpretat la jurisprudència constitucional. El sistema basat en la sol·licitud d'un centre i l'aplicació de criteris objectius per resoldre la insuficiència de places ha estat acceptat expressament pel Tribunal Constitucional:

«[S]in necesidad de entrar en el análisis del contenido del derecho indicado a la elección de centro, mas bien podría decirse que tal derecho se ve reforzado por las disposiciones impugnadas, al establecer criterios objetivos que impiden, caso de insuficiencia de plazas, una selección arbitraria por parte de los Centros públicos y concertados.» (STC 77/1985, FJ 3)

Per tant, l'article 1.º LOE no és contrari a la Constitució ni a l'Estatut.

2. L'article 9 LOE es refereix a la funció estatal de promoure programes de cooperació territorial per a la consecució dels objectius educatius de caràcter general, per reforçar les competències bàsiques dels estudiants, afavorir el coneixement de la riquesa cultural i lingüística de les diferents comunitats autònomes i contribuir a la solidaritat i a l'equilibri territorial. El seu apartat 3, afegit per l'apartat sis de l'article únic LOMCE, fixa com a criteri que s'haurà de tenir en compte per a la distribució territorial dels recursos econòmics l'afavoriment de la igualtat d'oportunitats, valorant en particular la despoblació d'un territori, la dispersió geogràfica de la població, la insularitat i les necessitats específiques de l'escolarització en zones rurals.

Els diputats sol·licitants del Grup parlamentari d'Esquerra Republicana de Catalunya critiquen l'article 9.3

LOE pel pes excessiu de criteris decantats cap a la ruralitat i la territorialitat dels programes de cooperació territorial, així com per la consideració d'altres criteris socioeconòmics; però, com la mateixa sol·licitud apunta, els principis de l'article 9.2 CE i altres principis de l'ordenament han de conduir a l'equilibri de tota la població en el disseny dels programes de cooperació, entenent que els criteris esmentats a la Llei són únicament exemplificatius i es poden complementar amb d'altres, i que es tracta en qualsevol cas de formes voluntàries de cooperació.

Per això, a banda de l'incert dels criteris adduïts, l'article 9.3 LOE no vulnera l'article 9.2 CE.

3. L'article 84 LOE regula l'admissió d'alumnes als centres públics i concertats i l'apartat 2, modificat per l'apartat seixanta de l'article únic LOMCE, fixa els criteris prioritaris que s'han d'aplicar quan no hi hagi places suficients. Pel que ara interessa, en l'epígraf segon de l'esmentat article 84.2 s'introdueix un nou criteri en el sentit que es permet als centres que tinguin reconeguda una especialització curricular o que participin en una acció destinada a fomentar la qualitat docent, de les descrites a l'article 122 bis, la reserva al criteri de rendiment acadèmic de l'alumnat fins a un 20% de la puntuació assignada a les sol·licituds d'admissió a ensenyaments postobligatoris. El percentatge es podrà reduir o modular quan calgui per evitar la ruptura de criteris d'equitat i de cohesió del sistema.

Els diputats sol·licitants plantegen un retret competencial a aquesta reforma, amb citació de l'article 131.3.e EAC, però també afegeixen un altre enfocament perquè alleguen el dret d'accés a l'ensenyament en condicions d'igualtat garantit als articles 27 i 9.2 CE, mitjançant el deure dels poders públics de promoure les condicions perquè la llibertat i la igualtat de l'individu i dels grups en els quals s'integra siguin reals i efectives.

Pel que fa al primer dubte plantejat, que allega la vulneració de l'article 131.3.e EAC (competència compartida de la Generalitat sobre «l'establiment i la regulació dels criteris d'admissió i escolarització de l'alumnat als centres docents»), hem de recordar que la jurisprudència constitucional ha afirmat que la fixació de criteris objectius per a l'admissió dels alumnes, en cas d'insuficiència de places en els centres docents públics i concertats, per tal d'evitar una selecció arbitrària, és competència bàsica de l'Estat, de manera que aquests criteris han de ser concretats i ponderats per la regulació de l'Administració educativa competent (STC 184/2012, FJ 4.b, i 77/1985, FJ 5).

Per tant, d'acord amb aquest paràmetre, l'article 84.2 (segon paràgraf) LOE no vulnera les competències de la Generalitat previstes a l'article 131.3.e EAC i troba empara en l'article 149.1.30 CE.

Quant al segon dubte, la possible vulneració dels articles 27 i 9.2 CE requereix la consideració d'altres ar-

guments, perquè revela la intenció dels parlamentaris que la Llei faci real i efectiva la igualtat dels alumnes en l'accés a l'escola. Certament, l'accés a l'ensenyament en condicions d'igualtat es deriva fàcilment del contingut de l'article 27 CE, en relació amb el principi d'igualtat recollit a l'article 14 CE, però el desenvolupament d'aquest dret depèn del legislador i, per considerar la seva vulneració, s'hauria de tractar d'una regulació desproporcionada i mancada de raonabilitat i, en definitiva, incursa en una discriminació prohibida, d'acord amb l'esmentat article 14 CE.

El Consell d'Estat, en el seu Informe 172/2013, de 18 d'abril, va suggerir la conveniència de preveure la possibilitat de reducció o modulació del percentatge davant del risc que trenqués els criteris d'equitat i cohesió del sistema, possibilitat que es va introduir expressament a la Llei.

D'altra banda, la valoració del rendiment acadèmic dels alumnes, a més de respondre al principi de mèrit personal, constitueix un criteri objectiu d'admissió que té com a finalitat promoure la qualitat del sistema educatiu. A més, tot i que en aquests casos té un pes específic rellevant (20%), no és exclouent i no impedeix la valoració conjunta d'altres criteris, al mateix temps que, com hem indicat, és susceptible de valoració i ponderació per part de les comunitats autònomes.

Per tant, el segon paràgraf de l'article 84.2 LOE no és contrari als articles 27 i 9.2 CE.

D) L'apartat 8 de l'article 116 LOE, afegit per l'apartat setanta de l'article únic LOMCE, planteja alguns problemes d'interpretació. El text diu: «Les administracions educatives podran convocar concursos públics per a la construcció i gestió de centres concertats sobre sòl públic dotacional».

La sollicitud de dictamen no aporta arguments sobre la possible vulneració de la Constitució i de l'Estatut, encara que en aquest cas el contingut de la norma provoca algunes reflexions. D'una banda, no planteja problemes de tipus competencial perquè remet a les comunitats autònomes el seu possible desplegament. I, de l'altra, introdueix una novetat radical en la regulació dels concerts educatius perquè no només es refereix a la forma de gestió del centre escolar, que és l'objecte típic dels concerts, sinó també a la seva construcció. La utilització de sòl públic dotacional és una altra novetat, perquè el sistema de concert descansa en la propietat privada de l'escola. En canvi, aquest tipus de sòl urbà és reservat pel planejament general a usos públics com ara parcs, escoles públiques o poliesportius.

Es tracta, per tant, d'una previsió que, tot i que es troba al capítol dels concerts educatius, presenta algunes contradiccions, no solament amb el contingut de la LOMCE sinó també de les lleis precedents, per exemple, respecte dels mòduls del concert (art. 117 LOE) i

respecte d'altres previsions legals com ara la duració del concert o les conseqüències del seu incompliment.

Els concerts educatius, com ja hem exposat en el fonament jurídic cinquè d'aquest Dictamen, han estat el sistema triat per concretar la previsió de l'article 27.9 CE sobre l'ajut dels poders públics als «centres docents que reuneixin els requisits que la llei estableixi». El titular de l'escola privada rep de les comunitats autònomes una subvenció important, equivalent a les despeses de funcionament del centre, i pot mantenir l'ideari o el caràcter propi del centre. En contrapartida, el centre concertat ha de satisfer les necessitats d'escolarització de la zona on estigui i ha d'admetre els alumnes amb els mateixos criteris que l'escola pública.

La previsió de l'article 116.8 LOE amplia, així, el règim dels concerts educatius per a les escoles privades introduint canvis importants. Ara bé, el model d'ajuts públics als centres docents mitjançant el sistema de concerts educatius no està constitucionalitzat i l'article 27.9 CE permet altres fórmules de suport econòmic, de manera que no són, per si mateixes, inconstitucionals. Quan les lleis de les comunitats autònomes desenvolupin les previsions de l'article 116.8 LOE serà el moment d'examinar-ne, en concret, l'adequació a la Constitució i a l'Estatut.

En conseqüència, l'article 116.8 LOE no és contrari a la Constitució ni a l'Estatut.

Atesos els raonaments continguts en els fonaments jurídics precedents, formulem les següents

CONCLUSIONS

PRIMERA. Els apartats nou, quinze i setze de l'article únic LOMCE, que modifiquen els articles 18.3.b, 24.4.b i .c.7è i 25.6.b i .c.9è, respectivament; els apartats vint-i-cinc, vint-i-sis i cent de l'article únic LOMCE, que afegeixen els articles 34 bis.4.7è i l'article 34 ter.4.j LOE; així com l'apartat noranta-un del mateix article únic LOMCE, que modifica la disposició addicional segona LOE, referents a l'ensenyament de la religió en l'itinerari educatiu, no són contraris a la Constitució.

Adoptada per majoria.

SEGONA. Els apartats nou, dotze, quinze, setze, dinou, vint-i-cinc, vint-i-sis i vint-i-vuit de l'article únic LOMCE, en la modificació que fan dels articles 18.4, 20.5, 24.5, 25.7, 28.9, 34 bis.5, 34 ter.5 i 36.5 LOE, relatius a la regulació de la matèria Llengua cooficial i literatura en els diferents cicles de l'ensenyament, en els termes en què han estat interpretats en el fonament jurídic tercer d'aquest Dictamen, no vulnereu les competències de la Generalitat.

Adoptada per unanimitat.

