

Dictamen núm. 3/2019, relativo al Proyecto de orden del Consejero de Educación y Universidad por la cual se regula la actividad de los docentes mentores y de su nombramiento en el ámbito del sistema educativo no universitario de la Comunidad Autónoma de les Illes Balears*

I. ANTECEDENTES

1. El 13 de junio de 2018, la Jefa del Servicio de Comunidad Educativa emite un informe para justificar la omisión del trámite de participación ciudadana previa en la elaboración de la orden ahora sometida a dictamen. El mismo día emite un informe para proponer la tramitación del mencionado proyecto, con el visto bueno del Director general de Innovación y Comunidad Educativa.
2. En virtud de lo anterior, el mismo día, el Consejero de Educación y Universidad dispone incoar el procedimiento y designa al citado director general como su responsable. Sin diligencia ni fecha, con título «Esborrany 1» sigue incorporado un texto de la «orden» en proyecto.
3. El día 14 de junio del 2018, el Director general mencionado suscribe el llamado «Estudi de càrregues administratives» en el cual concluye que «no hi ha càrregues per als administrats».
4. El 15 de junio de 2018, el Secretario general de la Consejería suscribe un «estudi econòmic» en el cual concluye que el Proyecto «no representa un impacte econòmic significatiu, atès que es tracta d'una activitat voluntària i no remunerada. Per altra part l'assegurança de responsabilitat civil i d'accidents d'aquestes persones s'inclourà dins l'assegurança del professorat en actiu, la qual cosa, si hi ha un increment de despesa, serà poc significatiu per a l'administració».
5. El día 18 siguiente, el Director general responsable remite, para observaciones y sugerencias, el borrador a las direcciones generales de la Consejería y a las secretarías generales de la Administración autonómica; al día siguiente, con el mismo fin, lo remite al Fórum Balears del Voluntariat.
6. Presentan sugerencias la Dirección General de Formación Profesional y Formación del Profesorado (19 de junio de 2018) y el Servicio Jurídico y la Secretaría general de la Consejería propia. Sin aportar recomendaciones ni observaciones, confirman haber revisado el texto remitido las secretarías generales de Presidencia, Servicios Sociales y Cooperación, Medio Ambiente, Agricultura y Pesca, Hacienda y Administraciones Públicas, de Cultura, Participación y Deportes; Territorio, Energía y Movilidad; Salud y el Departamento Jurídico de la Consejería de Trabajo, Comercio e Industria.
7. A instancias del Director general, el Consejero ordena el trámite de información pública cuyo edicto se publica en el BOIB núm. 84, de 7 de julio de 2018.
8. El 10 de julio de 2018 la Plataforma del Voluntariat de les Illes Balears presenta un escrito de sugerencias al Proyecto, particularmente en relación con la designación del

* Ponente: Felio José Bauzá Martorell.

mentor como «personal docente» y la regulación pretendida de un supuesto de voluntariado lo cual no se acepta y se propone que no se mencione la legislación de voluntariado al entender que no se trata de tal sino de otro tipo de colaboración.

9. El 25 de julio siguiente, la Directora del Institut Balear de la Dona remite el informe de impacto de género concluyendo con recomendaciones de tipo lingüístico.

10. El 30 de julio de 2018, el jefe del Servicio de Participación y Voluntariado certifica que el Proyecto de orden ha sido publicado entre el 9 y el 27 de julio, en la página de Participació Ciutadana recibiendo 26 visitas por vía telemática.

11. El día 29 de agosto del 2018, el Secretario general y el Director general suscriben un informe de valoración de las observaciones recibidas; se incorpora seguidamente un texto «Esborrany 2» que, sin fecha ni diligencia alguna, se somete a informe del Consejo Escolar de les Illes Balears, el 4 de septiembre de 2018. En su virtud, el 14 de noviembre de 2018, dicho Consejo emite su informe 8/2018 sobre el Proyecto manifestando un parecer sustancialmente favorable al mismo, sin perjuicio de formular tres observaciones de detalle sobre el articulado, que, a su vez, son aceptadas por el secretario general y el director general (en un informe sucinto de 19 de noviembre) pasando a formularse el «Esborrany 3» con los cambios ya introducidos.

12. A continuación, consta el Informe del Servicio Jurídico de la Consejería, de 27 de noviembre de 2018, que expresa un parecer favorable, no sin plantear observaciones formales y de procedimiento de interés.

13. El mismo día, el secretario general emite su informe favorable, aunque también condicionándolo a atender correctamente las observaciones anteriores formuladas.

14. En su virtud, el 30 de noviembre de 2018, la Jefa del Servicio de Comunidad Educativa formula una memoria complementaria relativa a las observaciones emitidas por los informes anteriores: *a)* sobre la ausencia de estudio de cargas administrativas por la sencillez del procedimiento; *b)* el impacto positivo en la infancia, la familia y la adolescencia que puede conllevar la orden; *c)* la ausencia de impacto por razón de género o identidad sexual.

15. El 10 de diciembre de 2018, el Director general responsable autoriza el texto final en doble ejemplar sometido a dictamen.

