



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 6 / 2021

(Pleno)

San Cristóbal de La Laguna, a 14 de enero de 2021.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Parlamento de Canarias en relación con el *Decreto-ley 22/2020, de 23 de diciembre, de garantía de las Escuelas Infantiles de titularidad municipal (EXP. 574/2020 DL)**.

FUNDAMENTOS

I

Solicitud y preceptividad.

1. El Excmo. Sr. Presidente del Parlamento de Canarias, mediante escrito de 29 de diciembre de 2020, con registro de entrada en este Consejo Consultivo en la misma fecha, y de conformidad con lo establecido en el art. 160.2 del Reglamento del Parlamento de Canarias (RPC), solicita el preceptivo Dictamen sobre el Decreto-ley 22/2020, de 23 de diciembre, de garantía de las Escuelas Infantiles de titularidad municipal (DL).

El art. 160.2 RPC establece que remitido por el Gobierno, con los antecedentes necesarios un decreto-ley publicado, corresponde a la Mesa admitirlo a trámite, ordenar su publicación en el Boletín Oficial del Parlamento de Canarias, solicitar por parte de la Presidencia del Parlamento dictamen del Consejo Consultivo al amparo de lo dispuesto en el art. 58.1 letra b) del Estatuto de Autonomía de Canarias cuya reforma ha sido aprobada por Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre (en adelante, EAC), con señalamiento del plazo para su emisión, dentro de los diez días hábiles siguientes.

En el escrito del Presidente del Parlamento de Canarias, por el que recaba este Dictamen preceptivo, se fija hasta el día 14 de enero de 2021 el plazo para su emisión por parte de este Consejo Consultivo.

* Ponente: Sra. de Haro Brito.

2. La preceptividad del Dictamen deriva, como se dijo, de lo dispuesto en el art. 58.1 EAC, en el que se relacionan los asuntos sobre los que ha de dictaminar este Consejo Consultivo, cuyo apartado b) se refiere a los decretos-leyes sometidos a convalidación del Parlamento.

3. La norma objeto del parecer de este Consejo Consultivo fue promulgada como Decreto-ley 22/2020, de 23 de diciembre, y publicado en el Boletín Oficial de Canarias número 267, de 28 de diciembre de 2020.

II

Sobre los decretos-leyes autonómicos.

Como se ha venido señalando desde que se prevé en nuestro Ordenamiento Jurídico esta específica fuente normativa, la misma se introduce *ex novo* en nuestro ámbito autonómico por el nuevo EAC cuyo art. 46 dispone que el Gobierno, en caso de extraordinaria y urgente necesidad, podrá dictar normas de carácter provisional con rango de ley, que recibirán el nombre de decretos-leyes.

Según ese precepto, los decretos-leyes deberán convalidarse por el Parlamento de Canarias en el plazo de treinta días naturales contados a partir de la fecha de su publicación, debiéndose convocar la Diputación Permanente si el Parlamento no estuviera constituido.

Por expreso mandato estatutario, los decretos-leyes no pueden afectar a las leyes de presupuestos de la Comunidad, a las de las instituciones autonómicas, a las que requieran mayoría cualificada, ni a las que contengan la regulación esencial de los derechos establecidos en el EAC.

El Tribunal Constitucional (TC) se ha pronunciado en varias de sus Sentencias acerca de la posibilidad de dictar por parte de las Comunidades Autónomas (en adelante CCAA) decretos-leyes; así, en el FJ 3º de la STC núm. 105/2018, de 4 octubre se resume la jurisprudencia al respecto:

«Este Tribunal ha considerado igualmente que, aunque la Constitución no lo prevea, nada impide que el legislador estatutario pueda atribuir al Gobierno de las Comunidades Autónomas la potestad de dictar normas provisionales con rango de ley que adopten la forma de decreto-ley, siempre que los límites formales y materiales a los que se encuentren sometidos sean, como mínimo, los mismos que la Constitución impone al decreto-ley estatal (SSTC 93/2015, de 14 de mayo, FFJJ 3 a 6; 104/2015 de 28 de mayo, FJ 4; y 38/2016, de 3 de marzo, FJ 2, entre otras). Ello implica que, para resolver la impugnación planteada frente al Decreto-ley catalán 5/2017, debemos tomar en consideración la doctrina constitucional

relativa al artículo 86.1 CE, pues el artículo 64.1 EAC se refiere también a la “necesidad extraordinaria y urgente” como presupuesto habilitante para que el Gobierno pueda dictar “disposiciones legislativas provisionales bajo la forma de Decreto-ley”.

En el examen de esta cuestión hemos de partir, asimismo, de la doctrina de la STC 93/2015, de 14 de mayo, recogida en las SSTC 230/2015, de 5 de noviembre, y 211/2016, de 15 de diciembre. Allí señalamos que “un Estatuto de Autonomía no puede atribuir al Consejo de Gobierno autonómico poderes de legislación de urgencia que no estén sujetos, en lo que corresponda, a los límites consignados en el artículo 86.1 CE como garantía del principio democrático. En todo caso el Tribunal Constitucional podrá, aplicando directamente el parámetro constitucional ínsito en dicho principio, controlar la constitucionalidad de la legislación de urgencia que pueda adoptar el citado Consejo de Gobierno” (STC 93/2015)».

De lo anterior se desprende, por tanto, que varios son los ámbitos a los que este Consejo se ha de ceñir para -una vez expuesto su objeto, justificación y estructura - verificar la adecuación de los decretos-leyes sobre los que se nos solicite parecer a su parámetro de adecuación; esto es, en primer lugar, sobre la competencia de la Comunidad Autónoma para regular la materia objeto del DL; a continuación, su procedimiento de elaboración; seguidamente, su presupuesto habilitante, es decir, la concurrencia de la extraordinaria y urgente necesidad que permite dictar esta especial fuente normativa; y, por último, su contenido.