TERCERA. L'apartat cinc de l'article únic LOMCE, que afegeix l'article 6 bis.2.a.3r LOE, com també els apartats tretze, trenta-set, cinquanta, setanta-tres, vuitanta-nou i noranta, de l'article únic LOMCE, en la modificació que fan dels articles 21.2, 43.1, 64.2 (darrer paràgraf), 120.3, 144.1 (darrer paràgraf), i 147.2 (segon paràgraf), LOE, en les remissions que efectuen a la potestat reglamentària del Govern de l'Estat, vulneren les competències de la Generalitat previstes a l'article 131.2 i .3 EAC i no troben empara en l'article 149.1.30 CE.

Adoptada per unanimitat.

QUARTA. L'apartat seixanta-un de l'article únic LOMCE, en la redacció donada a l'article 84.3 LOE, sobre l'ensenyament separat per raó de gènere; i l'apartat setanta de l'article únic LOMCE, en la modificació dels apartats primer a setè de l'article 116 LOE, sobre els concerts educatius, no són contraris a l'article 14 CE ni a l'article 27.9 CE, ni tampoc vulneren les competències de la Generalitat previstes a l'article 131.3 EAC.

Adoptada per majoria.

CINQUENA. L'apartat cent set de l'article únic LOMCE, que modifica la disposició final cinquena LOE, pel que fa a l'habilitació competencial dels articles 6 bis.2.a.3r, 21.2, 43.1, 64.2 (darrer paràgraf), 120.3, 144.1 (darrer paràgraf), 147.2 (segon paràgraf), vulnera l'article 131.3 EAC i no troba empara en l'article 149.1.30 CE.

Adoptada per unanimitat.

SISENA. La disposició transitòria segona LOMCE, sobre la renovació de concerts educatius, vulnera les competències de la Generalitat previstes a l'article 131.3 EAC i no troba empara en l'article 149.1.30 CE.

Adoptada per unanimitat.

SETENA. La resta de preceptes examinats no vulneren la Constitució ni l'Estatut.

Adoptada per unanimitat.

Aquest és el nostre Dictamen, que pronunciem, emetem i signem al Palau Centelles en la data indicada a l'encapçalament.

VOT PARTICULAR que formula el vicepresident senyor Pere Jover Presa al Dictamen 4/2014, emès en data 12 de febrer, a l'empara de l'article 20.2 de la Llei 2/2009, de 12 de febrer, i de l'article 38.2 del Reglament d'organització i funcionament del Consell de Garanties Estatutàries, al qual s'adhereix el conseller senyor Joan Ridaó Martín

Expresso mitjançant el present vot particular la meua discrepància amb l'opinió majoritària dels meus com-

panys del Consell expressada a la conclusió primera d'aquest Dictamen, referent a la constitucionalitat de la disposició addicional segona LOE («Ensenyament de la religió»), tal com s'argumenta en l'apartat 3 del fonament jurídic quart.

1. He de començar reconeixent que aquesta discrepància no és total, i que tampoc no significa que coincideixi plenament amb l'argumentació continguda en altres vots particulars que s'han presentat sobre aquesta mateixa qüestió, la qual cosa explica que no m'hi hagi pogut afegir, com hauria estat el meu desig. Així, entenc que el Dictamen encerta quan rebutja que «el contingut confessional de l'assignatura de religió suposi per si mateix una vulneració del caràcter aconfessional de l'Estat proclamat per l'article 16 CE». En efecte, el dret que l'article 27.3 CE reconeix als pares perquè els seus fills rebin la formació religiosa i moral que estigui d'acord amb les seves conviccions significa precisament l'ensenyament de la religió com a confessió, sens perjudici que s'ajusti a les exigències contingudes de forma general al mateix article 27.2 CE, i em sembla difícil respectar-ho mitjançant un ensenyament de tipus «acadèmic» o científic; una qüestió diferent seria la conveniència d'introduir en el currículum altres assignatures que permetessin als alumnes un coneixement adequat del fet religiós des de perspectives històriques, filosòfiques o sociològiques, no com a alternativa a la religió sinó com una assignatura de seguiment general, atesa la importància d'aquest fet en les nostres societats. Però aquesta és una qüestió diferent, aliena al tema que ens ocupa.

Segons la meua opinió, el problema no es troba en el contingut de l'assignatura, sinó en la manera com la Llei la integra en el currículum dels ensenyaments oficials i, sobretot, en el tractament diferenciat que dona a l'ensenyament de les diverses religions. Sobre la primera d'aquestes qüestions no insistiré especialment, ja que considero que les possibilitats d'èxit d'una impugnació dels preceptes corresponents (els numerats com a articles 18.3.b, 24.b i .c.7è, 25.6.b i .c.9è 34 bis.4.7è i 34 ter.4.j LOE), expressament declarats d'acord amb la Constitució pel Dictamen, són certament remotes, en vista de la jurisprudència constitucional dictada sobre aquesta qüestió i mantinguda de forma continuada. Per això, entenc que, en ser aquest dictamen previ a la interposició d'un recurs d'inconstitucionalitat, no té gaire sentit que jo exposi ara una opinió que, certament, no coincidiria amb aquesta jurisprudència constitucional. No obstant això, vull recordar, a efectes expositius i sense cap conseqüència sobre la conclusió que defenso en aquest vot particular, que la incorporació d'una assignatura de religió integrada en el currículum dels ensenyaments que condueixen a l'obtenció de títols acadèmics oficials, d'oferta obligatòria per a tots els centres, i avaluable, no és la manera més adequada per fer efectiu el principi d'aconfessionalitat de l'Estat reconegut en el primer incís de l'article 16.3 CE.

2. En canvi, sí que em vull referir més detalladament a la regulació continguda en la disposició addicional segona, ja que entenc que comporta un tractament discriminatori tant per a les diferents confessions religioses com per als pares i els alumnes que exerceixen el dret reconegut a l'article 27.3 CE. Entenc, doncs, que és l'article 14 CE, que expressament prohibeix qualsevol discriminació per raó de religió, el que resulta especialment vulnerat; i també, naturalment, el mateix dret de llibertat religiosa, reconegut a l'article 16 CE.

Recordem, a més, que, quant als drets fonamentals, la jurisprudència constitucional ha elaborat i seguit una línia doctrinal plenament compromesa amb el principi *pro libertate*. El dret de llibertat religiosa, com tots els altres drets fonamentals, s'exerceix en condicions d'igualtat, i aquesta necessària igualtat es projecta sobre la llibertat d'ensenyament, i molt especialment sobre el dret dels pares i alumnes reconegut per l'article 27.3 CE. Així ho va reconèixer el Tribunal Constitucional en una sentència important als efectes del nostre examen, la dictada en relació amb la LOECE: «La libertad de enseñanza que explícitamente reconoce nuestra Constitución (art. 27.1) puede ser entendida como una proyección de la libertad ideológica y religiosa [...]»; i, consegüentment, «[...] Del principio de libertad de enseñanza deriva también el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos (art. 27.3)» (STC 5/1981, de 13 de febrer, FJ 7).

El Dictamen tracta aquesta qüestió i conclou negant l'existència de discriminació, bé perquè entén que els supòsits de fet sobre els quals es projecta la disposició addicional segona (l'ensenyament de la religió catòlica i la de les altres religions) no són similars, bé perquè considera que no hi ha un tracte diferenciats entre una i altres, o fins i tot perquè aquest tracte està prou fonamentat.

Amb tot el respecte a la posició majoritària dels meus companys del Consell, he d'afirmar que aquesta argumentació no em convenç. A continuació, exposo les raons de la meva discrepància.

Per començar, afirmo que en l'esmentada disposició addicional segona es preveuen supòsits de fet que són materialment idèntics: alumnes o pares que escullen l'ensenyament de la religió, sense que a aquests efectes s'hagi de considerar rellevant la religió escollida, atès que la llibertat religiosa del catòlic té igual valor que la del musulmà o la del creient de qualsevol altra confessió. Doncs bé, a aquests supòsits iguals, la Llei aplica conseqüències jurídiques que són diferents i, sobretot, d'abast desigual: en el cas de la religió catòlica, l'ensenyament s'haurà d'impartir d'acord amb el que preveu l'Acord entre l'Estat espanyol i la Santa Seu sobre ensenyament i afers culturals; en el cas de les religions evangèlica, jueva i islàmica, l'ensenyament s'haurà d'ajustar al que estableixen els Acords de cooperació subscrits per l'Estat espanyol amb els representants de

les respectives confessions; finalment, el precepte no conté cap referència a altres religions (tret de la frase «als que en el futur es puguin subscriure amb altres confessions religioses») cosa que significa que els creients d'aquestes confessions no poden exercir el dret reconegut a l'article 27.3 CE, almenys en les condicions previstes per l'ordenament.

El Dictamen només es refereix als dos primers casos, i considera que «encara que el seu contingut i abast no és el mateix», l'Acord amb la Santa Seu i els altres acords «presenten una identitat substancial pel que fa al professorat, el contingut de l'assignatura i la determinació dels llibres de text». La meua opinió és una altra.

D'entrada, i encara que aquesta dada no sigui rellevant, la naturalesa i el contingut dels instruments normatius a què es remet la disposició addicional segona són clarament diferents: en el cas de la religió catòlica, es tracta d'un acord amb rang de tractat internacional, amb la força normativa reforçada que preveu l'article 96 CE, mentre que els Acords de cooperació amb les altres confessions religioses van ser aprovats mitjançant lleis ordinàries. Quant al seu contingut, n'hi haurà prou d'assenyalar les diferències següents:

– En primer lloc, «l'educació que s'imparteix en els centres docents públics serà respectuosa amb els valors de l'ètica cristiana» (art. I de l'Acord amb la Santa Seu). Res d'això no s'observa en els Acords de Cooperació subscrits amb les altres confessions.

– En segon lloc, «els plans educatius en els nivells d'educació preescolar, d'educació general bàsica (EGB) i de batxillerat unificat polivalent (BUP) i graus de formació professional corresponents als alumnes de les mateixes edats inclouran l'ensenyament de la religió catòlica en tots els centres d'educació en condicions equiparables a les altres disciplines fonamentals» (art. II de l'Acord amb la Santa Seu). Consegüentment, l'assignatura de religió és d'oferta obligatòria en tots els centres. En canvi, els Acords de cooperació amb les altres confessions no contenen referències d'aquest tipus, i només reconeixen, de forma genèrica i sense més concreció, «el dret a rebre ensenyament religiós en els centres docents públics i privats concertats» (art. 10, idèntic en els tres Acords).