16. El 14 de diciembre del 2018, la Presidenta de las Illes Balears solicita dictamen al Consejo Consultivo a propuesta del Consejero de Educación y Universidad, escrito que tiene entrada en nuestra sede el día 17 siguiente.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Primera

Carácter del dictamen

La Presidenta de las Illes Balears se encuentra legitimada para solicitar el presente dictamen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21.a de la Ley 5/2010, de 16 de junio, reguladora del Consejo Consultivo de las Illes Balears y corresponde al Consejo Consultivo su emisión, de conformidad con lo establecido en el artículo 18.7 de la ley anterior.

Como ya planteamos en el Dictamen 14/2016 y en el 84/2016, en relación con proyectos similares, el Consejo Consultivo estima que nos hallamos ante una norma en parte de carácter organizativo y en parte de carácter «ad extra», al tener incidencia en la comunidad educativa de uno o más centros de las Islas Baleares (del sistema docente público no universitario). En consecuencia es preceptivo el presente Dictamen. En efecto el Proyecto pretende establecer las características de los docentes jubilados que pueden ser mentores y colaboradores voluntarios con la comunidad educativa de forma altruista así como los procedimientos y reglas de funcionamiento básicas. En definitiva, el Proyecto se encuadra en la formación del profesorado conectando personal docente jubilado con los equipos directivos y el personal del centro.

Segunda

Análisis del procedimiento

Por lo que respecta al procedimiento de elaboración de este proyecto de orden, del expediente resulta que, al haberse iniciado mediante resolución del Consejero de Educación y Universidad de 13 de junio del 2018, es decir, con posterioridad a la entrada en vigor de la LPAC, consecuentemente, resulta de aplicación —según reiterada doctrina del Consejo Consultivo recogida en los dictámenes 19/2017 y 45/2017, entre otros.

Ahora bien, debemos observar aquí que, tal como advierte este Órgano de consulta en sus anteriores dictámenes 19/2017 y 40/2018, y tal como ha avalado el Tribunal Constitucional a través de su reciente Sentencia de 24 de mayo de 2018 (a través de la cual resuelve el recurso de inconstitucionalidad nº 3628-2016 promovido por el Gobierno de Cataluña contra algunos preceptos de la Ley 39/2015, de 1 de octubre), el Título VI (arts. 127 a 133), relativo a la iniciativa legislativa y a la potestad reglamentaria, no halla cobertura en los números 13 y 14 del art. 149.1 CE. Por consiguiente, el Tribunal Constitucional declara inconstitucional el apartado segundo de la disposición final primera de la Ley, por reconducir aquellas previsiones a esos títulos competenciales. A través de esta Sentencia el TC declara parcialmente la inconstitucionalidad de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, porque considera, en general, que el legislador estatal ordinario carece de competencia para distribuir poderes normativos entre instituciones autonómicas y para asignar o limitar la potestad reglamentaria de las Comunidades Autónomas. Así se pronuncia en su fallo el TC:

1º Declarar la inconstitucionalidad y nulidad de las previsiones siguientes de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: el párrafo segundo del art. 6.4; los incisos “o Consejo de Gobierno respectivo” y “o de las consejerías de Gobierno” del párrafo tercero del art. 129.4 y el apartado 2 de la disposición final primera.

2º Declarar que los arts. 129 (salvo el apartado 4, párrafos segundo y tercero), 130, 132 y 133 de la Ley 39/2015 son contrarios al orden constitucional de competencias en los términos del fundamento jurídico 7 b) de esta Sentencia.

3º Declarar que el art. 132 y el art. 133, salvo el inciso de su apartado 1 “Con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento, se sustanciará una consulta pública” y el primer párrafo de su apartado 4, ambos de la Ley 39/2015, son contrarios al orden constitucional de competencias en los términos del fundamento jurídico 7 c) de esta Sentencia.

4º Declarar que la disposición adicional segunda, párrafo segundo, de la Ley 39/2015 no es inconstitucional interpretada en los términos del fundamento jurídico 11 f) de esta Sentencia.

Por tanto, a la luz de lo dispuesto en la STC, cuyos efectos se producen a partir de su publicación el 22 de junio del año en curso en BOE (número 151), y a los efectos que aquí interesa, habrá que tener en cuenta que ya no resulta exigible a las CCAA la publicación de sus iniciativas normativas en el Plan Anual Normativo previsto en el artículo 132 de la LPAC, puesto que este precepto se declara inconstitucional y, con respecto al trámite de consulta previa, regulado en el artículo 133, éste trámite seguirá siendo exigible a las CCAA, si bien no en los mismos términos que dispone el precepto legal anterior (que sólo se aplicará al Estado). Asimismo, se podrá prescindir de dicho trámite en los términos de lo dispuesto en el primer párrafo de su apartado 4ª, que se mantiene por el alto tribunal.

Continuando con el análisis del procedimiento, del expediente se desprende que la Consejería ha cumplido también con carácter complementario la tramitación prevista en los artículos 42 y siguientes de la Ley 4/2001, de 14 de marzo, del Gobierno de las Illes Balears así como los otros trámites previstos en otras normas: informe de impacto de género, justificación de ausencia de impacto del Proyecto sobre la familia, menores y adolescencia, y sobre la identidad de género y libertad sexual.