III

Sobre el objeto, justificación y estructura del Decreto-ley que se dictamina.

1. El objeto de la norma, de acuerdo con su Exposición de Motivos, es asegurar la prestación del servicio de la educación infantil en la primera etapa de 0 a 3 años, para superar la baja tasa de escolaridad de Canarias en relación con la media nacional y el escaso grado de implantación de la escuela pública, con el fin de garantizar la preparación de la enseñanza primaria y al mismo tiempo facilitar la conciliación familiar y el acceso igualitario al mercado de trabajo.

Se pretende garantizar la actual red de escuelas infantiles de titularidad pública, que en la Comunidad Autónoma son fundamentalmente de titularidad municipal, según expresa la parte expositiva, permitiendo que estos servicios sean prestados por los Ayuntamientos Canarios ante la dificultad de cumplir con los mismos como consecuencia del escenario financiero derivado la crisis de la pandemia de la COVID 19, y en tanto se implanta un modelo de gestión adecuado, todo ello con el fin de evitar el cierre de las escuelas infantiles. Por otro lado, se atribuye a cada municipio,

en la medida de sus posibilidades y en el marco de su autonomía, la proposición de la implantación de nuevas unidades o la ampliación o mejora de las existentes.

Por último, se autoriza a los Ayuntamientos a destinar la parte condicionada del Fondo Canario de Financiación Municipal de 2021 a los gastos de esta naturaleza.

2. En lo que respecta a la justificación del Decreto-ley, en su parte expositiva se señala *que* Canarias sufre actualmente un grave déficit respecto a la educación infantil, que requiere un esfuerzo de todos los poderes públicos y que el Gobierno de Canarias asumió desde su investidura, para presentar el correspondiente Mapa Escolar e incrementar la financiación para el primer ciclo de Educación Infantil hasta alcanzar la aspiración de una educación universal, pública y de calidad.

Según se expone, el Plan para la Reactivación Social y Económica de Canarias, aprobado en sesión celebrada por el Consejo de Gobierno el 1 de octubre de 2020 y debatido y ratificado en sesión del Parlamento de Canarias de fecha 22 de octubre de 2020, dentro de la Prioridad Estratégica número 1, referida al mantenimiento de los servicios públicos fundamentales, dedica su eje 1.6 al fomento de la educación infantil de 0 a 3 años, con el objetivo de garantizar la conciliación familiar y el acceso igualitario al mercado de trabajo. Dentro de este eje se prevé las medidas-1.06.01, 1.06.02 y 1.06.03 que incluyen ayudas al fomento de la escolarización temprana y sendas líneas de subvenciones destinadas tanto a centros públicos como privados de educación infantil, a lo que se añadirán las dotaciones previstas en el proyecto de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma para 2021 y los recursos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia del Gobierno de España que sitúa el impulso de la educación infantil de 0 a 3 años dentro de su Política Palanca n.º 7 "Educación y conocimiento, formación continua y desarrollo de capacidades.

En el momento actual, según el Decreto-ley, es imprescindible, por urgente y necesario, garantizar la actual red de escuelas infantiles de titularidad pública, en la medida de las posibilidades de cada municipio y en el marco de su autonomía, deben removerse los obstáculos para la implantación de nuevas unidades o la ampliación o mejora de las existentes, si fuera preciso, bien sea para afrontar las necesidades derivadas de la crisis sanitaria, bien para dar una inmediata respuesta a las demandas vecinales, en este caso, en materia de centros de educación infantil de 0 a 3 años.

3. En cuanto a la estructura, el DL está integrado por una parte expositiva denominada Preámbulo, y una parte dispositiva, dada por un artículo único, una disposición adicional y una disposición final.

El artículo único habilita a los ayuntamientos canarios para poder crear, mantener y gestionar las escuelas infantiles de su titularidad, ya sea mediante gestión directa o mediante cualquiera de las formas previstas en la legislación de contratos del sector público.

Asimismo, se exime del requisito de los informes previstos en el art. 7.4 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL). Por último, se habilita un plazo de 12 meses para la aprobación de un instrumento de cooperación para la educación infantil que concrete, de un modo definitivo, las fórmulas adecuadas para su gestión y financiación compartida.

La Disposición adicional única permite a los ayuntamientos destinar la parte condicionada del Fondo Canario de Financiación Municipal de 2021 a los gastos de esta naturaleza.

La Disposición final única dispone la entrada en vigor del presente Decreto Ley el mismo día de su publicación en el Boletín Oficial de Canarias, con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2021.

4. En cuanto a los principios de buena regulación, mencionados en la parte expositiva como expusimos entre otros en nuestros dictámenes 40/2019, de 4 de febrero de 2019; 100/2020, de 27 de abril; 104/2020, de 8 de mayo o 325/2020, de 12 de agosto, tales principios contenidos en el art. 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de acuerdo con lo señalado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 55/2018, de 24 de mayo (FJ 7), no resultan aplicables en cuanto tales como mandatos directos impuestos por la normativa estatal al ejercicio de la iniciativa legislativa por parte de los gobiernos autonómicos y menos aún, por razones obvias, a los decretos-leyes.

Ello no obstante, los principios generales del Derecho informan todo el ordenamiento jurídico, y por ello, obviamente deben ser tenidos en cuenta, y a tenor de la regulación proyectada, nada autoriza, en principio, a considerar que no lo hayan sido.

IV

Sobre la competencia de la Comunidad Autónoma de Canarias.

La educación es un derecho fundamental reconocido a todos los españoles en el art. 27 de la Constitución Española y reconocido por nuestro Estatuto de Autonomía en su art. 21 a todas las personas en los términos de la ley, en este sentido, señala el mismo:

«1. Todas las personas tienen derecho a una educación pública, gratuita, aconfesional y de calidad, prestando especial atención a la educación infantil, en los términos de la ley.