A més, en els centres privats concertats, el dret a rebre ensenyament de les religions diferents de la catòlica es podrà exercir sempre que «no entri en conflicte amb el caràcter propi del centre» (art. 10, idèntic en els tres Acords). Aquesta limitació no es preveu en cap cas per a l'ensenyament de la religió catòlica.

Finalment, els poders públics assumeixen el cost econòmic de l'ensenyament de la religió catòlica (art. VII de l'Acord amb la Santa Seu, que remet a un acord entre l'Administració central i la Conferència Episcopal Espanyola sobre la situació econòmica dels professors de religió catòlica, en els diferents nivells educatius,

que no pertanyin als cossos docents de l'Estat). Tal com s'ha previst en la normativa estatal complementària, aquests professors han de rebre les retribucions que corresponguin en el respectiu nivell educatiu als professors interins, tenint en compte que el seu contracte és de durada indeterminada i coincident amb el curs escolar, a temps complet o parcial. En canvi, els Acords de cooperació amb les altres confessions no contenen cap mena de referència a aquesta qüestió, la qual cosa significa que són les mateixes confessions o els pares dels alumnes els que han d'assumir el cost econòmic de l'ensenyament de la religió respectiva. Si tenim en compte que l'Església catòlica és l'única que rep aportacions importants consignades cada any en la llei de pressupostos generals de l'Estat, la posició de privilegi que se li concedeix respecte a les altres confessions és notòria i difícilment discutible.

Es pot dir que aquesta diferència de tracte és deguda a uns acords que voluntàriament van acceptar les tres confessions religioses afectades (evangèlica, jueva i musulmana). Aquest argument, segons la meua opinió, no pot justificar el valor divers que, com a resultat de l'aplicació d'aquests acords, es dona al dret reconegut a l'article 27.3 CE, per dues raons: les confessions religioses no poden disposar dels drets fonamentals de les persones, drets que per la seva pròpia naturalesa són irrenunciables; i, a més, una simple lectura dels tres Acords, de contingut idèntic en la redacció i fins i tot en l'articulat, permet tenir dubtes sobre el seu caràcter realment paccionat. D'altra banda, es manté viu el problema de l'ensenyament de la religió respecte de confessions que no són beneficiàries d'aquests Acords, els creients de les quals no tenen cap possibilitat d'exercir el dret que sí que es reconeix en els altres casos. Imaginem, per exemple, l'impacte que durant els últims anys ha pogut produir sobre la pràctica de la religió cristiana ortodoxa la massiva immigració procedent de països de l'est d'Europa (Bulgària, Romania, Ucraïna, etc.).

3. Afirmada l'existència d'una diferència de tracte, no per això s'ha de concloure que, *per se*, sigui discriminatòria. Només ho serà i, per això, produirà vulneració de l'article 14 CE, si no té una fonamentació objectiva i raonable, en termes assumibles i comprensibles en el context derivat dels principis constitucionals. Encara que el preàmbul de la LOMCE no conté cap referència a aquesta qüestió, sí que ho fa el Dictamen que expressa l'opinió majoritària del Consell, en particular quan afirma que «seria igualment irraonable no prendre en consideració la inqüestionable diferència, a causa de la seva històrica implantació social, dels vincles d'unes confessions respecte de les altres amb relació al nostre país, i de manera molt especial pel que fa a la seva presència en el camp de les institucions d'ensenyament». I acaba recordant que «de fet, la mateixa Constitució evidencia l'existència de certa asimetria quan, a l'article 16.3 CE, l'única confessió que esmenta explícitament és la catòlica».

Una vegada més he d'expressar el meu desacord amb aquests arguments. La història pot ser una dada a tenir en compte en certes circumstàncies, però no crec que pugui justificar una diferència de tracte en l'exercici dels drets fonamentals, i menys encara pel que fa a un dret tan important com el reconegut als articles 16.1 i 27.3 CE. A més, la societat espanyola i catalana ha experimentat transformacions socials immenses des que es va promulgar la Constitució, i no seria adequat no tenir-les en compte a l'hora d'interpretar els seus preceptes. Concretament, la immigració que ha arribat al nostre país durant els últims decennis ha comportat canvis radicals en la pràctica religiosa i en la importància i el pes que han adquirit les religions diferents de la catòlica, la qual cosa obliga a llegir aquests preceptes constitucionals des d'una perspectiva que seria inimaginable en els anys que es van redactar i aprovar.

A més, la menció explícita a l'Església catòlica en el segon incís de l'article 16.3 CE es refereix a les relacions de cooperació entre l'Estat i les confessions religioses, les quals, per la seva pròpia naturalesa, inclouen qüestions molt diverses. Entenc que en cap cas això no pot afectar la igualtat en l'exercici de la llibertat religiosa, que, com deia anteriorment, és un dret de les persones amb un contingut que no pot dependre de creences majoritàries de la societat espanyola, presumptes o reals. A això es referia el Tribunal Constitucional quan, en una de les sentències més importants que ha dictat sobre aquesta matèria, afirmava:

«Es asimismo cierto que hay dos principios básicos en nuestro sistema político, que determinan la actitud del Estado hacia los fenómenos religiosos y el conjunto de relaciones entre el Estado y las iglesias y confesiones: el primero de ellos es la libertad religiosa, entendida como un derecho subjetivo de carácter fundamental que se concreta en el reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de agere licere del individuo; el segundo es el de igualdad, proclamado por los arts. 9 y 14, del que se deduce que no es posible establecer ningún tipo de discriminación o de trato jurídico diverso de los ciudadanos en función de sus ideologías o sus creencias y que debe existir un igual disfrute de la libertad religiosa por todos los ciudadanos.» (STC 24/1982, de 13 de maig, FJ 1)

En suma, el tracte diferenciats que acabo d'exposar resulta de l'abast i el contingut diversos que s'observen en l'Acord amb la Santa Seu i en els Acords de cooperació amb les altres confessions religioses i, en la resta de casos, de la inexistència d'acords o regulació. Per això no estic afirmant que cada un d'aquests Acords, separatament, produeixi aquest tracte contrari a la Constitució, sinó que és la disposició addicional segona LOE examinada, en provocar l'aplicació de règims jurídics diversos, la que resulta inconstitucional.

Barcelona, 14 de febrer de 2014

VOT PARTICULAR que formula el conseller senyor Eli-seo Aja al Dictamen 4/2014, emès en data 12 de febrer, a l'empara de l'article 20.2 de la Llei 2/2009, de 12 de febrer, i de l'article 38.2 del Reglament d'organització i funcionament del Consell de Garanties Estatutàries

Exposaré les raons del meu vot en contra de les conclusions primera i quarta del Dictamen, amb tot el respecte per l'opinió de la majoria del Consell i amb la brevetat que aconsella la formulació d'un voto particular.

1. Pel que fa a la primera conclusió, relacionada amb el fonament jurídic quart que considera constitucional l'ensenyament de la religió en el sistema educatiu:

A) L'escrit de sol·licitud de dictamen fa referència, en aquest apartat, a dos tipus d'articles. El primer es limita a establir la religió com una assignatura específica en diferents nivells educatius, com succeeix en els articles següents: 18.3.b (primària), 24.4.b i .c.7è (primer cicle d'ESO), 25.6.b i .c.9è (quart d'ESO), 34 bis.4.7è (primer de batxillerat) i 34 ter.4.j (segon de batxillerat).

En segon lloc, l'escrit alludeix a la disposició addicional segona, intitulada «Ensenyament de la religió», que té quatre apartats. El primer, decisiu per al nostre objecte, diu: «L'ensenyament de la religió catòlica s'ajustarà a l'establert en l'Acord sobre Ensenyament i Assumptes culturals subscrit entre la Santa Seu i l'Estat espanyol».

En els apartats següents es diu que la religió ha de ser d'oferta obligatòria per als centres públics i concertats i de caràcter voluntari per als alumnes en els diferents nivells educatius i ha de ser avaluable. A continuació, estén la regulació a altres religions que han firmat convenis amb l'Estat, i finalment diu que els estàndards d'aprenentatge avaluables han de ser competència de les autoritats religioses, així com la decisió sobre els llibres de text i els materials didàctics. La disposició addicional tercera («Professorat de religió») té una clara connexió amb el precepte anterior, per la seva inclusió als Acords citats.

L'escrit de sol·licitud de dictamen planteja que la introducció de la religió com a assignatura amb aquestes característiques pot suposar la vulneració de la llibertat ideològica i religiosa garantida per l'article 16.1 i .3 CE.

B) El contingut de l'article 16.1 i .3 de la Constitució. L'article 16.1 CE garanteix la llibertat ideològica i religiosa dels individus i de les comunitats, i facilita espais d'activitat molt amplis. Aquest dret pot ser individual i col·lectiu, i també de les comunitats religioses. Té una dimensió positiva i una altra de negativa, i permet activitats de llibertat i d'altres de prestació.

L'article 16.3 CE proclama que cap confessió no ha de tenir caràcter estatal, és a dir, que l'Estat és neutral pel que fa a les religions, i encara que afegeix que els po-

ders públics han de cooperar amb l'Església catòlica i les altres confessions, s'entén que ho farà sense vulnerar la llibertat religiosa i sense abandonar la neutralitat que se'n deriva, perquè aquest dret –com tots– té límits.

Una especificació de la llibertat religiosa es desplega sens dubte a l'article 27.3 CE en reconèixer als pares el dret que els fills rebin una formació religiosa i moral d'acord amb les seves conviccions, que els poders públics han de garantir.

La llibertat religiosa, des del punt de vista dels pares, es concreta en primer lloc en la neutralitat de l'Estat (STC 340/1993, entre d'altres), que inclou l'ensenyament als centres públics orientat per la imparcialitat. En segon lloc, pot consistir, també, en l'elecció de centre escolar, entès jurídicament, és a dir, quan suposa essencialment que sigui diferent als centres públics (ITC 382/1996). Com a dret de prestació (27.9 CE), l'educació es concreta mitjançant els centres concertats, mitjançant l'ideari o caràcter propi del centre, amb les característiques que marca la llei (STC 77/1985).