El órgano de tramitación ha cumplimentado:

a) un informe justificando la inexigibilidad de participación ciudadana.

b) una memoria justificativa, resumida pero suficiente y que atiende a los elementos exigidos (oportunidad, marco normativo, tabla de derogaciones, relación de disposiciones afectadas, justificación y cumplimiento de los principios generales de buena regulación).

c) Dicha memoria se ha complementado con un estudio de cargas que sólo ha señalado - como hemos avanzado- no haber cargas para los administrados.

d) Un llamado estudio económico únicamente destinado a señalar que “no representa un impacto económico significativo” pese a reconocer que habrá que incluir a los mentores en el seguro de responsabilidad civil y de accidentes.

e) A instancias del Servicio Jurídico ha incidido en el estudio de cargas, de nuevo sin aclarar el resultado real, y en la ausencia de impactos negativos en la identidad de género y no discriminación y en la familia, la adolescencia y la infancia.

f) Ha solicitado y obtenido el parecer del Consejo Escolar (que se ha mostrado favorable al contenido material).

g) Se ha sometido al trámite de participación ciudadana.

h) Se han valorado todas las observaciones recibidas, dándoles cumplida respuesta y originando las sucesivas modificaciones en el texto proyectado.

i) Ha recabado los informes de impacto de género, del Servicio Jurídico y de la Secretaría General.

Finalmente se ha observado los requisitos de presentación formal de la consulta, particularmente, se aporta el texto final autorizado en doble ejemplar que se somete a dictamen.

No obstante todo lo anterior, el Consejo Consultivo debe matizar determinados trámites, una vez examinado el procedimiento y pese a considerar que nos hallamos ante un Proyecto en parte organizativo y de repercusión limitada, por no decir nula y en todo caso no perjudicial, en la prestación del servicio público educativo o en la consideración del derecho fundamental de la educación.

Así, debemos detenernos en cuanto a la fase de participación y audiencia que aquí se ha concentrado, fundamentalmente, en el Consejo Escolar. Sobre ello, en el Dictamen 14/2016, para la misma Consejería, consideramos:

3. En aplicació de l'article 6.3 del Decret legislatiu 112/2001, de 7 de setembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de consells escolars de les Illes Balears, s'ha donat participació al Consell Escolar de les Illes Balears, que és l'òrgan de participació i consulta de la comunitat educativa, en què estan representats, a més dels sectors pròpiament educatius, els consells insulars i els municipis. Cal recordar que el Consell Escolar ha emès un informe favorable, amb el número 6/2015, que va ser aprovat per unanimitat.

Malgrat que durant la tramitació de l'Ordre projectada no s'ha donat audiència directa a cap entitat, associació o sindicat, aquest fet no afecta la correcció procedimental. Per arribar a aquesta conclusió, basta recordar el contingut de la Sentència núm. 446 del Tribunal Superior de Justícia, de 22 de setembre de 2014:

[...] hay que tener en cuenta que el artículo 105.a de la Constitución se refiere al trámite de audiencia como una de las garantías básicas en el curso del procedimiento de elaboración de las disposiciones generales emanadas de la administración que afecten a los ciudadanos a través de las organizaciones reconocidas por la Ley. Pues bien, la audiencia constituye así un requisito esencial para la validez del resultado del procedimiento, teniendo por objeto no solo hacer valer por los interesados la defensa de los derechos e intereses que corresponda sino también facilitar el acierto en la elaboración de la disposición que corresponda a la vista de las propuestas de modificación del texto inicialmente propuesto. La audiencia es un derecho constitucional de configuración legal y el incumplimiento de ese trámite acarrea la nulidad de la disposición en cuestión, como determina el Tribunal Supremo, por todas, en Sentencias de 13 de noviembre de 2000, 15 de julio de 2003, 9 de junio de 2004 y 6 de octubre de 2005.

En el supuesto del procedimiento de elaboración del Decreto 15/2013, el proyecto se sometió al informe del Consejo Escolar de las Illes Balears, el cual es el máximo organismo consultivo en materia de enseñanza no universitaria dentro del ámbito

territorial de las Illes Balears y organismo superior de representación en esta materia de los sectores afectados, encontrándose integrados en el mismo la Conselleria de Educación, los Consells Insulars, los Ayuntamientos, los padres y madres y tutores de los educandos, el profesorado docente, los alumnos, la Universidad, los representantes de las fuerzas sindicales más representativas o los representantes de las patronales.

Por lo tanto, puede afirmarse sin ningún género de dudas que el Consejo Escolar de las Illes Balears abarca un amplio campo representativo de la sociedad y de los distintos estamentos sociales que tienen implicación directa con la educación.

4. Consta l'informe preceptiu sobre l'impacte de gènere, exigit per l'article 7.g de la Llei 12/2006, de 20 de setembre, per a la dona, i que s'ha valorat en el tràmit corresponent.

5. També es justifica que el Projecte compleix els principis que, amb caràcter de bàsics, exigeixen els articles 4 i 5 de la Llei 2/2011, de 4 de març, d'economia sostenible. Ara bé, en aquest context, s'afirma que amb l'Ordre es fomenta la participació dels interessats, per mitjà de les organitzacions sindicals amb representació en la Junta de Personal Docent no Universitari, que tindran veu en la comissió avaluadora. I no consta que la Junta de Personal Docent no Universitari hagi participat en el procediment d'elaboració del Projecte. Ara bé, cal pensar també que els sindicats es troben representats en el si del Consell Escolar de les Illes Balears, el qual ha pogut estudiar i valorar el Projecte, amb un pronunciament favorable, aprovat, a més a més, per unanimitat. Convé, no obstant això, que la Conselleria impulsora de la norma, tengui en compte aquesta qüestió en futurs expedients.

