

Voto particular que formula la Magistrada doña Encarnación Roca Trías, respecto de la Sentencia dictada en el conflicto positivo de competencia núm. 1130-2003, al que se adhiere el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos.

1. Con el mayor respeto a la opinión de la mayoría, debo manifestar mi más absoluta discrepancia con la sentencia que resuelve el conflicto positivo de competencias planteado por la Generalitat de Cataluña en relación con los arts. 1, 3, 5 y disposición final segunda del Real Decreto 1052/2002, de 11 de octubre, por el que se regula el procedimiento para la obtención de la evaluación de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación, y de su certificación, a los efectos de contratación de personal docente e investigador universitario. Mi discrepancia radica en el art. 5.2 del Real Decreto impugnado, en cuanto atribuye a las evaluaciones de la ANECA efectos en todas las universidades. Y no sólo en lo que atañe al Fallo. Me preocupa, especialmente, la argumentación en la que la sentencia se sustenta.

2. Como bien se expone en los Antecedentes y en el FJ 4 de la Sentencia, la queja competencial de la Generalidad de Cataluña está basada en que, el reconocimiento de efectos para todas las universidades españolas de las evaluaciones del profesorado contratado que realiza la ANECA, conlleva la atribución al Estado de una competencia ejecutiva en materia de educación universitaria, concurrente con la de la Comunidad Autónoma, que excede con creces los títulos competenciales que le asisten en esta materia, mientras que se descartan otras alternativas respetuosas con la distribución constitucional de competencias, como es el reconocimiento mutuo de los efectos de la evaluación de los profesores contratados de las universidades españolas, previsto, a mayor abundamiento, en el art. 31.3 LOU, modificada por la Ley orgánica 4/2007, de 12 de abril.

3. La sentencia de la mayoría afirma que la competencia estatal controvertida tiene amparo, entre otros, en el título competencial del art. 149.1.1 CE. Es la primera vez que este Tribunal utiliza este título para justificar la atribución de una competencia ejecutiva, es más, es la primera vez que utiliza este título para atribuir competencias materiales, sean del tipo que sean. La doctrina constitucional, unánime durante más de treinta años, ha definido la competencia que asiste al Estado ex art. 149.1.1 CE como la competencia exclusiva para

incidir sobre los derechos y deberes constitucionales desde la concreta perspectiva de la garantía de la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales, dimensión que no es, en rigor, susceptible de desarrollo como si de unas bases se tratara. Será luego el legislador competente, estatal y autonómico, el que respetando tales condiciones básicas establezca su régimen jurídico, de acuerdo con el orden constitucional de competencias (STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 7). El art. 149.1.1 CE no constituye un título atributivo de competencias, sino del establecimiento de aquellas condiciones básicas que tiendan a garantizar la igualdad, por lo que no afecta al reparto constitucional de competencias materiales.

La sentencia de la que discrepo ha invertido, sin embargo, esta concepción y ha equiparado las condiciones básicas a la legislación básica, en la medida en que entiende que la competencia ejecutiva disputada “está directamente vinculada a las condiciones básicas que garantizan la igualdad en cualquier parte del territorio español y ligada asimismo a la libertad de circulación y establecimiento de los profesionales y a la libre prestación de servicios”(FJ 7). Si la existencia del mercado único al que indirectamente se refiere la sentencia conllevara la atribución al Estado de competencias materiales, serían ociosos no sólo los arts. 148 y 149 CE, sino también los Estatutos de Autonomía.

Pues bien, lejos de señalar las razones constitucionales que le han llevado a tan sustancial transformación de la interpretación del art. 149.1.1CE, la sentencia se limita a transcribir un párrafo aislado de la STC 290/2000, FJ 14, que versa sobre una cuestión que nada tiene que ver con la tesis expuesta por la mayoría. Se discutía entonces si el Estado, al regular las condiciones básicas del derecho fundamental de intimidad informática, podía encomendar a un órgano especializado la protección del citado derecho fundamental o bien, si su protección debía atribuirse a las Administraciones, estatal o autonómica, titulares de las competencias materiales. En consecuencia, esta sentencia no permite fundar el argumento sobre el que la que ahora es objeto de este voto particular se basa, de forma inexacta a mi parecer, para reconocer las competencias del Estado.

4. Este Tribunal se ha pronunciado recientemente sobre el alcance de las competencias estatales en materia de enseñanza universitaria y, en especial, sobre las competencias ejecutivas que éste puede asumir, al amparo de los apartados 15 y 30 del art. 149.1 CE.

En el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Parlamento de Andalucía contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, la misma ley que da pie al Real Decreto impugnado, se cuestionaba la competencia ejecutiva

que la LOU atribuye al Estado para la creación de universidades. El argumento esgrimido, entonces, por la Comunidad Autónoma recurrente es idéntico al ahora invocado por la Generalidad de Cataluña.