Per delimitar l'abast del dret dels pares, hem de recórrer als tractats internacionals, que són la via preferent per interpretar els drets constitucionals (10.2 CE). Certament, els tractats resulten valuosos en aquest punt, perquè el «dret dels pares a una educació religiosa i moral dels seus fills que estigui d'acord amb les seves conviccions» es recull a l'article 14 de la Carta europea, igual que al CEDH, que n'és l'origen sense que se'n derivi l'existència d'ensenyament religiós a les escoles públiques. Igualment, la Convenció de la UNESCO de 1960 parla del dret dels pares a donar als seus fills «una educació religiosa i moral conforme a les seves pròpies conviccions» en un sentit ampli.

Per tant, la idea de «conviccions dels pares sobre l'educació religiosa i moral dels seus fills» té un sentit ampli, que es realitza amb la llibertat dels centres privats, amb la neutralitat dels centres públics i amb l'estatus intermedi dels concertats.

Això indica que el dret dels pares no implica necessàriament una educació religiosa en l'horari escolar i que, fins i tot si es fa formació religiosa a l'escola, que no és obligatori, es pot fer fora de l'horari de classe o en àmbits específics com és la catequesi a la mateixa escola. Les formes concretes dependran de l'opció del sistema educatiu, però la conclusió provisional és que la formació religiosa i moral que esmenten els tractats internacionals no és sinònim d'educació en el programa curricular de l'escola pública.

C) Incidència decisiva dels Acords de l'Estat amb la Santa Seu de 1979 en el desenvolupament de la llibertat ideològica i religiosa

En els Acords amb el Vaticà firmats al 1979, en substitució del Concordat de 1953, destaquen les normes

sobre l'educació religiosa a l'escola pública següents: importància equivalent a la resta d'assignatures (II), professors designats cada curs per l'autoritat acadèmica entre les que proposi el Bisbat (III) i contingut de l'assignatura, llibres i materials indicats per la jerarquia eclesiàstica (VI).

Aquests Acords concedeixen una posició d'avantatge a l'Església catòlica que ha generat diversos recursos davant del Tribunal Suprem i el Tribunal Constitucional en temes com ara la presència de la religió a les Forces Armades (STC 24/1982) i, especialment, la posició avantatjosa de l'Església en l'educació (STC 128/2007, entre d'altres). Els Acords s'han justificat en les previsions de col·laboració de l'article 16.3 CE, però aquesta té uns límits evidents en la mateixa constitucionalitat del seu contingut: si aquest fos contrari a la Constitució no es podria acordar.

D) La possible vulneració de l'aconfessionalitat de l'Estat. Totes les lleis d'educació que s'han aprovat durant la democràcia han tractat l'educació a l'escola com a assignatura confessional, sempre amb al·lusió expressa als Acords amb el Vaticà. Ara, de nou, la LOMCE la configura com una assignatura confessional en què el contingut, el professorat, els llibres i els materials didàctics i els criteris d'avaluació depenen de la jerarquia eclesiàstica. En canvi, el finançament del professorat és públic.

Efectivament, la clau per valorar la regulació de l'assignatura de religió rau en el seu caràcter confessional i no acadèmic. Que és confessional ho accepten la majoria d'opinions, i expressament ho han dit algunes lleis com la LOCE (10/2002), a la disposició addicional primera (apt. 2): «L'ensenyament confessional de la religió s'ajustarà a allò establert [...]».

Aquest caràcter confessional no ha deixat de plantejar conflictes judicials, especialment visibles en el nomenament del professorat. La STC 46/2001 (FJ 1) va acceptar que els criteris de mèrit i capacitat decisiva per a la designació de la generalitat dels mestres i professors quedessin relegats a criteris de conducta moral i confiança de les autoritats eclesiàstiques, i la STC 128/2007 insisteix que la idoneïtat dels professors depèn de la conducta personal. És a dir, per salvar els Acords s'exceptuen criteris constitucionals. El Consell Consultiu, en el seu Dictamen núm. 194, de 16 de març de 1995, es va referir a l'«adoctrinament de les religions respectives». Quant a la LOMCE, ho admet també el Dictamen del Consell d'Estat (p. 40, 1r paràgraf).

Aquesta mateixa subordinació de l'assignatura a l'Acord sobre ensenyament subscrit amb la Santa Seu es manté en la disposició addicional segona LOE reformada, amb record sobre l'autoritat eclesiàstica en matèria de currículum, estàndards d'avaluació, llibres i nomenament del professorat. L'atribució d'aquestes tasques al bisbe de la religió catòlica xoca amb l'afir-

mació d'aconfessionalitat de l'article 16.3 CE, tal com ho ha entès el Tribunal Constitucional, perquè en aquestes funcions l'Església catòlica substitueix l'Estat (a totes les administracions educatives). Aquesta és la interpretació constitucional:

«Al determinar que “Ninguna confesión tendrá carácter estatal”, cabe estimar que el constituyente ha querido expresar, además, que las confesiones religiosas en ningún caso pueden trascender los fines que les son propios y ser equiparadas al Estado, ocupando una igual posición jurídica; pues como se ha dicho en la STC 24/1982, fundamento jurídico 1º, el art. 16.3 C.E. “veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y funciones estatales”.» (STC 340/1993, de 16 de novembre, FJ 4)

Per tant, hi podria haver una educació religiosa de caràcter acadèmic, no confessional, com una història de les religions i altres disciplines semblants que s'han proposat. Però l'actual caràcter confessional de l'assignatura de religió és contrari a l'article 16.3 CE, que estableix l'aconfessionalitat de l'Estat.

Hi ha solucions diferents: si l'ensenyament és confessional, per exemple, es pot posar al final de l'horari escolar. Si, per contra, s'inclou en el currículum, podria ser una matèria acadèmica i no confessional, com una història de les religions. Però confessional i dins de l'educació és contrari a l'article 16.3 CE.

Per tant, el caràcter confessional de l'educació de la religió en els centres escolars, que deriva de la regulació que en fa la LOMCE a partir de les normes dels Acords amb el Vaticà sobre el contingut de l'ensenyament, el professorat i els llibres i materials didàctics, és contrari a l'article 16.3 CE, sense que resulti desvirtuat pel principi de col·laboració Estat-esglésies del mateix precepte, perquè la col·laboració solament es pot acceptar dins dels criteris constitucionals i no pot emparar vulneracions substantives dels drets fonamentals.

Certament, fins ara no s'ha plantejat la inconstitucionalitat dels Acords amb la Santa Seu, però és significatiu que la STC 38/2007, que resol una qüestió sobre contractació del professorat, inviti a criticar l'acord pel mateix ensenyament religiós, i no per la forma escollida per instrumentar-lo (FJ 13). En aquest punt, com en d'altres, el desenvolupament i la interpretació de la Constitució realitzada fa trenta-cinc anys pot necessitar una renovació.

2. Quant a la conclusió quarta, referida al fonament jurídic cinquè, sobre la constitucionalitat de l'accés al concert dels centres educatius diferenciats per raó de sexe:

A) L'article 84 LOE tracta diferents aspectes de l'escolarització en centres públics i concertats i el seu apartat 3 conté tres paràgrafs: el primer prohibeix la discriminació per raó de naixement, raça, sexe, religió,

opinió o qualsevol altra condició o circumstància personal o social, i era l'únic existent abans de la reforma de la LOMCE.

El segon paràgraf diu que «no constitueix discriminació l'admissió dels alumnes i les alumnes o l'organització de l'ensenyament diferenciats per sexes, sempre que l'ensenyament que imparteixin es desenvolupi de conformitat amb el que disposa l'article 2 de la Convenció relativa a la lluita contra les discriminacions en l'esfera de l'ensenyament, aprovada per la Conferència General de la UNESCO el 14 de desembre de 1960».

El tercer paràgraf prohibeix que l'opció de l'educació diferenciada per sexe pugui implicar un tracte desfavorable o un desavantatge per a l'alumnat, les seves famílies i els centres en la subscripció de concerts o en qualsevol altre aspecte. Els centres han d'exposar en el seu projecte educatiu les raons per triar l'esmentat sistema i les mesures acadèmiques que desenvolupen per afavorir la igualtat. El precepte té caràcter orgànic, la qual cosa ens indica que és desenvolupament del dret fonamental a l'educació.

L'escrit de sol·licitud de dictamen considera que l'article 84.3 i la disposició addicional segona vulneren el principi d'igualtat de l'article 14 CE i, en especial, la prohibició de discriminació per raó de sexe.

B) En els anys seixanta i setanta del segle xx van adquirir gran dimensió els moviments a favor de la igualtat de la dona, i a tots els països occidentals es van substituir les escoles separades per a nois i per a noies per escoles mixtes, atesa la importància de l'educació en la consecució de la igualtat de gènere. Fins i tot a Espanya, la Llei d'educació de 1970 impulsada per Villar Palasí va suprimir la prohibició d'escoles mixtes i va propiciar la generalització de la coeducació en els anys següents. Amb la democràcia, tots els centres escolars públics i la majoria dels privats van integrar els alumnes i les alumnes com a part del procés d'igualtat de gènere.

Tanmateix, alguns centres privats mantenen l'ensenyament separat o diferenciat per sexe. Fins ara la LOE, en la seva disposició addicional vint-i-cinquena, que continua vigent, atorgava prioritat per accedir al concert educatiu als centres que desenvolupen la coeducació, i en canvi la nova llei equipara totalment – com s'acaba de veure – tots els centres, de manera que els separats per sexe tenen el mateix dret a l'accés de les subvencions que els mixtos. La qüestió plantejada ara no és la possible existència de centres separats per a nois i noies, sinó la legitimitat que siguin subvencionats amb recursos públics.