6. Tampoc no consta que s'hagi discutit el Projecte en la Mesa Sectorial d'Educació. Malgrat que en un principi el Projecte no sembla que afecti les condicions de treball del professorat, quan es llegeix amb cura el contingut de l'articulat no s'arriba exactament a aquesta conclusió. Vegem alguns exemples del que s'ha afirmat abans:

— Els articles 5, 6 i 8 contenen normes que afecten els drets i els deures dels funcionaris docents, ja que estableixen les formes de provisió, i les condicions per optar a ocupar els llocs de treball de direcció i d'assessoria de formació en els centres de professorat i, si és el cas, ser avaluats en l'exercici del càrrec.

— L'article 14 regula els horaris per a l'atenció al públic en els centres de professorat. En aquest precepte es preveu l'obligació del personal docent destinat als centres de professorat d'incorporar-se al seu lloc de treball l'1 de setembre i de romandre-hi fins al 15 de juliol.

— En el mateix article es disposa que la jornada laboral d'aquest personal adscrit als centres de professorat és l'establerta, amb caràcter general, per al professorat; també es regula la distribució de l'horari setmanal de treball de cada docent destinat al centre de professorat, i s'exigeix que quedi fixada a principi de curs; a més, es preveu l'obligació que té la direcció del centre de professorat de trametre els horaris a la Direcció General de Formació Professional i Formació del Professorat abans del 31 d'octubre de cada curs acadèmic.

Atès que tot el que s'ha dit afecta les condicions de treball del personal funcionari docent, la manca de negociació del Projecte amb la Mesa Sectorial d'Educació suposaria una infracció de l'article 37.1.c de la Llei estatal 7/2007, de 12 d'abril, de l'Estatut bàsic de l'empleat públic (EBEP), almenys quant als articles esmentats del Projecte. A la mateixa conclusió podríem arribar respecte als mateixos preceptes en relació amb l'article 115.1.o de la Llei de funció pública de les Illes Balears, que

obliga igualment a la negociació col·lectiva en la determinació de les condicions de treball (provisió, jornada, horaris...), en els termes establerts en la legislació bàsica.

El Consell Consultiu ha tingut ocasió de pronunciar-se sobre la manca de negociació de la Mesa Sectorial d'Educació en altres ocasions. En els dictàmens 4/2013 i 32/2014 va considerar que, malgrat la manca de negociació amb la Mesa Sectorial d'Educació, la tramitació del procediment s'havia fet conforme a dret. I arribà a aquesta conclusió perquè s'havia tramès el Projecte directament a totes les organitzacions sindicals afectades per la matèria, a més d'altres entitats representatives d'interessos afectats, i perquè s'havien valorat i acceptat gran part de les al·legacions que havien efectuat els sindicats i, molt especialment, pel fet d'haver demanat dictamen al Consell Escolar de les Illes Balears, en què està àmpliament representat el professorat de l'ensenyament.

En el cas que ara ens ocupa, el Projecte no s'ha tramès directament a cap organització ni representació sindical, tal com hem vist anteriorment. Ara bé, és cert que el Projecte s'ha sotmès al Consell Escolar, que l'ha aprovat per unanimitat de tots els membres, per la qual cosa podríem afirmar que els representants sindicals han pogut al·legar i opinar; per això, podríem arribar a la mateixa conclusió que en els dictàmens 4/2013 i 32/2014.

No obstant això, aquesta doctrina és anterior a, entre d'altres, les sentències del Tribunal Superior de Justícia 444, de 22 de setembre de 2014, i 446, de la mateixa data. El contingut d'aquestes sentències ens obliga a replantejar-nos la nostra doctrina antiformalista. Per aquest motiu, no podem arribar a la mateixa conclusió, perquè el Consell Escolar no té la mateixa finalitat que la Mesa Sectorial de Negociació. Es tracta de dos òrgans col·legiats amb finalitats i funcions diferents. L'un no pot suplir l'altre.

Per això, el Consell Consultiu considera que abans que el conseller d'Educació i Universitat aprovi l'Ordre projectada s'hauria de convocar la Mesa Sectorial d'Educació, amb el benentès que, si com a conseqüència de la negociació es canvia la redacció del text de la norma, s'hauria de tornar a demanar dictamen al Consell Consultiu, amb caràcter preceptiu. Aquesta observació té el caràcter d'essencial per a l'ús de la fórmula ritual «d'acord amb el Consell Consultiu» (article 4.3 de la Llei 5/2010, de 16 de juny).

Por todo lo expuesto debemos concluir que, con carácter previo a la aprobación del Proyecto, deberá someterse el Proyecto a la Mesa Sectorial de Educación, porque, pese a no afectar a condiciones laborales o funcionariales del personal docente activo, sí tiene incidencia en las condiciones del personal jubilado, en definitiva, hay que pensar recientemente jubilado y ello además puede significar algunas alteraciones organizativas y formativas del profesorado actualmente aún prestando servicios. En suma, siguiendo la jurisprudencia más reciente de nuestro Tribunal Superior de Justicia debe primarse no solo composición de los órganos colegiados correspondientes sino principalmente la diferente posición de cada órgano en la Administración.