2. Los poderes públicos canarios deberán garantizar el acceso al sistema público de enseñanza de todas las personas en condiciones de igualdad, no discriminación y atendiendo a criterios de accesibilidad universal, determinando al efecto por ley los criterios y condiciones precisas. (...)».

Las medidas adoptadas por el DL se enmarcan dentro del ámbito material de la competencia de desarrollo legislativo y ejecución sobre educación atribuida a la Comunidad Autónoma por virtud del art. 133 EAC.

En este sentido, el art. 133 EAC, señala:

«1. Corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias la competencia de desarrollo legislativo y de ejecución, en materia de enseñanza no universitaria, con relación a las enseñanzas obligatorias y no obligatorias que conducen a la obtención de un título académico o profesional con validez en todo el Estado y a las enseñanzas de educación infantil, dejando a salvo lo dispuesto en los artículos 27 y 149.1.30.^a de la Constitución. Dicha competencia incluye, en todo caso:

a) La determinación de los contenidos educativos del primer ciclo de la educación infantil y la regulación de los centros en los que se imparta dicho ciclo, así como la definición de sus plantillas de profesorado y las titulaciones y especializaciones del personal restante.

b) La creación, el desarrollo organizativo y el régimen de los centros públicos.

c) Los servicios educativos y las actividades extraescolares y complementarias con relación a los centros docentes públicos y a los privados sostenidos con fondos públicos o concertados.

d) La formación permanente y el perfeccionamiento del personal docente y de los demás profesionales de la educación, así como la aprobación de directrices de actuación en materia de recursos humanos.

e) *La regulación de los órganos de participación y consulta de los sectores afectados en la programación de la enseñanza en su territorio.*

f) *El régimen de fomento del estudio, de becas y de ayudas con fondos propios.*

g) *La organización de las enseñanzas en régimen no presencial o semipresencial dirigidas al alumnado de edad superior a la de escolarización obligatoria.*

h) *La inspección, la evaluación y la garantía de la calidad del sistema educativo, así como la innovación, la investigación y la experimentación educativa.*

2. *Corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias, en materia de enseñanza no universitaria, la competencia exclusiva sobre las enseñanzas postobligatorias que no conduzcan a la obtención de título o certificación académica o profesional con validez en todo el Estado, y sobre los centros docentes en que se impartan estas enseñanzas.*

3. *En lo no regulado en el apartado 1 anterior y en relación con las enseñanzas que en él se contemplan, corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias la competencia de desarrollo legislativo y de ejecución, que incluye, en todo caso:*

a) *La programación de la enseñanza, su definición, y la evaluación del sistema educativo.*

b) *La ordenación del sector de la enseñanza y de la actividad docente y educativa.*

c) *El establecimiento de los correspondientes planes de estudio, incluida la ordenación curricular.*

d) *El régimen de fomento del estudio, de becas y de ayudas estatales.*

e) *El establecimiento y la regulación de los criterios de acceso a la educación, de admisión y de escolarización del alumnado en los centros docentes.*

f) *El régimen de sostenimiento, con fondos públicos, de las enseñanzas del sistema educativo y de los centros que las imparten.*

g) *Los requisitos y condiciones de los centros docentes y educativos.*

h) *La organización de los centros públicos y privados sostenidos con fondos públicos o concertados.*

i) *El control de la gestión de los centros docentes públicos y de los privados sostenidos con fondos públicos o concertados.*

j) *El desarrollo de los derechos y deberes básicos del funcionario docente, así como la política de personal al servicio de la Administración educativa de Canarias.*

4. *Corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias, en materia de enseñanza no universitaria, la competencia ejecutiva sobre la expedición y homologación de los títulos académicos y profesionales estatales.*

5. *La competencia de la Comunidad Autónoma de Canarias, comprende, de acuerdo con la legislación estatal, el establecimiento de los procedimientos y los organismos que permitan la evaluación de la calidad de la educación, así como la de la inversión de los poderes públicos, para alcanzar un sistema educativo de calidad».*

En el ejercicio de sus competencias, el Estado, por medio de su Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE) modificada por la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre para la mejora de la calidad educativa, regula en su Título I, Capítulo I, la educación infantil como etapa única, dividida en dos ciclos, el primero comprende hasta los tres años, y el segundo, desde los tres años hasta los seis años. El art. 15 de dicha norma recoge el deber de las Administraciones públicas de promover un incremento progresivo de la oferta de plazas públicas en el primer ciclo, así como de coordinar las políticas de cooperación entre ellas y con otras entidades para asegurar la oferta educativa en este ciclo. A tal fin, deberán determinar las condiciones en las que podrán establecerse convenios con las corporaciones locales, otras Administraciones y entidades privadas sin fines de lucro, además de que, de acuerdo con lo que establezcan las Administraciones educativas, el primer ciclo de la educación infantil se podrá ofrecer en centros que abarquen el ciclo completo o una parte, debiendo contar con personal cualificado.

La Disposición adicional decimoquinta de la misma Ley, igualmente reseña que las Administraciones educativas podrán establecer procedimientos e instrumentos para favorecer y estimular la gestión conjunta con las Administraciones locales y la colaboración entre centros educativos y Administraciones públicas. En lo que se refiere a las corporaciones locales, se establecerán procedimientos de consulta y colaboración con sus federaciones o agrupaciones más representativas así como que la conservación, el mantenimiento y la vigilancia de los edificios destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial, corresponderán al municipio respectivo y que dichos edificios no podrán destinarse a otros servicios o finalidades sin autorización previa de la Administración educativa correspondiente.

Debe tenerse presente también que esta norma se ha visto modificada por la nueva regulación contenida en la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre (BOE n.º 340, de 30 de diciembre)- en adelante, LOMLOE- y por tanto, de fecha posterior a la

norma que se examina. Tal modificación entrará en vigor dentro de escasos días, concretamente, el 19 de enero de 2021.