L'existència de centres educatius separats es pot fonamentar en la llibertat d'ensenyament i, més concretament, en la llibertat de creació de centres docents (27.6 CE), però hem de recordar que l'article afegeix com a últim incís «dins el respecte als principis constitucionals».

En totes les lleis educatives d'aquests anys s'ha admès que les escoles de titularitat privada puguin accedir als ajuts econòmics de l'Estat (art. 27.9 CE) sense perdre la filosofia o pedagogia del seu titular, mitjançant el sistema de concert i l'ideari o caràcter propi del centre (STC 77/1985, de 27 de juny, FJ 8). Aquesta mateixa sentència posa en relleu que el caràcter propi ha de respectar un seguit de límits, entre els quals els principis constitucionals.

Un dels principis que recorre tota la Constitució és la igualtat de gènere, i la jurisprudència constitucional de l'article 14 CE ha subratllat la vinculació especial de les lleis quan s'afecta un factor típic de discriminació, com és el sexe. La igualtat de gènere pot tenir diferents graus de respecte i sembla que un dels primers és la integració d'homes i dones en la majoria d'activitats, perquè per si mateix no és garantia d'igualtat, però sense la igualtat és impossible, com han mostrat diversos moviments històrics en favor de la igualtat.

En aquest sentit, l'article 41.2 EAC diu:

«Els poders públics han de garantir la transversalitat en la incorporació de la perspectiva de gènere i de les dones en totes les polítiques públiques per aconseguir la igualtat real i efectiva i la paritat entre homes i dones.»

L'educació és una política pública de gran relleu i la Llei 12/2009, d'educació de Catalunya, recull com a principi rector del sistema educatiu: «la coeducació i el foment de la igualtat real i efectiva entre dones i homes» (art. 2.1.m). Més endavant concreta aquest principi en «l'escolarització mixta» (art. 43.1.d).

Amb la mateixa orientació, la Llei orgànica 3/2007, d'igualtat dedica l'article 24 a la integració del principi d'igualtat en la política d'educació, i en l'apartat 2.e reconeix «els principis de coeducació i d'igualtat efectiva entre dones i homes».

La majoria de les escoles separades defensen la seva organització recurrent a raons pedagògiques i la mateixa argumentació del Dictamen fa referència a la metodologia pedagògica com una possible raó per justificar l'ajut als centres separats, però la discussió sobre la pretesa metodologia és molt aferrissada i, en tot cas, s'ha de subordinar al criteri superior de l'educació, segons l'article 27.2 CE, que és «el ple desenvolupament de la personalitat en el respecte als principis democràtics de convivència i als drets i a les llibertats fonamentals», dintre del qual s'inclou la integració educativa com a primera manifestació de la igualtat de gèneres.

Des d'aquest punt de vista constitucional, la separació no es pot justificar, com fa la Llei, amb un tractat internacional de 1960 ni tampoc estipulant que els projectes educatius dels centres separats exposin les raons de la separació i les mesures per afavorir la igualtat,

com diu l'article 84.3 *in fine*, perquè la Llei no és el que diu que és sinó el que és.

Per tant, considerant que els concerts educatius i el mateix ideari o caràcter del centre tenen límits, i que el principal és el respecte a la igualtat i als drets fonamentals, no es pot admetre la igualtat en l'accés al concert als centres d'educació separada per sexes com ho fa l'article 84.3 LOE perquè això vulnera la integració i la igualtat de gènere, i resulta contrària als principis democràtics de convivència que han de guiar l'educació (27.2 CE).

Barcelona, 14 de febrer de 2014

VOT PARTICULAR que formula el conseller senyor Marc Carrillo al Dictamen 4/2014, emès en data 12 de febrer de 2014, a l'empara de l'article 20.2 de la Llei 2/2009, de 12 de febrer, i de l'article 38.2 del Reglament d'organització i funcionament del Consell de Garanties Estatutàries

Mitjançant aquest vot particular explico el meu dissenyament respecte de la conclusió primera, referida a l'ensenyament de la religió en el sistema educatiu, i també en relació amb la conclusió quarta, relativa a l'ensenyament concertat en centres separats per raó de sexe, del Dictamen emès sobre la Llei orgànica 8/2013, de 9 de desembre, per a la millora de la qualitat educativa.

1. A la conclusió primera, el Consell ha emès el parer segons el qual: «Els apartats nou, quinze i setze de l'article únic LOMCE, que modifiquen els articles 18.3.b, 24.4.b i .c.7è i 25.6.b i .c.9è, respectivament; els apartats vint-i-cinc, vint-i-sis i cent de l'article únic LOMCE, que afegeixen els articles 34 bis.4.7è i l'article 34 ter.4.j LOE; així com l'apartat noranta-un del mateix article únic LOMCE, que modifica la disposició addicional segona LOE, referents a l'ensenyament de la religió en l'itinerari educatiu, no són contraris a la Constitució».

El meu desacord amb aquesta conclusió centra l'atenció en l'apartat noranta-un de l'article únic LOMCE, que modifica la disposició addicional segona LOE, referent a l'ensenyament de la religió, en la mesura que el seu contingut es projecta sobre la resta de preceptes que també troben l'aval de constitucionalitat de la conclusió primera del Dictamen.

L'apartat noranta-un de l'article únic LOMCE estableix essencialment el següent:

«1. L'ensenyament de la religió catòlica s'ha d'ajustar al que estableix l'Acord sobre ensenyament i assumptes culturals subscrit entre la Santa Seu i l'Estat espanyol.»

Tot seguit, afegeix que:

«[...] de conformitat amb el que disposa l'Acord esmentat s'inclou la religió catòlica com a àrea o matèria

en els nivells educatius que correspongui, que és oferta obligatòria per als centres i de caràcter voluntari per als alumnes i les alumnes.»

«3. La determinació del currículum i dels estàndards d'aprenentatge avaluables que permetin la comprovació de l'assoliment dels objectius i l'adquisició de les competències corresponents a l'assignatura religió és competència de les autoritats respectives. Les decisions sobre la utilització de llibres de text i materials didàctics i, si s'escau, la supervisió i l'aprovació d'aquests corresponen a les autoritats religioses respectives, de conformitat amb el que estableixen els acords subscrits amb l'Estat espanyol.»

Per tant, d'acord amb la LOMCE, els Acords amb la Santa Seu han de ser un referent normatiu per a l'ensenyament de l'assignatura de religió; la seva oferta és obligatòria per als centres com a assignatura específica del currículum de primària, ESO i batxillerat i, a més, és evaluable. La competència sobre aquesta avaluació, així com sobre els materials didàctics i la seva supervisió correspon a les autoritats religioses.

Entenc que les prescripcions contingudes en aquest precepte que el legislador orgànic ha aprovat són contràries a l'article 16 de la Constitució. Els arguments en els quals fonamento el meu parer són els que tot seguit exposaré.

L'article 16.2 CE estableix que «cap confessió tindrà caràcter estatal». Aquest principi d'aconfessionalitat de l'Estat troba el seu fonament en una sèrie de paràmetres o principis que deriven de la Constitució. En primer lloc, en el dret fonamental, la llibertat de consciència de la persona, que és una derivació de la llibertat ideològica (art. 16.1 CE). En segon lloc, sens dubte, el principi d'igualtat i el dret a no ser discriminat per raó de conviccions ideològiques o religioses, la qual cosa comporta que la llibertat de consciència mai no podrà ser sinònim de consciència col·lectiva sinó que ha de ser tan lliure com la persona que l'exerceix; a més, la llibertat religiosa és una part integrant de la llibertat de consciència que pertany a l'àmbit privat de la persona i, per tant, ha de quedar al marge de tota pretensió que tendeixi a configurar una moral comuna. En tercer lloc, un altre principi derivat de la Constitució és la separació entre l'Església i l'Estat. Una separació que es complementa, al seu torn, amb el principi de col·laboració entre els poders públics i les diverses confessions religioses, amb especial referència a l'Església catòlica (art. 16.3 CE).

Això, certament, obliga a tenir en compte que l'anàlisi que correspon fer sobre l'abast d'aquest apartat de l'article 16 no es pot desenvolupar en abstracte. En aquest sentit, no es pot prescindir d'un context, com és el cas del procés de construcció de l'Estat espanyol contemporani que ha estat presidit per la presència i el notori poder d'influència que el culte religiós catòlic ha exercit sobre els diversos processos polítics, tant en el

passat com en el present, com així ho posa en relleu l'exemple decisiu que ofereixen els Acords entre l'Estat espanyol i l'Estat del Vaticà de 1979, molt tributaris del Concordat de 1953 signat llavors per la dictadura franquista. Però aquesta és una qüestió que, tot i que és ineludible en el marc contextual, ultrapassa l'àmbit de l'examen de constitucionalitat que aquí escau dur a terme.

D'acord amb la primera interpretació que la jurisprudència constitucional va fer de l'article 16 CE, cal retreure els arguments següents: la llibertat religiosa és un dret fonamental que presenta una doble dimensió: una de caràcter negatiu, que comporta el dret a no patir intromissió sobre aquest àmbit de les conviccions personals que queda vinculat a la vida privada del titular del dret. L'altra és la dimensió positiva, que permet la lliure expressió i manifestació de les esmentades conviccions religioses, un dret que l'Estat ha de garantir, però sense que això comporti per part seva l'exercici d'una funció de promoció i molt menys d'implicació en cap ritu religiós, ja que sempre ha de preservar la imprescindible neutralitat que es deriva del seu caràcter aconfessional. El segon paràmetre constitucional que s'ha de tenir en compte és el dret a no ser discriminat per raó de les conviccions religioses de la persona (art. 14 CE), siguin les que siguin, des de la creença fins al rebuig de qualsevol idea de transcendència. I el tercer és, finalment, una previsió específica de la Constitució, relativa a l'establiment d'instruments de col·laboració amb fonament constitucional per regular les relacions entre l'Estat i les diverses confessions o cultes religiosos, amb una especial referència al culte catòlic, la qual cosa es pot entendre com una forma de tolerància del fet religiós, però que en cap cas no ha de conduir a qüestionar l'aconfessionalitat de l'Estat. Això és, la seva preceptiva neutralitat en tots els àmbits de la vida pública respecte de les diverses confessions religioses, incloent-hi la catòlica. El cert és, però, que el desplegament legislatiu que s'ha seguit després de la promulgació de la Constitució, sobretot a través dels Acords de 1979 amb l'Estat del Vaticà, ha anat en una direcció diferent que ha comportat una flagrant violació de la neutralitat de l'Estat en matèria religiosa.