Por otro lado, la disposición adicional segunda del *Decret 41/2016, de 15 de juliol, pel qual es regula la formació permanent del professorat de l'ensenyament no universitari de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears*, norma que da cobertura al Proyecto tramitado dispone:

Disposició addicional segona

Comissió de Formació del Professorat

La Conselleria d'Educació i Universitat ha de constituir la Comissió de Formació del Professorat per avaluar les sol·licituds d'homologació dels programes de formació d'acord amb les disposicions d'aquest Decret i les normes que el despleguin. Per mitjà d'una ordre del conseller d'Educació i Universitat s'han d'establir les funcions i la composició de la Comissió de Formació del Professorat.

Al no haberse remitido el Proyecto a la mencionada *Comissió de Formació del Professorat* dimanante del Decreto, norma además citada como de cobertura, hay que imputar al procedimiento un vicio de nulidad o defecto grave máximo por la literalidad de la citada disposición adicional segunda porque se exige que evalúe la Comisión «las normas que el despleguin». Queda constancia de la existencia de un órgano similar y previo, según la *Ordre de dia 9 d'octubre de 1998, del conseller d'Educació, Cultura i Esports, per la qual es crea la Comissió de Formació Permanent del Professorat de les Illes Balears*, que parece estar en vigor plenamente.

En definitiva, el procedimiento seguido en la elaboración del presente proyecto de orden se ajusta, excepto las dos cuestiones que acabamos de exponer, a Derecho. Estas observaciones procedimentales tienen carácter esencial y de las vicisitudes de dichos trámites pueden deducirse sucesivos trámites que deberán realizarse. Si de ello se derivaran modificaciones, sólo en el caso de ser sustanciales, deberán ser objeto de nuevo dictamen.

En otro orden de cosas, hay que recordar la obligación procedimental que ha establecido la novedosa legislación de *transparencia*. Tal como venimos diciendo en recientes dictámenes (por ejemplo, 130/2018):

Abans de concloure les qüestions procedimentals, cal posar en relleu una obligació de transparència administrativa derivada de l'article 7 de la Llei 19/2013, de 9 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, que disposa:

Article 7. Informació de rellevància jurídica

Les administracions públiques, en l'àmbit de les seves competències, han de publicar: [...]

c) Els projectes de reglaments la iniciativa dels quals els correspongui. Quan sigui preceptiva la sol·licitud de dictàmens, la publicació s'ha de produir una vegada que aquests hagin estat sol·licitats als òrgans consultius corresponents sense que això suposi, necessàriament, l'obertura d'un tràmit d'audiència pública.

d) Les memòries i informes que conformin els expedients d'elaboració dels textos normatius, en particular, la memòria de l'anàlisi d'impacte normatiu que regula el Reial decret 1083/2009, de 3 de juliol.

[...]

Aquesta publicitat dels projectes (que inclou les memòries i els informes) s'ha de plantejar com a diferent de la publicitat inicial o en la fase d'audiència i participació, ja que la Llei n'adverteix clarament la distinció («sense que això suposi, necessàriament, l'obertura d'un tràmit d'audiència pública»). El moment oportú de la publicació dels projectes (en funció de les exigències de «transparència» pública), en aquest cas és «una vegada que aquests [els dictàmens] hagin estat sol·licitats als òrgans consultius».

Tercera

Marco normativo y competencial

Desde el punto de vista del marco normativo en el que se inserta la materia objeto del Proyecto de orden que se examina, éste está formado esencialmente por:

A) De ámbito estatal:

1. La Constitución española de 1978 reconoce en el artículo 27 el derecho a la educación, como uno de los derechos fundamentales de la persona, y la libertad de enseñanza, así como la obligación de los poderes públicos de garantizar este derecho a la educación mediante una programación general de la enseñanza, con la participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes.

Des del punto de vista competencial, el artículo 149.1.30 dispone la competencia exclusiva del Estado sobre las materias:

30a. Regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales, y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia.

2. La Ley orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación (LOE) regula, en sus artículos 102 i 103 (no alterados en la Ley orgánica 8/2013, de 9 de diciembre), la formación permanente como un derecho y una obligación de todo el profesorado, del modo siguiente:

Article 102. Formació permanent.

1. La formació permanent constitueix un dret i una obligació de tot el professorat i una responsabilitat de les administracions educatives i dels mateixos centres.

2. Els programes de formació permanent han de preveure l'adequació dels coneixements i mètodes a l'evolució de les ciències i de les didàctiques específiques, així com tots els aspectes de coordinació, orientació, tutoria, atenció educativa a la diversitat i organització encaminats a millorar la qualitat de l'ensenyament i el funcionament dels centres. Així mateix, han d'incloure formació específica en matèria d'igualtat en els termes que estableix l'article 7 de la Llei orgànica 1/2004, de 28 de desembre, de mesures de protecció integral contra la violència de gènere.

3. Les administracions educatives han de promoure la utilització de les tecnologies de la informació i la comunicació i la formació en llengües estrangeres de tot el professorat, independentment de la seva especialitat, i han d'establir programes específics de formació en aquest àmbit. Igualment, els correspon fomentar programes de recerca i innovació.