Por lo demás, el art. 105.1.e) EAC atribuye a la Comunidad Autónoma de Canarias la competencia de desarrollo legislativo y ejecución en materia de régimen local, que incluye, en todo caso, la fijación de las competencias de los entes locales de conformidad con lo previsto en el propio Estatuto.

En definitiva, la Comunidad Autónoma ostenta título competencial que le permite regular la materia objeto del presente Decreto-ley.

2. En el ejercicio de la competencia en materia de educación estatutariamente asumida- prevista en el art. 32.1 del entonces vigente Estatuto de Autonomía-, la Comunidad Autónoma de Canarias aprobó la Ley 6/2014, de 25 de julio, Canaria de Educación no Universitaria, en cuyo art. 29.3 se atribuye la planificación y gestión de la oferta de primer ciclo a la Consejería con competencias en materia de educación no universitaria. Según el apartado 5 de este artículo debe garantizarse la coherencia de la educación infantil con la acción educativa de segundo ciclo y los primeros años de la educación primaria. El apartado 6 señala que el Gobierno de Canarias determinará el currículo de la educación infantil. El apartado 7 señala que el Gobierno de Canarias debe establecer las características de los centros que imparten esta etapa educativa y debe determinar los requisitos exigibles a las instalaciones de los centros y la capacitación que debe acreditar el personal educador que trabaje en ellos. El apartado 8 establece que las administraciones públicas promoverán un incremento progresivo de la oferta de plazas públicas en el primer ciclo. Asimismo, coordinarán las políticas de cooperación entre ellas y con otras entidades para asegurar la oferta educativa en este ciclo. A tal fin, determinarán las condiciones en las que podrán establecerse convenios con las corporaciones locales, otras administraciones y entidades privadas sin ánimo de lucro.

V

Sobre el procedimiento de elaboración y tramitación de los decretos-leyes.

1. Como hemos razonado en distintos dictámenes en los que hemos analizado, los decretos-leyes autonómicos, la aprobación del nuevo Estatuto de Autonomía supuso un gran vacío legal en torno a estas específicas normas como nueva fuente del Ordenamiento Jurídico canario -especialmente significativa en cuanto al procedimiento de tramitación del decreto-ley-, laguna que, no obstante, se va

colmado poco a poco, siendo posible -mientras tanto- completar acudiendo a la cláusula de supletoriedad de la Disposición Final Primera de la Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno y de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, y a la analogía prevista en el art. 4.1 del Código Civil.

Así, por una parte, la Ley estatal 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (LG), en su art. 26, relativo al procedimiento de elaboración de normas con rango de Ley y reglamentos, establece, en su apartado 11, que lo dispuesto en ese artículo y en el siguiente no será de aplicación para la tramitación y aprobación de decretos-leyes, a excepción de la elaboración de la memoria prevista en el apartado 3, con carácter abreviado, y lo establecido en los números 1, 8, 9 y 10.

Es decir, la elaboración de los decretos-leyes debe ajustarse al siguiente procedimiento:

«1. Su redacción estará precedida de cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar el acierto y la legalidad de la norma.

3. El centro directivo competente elaborará con carácter preceptivo una Memoria del Análisis de Impacto Normativo, que deberá contener los siguientes apartados:

a) Oportunidad de la propuesta y alternativas de regulación estudiadas, lo que deberá incluir una justificación de la necesidad de la nueva norma frente a la alternativa de no aprobar ninguna regulación.

b) Contenido y análisis jurídico, con referencia al Derecho nacional y de la Unión Europea, que incluirá el listado pormenorizado de las normas que quedarán derogadas como consecuencia de la entrada en vigor de la norma.

c) Análisis sobre la adecuación de la norma propuesta al orden de distribución de competencias.

d) Impacto económico y presupuestario, que evaluará las consecuencias de su aplicación sobre los sectores, colectivos o agentes afectados por la norma, incluido el efecto sobre la competencia, la unidad de mercado y la competitividad y su encaje con la legislación vigente en cada momento sobre estas materias. Este análisis incluirá la realización del test Pyme de acuerdo con la práctica de la Comisión Europea.

e) Asimismo, se identificarán las cargas administrativas que conlleva la propuesta, se cuantificará el coste de su cumplimiento para la Administración y para los obligados a soportarlas con especial referencia al impacto sobre las pequeñas y medianas empresas.

f) Impacto por razón de género, que analizará y valorará los resultados que se puedan seguir de la aprobación de la norma desde la perspectiva de la eliminación de desigualdades y de su contribución a la consecución de los objetivos de igualdad de oportunidades y de

trato entre mujeres y hombres, a partir de los indicadores de situación de partida, de previsión de resultados y de previsión de impacto.

g) Un resumen de las principales aportaciones recibidas en el trámite de consulta pública regulado en el apartado 2.

La Memoria del Análisis de Impacto Normativo incluirá cualquier otro extremo que pudiera ser relevante a criterio del órgano proponente.

8. Cumplidos los trámites anteriores, la propuesta se someterá a la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios y se elevará al Consejo de Ministros para su aprobación.

9. El Ministerio de la Presidencia, con el objeto de asegurar la coordinación y la calidad de la actividad normativa del Gobierno analizará los siguientes aspectos:

a) La calidad técnica y el rango de la propuesta normativa.

b) La congruencia de la iniciativa con el resto del ordenamiento jurídico, nacional y de la Unión Europea, con otras que se estén elaborando en los distintos Ministerios o que vayan a hacerlo de acuerdo con el Plan Anual Normativo, así como con las que se estén tramitando en las Cortes Generales.

c) La necesidad de incluir la derogación expresa de otras normas, así como de refundir en la nueva otras existentes en el mismo ámbito.

d) El contenido preceptivo de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo y, en particular, la inclusión de una sistemática de evaluación posterior de la aplicación de la norma cuando fuere preceptivo.

e) El cumplimiento de los principios y reglas establecidos en este Título.

f) El cumplimiento o congruencia de la iniciativa con los proyectos de reducción de cargas administrativas o buena regulación que se hayan aprobado en disposiciones o acuerdos de carácter general para la Administración General del Estado.

g) La posible extralimitación de la iniciativa normativa respecto del contenido de la norma comunitaria que se trasponga al derecho interno.