En efecte, poc després de l'entrada en vigor de la Constitució concorren raons suficients per sostenir que el desplegament legislatiu que s'ha fet d'aquestes previsions constitucionals configura una ordenació jurídica escassament neutral, sobretot a partir dels Acords entre l'Estat del Vaticà i l'Estat espanyol, uns Acords que es van projectar sobre l'àmbit econòmic, el de l'ensenyament i també el jurídic, i que estableixen un conjunt de privilegis flagrants i una desigualtat lleonina a favor del culte religiós catòlic en relació amb altres cultes. I pel que fa a l'aconfessionalitat de l'Estat que es deriva de la Constitució, el contingut d'aquests Acords de 1979 suposa una clara vulneració del principi de neutralitat de l'Estat en matèria religiosa.

Un bon exemple, als efectes del contingut de la disposició addicional segona LOMCE respecte del qual mostro la meua discrepància amb la posició sostinguda per la majoria, és el tractament privilegiat mostrat en l'àmbit de l'ensenyament. En efecte, en els Acords esmentats de 1979, es reconeix a l'Església catòlica el dret a exercir l'ensenyament en tots els nivells educatius; a l'establiment de l'assignatura de religió, llevat del nivell universitari; al nomenament dels professors de religió per part de l'Ordinari Diocesà, és a dir, l'autoritat eclesiàstica de la zona, que disposa de plena capacitat empresarial per decidir sobre la contractació d'aquests professors. Així s'ha posat de manifest en els últims anys a través dels conflictes judicials sorgits després dels acomiadaments subsegüents a la no-renovació dels contractes de professors decidits per l'Ordinari eclesiàstic, a causa de comportaments i activitats que formen part de la vida privada de la persona (STC 38/2007; cas de la professora de religió que fou acomiadada perquè vivia amb la seva parella de fet). En diversos supòsits com aquest, el Tribunal Constitucional ha tingut oportunitat a través del procediment constitucional de l'autoqüestió (art. 55.2 LOTC) de plantejar-se l'adequació dels Acords de 1979 i, tanmateix, no ho ha fet.

Però, a banda d'aquest fet processal, en tot cas allò que resulta jurídicament més rellevant és que els Acords de 1979 són un tractat internacional que, com a tal, està subordinat a la Constitució. Per tant, el paràmetre jurídic no són els Acords sinó la mateixa Constitució, llevat que es vulgui devaluar el seu contingut normatiu, en especial en allò que prescriuen els articles 16 i 27.

Concretament, respecte del paper que la Constitució atribueix a la religió a l'escola, l'article 27 estableix: «Els poders públics garanteixen el dret que assisteix els pares perquè els seus fills rebin la formació religiosa i moral que vagi d'acord amb les seves conviccions». Entenc que l'opció dels pares de proporcionar una formació religiosa als seus fills a l'escola pública no és incompatible amb el caràcter aconfessional que es proclama. En síntesi, com ja va dir el Consell Consultiu en el seu Dictamen núm. 269, d'1 de setembre de 2005, l'article 27.3 CE, «[...] posa en relleu de forma especial el compromís del poder públic, tot i ésser aconfessional, amb el fet religiós en un àmbit sectorial de la vida social com és l'exercici del dret a l'educació»; i que aquest és un «[...] mandat constitucional indeclinable del qual són destinataris els poders públics [...]». Però aquesta obligació no s'estén a la forma a través de la qual els poders públics han de proporcionar la garantia de la dita formació religiosa. La Constitució no és en aquest aspecte taxativa, i no hi ha dubte que deixa als poders públics un marge formal per prendre la decisió. [...] els poders públics disposen d'habilitació constitucional per decidir la manera a través de la qual aquesta formació religiosa ha de ser garantida».

En conseqüència, la Constitució no predetermina la manera com els poders públics han d'assegurar el compliment del dret dels pares que reconeix l'article 27.3 CE, sinó que deixa la porta oberta a la seva lliure disponibilitat per gestionar aquesta qüestió, la qual cosa fa que la formació religiosa –sigui quina sigui– que sol·licitin els pares que, fent ús del seu dret, optin per sol·licitar-la per als seus fills, sigui impartida al marge del sistema reglat de les assignatures que formen part del currículum escolar. Perquè, en efecte, perquè la compatibilitat entre el fet religiós i el principi d'aconfessionalitat quedi garantida, és *conditio sine qua non* que l'ensenyament de les assignatures que formen part del sistema reglat quedi exempt de tota concepció basada en doctrines religioses.

A parer meu, el respecte a les conviccions dels pares que proclama el text constitucional ha de ser possible en el marc d'una educació capaç d'assegurar un entorn escolar obert i tolerant, en el qual les funcions educatives assumides per l'Estat vetllin perquè els programes de les diverses matèries siguin difosos de manera objectiva, crítica i plural, de tal manera que impedeixin l'adoctrinament. El respecte a les conviccions religioses dels pares i les creences dels fills implica el dret a creure i la llibertat negativa de no creure, com una part del contingut essencial de la llibertat religiosa, com un dret de llibertat vinculat a l'àmbit privat de la consciència personal. En conseqüència, el deure de neutralitat de l'Estat sobre el tema el fa incompatible amb qualsevol poder d'apreciació sobre la legitimitat d'una religió i les seves formes externes d'expressió. En el context educatiu, l'Estat ha d'assegurar el pluralisme i quedar al marge de les creences.

Per contra, el text de la disposició addicional segona LOMCE se situa als antípodes de la neutralitat que sobre el fet religiós en l'educació ha de tenir l'Estat. A banda de la seva subordinació normativa als Acords de 1979, la condició de l'assignatura de religió com a oferta obligatòria dels centres, el seu caràcter avaluable i les atribucions concedides a les autoritats religioses abans descrites fan que la dita neutralitat del poder públic quedi seriosament qüestionada.

En efecte, les prescripcions de l'article 16.3 CE, segons el qual cap religió tindrà caràcter estatal, xoquen amb la bel·ligerància que la disposició addicional segona LOMCE atribueix a la dita assignatura de religió en els centres docents. Òbviament, no es tracta de fer abstracció del que el precepte constitucional estableix respecte de les relacions de cooperació amb l'entitat que representa el culte religiós catòlic. Ans al contrari. Però, a parer meu, el deure constitucional de cooperació de l'Estat amb les diverses confessions religioses i, en especial, amb l'Església catòlica, ha de ser entès com un deure general de facilitació de mitjans però no d'incentivació d'aquests. En aquest sentit, la incentivació de l'actuació de les confessions religioses seria aquella acció de l'Estat especialment compro-

mesa amb l'objectiu de provocar conductes a les quals els ciutadans realment puguin mostrar-se reticents o contraris (p. ex., promoure la forma catòlica del matrimoni, promoure l'ensenyament públic concorde amb valors religiosos o celebrar un funeral oficial d'acord amb un ritu religiós). Mentre que la facilitació és la idea per la qual l'acció de l'Estat té per objecte simplement aplanar o possibilitar la realització de la llibertat, però sense anar gaire més lluny ni, per descomptat, comprometre el poder públic en els seus continguts.

Un bon exemple en aquest sentit l'ofereix la Llei del Parlament de Catalunya 16/2009, sobre centres de culte, que estableix la fixació d'espais públics per a usos religiosos en els plans d'ordenació urbanística. Això és, concedir una llicència per a la construcció d'una mesquita, una església, etc. Es tracta, en definitiva, d'una funció de promoció general però que no comporta un compromís en l'organització de les consciències i el consentiment de les persones, és a dir, una implicació del poder públic en la configuració de les conviccions religioses dels ciutadans. Perquè la implicació que la LOMCE mostra en un àmbit tan sensible com és l'educació és als antípodes del significat d'aconfessionalitat com a principi assegurador de la neutralitat de l'Estat respecte del fet religiós. De fet, és una perversió del seu significat.

Per les raons abans exposades, els preceptes de la LOMCE que s'inclouen en la conclusió primera del Dictamen haurien hagut de ser objecte d'un parer d'inconstitucionalitat.

2. A la conclusió quarta, el Consell ha interpretat que: «L'apartat seixanta-un de l'article únic LOMCE, en la redacció donada a l'article 84.3 LOE, sobre l'ensenyament separat per raó de gènere; i l'apartat setanta de l'article únic LOMCE, en la modificació dels apartats primer a setè de l'article 116 LOE, sobre els concerts educatius, no són contraris a l'article 14 CE ni a l'article 27.9 CE, ni tampoc vulneren les competències de la Generalitat previstes a l'article 131.3 EAC».

La modificació operada pels preceptes esmentats de la nova Llei orgànica d'educació estableix una nova regulació per la qual el concert amb centres privats admet que aquests poden impartir educació diferenciada per sexes. Es tracta d'una prescripció legal que, amb finançament provinent dels pressupostos públics, és a dir, amb recursos públics de tots els ciutadans, a través del concert entre l'Administració educativa i els centres privats, atribueix una nova regulació al dret fonamental a l'educació, per la qual es permet que centres de titularitat privada organitzin la docència, d'acord amb el criteri de la separació dels alumnes en funció del seu sexe.

La majoria del Consell ha considerat que aquesta previsió normativa no ofereix cap tatxa d'inconstitucionalitat. Tot i que coincideixo que aquesta opció educativa basada a incorporar al sistema educatiu la modalitat

d'ensenyament basada en la segregació dels alumnes per raó de sexe no planteja un problema de constitucionalitat que pugui fonamentar-se en el dret a la igualtat i a no ser discriminat de l'article 14 CE, discrepo, per contra, de la conclusió pel que fa a l'article 27.9 CE, que prescriu que «[E]ls poders públics ajudaran els centres docents que reuneixin els requisits que la llei estableixi».

