

Voto particular que formula el Magistrado don Cándido Conde-Pumpido Tourón respecto de la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 5099-2018.

En el ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con el máximo respeto a la opinión de la mayoría, formulo el presente Voto particular por discrepar tanto de la fundamentación como del fallo de la Sentencia recaída en el presente proceso de amparo, en cuanto estima la pretensión planteada. En lo que sigue, dejo constancia sucintamente de los fundamentos de mi posición discrepante con el fallo y con los razonamientos que lo sustentan, de acuerdo con los argumentos defendidos en la deliberación.

La mayoría ha decidido estimar el amparo interpuesto por la Universidad Católica de Valencia “San Vicente Mártir”, al considerar que la Orden 21/2016, de 10 de junio, de la Consellería de Educación, Investigación, Cultura y Deporte, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de las becas para la realización de estudios universitarios en las universidades de la Comunidad Valenciana, vulnera su derecho fundamental a la igualdad (artículo 14 CE), en relación con su derecho fundamental a la creación de centros docentes (apartado 6 del artículo 27 CE).

Sin embargo, cabe discrepar de la estimación del recurso tanto por razones formales como por razones sustantivas.

1. La primera razón, de carácter formal, es que los titulares del derecho fundamental presuntamente vulnerado por el acto o resolución impugnada –la Orden 21/2016, de 10 de junio, de la Consellería de Educación, Investigación, Cultura y Deporte, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de las becas para la realización de estudios universitarios en las universidades de la Comunidad Valenciana– no podrían ser los centros educativos (como es el caso del recurrente), sino que, de serlo, lo serían los estudiantes que han visto denegada una beca y que son los beneficiarios de las ayudas según la Orden impugnada.

De ello derivan dos consecuencias:

La primera en relación con la legitimación para la interposición del recurso, pues serían los referidos estudiantes los únicos legitimados para impetrar en amparo la protección del propio derecho, sin que puedan interponer recurso de amparo las personas físicas o jurídicas en relación con supuestas violaciones de derechos fundamentales de terceros. En esta línea se pronunció el ATC 154/2016, de 22 de septiembre.

La segunda en relación con el reconocimiento del derecho, pues de admitirse la legitimación de la recurrente para interponer el amparo, como hace la mayoría en contra de un entendimiento correcto de aquella, la consecuencia nunca podría ser el reconocimiento de la vulneración de un derecho propio de la Universidad, sino en su caso del derecho de los beneficiarios de las becas, los estudiantes.

La opinión de la mayoría trata de argumentar que el derecho vulnerado es el del recurrente en amparo, la Universidad Católica de Valencia “San Vicente Mártir”, vinculando su derecho a la igualdad con su derecho a crear centros educativos reconocido en el art. 27.6 CE.

Sin embargo, la disposición impugnada regula quienes son los beneficiarios de las ayudas al estudio y por tanto, y en su caso, habría vulnerado los derechos de tales beneficiarios pero no el derecho a la igualdad de las universidades privadas, cuyo derecho a crear centros docentes al que se refiere la resolución de la que discrepo no se ve restringido, en ningún caso, por la regulación de las ayudas a los estudiantes. Así, la disposición impugnada no le ocasiona a la Universidad recurrente lesión alguna en su propia esfera de derechos fundamentales.

Comparto, por tanto, plenamente la sentencia, de 31 de mayo, de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana que desestimó el recurso en su día interpuesto, afirmando que “la norma impugnada no vulnera el derecho a la igualdad de la demandante que no se ve afectada en modo alguno por la misma, reguladora de derechos de los alumnos”.