10. Se conservarán en el correspondiente expediente administrativo, en formato electrónico, la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, los informes y dictámenes recabados para su tramitación, así como todos los estudios y consultas emitidas y demás actuaciones practicadas».

Por otra parte, análogamente también es de aplicación el art. 44 de la Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno y de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, relativo a la elaboración de disposiciones de carácter general

y los anteproyectos de Ley y el Decreto 15/2016, 11 marzo, del Presidente, por el que se establecen las normas internas para la elaboración y tramitación de las iniciativas normativas del Gobierno y se aprueban las directrices sobre su forma y estructura.

2. Como antecedentes que acompañan a la solicitud del dictamen se encuentra, además del certificado del Acuerdo de Gobierno de 23 de diciembre de 2020 que incorpora como anexo el Decreto-ley que analizamos, consta el acuerdo de la Comisión Preparatoria de Asuntos de Gobierno de 21 de diciembre de 2020; el Decreto 96/2020, de 23 de diciembre, del Presidente, por el que se promulga y ordena la publicación del referido Decreto-ley y el informe de la iniciativa normativa suscrito por las Consejerías de Administraciones Públicas, Justicia y Seguridad, y Educación, Universidades, Cultura y Deportes, que incluye los siguientes aspectos:

- a) Identificación de la iniciativa.
- b) Situación y problemática de las escuelas infantiles de titularidad municipal en Canarias.
- c) Sistema de competencias de las entidades locales
- d) Competencias locales sobre educación infantil atribuidas por la legislación educativa.
- e) Presupuesto habilitante.
- f) Sobre la alternativa de la delegación de competencias.
- g) Análisis de la iniciativa:
 - su justificación
 - memoria económica
 - aspectos relacionados con el proceso de participación ciudadana
 - Informe de impacto por razón de género
 - informe de impacto empresarial
 - informe sobre la infancia y adolescencia
 - informe de impacto sobre la familia

No obstante, no figura en el expediente remitido a este Organismo el informe del Consejo Municipal de Canarias, al que se hace referencia en el informe de iniciativa normativa sobre legalidad, acierto y oportunidad del DL como solicitado y emitido. El

art. 76 EAC establece que el Consejo Municipal de Canarias es el órgano de participación y colaboración de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias y los ayuntamientos canarios, y particularmente el encargado de canalizar el parecer de los ayuntamientos en las iniciativas legislativas que afecten de forma específica a su organización y competencias, por lo que dicho informe ostenta relevancia. En este sentido, la Disposición adicional quinta de la Ley 7/2015, de 1 de abril, de los municipios de Canarias, regula el Consejo Municipal de Canarias en similares términos, atribuyéndole como función la emisión de propuestas, informes, dictámenes y pareceres acerca de los criterios previstos para la efectividad de la coordinación, cooperación y colaboración entre la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias y la de los municipios canarios y, en particular, las propuestas o iniciativas en materias que afecten, entre otras, a sus competencias. Además, esta disposición especifica que *«en todo caso, el Consejo Municipal de Canarias, deberá ser oído en las iniciativas legislativas y planificadoras que afecten de forma específica a la organización, competencias y financiación de los municipios»*.

Esa previsión legal (y estatutaria) ha sido desarrollada por el Decreto 160/2016, de 26 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Municipal de Canarias (BOC de 3 de enero de 2017), habiéndose constituido con la celebración de su primera sesión el 21 de julio de 2017. Por mandato estatutario (desarrollado ya por Ley y reglamento), por tanto, se ha instaurado un trámite preceptivo en las iniciativas legislativas que afecten, entre otras, a las competencias de los municipios, de tal manera que el Consejo Municipal de Canarias debe pronunciarse sobre esas iniciativas.

Sobre esta falta de remisión de antecedentes del DL se recuerda que el art. 22 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, establece que deberá facilitarse al Consejo Consultivo, juntamente con la solicitud de dictamen, cuantos antecedentes, informes y documentos constituyan el expediente, facultándose a este Consejo para solicitar la documentación o antecedentes que falten e interrumpir el plazo para la emisión de dictamen.

Por último, consta certificado de la Federación Canaria de Municipios (FECAM) sobre acuerdo adoptado con fecha de 28 de octubre de 2020 por el Comité Ejecutivo, que no constituye en sí mismo un informe al proyecto de DL sino aportaciones a la propuesta de texto al Proyecto de modificación del Decreto-ley 12/2020, de 30 de

julio, sobre régimen excepcional del Fondo Canario de Financiación Municipal para 2020 y de fomento de participación ciudadana, pero en modo alguno dicho acuerdo puede venir a sustituir el informe del Consejo Municipal de Canarias.

VI

Sobre el presupuesto habilitante para la utilización del Decreto-ley.

1. Como se sabe, la aprobación de decretos-leyes está sujeto a la existencia de un presupuesto habilitante, que es su extraordinaria y urgente necesidad.