4. El Ministeri d'Educació i Ciència pot oferir programes de formació permanent de caràcter estatal, adreçats a professors de tots els ensenyaments que regula aquesta Llei, i establir, a aquest efecte, els convenis oportuns amb les institucions corresponents.

Article 103. Formació permanent del professorat de centres públics

1. Les administracions educatives han de planificar les activitats de formació del professorat, garantir una oferta diversificada i gratuïta d'aquestes activitats i establir les mesures oportunes per afavorir-hi la participació del professorat. Així mateix, els correspon facilitar l'accés dels professors a titulacions que permetin la mobilitat

entre els diferents ensenyaments, inclosos els universitaris, mitjançant els acords oportuns amb les universitats.

2. El Ministeri d'Educació i Ciència, en col·laboració amb les comunitats autònomes, ha d'afavorir la mobilitat internacional dels docents, els intercanvis lloc a lloc i les estades en altres països.

La disposición final sexta de la LOE preceptúa que «las normas de esta Ley podrán ser desarrolladas por las Comunidades Autónomas, a excepción de las relativas a aquellas materias cuya regulación se encomienda por la misma al Gobierno o que corresponden al Estado conforme a lo establecido en la disposición adicional primera, número 2, de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación.»

3. El Real Decreto 1876/1997, de 12 de diciembre, sobre el traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares en materia de enseñanza no universitaria.

B) De ámbito autonómico:

1. El Estatuto de Autonomía de las Illes Balears aprobado por la Ley orgánica 1/2007, de 28 de febrero, en el artículo 36 establece:

D'acord amb el que disposen l'article 27 i el número 30 de l'apartat 1 de l'article 149 de la Constitució en matèria d'ensenyament, correspon a la Comunitat Autònoma de les Illes Balears:

1. En matèria d'ensenyament no universitari, la competència exclusiva en la creació, l'organització i el règim dels centres públics; el règim de beques i ajuts amb fons propis; la formació i el perfeccionament del personal docent, i els serveis educatius i les activitats extraescolars complementàries amb relació als centres públics i privats sostinguts amb fons públics, en col·laboració amb els òrgans de participació dels pares i les mares dels alumnes.

2. Correspon a la Comunitat Autònoma de les Illes Balears la competència de desenvolupament legislatiu i d'execució de l'ensenyament en tota la seva extensió, nivells i graus, modalitats i especialitats.

3. En matèria d'ensenyament no universitari, la competència executiva sobre l'expedició i l'homologació dels títols acadèmics i professionals estatals.[...]

2. El Decreto 41/2016, de 15 de julio, por el cual se regula la formación permanente del profesorado de la enseñanza no universitaria de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears dispone:

Article 2

Concepte de formació permanent del professorat

1. Es considera el conjunt d'accions dirigides a actualitzar la qualificació professional, formació permanent del professorat a millorar les competències professionals dels docents per a la tasca educativa i per a la col·laboració amb la comunitat educativa, a impulsar la innovació educativa, especialment en relació amb el projecte educatiu dels centres, i a millorar la gestió dels centres educatius.

2. La formació permanent del professorat té com a finalitat essencial contribuir a l'increment de la qualitat de l'educació, conjugant la necessària actualització del professorat per fer front a les noves necessitats i demandes de la societat actual amb la resposta a les expectatives de desenvolupament professional, promoció i

satisfacció laboral, i ha d'anar encaminada a la pràctica educativa i a la contribució a la cohesió social de la comunitat educativa com a elements clau per millorar l'educació de l'alumnat.

Article 4

Principis de la formació del professorat

La formació permanent del professorat es defineix d'acord amb els principis següents:

- a) El reconeixement de la formació com una estratègia en el procés de dignificació de la funció docent, del seu prestigi i de la seva consideració social, de manera que es faciliti l'actualització permanent de les competències professionals i el reconeixement de la complexitat i el mèrit de la tasca educativa.
- b) La formació vinculada al desenvolupament de les funcions docents i basada en un model de competències professionals que ha d'assolir el professorat.
- c) L'actualització dels continguts formatius determinats per les necessitats del sistema educatiu, els projectes educatius dels centres i la qualificació professional i personal del professorat.
- d) La transferència de la formació permanent a la pràctica educativa, en l'educació de l'alumnat i en el funcionament dels centres, per tal de contribuir a la millora de la qualitat educativa, a l'equitat i a l'èxit escolar.
- e) El foment de la recerca i la innovació educativa, així com l'avaluació de la formació basada en els principis de la millora constant i la gestió de qualitat.
- f) El foment de les metodologies formatives de caràcter actiu i experiencial que facilitin la implicació, l'intercanvi d'experiències i la reflexió pedagògica.
- g) La consideració dels equips educatius dels centres com els veritables protagonistes de la formació que s'ha de desenvolupar per mitjà dels plans de formació i de les convocatòries que, a aquest efecte, dugui a terme la Conselleria d'Educació i Universitat.
- h) La incidència de la formació en les actituds docents i en el desenvolupament personal i professional per millorar el caràcter educatiu en les relacions que s'estableixen en el centre.
- i) La col·laboració d'entitats i institucions de prestigi en matèria d'innovació, recerca i formació del professorat que potenciïn la transferència del coneixement i l'especialització en matèria de formació professional.