2. En segundo lugar, cabe argumentar que la disposición impugnada, la Orden 21/2016, de 10 de junio, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de las becas para la realización de estudios universitarios en las universidades de la Comunidad Valenciana, no es la disposición que directamente produce la lesión denunciada pues, si bien es cierto que en su artículo 2.1 dispone que “podrá solicitar la

beca para la realización de estudios universitarios el alumnado matriculado, durante el curso académico establecido en cada convocatoria, *en las universidades públicas* que integran el Sistema Universitario Valenciano”, ello no supone la exclusión de la posibilidad de que se beque también al alumnado matriculado en las universidades privadas como parece asumir la opinión de la mayoría, pues el art. 2.3 de la propia Orden dispone que “los alumnos y alumnas matriculados *en universidades privadas* y centros privados adscritos a universidades públicas podrán solicitar la beca en aquellas enseñanzas *que, en su caso, se determinen en cada convocatoria*”.

Será por tanto cada convocatoria la que en su caso determinará la exclusión de los alumnos matriculados en universidades privadas de la posibilidad de solicitar la beca.

Se debió desestimar el recurso de amparo pues lo que se plantea en la demanda de amparo es una vulneración de derechos fundamentales meramente potencial o hipotética (además como ya se ha dicho de derecho ajenos), pues es presupuesto inexcusable de la petición de amparo que esta se formule en razón de la existencia de una lesión efectiva, real y concreta de un derecho fundamental, no frente a eventuales lesiones aun no producidas, aunque posibles. Dicho de otro modo, no cabe utilizar el recurso de amparo como un instrumento para la tutela cautelar o preventiva de los derechos fundamentales (entre otras, SSTC 77/1982, de 20 de diciembre, FJ 1, 165/1999, de 27 de septiembre, FJ 8, 177/2005, de 4 de julio, FJ único, y 28/2014, de 24 de febrero, FJ 3; también, ATC 98/1981, de 30 de septiembre, FJ 8).

Debe ser con ocasión de la eventual impugnación contra una resolución por la que se convoquen las ayudas -y no como en el caso del presente Recurso de amparo que se ha interpuesto después de que se plantease un recurso contencioso-administrativo por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales, contra la citada Orden 21/2016 que establece las bases cuando el Tribunal Constitucional se pueda pronunciar, en su caso, por excluir la resolución que convoca las ayudas a los alumnos de las universidades privadas. Pero la Orden 21/2016 no excluye a tales alumnos, pues se remite a la resolución que convoque las ayudas la determinación de qué alumnos matriculados en universidades privadas pueden solicitar la beca según aquellas enseñanzas que, en su caso, se determinen.

3. En tercer lugar, la opinión mayoritaria estima el recurso afirmando que se ha vulnerado el derecho fundamental a la igualdad (artículo 14 CE), en relación con su derecho fundamental a la creación de centros docentes (apartado 6 del artículo 27 CE).

Para la opinión mayoritaria la exclusión de los alumnos matriculados en las universidades privadas del régimen de becas de la Comunidad valenciana –exclusión que como ya hemos recordado no se produce directamente por la Orden de bases sino, en su caso, por las respectivas resoluciones de convocatoria de becas -, además, de vulnerar el art. 14 CE se proyecta sobre el artículo 27 CE, ya que afecta tanto al derecho de las universidades privadas a crear instituciones educativas (artículo 27.6 CE) como al derecho de los estudiantes a la educación (artículo 27.1 CE).

a) En relación con las consideraciones sobre el derecho a la educación recogido en el art. 27 CE, cabe señalar que tanto el derecho de los estudiantes a la educación (27.1 CE) como el derecho de los centros privados a la libre creación de centros docentes (art. 27.6 CE) incorporan, junto a sus contenidos primarios de derechos de libertad, una dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tales derechos.