El Tribunal Constitucional, en su STC 152/2017 de 21 diciembre (FJ 3), ha mantenido que los términos «*extraordinaria y urgente necesidad*» no constituyen «en modo alguno “una cláusula o expresión vacía de significado dentro de la cual el lógico margen de apreciación política del Gobierno se mueva libremente sin restricción alguna, sino, por el contrario, la constatación de un límite jurídico a la actuación mediante decretos - leyes”, razón por la cual, este Tribunal puede, “en supuestos de uso abusivo o arbitrario, rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada como de `extraordinaria y urgente necesidad´ y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad por inexistencia del presupuesto habilitante (SSTC 100/2012, de 8 de mayo (RTC 2012, 100), FJ 8; 237/2012, de 13 de diciembre (RTC 2012, 237), FJ 4, y 39/2013, de 14 de febrero (RTC 2013, 39), FJ 5, entre otras)” (STC 12/2015, de 5 de febrero (RTC 2015, 12), FJ 3)».

En esta misma STC 12/2015, de 5 de febrero afirma que

«La apreciación de la concurrencia de la extraordinaria y urgente necesidad constituye un juicio político que corresponde efectuar al Gobierno (titular constitucional de la potestad legislativa de urgencia) y al Congreso (titular de la potestad de convalidar, derogar o tramitar el texto como proyecto de ley). El Tribunal controla que ese juicio político no desborde los límites de lo manifiestamente razonable, pero “el control jurídico de este requisito no debe suplantar a los órganos constitucionales que intervienen en la aprobación y convalidación de los Reales Decretos-Leyes” [SSTC 332/2005, de 15 de diciembre (RTC 2005, 332) , FJ 5, y 1/2012, de 13 de enero (RTC 2012, 1) , FJ 6], por lo que la fiscalización de este Órgano constitucional es “un control externo, en el sentido de que debe verificar, pero no sustituir, el juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno” (STC 182/1997, de 28 de octubre (RTC 1997, 182), FJ 3). Ese control externo se concreta en la comprobación de que el Gobierno ha definido, de manera “explícita y razonada”, una situación de extraordinaria y urgente necesidad [TC 137/2011, de 14 de diciembre (RTC 2011, 137), FJ 4], que precise de una respuesta normativa con rango de ley, y, además, que exista una conexión de sentido entre la situación definida y las medidas adoptadas para hacerle frente [por

todas, SSTC 29/1982 (RTC 1982, 29) , FJ 3, y 70/2016, de 14 de abril (RTC 2016, 70) , FJ 4], de manera que estas “guarden una relación directa o de congruencia con la situación que se trata de afrontar” (STC 182/1997 (RTC 1997, 182) , FJ 3).

Con respecto al primero de estos aspectos —la definición de la situación de urgencia—, de acuerdo con la STC 12/2015 (RTC 2015, 12), debemos reiterar que “nuestra doctrina ha precisado que no es necesario que tal definición expresa de la extraordinaria y urgente necesidad haya de contenerse siempre en el propio Real Decreto-ley, sino que tal presupuesto cabe deducirlo igualmente de una pluralidad de elementos. A este respecto, conviene recordar que el examen de la concurrencia del citado presupuesto habilitante de la ‘extraordinaria y urgente necesidad’ siempre se ha de llevar a cabo mediante la valoración conjunta de todos aquellos factores que determinaron al Gobierno a dictar la disposición legal excepcional y que son, básicamente, los que quedan reflejados en la exposición de motivos de la norma, a lo largo del debate parlamentario de convalidación, y en el propio expediente de elaboración de la misma [SSTC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 4; 182/1997, de 28 de octubre, FJ 4; 11/2002, de 17 de enero (RTC 2002, 11), FJ 4; y 137/2003, de 3 de julio (RTC 2003, 137), FJ 3].” (FJ 3).

Por lo que atañe al segundo —la conexión de sentido o relación de adecuación entre la situación de urgente necesidad definida y las medidas adoptadas para hacerle frente—, este Tribunal ha hecho uso de un doble criterio “para valorar su existencia: el contenido, por un lado, y la estructura, por otro, de las disposiciones incluidas en el Real Decreto-ley controvertido. Así, ya en la STC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3, excluimos a este respecto aquellas disposiciones ‘que, por su contenido y de manera evidente, no guarden relación alguna, directa ni indirecta, con la situación que se trata de afrontar ni, muy especialmente, aquéllas que, por su estructura misma, independientemente de su contenido, no modifican de manera instantánea la situación jurídica existente’ (STC 39/2013, de 14 de febrero, FJ 9).” (STC 12/2015, FJ 3).

En definitiva, nuestra Constitución se ha decantado por una regulación de los decretos-leyes flexible y matizada que, en lo que ahora estrictamente interesa, se traduce en que “la necesidad justificadora de los Decretos-leyes no se puede entender como una necesidad absoluta que suponga un peligro grave para el sistema constitucional o para el orden público entendido como normal ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas y normal funcionamiento de los servicios públicos, sino que hay que entenderlo con mayor amplitud como necesidad relativa respecto de situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que, por razones difíciles de prever, requieren una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes” [STC 6/1983, de 4 de febrero (RTC 1983, 6), FJ 5; más recientemente, en términos sustancialmente idénticos SSTC 137/2011 (RTC 2011, 137), FJ 4, y 183/2016, de 13 de noviembre (RTC 2016, 183), FJ 2]».

Además, el Alto Tribunal ha sostenido que, al efectuar *«la valoración conjunta de factores que implica el control externo del presupuesto que habilita a acudir al Decreto-ley, un factor importante a tomar en cuenta es el menor tiempo que requiere tramitar un proyecto de ley en una Cámara autonómica (dado su carácter unicameral, así como su más reducido tamaño y menor actividad parlamentaria, en comparación con la que se lleva a cabo en las Cortes Generales), pues puede hacer posible que las situaciones de necesidad sean atendidas tempestivamente mediante la aprobación de leyes, decayendo así la necesidad de intervención extraordinaria del ejecutivo, con lo que dejaría de concurrir el presupuesto habilitante»* (STC 157/2016, de 22 de septiembre (RTC 2016, 157), FJ 5, con cita de otras).