Pues bien, en dicha sentencia se ha afirmado que, una vez asumida por las Comunidades Autónomas la competencia en materia de universidades y realizado el traspaso de servicios y funciones, no cabe reconocer al Estado una especie de competencia ejecutiva concurrente o indistinta con las competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas en materia de universidades, y que la atribución de una competencia de este tipo al amparo de los títulos que asisten al Estado en materia de programación de la enseñanza y de fomento y coordinación general de la investigación científica, sólo puede estar justificada en función de las especiales características o del ámbito supracomunitario de las Universidades, esto es, de un interés supracomunitario que no pudiera verse satisfecho con el ejercicio de sus propias competencias por parte de las Comunidades Autónomas. En definitiva la STC 223/2012, de 29 de noviembre, FJ7, afirma que “una cosa es que la creación por ley estatal de una determinada universidad tenga que responder a las concretas necesidades de la programación general educativa o de coordinación de la investigación que, por ser de interés supracomunitario, no podrían ser satisfechas por cada una de las Comunidades Autónomas, y otra bien distinta rechazar *a priori* que, por haber asumido las Comunidades Autónomas competencias en materia de universidades, la creación de universidades públicas no pueda ser una herramienta necesaria en casos concretos, que garantice el correcto ejercicio por el Estado de las competencias que la Constitución le atribuye, sin menoscabar las competencias de las Comunidades Autónomas”.

La aplicación de esta doctrina debería haber llevado, necesariamente, a la declaración de inconstitucionalidad del reconocimiento de efectos en todas las universidades españolas de las evaluaciones del profesorado contratado realizadas por la ANECA (art. 5.2 del Real Decreto impugnado), en la medida en que arbitra una competencia estatal ejecutiva que se ejerce de forma indistinta o concurrente con la competencia autonómica de evaluación y garantía de la calidad del personal docente e investigador contratado de las universidades de su competencia. Una competencia que ha asumido la Comunidad Autónoma recurrente en su Estatuto de Autonomía y que en modo alguno es discutida en este proceso constitucional.

Es manifiesto que la competencia estatal ejecutiva no puede encontrar justificación en la calidad de la docencia e investigación del sistema universitario nacional, cuando este

interés supracomunitario ni siquiera ha requerido de la regulación de criterios básicos comunes para la evaluación del profesorado contratado que, en ejercicio de sus competencias, realizan las Comunidades Autónomas. En todo caso, este interés se ve igualmente satisfecho mediante la actividad de evaluación del profesorado contratado que llevan a cabo los órganos autonómicos, cuya legitimidad en modo alguno se discute.

5. La sentencia de la mayoría llega, sin embargo, a la conclusión contraria en lo que atañe a los efectos que se reconocen a las evaluaciones del profesorado contratado que realiza la ANECA, apartándose, sin reconocerlo expresamente, de la doctrina fijada por la STC 223/2012, de la que se limita a transcribir, descontextualizándola, la siguiente afirmación: “el Estado retiene títulos específicos en la materia que sirven a las necesidades de programación de las enseñanzas universitarias y para cumplir la obligación de fomento de la investigación científica y técnica”. Y esta frase aislada, es bastante para que concluya que esta “afirmación que resulta trasladable al presente supuesto, y que justifica que la regulación efectuada encuentre amparo en las competencias estatales en materia de fomento de la investigación” (FJ 3).

6. Considera que los títulos competenciales en que encuentra fundamento la competencia ejecutiva discutida son, tanto el fomento de la investigación del art. 149.1.15 CE, como el art. 149.1.30 CE por la relación que guarda con la garantía de la calidad de la enseñanza (FJ 3), competencia que “aun teniendo un carácter fundamentalmente de normación, no excluye el ejercicio de funciones de naturaleza ejecutiva”, lo que fundamenta en la cita de numerosas sentencias del Tribunal Constitucional. Pues bien, ninguna de las resoluciones citadas por la sentencia de la que discrepo versa sobre una cuestión similar a la planteada, esto es, la legitimidad constitucional de una competencia ejecutiva básica que el Estado no se reserva y ejerce en concurrencia con la Comunidad Autónoma. Así, estas sentencias, o bien se refieren al carácter formal de lo básico, cuando lo discutido en este proceso es el alcance material de lo básico (SSTC 197/1996, de 28 de noviembre, y 32/2006, de 1 de febrero); o a la extraterritorialidad como criterio atributivo de competencias ejecutivas que en este proceso no se discute (STC 27/2014, de 13 de febrero), o la posibilidad de que las bases incluyan competencias ejecutivas en detrimento de las competencias de las Comunidades Autónomas, pero nunca de forma concurrente, como ocurre en este caso (STC 235/1999, de 20 de diciembre), o a la doctrina recaída en materia de función pública docente que, como es obvio, no resulta aquí aplicable en cuanto que la competencia objeto de controversia nada tiene que ver con el régimen de función pública por afectar al profesorado

contratado por cada universidad (STC 213/2013, de 19 de diciembre), o finalmente, a la legitimidad constitucional, desde el punto de vista de la autonomía universitaria, de la exigencia de una evaluación externa (STC 131/2013). En mi opinión, la profusa cita de doctrina constitucional nada aporta, salvo ornato innecesario, a la interpretación que, sobre el alcance material de lo básico, realiza *ex novo* la sentencia.