En la Disposición final primera del Decreto mencionado se autoriza al consejero de Educación y Universidad para desplegar mediante las disposiciones necesarias el mismo reglamento, operación que ahora se materializa para un programa formativo peculiar como es el de los docentes mentores.

En este sentido una vez declarada la competencia de desarrollo legislativo y ejecución de nuestra Comunidad Autónoma en materia de actividades clasificadas, dentro del marco de la legislación básica del Estado, no ofrece dudas determinar la competencia para aprobar el reglamento; en efecto, la materia de educación en términos generales corresponde al Govern de les Illes Balears y el consejero de Educación y Universidad es competente para dictar la orden, en virtud de la habilitación otorgada por el Decreto 41/2016 al amparo del artículo 38.2.b de la Ley balear 4/2001, de 14 de marzo.

Cuarta

Contenido

Por lo que se refiere a la estructura del proyecto, éste consta de un preámbulo, nueve artículos y dos disposiciones finales. El articulado, con sus rúbricas, tiene el siguiente objeto:

Artículo 1. Objeto y finalidad. En dicho precepto se define el docente mentor y su nombramiento en el ámbito del sistema educativo no universitario balear, además de enmarcar tal acción en el campo de la formación permanente del profesorado.

Artículo 2. Destinatarios. Se exigen acumulativamente los requisitos que van a exigirse a los docentes mentores: funcionarios de carrera, jubilados, de centros docentes públicos no universitarios, con capacidad funcional, con 20 años de servicios (con determinada forma de cómputo), en cuerpos docentes, y con algún reconocimiento docente durante su vida profesional.

Artículo 3. Vías de colaboración. Se regulan dos tipos de colaboración, abierta (a disposición de los criterios del Consejo Escolar) y concreta (con un proyecto de actividades elaborado por el docente mentor que también deberá ser aprobado por el Consejo Escolar).

Artículo 4. Presentación de solicitudes y documentación. Traza las reglas básicas del procedimiento sencillo a efectuar por quienes quieren ser docentes mentores conforme a esta orden.

Artículo 5. Selección. Continúa regulando dicho procedimiento que implicará principalmente al director del centro y al consejo escolar.

Artículo 6. Nombramiento. Prevé una designación o aceptación del docente mentor por un año al tiempo que regula sus condiciones básicas: capacidad de docencia, no retribución y garantía de responsabilidad civil y patrimonial del centro y del sistema educativo.

Artículo 7. Prórroga. En dicho precepto regula la prórroga anual del nombramiento, previa petición de la persona interesada.

Artículo 8. Causas de cese. Se regulan cuatro causas básicas de cese de funciones del docente mentor, fundadas en la vigencia, la renuncia el incumplimiento y la pérdida sobrevenida de capacidades.

Artículo 9. Apoyo y limitaciones del nombramiento. Se prevén algunas reglas de funcionamiento del sistema de mentorado y la colaboración de la Consejería.

Disposición final primera. Desarrollo y aplicación. Faculta al director general de Innovación y Comunidad Educativa para «dictar instrucciones que sean necesarias para el desarrollo y aplicación».

Disposición final segunda. Entrada en vigor.

Con carácter general, el Consejo Consultivo debe significar que el Proyecto normativo sufre durante su tramitación de un cambio significativo, de orientación normativa y de fondo muy importante cuyos efectos quizá no se han ponderado suficientemente por la Consejería. Nos referimos a que, de inicio el Proyecto nace como una regulación de un programa de voluntariado destinado a acoger a los docentes jubilados con interés en ligar su experiencia a la colaboración voluntaria con el centro educativo. Tanto es así, que se pretende su encuadre normativo con la Ley 3/1998, de 18 de mayo, del voluntariado de las Illes Balears y se remite para consulta a la Plataforma del Voluntariado. No obstante, dicha Plataforma presenta una alegación de fondo contraria a tal planteamiento porque estima que ahí no prima el voluntariado sino el contenido de formación de profesorado y de transmisión de experiencia y competencia del docente jubilado a los equipos docentes que permanecen en el centro. La Consejería opta —con buen criterio añade este Consejo— por aceptar esta alegación y encuadrar la norma reglamentaria en el ámbito de la formación del profesorado, con encaje en el Decreto 41/2006. Dicha variación, repetimos que certera, debería manifestarse en determinados cambios en el procedimiento y en la norma proyectada: por ejemplo, el papel a determinar por la Comisión de Formación del Profesorado, los Centros de Profesores y los propios destinatarios de la formación permanente y sus efectos, así como la atribución de la facultad para dictar instrucciones a un director general que sea competente en materia de formación del profesorado. Hay que considerar que ni siquiera la orden en ciernes se plantea si participar en acciones de «docentes mentores» va a tener algún respaldo o valor en el ámbito de la formación permanente del profesorado.

No obstante, la precedente observación no se alza en esencial o sustancial, en vista de la legalidad, porque la redacción propuesta no contraviene la normativa vigente, aunque su encaje podría ser mejor.

El texto propuesto y examinado suscita en el Consejo Consultivo las siguientes observaciones.