2. Trasladada esta doctrina al Decreto-ley 22/2020 de 23 de diciembre, se observa que no se ha proporcionado justificación suficiente acerca de la concurrencia del requerido presupuesto habilitante. La situación de extraordinaria y urgente necesidad debe explicarse de manera *«explícita y razonada»* y si bien se hace referencia a la misma, se realiza de una manera insuficiente, e incluso excesivamente forzada en algunos aspectos. Pareciera que, amparándose en la situación actual derivada del COVID-19, se plantea una regulación que se podría haber abordado con anterioridad y mediante otros instrumentos legales. Además, dicha regulación, configurada como provisional, podría llegar a perpetuarse en el tiempo.

La Ley 27/2013, de Racionalización del Sector Local vigente desde el 31 de diciembre de 2013, condiciona la educación como competencia complementaria de los municipios al cumplimiento del requisito del art 7.4. La reforma del sector local de Canarias se llevó a cabo por Ley 7/2015, de 1 de abril. En fin, la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 41/2016, de 3 de marzo, despejó las incógnitas en torno a la constitucionalidad de algunos de los preceptos de la normativa estatal que habían sido cuestionados. Esto nos permite afirmar, como se ha señalado, que durante estos años ha habido tiempo suficiente para abordar la racionalización y reorganización del sector local en Canarias, cumpliendo los requisitos de la legislación básica.

VII

Sobre los límites materiales para la utilización del Decreto-ley.

En cuanto a los límites materiales del Decreto-ley, se ha de comenzar por tener presente que los decretos-leyes autonómicos, como se ha mantenido en anteriores dictámenes, además de a los límites del artículo 86 de la CE, están sometidos a los límites contenidos en los propios Estatutos de Autonomía.

El art. 46 EAC excluye que el Decreto-ley regule determinadas materias, puesto que no pueden afectar a los supuestos excluidos en el artículo anterior ni a la regulación esencial de los derechos establecidos en el Estatuto.

En virtud de la remisión que dicho artículo efectúa al artículo anterior, hay que tener en cuenta también lo previsto en el art. 45 (delegación legislativa): *«el Parlamento de Canarias podrá delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley, excepto en los siguientes supuestos: a) Las leyes de presupuestos de la Comunidad, b) las leyes de instituciones autonómicas o que requieran mayoría cualificada del Parlamento»*.

De la lectura conjunta y sistemática de ambos preceptos resulta que al decreto-ley autonómico, por expreso mandato estatutario en el caso de Canarias, le está vedado afectar a las siguientes materias: leyes de presupuestos de la Comunidad Autónoma, las de las instituciones autonómicas, las que requieran mayoría cualificada del Parlamento o las que contengan la regulación esencial de los derechos establecidos en el propio EAC.

En este caso, el DL aborda cuestiones relativas al derecho fundamental a la educación recogidas en el art. 27 de la CE y el derecho reconocido en el artículo 21 del EAC, en el que se incluye expresamente, la educación infantil.

Ahora bien, haciendo una interpretación restrictiva del término *«afectar»*, no toda cuestión relativa a los derechos fundamentales recogida en la CE o EAC vetaría el uso del DL, sino aquella que afecte a su contenido esencial. En este sentido la STC 60/1986, de 20 de mayo, en su Fundamento Jurídico 4 señala:

«Si por “afectar” hubiera de entenderse cualquier forma de incidencia en el ordenamiento de las instituciones antes dichas y, en concreto, en el de la Administración del Estado, el Decreto-ley impugnado sería inconstitucional. No lo es, sin embargo, si se parte de la interpretación que del término “afectar” ha hecho este Tribunal en la Sentencia núm. 111/1983, de 2 de diciembre, en la que, tras señalar que “la tesis partidaria de una expansión de la limitación contenida en el art. 86.1 de la Constitución se sustenta en una idea tan restrictiva del Decreto-ley que lleva en su seno el vaciamiento de la figura y la hace inservible para regular con mayor o menor incidencia cualquier aspecto concerniente a las materias incluidas en el Título I de la Constitución, sin más base interpretativa que el otorgamiento al verbo “afectar” de un contenido literal amplísimo” que “conduce a la inutilidad del Decreto-ley”, se declara que “la cláusula restrictiva del art. 86.1 de la Constitución Española (“no podrá afectar (...)”) debe ser entendida de modo tal que ni reduzca a la nada el Decreto-ley (...) ni permita que por Decreto-ley se regule el régimen

general de los derechos, deberes y libertades del título I, ni dé pie para que por Decreto-ley se vaya en contra del contenido o elementos esenciales de alguno de tales derechos».

A la vista de lo razonado, se debe concluir que no se produce una extralimitación de los límites materiales en el Decreto-ley objeto de Dictamen.

VIII

Observaciones al contenido del Decreto-ley.

1. Con carácter general debemos destacar la indefinición que presenta el texto del DL que se somete a dictamen, puesto que no queda claro lo que pretende en cuanto a la competencia en materia de educación en los aspectos que regula.

En este sentido, la norma no define claramente de qué tipo de competencias trata, esto es, si considera que la materia regulada en el artículo único se refiere a competencias propias de los Ayuntamientos o por el contrario, se refiere a competencias denominadas «*impropias*».

Si estuviéramos en el primer supuesto, debería haber sido cumplido el requisito previsto en el apartado 4 del art. 25 LRBRL, esto es, haber sido acompañada de una memoria económica que reflejara el impacto sobre los recursos financieros de las Administraciones Públicas afectadas y el cumplimiento de los principios de estabilidad, sostenibilidad financiera y eficiencia del servicio o la actividad.

Además, el art. 25.3 exige como requisito la determinación por Ley que debe evaluar la conveniencia de la implantación de servicios locales conforme a los principios de descentralización, eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera y el art. 25.4 que dicha Ley determine la competencia municipal propia de que se trate, garantizando que no se produce una atribución simultánea de la misma competencia a otra Administración Pública, algo que tampoco en el presente caso se ha cumplido suficientemente.