La meua posició de principi sobre el tema és que aquesta remissió constitucional a la llei mai pot ser entesa com a una atribució il·limitada al poder dispositiu del legislador. Els límits que aquest últim no pot ultrapassar es troben en els principis establerts per la Constitució, especialment, com és el cas, dels centres docents sostinguts amb fons públics. I això és una conseqüència lògica del caràcter normatiu de la Constitució i també de la naturalesa dels drets fonamentals, la interpretació dels quals exigeix una interpretació que no faci abstracció de la seva relació sistemàtica amb els principis dels altres drets reconeguts i del contingut axiològic que contenen.

El marc que configuren els límits constitucionals respecte del dret fonamental a l'educació obliga a descartar qualsevol consideració d'ordre pedagògic, sociològic, moral o de qualsevol altre ordre metajurídic que pugui suplantir l'examen jurídic-constitucional, que únicament ens correspon dur a terme en aquesta seu consultiva. Per tant, rebutjo que la regulació prevista a l'apartat seixanta-u de l'article únic LOMCE pugui ser entesa com una opció pedagògica més a la qual doni cobertura el legislador orgànic. Altrament dit, la qüestió que planteja la reforma legislativa en aquest terreny no es pot reduir a una polèmica pedagògica.

Els límits constitucionals que, essencialment, s'han de tenir en compte són els reconeguts de forma específica a l'apartat 2 de l'article 27 CE: «[L]educació tindrà per objecte el ple desenvolupament de la personalitat humana en el respecte als principis democràtics de convivència i als drets i llibertats fonamentals».

El punt de partida de la discrepància que expresso en aquest vot dissident de la posició adoptada per la majoria del Consell s'identifica amb la posició segons la qual l'opció d'incloure a la Llei l'educació diferenciada per sexes i amb finançament públic no pot ser una conseqüència lògica de la llibertat d'ensenyament que és reconeguda a l'apartat 6 de l'article 27 CE: «[E]s reconeix a les persones físiques i jurídiques la llibertat de creació de centres docents, dintre del respecte als principis constitucional». Ans al contrari, com el mateix article 27.6 estableix, la llibertat per crear centres no és omnímoda, sinó que sempre s'haurà d'atenir a uns principis constitucionals que l'ideari del centre no pot defugir; uns principis que, d'altra banda, forçosament hauran d'operar amb més intensitat quan és present el finançament públic, en tant que aquest és sempre l'expressió de l'interès general que el legislador democràtic ha de preservar.

D'acord amb aquesta premissa, l'objecte del dret fonamental a l'educació està integrat per un àmbit vital que els poders públics han d'assegurar, de tal manera que, tot i que en formin part, no pot quedar limitat a la llibertat d'ensenyament ni tampoc al dret a rebre una prestació educativa. El dret fonamental a l'ensenyament és també, i sobretot, el dret a rebre una formació cívica basada en els valors democràticoconstitucionals als quals es remet l'apartat 2 i que, d'aquesta manera, integra també els que reconeixen els articles 1.1 i 10.1 CE: llibertat, justícia, igualtat, pluralisme polític i dignitat. Llibertat d'ensenyament, dret prestacional i principis constitucionals en els quals es fonamenta una formació cívica formen part d'un tot unitari. Això permet explicar les competències atribuïdes als poders públics sobre la programació general (art. 27.5 CE) o les relatives a inspecció i homologació del sistema educatiu (art. 27.8 CE) que restin sotmeses als principis generals que inspiren el sistema educatiu: el ple desenvolupament de la personalitat humana en el respecte als principis democràtics de convivència i als drets i llibertats fonamentals (art. 27.2 CE).

En conseqüència, la remissió als principis constitucionals de l'article 27.2 no pot ser ignorada pel legislador al qual s'encomana, per l'article 27.9, l'ajuda als centres docents. Per tant, no es tracta d'una remissió en blanc, sinó que la llei

—cosa que en aquest aspecte no ha fet la LOMCE— es troba delimitada per la necessitat de respectar i també d'orientar-se cap a l'assoliment de l'ideari educatiu de la Constitució. Aquesta finalitat presenta una doble perspectiva: en primer lloc, la llei ha de respectar l'ideari fonamentat en els principis constitucional; en segon lloc, els membres de la comunitat educativa (professors, pares i alumnes), a més dels poders públics, han d'adequar les funcions que la Constitució els reserva als principis constitucionals en el si dels centres. En aquest sentit, l'Estat està obligat a organitzar el sistema educatiu a través del qual pugui ser satisfet el dret a l'educació conforme a una sola idea moral i aquesta, únicament, per ser respectuosa amb la Constitució, ha de ser la moral cívica i democràtica de l'ideari educatiu de la constitució previst a l'article 27.2 (STC 5/1981, de 13 de febrer, FJ 8, i 77/1985, de 27 de juny, FJ 10). I no cap altra.

Tanmateix, a parer meu, a majoria del Consell no ha tingut en compte en la seva deguda dimensió aquests principis constitucionals derivats de la preceptiva interpretació sistemàtica que exigeix l'article 27. Així, respecte a la dimensió prestacional dels drets de l'article 27.1, tot referint-se a la remissió de l'apartat 9, afirma que aquest precepte:

«[...] no inclou un “dret subjectiu a la prestació pública”, sinó que l'ajut es configura, per remissió, d'acord amb els termes que disposi la llei, de manera que es centres privats podran invocar el dret legal a rebre subvencions.»

I, tot seguit, cita la STC 86/1985, de 10 de juliol, en la qual diu que l'article 27.9 CE demana al legislador que configuri el règim d'ajuts atenint-se:

«[...] a las pautas constitucionales orientadoras del gasto público, porque la acción prestacional de los poderes públicos ha de encaminarse a la procuración de los objetivos de igualdad y efectividad en el disfrute de los derechos que ha consagrado nuestra Constitución» (FJ 3).

Acollint per la meua banda també el criteri absolutament lògic amb l'ideari constitucional que es desprèn d'aquesta interpretació jurisprudencial, resulta preceptiu i no disponible per al legislador que els criteris o les pautes que orientin la despesa pública, respecte de la garantia d'un dret fonamental, com és el dret a l'educació, estiguin limitats per l'assoliment de l'objectiu del gaudi dels drets i, per tant, de l'acompliment dels valors constitucionals. En aquest sentit, el pressupost públic no pot obeir a cap altre objectiu i, per contra, sempre li és impedit de sufragar opcions pedagògiques mitjançant l'instrument del concert educatiu amb centres privats que, per molt legítimes que puguin arribar a ser des de la lògica de l'estricta iniciativa en l'àmbit educatiu, poden resultar antagòniques amb els principis de l'ideari cívic i constitucional.

La qüestió, per tant, que havíem de resoldre en l'examen de constitucionalitat de la LOMCE era si l'educació diferenciada per raó de sexe permet assegurar el dret a l'educació conforme a l'ideari educatiu constitucional. Els arguments en què la majoria ha fonamentat les conclusions del Dictamen, tot i que no ho planteja en els mateixos termes, no hi troba obstacles de constitucionalitat. Entenc, però, que, d'acord amb el que fins ara he exposat i el que segueix, aquesta modalitat educativa vulnera l'article 27.2 CE.

Doncs bé, tot i que el Tribunal Constitucional no s'ha arribat a pronunciar sobre això, sí que ho ha fet de forma desigual la jurisprudència ordinària elaborada pels tribunals superiors de justícia. Però resulta especialment significatiu el pronunciament del Tribunal Suprem a la seva STS de 16 d'abril de 2008, en què, després de negar que la facultat de decidir sobre l'admissió d'alumnes formi part del dret a la llibertat d'ensenyament –en la mateixa línia argumentativa que l'expressada per la STC 77/1985, de 27 de juny–, afirma, amb relació al cas de l'ensenyament mixt en els centres concertats, que és en realitat:

«[...] una manifestación o faceta más de esa competencia sobre la admisión del alumnado que corresponde a la Administración educativa que financia dichos centros concertados; esto es, esa intervención estatal que limita el derecho de dirección en los centros privados que reciben ayudas públicas en virtud de los establecido en el artículo 27.9 CE.» (FJ 9)

Per tant, únicament ha de ser el poder públic el que pot decidir sobre els criteris generals d'admissió d'alum-

nes. I no lliurement, sinó conforme, entenc, amb l'ideari cívic i constitucional, de tal manera que en cap cas podrà comprometre els fons públics si els centres privats que aspirin al concert educatiu no l'acompleixen.

Cal remarcar que el mandat constitucional d'ajuts públics als centres escolars *ex* article 27.9 CE forma part del contingut objectiu del dret a l'educació. Per contra, com he dit abans, no és per si mateix un dret subjectiu que permeti al titular exigir-lo, raó per la qual no forma part del contingut essencial del dret. En conseqüència, aspirar a disposar del concert per part d'un centre de titularitat privada obliga no solament a complir els requisits específics per dur a terme l'exercici de l'activitat, sinó, de forma simultània, a respectar els principis i valors constitucionals.

En aquest sentit, l'opció pedagògica de l'educació segregada per sexes priva els alumnes i també els docents d'un escenari adequat per dur a terme el procés educatiu en el si de l'aula, en un marc de vigència efectiva del pluralisme i la resta de valors constitucionals, així com de les situacions de controvèrsia que per raó de gènere es produeixen a la societat. En conseqüència, el pressupost públic no pot donar cobertura financera a centres privats allunyats dels valors cívics i democràtics que la Constitució proclama.

Per les raons abans exposades, els preceptes de la LOMCE que s'inclouen en la conclusió quarta del Dictamen haurien hagut de ser objecte d'un parer d'inconstitucionalitat.