1. En primer lugar, y con carácter esencial, hay que analizar el ámbito subjetivo de aplicación del Proyecto. La norma en ciernes prevé que se trate del sistema educativo no universitario balear (art. 1.1); en cambio, sólo pueden ser docentes mentores los funcionarios de carrera docentes jubilados de centros públicos, con 20 años de servicio. No hay que confundir que el docente jubilado pueda ser *mentor* en el centro de su procedencia, lo que parece lógico y obvio, con el hecho de exigir que sean funcionarios de carrera con veinte años de servicio. Si bien es admisible limitar el ámbito subjetivo por razón de la materia específica de formación del profesorado (exigir que tengan una larga experiencia) no se alcanza a comprender la razón por la que tenga que ser funcionario de carrera (puesto que en la letra *b* y *c* se permite que se computen períodos de interino y de actividad laboral). Tampoco se alcanza a comprender por qué no pueden admitirse supuestos de profesores jubilados de centros docentes privados y privados concertados (para colaborar en la formación en sus respectivos centros o ámbitos). La propuesta es que o bien se amplíe el ámbito subjetivo de forma correcta o bien se explicita el motivo de la distinción del régimen jurídico establecido de facto. Esta observación tiene carácter esencial.

2. En el mismo art. 2 del Proyecto se establece el modo del cómputo de los 20 años de servicios para ser docente mentor. Tal fórmula (apartado 1.b) parece en suma compleja y con distinción de períodos que sí computan con los que no suman sin justificación alguna, aparte las dificultades prácticas que conllevará tal redacción, que en cualquier caso debe ser mejorada. No tiene carácter esencial.

3. Continuando con el mismo artículo, en el apartado 1.d se regula un requisito «docents que hagin destacat [...] per algun reconeixment docent» que queda muy indeterminado de forma innecesaria. Se recomienda en suma que el precepto se amplíe o desarrolle estableciendo qué se entiende por tal requisito y facilitando, en suma, su aplicación. No tiene carácter esencial.

4. Por último, la disposición final primera atribuye funciones de *desarrollo y aplicación* a un director general, el de Innovación y Comunidad Educativa. Dos elementos contravienen el artículo la Ley balear 4/2001, de 14 de marzo y la Ley 3/2003, de 26 de marzo. En primer lugar, el director general no puede establecer normas. Hay que recordar que las instrucciones, al amparo del artículo 21 de la Ley 3/2003, sólo son reglas internas dirigidas a establecer pautas o criterios de actuación. Las puede dictar el director general, ciertamente, mas no sustituyen ni desarrollan el reglamento. Por ello es tan importante determinar claramente lo que son aspectos organizativos (que sí podrán fácilmente regularse internamente mediante instrucciones) de los aspectos regulatorios con efectos *ad extra* (donde la instrucción sería un acto nulo de pleno derecho). Además la facultad de dictar instrucciones viene ya determinada por la Ley 3/2003 citada, la cual además establece una competencia funcional de los directores generales (artículos 12, 15 y 16 de la Ley 3/2003). En segundo lugar, tal previsión legal, se desarrolla, para el caso que nos ocupa, mediante el Art. 2.4.c del Decreto 24/2015, de 7 de agosto, de la *presidenta de les Illes Balears, pel qual s'estableixen les competències i l'estructura orgànica bàsica de les conselleries de l'administració de la comunitat autònoma de les Illes Balears*. En efecto, tal disposición ordena las materias y ámbitos funcionales de competencia de las direcciones generales. Si, coherentemente, la norma ahora examinada se encuadra en el ámbito de la formación del profesorado, será la directora general de Formación Profesional y Formación del Profesorado la competente en dicho ámbito; incluso dentro de la misma Consejería, la alteración organizativa se atribuye mediante Decreto de la Presidenta de las Illes Balears y la orden no puede infringirlo. En resumen, lo que se exige es cambiar de la disposición los términos «desenvolupament i aplicació» y el órgano competente para dictar las instrucciones que sean necesarias en la disposición final primera indicada. Es de carácter esencial.

Sin carácter esencial y continuando las recomendaciones que se derivan de nuestro análisis anterior, el Consejo Consultivo estima que podría establecerse en el texto en un nuevo precepto alguna certificación y reconocimiento de la formación del profesorado, impartida y recibida. Aunque salta a la vista que para el docente mentor no tiene quizá un valor excesivo no es descartable que lo estime estimulante y para el equipo docente en servicio *activo*, siempre será útil que se refleje en su historia u hoja de servicios.

III. CONCLUSIONES

- 1ª. La Presidenta de las Illes Balears está legitimada para solicitar el presente dictamen y el Consejo Consultivo es competente para emitirlo con carácter preceptivo.
- 2ª. El procedimiento seguido para la elaboración del proyecto de orden es conforme a Derecho, excepto dos cuestiones esenciales que deben resolverse a tenor de la consideración jurídica segunda.
- 3ª. El consejero de Educación y Universidad tiene competencia para dictar la orden proyectada.
- 4ª. Las observaciones contenidas en la consideración jurídica cuarta deben ser tomadas en consideración, y según su carácter y efecto, fiel reflejo en el uso de la fórmula ritual «de acuerdo con el Consejo Consultivo», contenida en el artículo 4.3 de la Ley 5/2010, de 16 de junio, reguladora del Consejo Consultivo de las Illes Balears.

Palma, 23 de enero de 2019