Al ejercicio de estas competencias propias no les sería aplicable el art. 7.4 LRBRL, y por tanto, tampoco habría de contemplarse -como hace el DL- una mención al mismo.

Por el contrario, si se entendieran como impropias, sí le sería exigible-y en todo caso- el cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 7.4 LRBRL, aspecto sobre el que ahondaremos a continuación-.

Además, y a tenor de la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 41/2016, de 3 de marzo, los municipios pueden asumir competencias distintas de la propias o

delegadas- competencias impropias- siempre que se cumplan los requisitos recogidos en la LRBRL.

Todo ello nos lleva a concluir que el DL adolece de una evidente indefinición puesto que no se desprende de su texto de manera clara la finalidad que persigue ni como quiere que sean asumidas por los ayuntamientos las funciones que recoge.

2. Sin perjuicio del resto de observaciones que con posterioridad se señalarán, debemos destacar las graves deficiencias que presenta el artículo único del DL sometido a dictamen que hacen que en los términos en que está redactado, deba ser reparado.

En principio, al legislador autonómico no le es dable, con carácter general, disponer sobre la aplicación de una previsión legal establecida por el Estado en el ejercicio de sus competencias (art. 149.1.18º de la Constitución), como es la que acoge la Ley 7/1985, de 2 de abril, en su art. 7.4. Si con el presente DL se trata de asumir una competencia impropia procede llevar a efecto lo establecido en dicho artículo, por lo que la exclusión del trámite previsto en el mismo vulneraría la normativa estatal básica y sería inconstitucional (inconstitucionalidad indirecta o mediata), a menos que dicha exclusión tuviera amparo en la propia normativa estatal.

Como se ha señalado anteriormente, si se tratara con este DL 22/2020 de la asunción de una (nueva) competencia propia, no sería de aplicación la previsión establecida por el art. 7.4 de la Ley 7/1985; pero sí resultaría obligado estar a lo dispuesto por el art. 25.4. y de poder llegar a acreditarse la concurrencia de su presupuesto de hecho habilitante, pero no estaría exento del cumplimiento de la determinación legal establecida a continuación (art. 25.4). En consecuencia sólo si se tratara de una competencia propia que ya formara parte del acervo de las competencias municipales, cabría alcanzar otra conclusión. Pero, en tal caso, procedería ajustar la redacción de este precepto para eludir la objeción que resulta ahora de sus propios términos.

Por dicho motivo, el apartado 3 del artículo único incurriría en inconstitucionalidad.

3. Por lo demás cumple realizar otras observaciones al texto del artículo único:

- El apartado 1 habilita a los Ayuntamientos canarios *«para poder proponer la creación de escuelas infantiles»*, lo que resulta incoherente con lo señalado en la

parte expositiva de la norma que contempla en su fundamento IV como uno de los fines de la misma el habilitar a los ayuntamientos canarios para «*poder crear*». Pero es que, además, la proposición para crear no requiere regulación alguna al respecto, ni es delegable, sin que suponga novedad alguna, por cuanto ya puede realizarse sin regulación alguna al respecto, siendo, además, su texto impreciso por cuanto tampoco se recoge a quién se debería realizar tal propuesta.

- El contenido del apartado cuarto del artículo único, para una adecuada sistemática, debería haberse recogido como una disposición adicional.

4. Otras observaciones.

Respecto a la parte expositiva, según la norma decimonovena del Decreto 15/2016, 11 marzo, del Presidente, por el que se establecen las normas internas para la elaboración y tramitación de las iniciativas normativas del Gobierno y se aprueban las directrices sobre su forma y estructura, norma de aplicación analógica a los Decretos-leyes, la parte expositiva de la norma se denominará exposición de motivos, por lo que no es adecuado que se le denomine, como hace la norma, Preámbulo.

El propio contenido se refiere a Exposición de Motivos -apartado V párrafo segundo- cuando se contempla «*por lo expuesto en la presente exposición de motivos*», debiendo mantenerse coherencia en el texto de la misma.

IX

Sobre la tramitación de los decretos ley como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia.

Los Decretos-leyes son una fuente del Derecho provisional que ha de ser convalidada en bloque -en este caso, por el Parlamento de Canarias- para que adquiera la condición de definitiva.

Ello imposibilita que pueda convalidarse de manera parcial.

No obstante, el apartado 4 del art. 46 EAC permite que, durante el plazo establecido en el apartado anterior, se podrán tramitar como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia, precisamente con la finalidad de introducir las modificaciones que se consideren pertinentes y dar cabida a una tramitación más compleja, algo que debe valorarse respecto al DL sobre el que se emite el presente dictamen habida cuenta de la materia que regula y las observaciones que se realizan.

Debe tenerse presente, como se ha señalado anteriormente, que la LOE se ha visto modificada por la nueva regulación contenida en la Ley Orgánica 3/2020, de 29

de diciembre (BOE n.º 340, de 30 de diciembre)- en adelante, LOMLOE- y por tanto, de fecha posterior a la norma que se examina. Tal modificación entrará en vigor dentro de escasos días, concretamente, el 19 de enero de 2021 debiendo tenerse en cuenta de optarse por la tramitación como tal proyecto de ley.

C O N C L U S I O N E S

1.- La Comunidad Autónoma ostenta competencias para regular el objeto del Decreto-ley 22/2020, de 23 de diciembre, de garantía de las Escuelas Infantiles de titularidad municipal.

2.- No consta acreditada suficientemente la existencia de extraordinaria y urgente necesidad que habilite la aprobación del Decreto-ley.

3.- El apartado 3 del artículo único, incurre en inconstitucionalidad por infracción de la legislación básica de régimen local dictada por el Estado, de acuerdo con el art. 149.1.18ª CE.