Barcelona, 14 de febrer de 2014

VOT PARTICULAR que formula el conseller senyor Joan Ridaó Martín al Dictamen 4/2014, emès en data 12 de febrer, a l'empara de l'article 20.2 de la Llei 2/2009, de 12 de febrer, i de l'article 38.2 del Reglament d'organització i funcionament del Consell de Garanties Estatutàries

En l'exercici de la facultat conferida per l'article 20.2 de la Llei 2/2009, de 12 de febrer, del Consell de Garanties Estatutàries, i de l'article 38.2 del Reglament d'organització i funcionament del Consell de Garanties Estatutàries, amb el degut respecte a l'opinió expressada pels meus col·legues de la majoria, per mitjà d'aquest vot particular vull fer constar la meua discrepància amb el pronunciament de constitucionalitat i d'estatutarietat relatiu a l'apartat seixanta-un de l'article únic LOMCE, en la redacció donada a l'article 84.3 LOE, sobre l'ensenyament concertat en centres separats per raó de sexe; i l'apartat setanta de l'article únic LOMCE, en la modificació dels apartats primer a setè de l'article 116 LOE, sobre els concerts educatius.

1. Com es desprèn dels antecedents i la fonamentació jurídica del Dictamen en qüestió, un dels retrets formulats pels sol·licitants és l'eventual conculcació del principi d'igualtat (art. 14 CE) i de l'Estatut, tant

pel que fa als drets estatutaris com en relació amb les competències de la Generalitat, de tres preceptes de la LOMCE: els articles 84.3 i 116 LOE, així com la disposició transitòria segona LOMCE. En síntesi, aquests preceptes examinats neguen que l'organització de l'ensenyament diferenciatiu per sexes constitueixi una discriminació i prohibeixen que l'elecció d'aquest tipus d'ensenyament pugui comportar un tractament menys favorable o un desavantatge a l'hora de subscriure contractes amb les administracions educatives.

2. Abans de res vull deixar constància que la meua discrepància no està centrada en el fet que, com sosté la majoria, l'opció pedagògica que aposta per l'educació separada per sexes, permesa expressament per l'article 84.3 LOE, suposi una conculcació del principi d'igualtat (art. 14 CE). En efecte, el nostre sistema educatiu s'inspira en la llibertat d'ensenyament i el reconeixement del dret dels pares i mares a elegir el tipus d'educació i el centre que desitgen per als seus fills, per bé que l'exercici de la llibertat d'ensenyament i de lliure elecció de centre docent no constitueix, com es dirà, un dret absolut ni permet menyscar els drets dels altres o els valors constitucionalment garantits, d'acord amb la programació, la inspecció i l'homologació del sistema educatiu.

D'altra banda, tampoc es qüestiona, com és obvi, l'existència de centres docents privats que tinguin un projecte educatiu que promogui l'educació diferenciada per sexes, sempre que el seu ideari no contravingui els principis constitucionals (STC 5/1981, FJ 8, i STC 77/1985, FJ 9). La seva empara constitucional, com en el cas anterior, dependrà del fet que no s'excedeixin els límits del contingut subjectiu de l'article 27 CE.

En aquest punt, l'aproximació jurídic constitucional a la qüestió per part de la majoria deixa de banda, amb bon criteri, qüestions que transcendeixen la nostra funció consultiva, per la seva naturalesa pedagògica, com l'antagonisme existent entre els corrents que defensen l'educació mixta o coeducació i els partidaris de l'educació diferenciada, més propi del debat científicopedagògic, d'altra banda gens pacífic. Tanmateix, sense que amb això es pretengui contradir la llibertat d'ensenyament expressament reconeguda, no puc deixar d'expressar que entenc que la millor manera de promoure i servir els valors constitucionals de la igualtat i la no-discriminació per raó de gènere consisteix precisament a preparar des de ben aviat els alumnes per viure en relació, en una societat formada per dones i homes. I això, com després es dirà, no està exempt de relleu jurídic constitucional a l'hora d'interpretar els drets de l'article 27 CE, i més concretament, el mandat de l'article 27.9 CE pel que fa al suport financer als centres privats que practiquen l'educació diferenciada.

3. En essència, la discrepància que manifesto està centrada en el fet que els centres docents educatius puguin ser subvencionats en tot cas en règim de concert, d'acord amb els requisits i les prioritats que la llei pre-

vegi. Perquè, certament, el dret fonamental a l'educació (art. 27 CE) té una dimensió prestacional, i això el connecta amb el suport potestatiu als centres privats (art. 27.9 CE), en el marc del que estableixin les lleis, per bé que aquesta possibilitat no implica el reconeixement d'un dret subjectiu. A més, com el mateix Tribunal Constitucional ha establert (STC 86/1985, FJ 3), el legislador ha de configurar un règim d'ajuts adequat a les directrius constitucionals que orienten la despesa pública i destinat a donar satisfacció dels objectius d'igualtat i d'efectivitat en el gaudi de drets.

Per contra, segons la LOE, les comunitats autònomes no podran a partir d'ara excloure del règim de concert, si així ho desitgen, els centres que elegeixin un mètode pedagògic que afavoreixi la segregació de sexes, ja que aquesta interdicció legal té el caràcter de bàsica. En la pràctica, la LOE permetrà únicament un desenvolupament autonòmic de caràcter complementari que pot tenir en compte criteris com ara la dotació pressupostària o, fins i tot, la possibilitat de donar atenció preferent als centres que coeduquen (possibilitat que preveu la legislació catalana i que es manté paradoxalment en la DA 25 LOE); però, en cap cas, la potestat d'excloure dels ajuts públics a aquells que no ho fan. I això no mereix cap retret per part de la majoria.

4. Per contra, i tornant al que ja he apuntat anteriorment, entenc que el dret a l'educació no consisteix només a exercir l'ensenyament en llibertat o en un simple deure prestacional, sinó sobretot en la formació en determinats valors cívics d'arrel democràticoconstitucional en un marc de llibertat. Per això, mateix els principis democràtics de convivència i els drets fonamentals constitueixen sempre límits a l'ideari pedagògic dels centres escolars. La remoció d'obstacles que impedeixen la llibertat i la igualtat real i efectiva (art. 9.2 CE) i l'eliminació de tot tipus de discriminació per raó de sexe (art. 14 CE), i la consegüent transmissió dels valors de la igualtat entre homes i dones a través de l'ensenyament, formen part constitutiva, doncs, de l'ideari educatiu constitucional.

Des d'aquest punt de vista, no hi ha dubte que un model pedagògic com el que proposa l'educació diferenciada, a partir de les diferències psicobiològiques derivades del sexe, si més no, s'allunya de l'objectiu d'una educació fonamentada en els valors constitucionals de la igualtat entre dones i homes en el marc dels principis democràtics de convivència. A més, des de la perspectiva del que preveuen els tractats internacionals en matèria educativa, com la Convenció de la UNESCO de 1960, invocada per la majoria en el Dictamen, aquests no fan si no retornar a l'àmbit intern de cada estat, a través del seu ordenament propi, la determinació dels límits a l'educació diferenciada per raó de sexe, i, fins i tot, contenen mandats molt explícits sobre l'eradicació de qualsevol estereotip basat en el gènere mitjançant l'estímul de l'educació mixta (art. 10.c de la Convenció esmentada), descartant la plena equipa-

ració de models, com sembla suggerir la posició de la majoria.

5. Així les coses, per bé que l'educació diferenciada pugui ser considerada una tècnica pedagògica constitucionalment protegida per la llibertat d'ensenyament, amb els límits i condicionants que han quedat exposats, això no implica que no sigui lícit excloure els centres que la practiquen del finançament públic. En efecte, la legislació que desenvolupa el mandat constitucional de donar suport als centres escolars que reuneixin els requisits establerts per les lleis (art. 27.9 CE), s'ha orientat cap al model de concert educatiu. En aquest context, fins ara, l'article 84.3 i la disposició addicional vint-i-setena LOE ja preveien com a requisit per a l'obtenció d'un concert la no-discriminació per raó de sexe, a banda de donar prioritat als centres que coeduquen, donant així cobertura a diferents disposicions normatives autonòmiques que van des de la modulació dels requisits per accedir al concert fins a la seva exclusió en molts casos. A la pràctica, la indeterminació jurisprudencial existent abona precisament l'absència d'un tractament normatiu unívoc.

Això és així perquè el finançament públic constitueix un mecanisme destinat a satisfer el dret prestacional a l'educació però no genera un dret constitucional que els ciutadans puguin exigir, i per això, precisament, no forma part del seu contingut essencial, sinó que més aviat constitueix un vehicle perquè els poders públics optimitzin la prestació d'un servei considerat essencial. Els poders públics poden, doncs, servir a aquest objectiu de molt distintes formes, i una és l'adopció de garanties normatives que tinguin en compte valors constitucionals o factors com la limitació dels recursos públics disponibles.

En aquest sentit, com sosté la majoria, la concreció legislativa de les formes i els requisits per a l'accés als

concerts educatius suposa una opció del legislador, en funció de la seva orientació. És des d'aquest punt de vista que entenc que, des de la pròpia condició d'opció de política legislativa que tenen els concerts educatius, resulta il·legítima la prohibició, amb caràcter bàsic, del tractament menys favorable o en desavantatge dels models segregadors per raó de gènere a l'hora de subscriure concerts amb les administracions educatives. En altres paraules, les previsions de la LOE en aquest punt impedeixen totalment la possibilitat que el legislador autonòmic pugui preveure en el seu règim de concerts distintes possibilitats, entre les quals l'exclusió del finançament públic de l'educació diferenciada, tenint en compte que l'assumpció obligada de la coeducació, com a condició per obtenir un concert, constitueix tant una expressió dels límits constitucionals del dret a l'educació com de la potestat dels poders públics de determinar lliurement la seva política de despesa pública.

Per aquests motius, entenc que l'article 116, de l'apartat primer al setè, és contrari a l'article 27.9 CE, i vulnera les competències de la Generalitat de l'article 131.3 EAC i la seva autonomia financera *ex* article 202.3 EAC.

Barcelona, 14 de febrer de 2014

Àlex Bas Vilafranca, conseller secretari del Consell de Garanties Estatutàries,

CERTIFICO que el present exemplar és còpia autèntica de l'original, el qual és a l'arxiu al meu càrrec.

Barcelona, 14 de febrer de 2014

El conseller secretari
Àlex Bas Vilafranca

Vist i plau
El president
Joan Egea Fernández