7. Por el contrario, es doctrina unánime de este Tribunal que lo básico es lo esencial, lo nuclear, o lo imprescindible de una materia, en aras de una unidad mínima de posiciones jurídicas que delimita lo que es competencia estatal y determina, al tiempo, el punto de partida y el límite a partir del cual puede ejercer la Comunidad Autónoma, la competencia asumida en su Estatuto, en defensa del propio interés general. Con esa delimitación material de lo básico se evita que puedan dejarse sin contenido o cercenarse las competencias autonómicas. Es a partir de lo básico, con independencia de su extensión, donde operan las competencias autonómicas que no pueden superponerse a lo básico, sin incurrir en inconstitucionalidad, ya se trate de normación o de una competencia ejecutiva.

Es por ello que la delimitación material de lo básico requiere determinar, en primer lugar, si responde a las finalidades a las que sirve, para después valorar si resulta necesario para conseguir la finalidad pretendida. La sentencia de la mayoría ha realizado la primera operación, pero ha omitido cualquier reflexión sobre el segundo aspecto, y sobre la existencia de una competencia autonómica concurrente, por lo que no da razón alguna de cómo es posible que sí, como postula, el alcance material de lo básico exige otorgar al Estado una competencia ejecutiva, a pesar de que las Comunidades Autónomas tengan atribuida esta misma competencia en su ámbito territorial.

Afirma la sentencia que la competencia discutida sirve a la unidad del sistema universitario nacional y a la movilidad del profesorado. La unidad del sistema universitario se identifica con la fijación de un estándar común de competencia profesional que contribuya a objetivar la idoneidad y capacitación de este profesorado. La movilidad es la que hace factible el ejercicio de su actividad en condiciones de igualdad en cualquiera de las universidades españolas, derecho que, añade, forma parte de la libertad académica en cuanto les permite disponer de una legítima opción para acceder al desempeño de sus funciones en cualquiera de las universidades españolas.

Pero la movilidad del profesorado contratado, como la de cualquier otro trabajador, por muy deseable que sea, no forma parte de ese mínimo común, pues, tal y como este

Tribunal acaba de recordar en la STC 87/2014, de 29 de mayo, FJ 8.a), el profesorado contratado es, por definición, personal propio de cada universidad, y no se integra en ningún sistema general ni de índole nacional ni de nivel autonómico. Precisamente el carácter interuniversitario de los cuerpos docentes, del que carece el personal docente e investigador contratado, es lo que llevó a este Tribunal, en la STC 26/1987, de 27 de febrero, FJ 12.3.b) y 12.5.c), a admitir una mayor intensidad en el alcance de lo básico.

Menos aún, este pretendido derecho a la movilidad, que la sentencia extrae de la referencia genérica que la exposición de motivos contiene a la movilidad de profesores y estudiantes, forma parte de la libertad de ciencia, o libertad de enseñanza, estudio e investigación, en la que la doctrina constitucional nunca había incluido, hasta esta sentencia, el derecho al acceso a la función docente e investigadora universitaria. Y lo que es más importante, la sentencia no da razón alguna para la ampliación de este contenido del derecho fundamental, más allá de afirmarla.

8. Una vez determinadas las finalidades a las que sirve la competencia estatal y lejos de analizar si la atribución de esta competencia ejecutiva era necesaria para garantizar las finalidades pretendidas o existen, por el contrario, alternativas más respetuosas con las competencias autonómicas que garanticen la misma finalidad, la sentencia concluye, ya directamente, que la competencia compartida asumida de conformidad con lo dispuesto en el art. 172.2.f) del EAC, implica la coexistencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas en el ejercicio de las funciones de evaluación del profesorado contratado (FJ 7). Pues bien, es obvio que existen alternativas más respetuosas con las competencias autonómicas una vez que estas tienen asumida la evaluación de la calidad del profesorado contratado. Estas comprenden la posibilidad de establecer criterios generales que garanticen un nivel de calidad sin menoscabar con ello las competencias autonómicas pues, a diferencia de lo que afirma la sentencia, la competencia para evaluar la calidad del profesorado que ha de ser contratado por las universidades de la Comunidad Autónoma, se ve desplazada cuando el Estado asume esta función, pues la ejerce en su lugar.

Precisamente por ello, la LOU prevé el sistema de reconocimiento “mutuo” de las evaluaciones realizadas por la ANECA y los órganos autonómicos, y no sólo un sistema de reconocimiento de las evaluaciones realizadas por las Comunidades Autónomas, como es el establecido en la disposición impugnada que, al reconocer efectos de las evaluaciones de la

ANECA en todas las universidades, las exime del reconocimiento por las Comunidades Autónomas, para cuyas universidades van a producir efectos.

Estas son, sucintamente expuestas, las razones que me han llevado a formular este voto particular.

En Madrid, a veintiséis de junio de dos mil catorce.