Por un lado, al servicio de la acción prestacional relacionada con la libre creación de centros docentes se hallan las “ayudas públicas a los Centros docentes que reúnan los requisitos que la Ley establezca” a las que se refiere el art. 27.9 CE. Precepto que es junto con el referido art. 27.6 CE el que parece fundar la estimación de la que discrepamos. No es posible compartir en este punto, sin embargo, la opinión de la mayoría, pues dejando ahora a un lado la consideración de que no estamos propiamente ante un supuesto de financiación de los centros universitarios sino ante un supuesto de ayudas a los estudiantes, aquella parece olvidar que, tal como este Tribunal ha tenido ocasión de recordar, el citado art. 27.9 CE, en su condición de mandato al legislador, no encierra un derecho subjetivo a la prestación pública. Ésta, materializada en la técnica subvencional o, de cualquier otro modo, habrá de ser dispuesta por la Ley, Ley de la que nacerá, con los requisitos y condiciones que en la misma se establezcan, la posibilidad de instar dichas ayudas y el correlativo deber de las administraciones públicas de dispensarlas, según la previsión normativa (como recordó la STC 86/1985, FJ 4).

La opinión de la mayoría parece pretender extraer de la Constitución una suerte de derecho de los centros universitarios privados a ser financiados mediante las becas públicas de sus estudiantes. Sin embargo, de la Constitución no cabe extraer tal derecho,

la Constitución se refiere en el art. 27.9 CE a que los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca, pero es un derecho de configuración legal por lo que corresponde al legislador determinar los términos de las ayudas que no tendrán que ser los mismos que los de la financiación de la educación pública. El derecho a la ayuda no nace para los centros universitarios de la Constitución, sino de la ley.

Por otro lado, al servicio de la acción prestacional relacionada con el derecho de los estudiantes a la educación (27.1 CE) se hallan los instrumentos de planificación y promoción mencionados en el apartado 5 del propio art. 27 CE. Así, ciertamente sobre los poderes públicos pesa, en efecto, el “deber positivo de garantizar la efectividad del derecho fundamental” a la educación. Sin embargo, dada la limitación de recursos, el derecho a la educación no comprende el derecho a la ayuda de aquellos estudiantes matriculados en cualesquiera centros privados, porque los recursos públicos «no han de acudir, incondicionalmente, allá adonde vayan las preferencias individuales» (STC 86/1985, FJ 4). De otro modo se estaría impidiendo al legislador establecer criterios de preferencia en la asignación de recursos escasos. En todo caso, no es esta la perspectiva involucrada en el presente proceso, pues si bien sería la perspectiva concernida en la disposición controvertida, únicamente se podría haber entrado en ella si el recurso hubiese sido instado por el titular de aquel derecho a la educación, un estudiante.

Sea como fuere, lo que es evidente es que la decisión de limitar las ayudas a los estudiantes matriculados en las universidades públicas no vulnera, frente a lo que afirma la mayoría, ni la libertad de educación ni la libertad de creación de centros docentes (arts. 27.1 y 6 CE) de los titulares de los centros privados.

b) En relación con las consideraciones sobre la vulneración del art. 14 CE cabe señalar que la igualdad declarada en aquel artículo impone que, ante situaciones iguales, la norma sea idéntica para todos y por ello, lo que el art. 14 de la CE impide es la distinción infundada o discriminación. Así, el poder público puede diferenciar entre supuestos cuando su acción se orienta a la adjudicación de prestaciones a particulares cuando las situaciones son distintas.

La sentencia de la que discrepamos -y reiterando que en el presente proceso no es posible referirse a la igualdad como derecho de la recurrente, pues la igualdad eventualmente vulnerada por la norma controvertida nunca sería la suya-, enuncia correctamente el canon de igualdad, pero yerra al argumentar su aplicación.

En efecto, señala la Sentencia que al Tribunal le correspondería examinar si, como consecuencia de la medida normativa, se ha introducido una diferencia de trato entre las universidades públicas y privadas; si las situaciones que se traen a comparación en el presente recurso de amparo pueden considerarse iguales y, en caso de que así sea, examinar las razones alegadas por la administración para justificar la diferencia de trato y determinar si impiden apreciar la vulneración del citado precepto constitucional

La sentencia contesta a las dos primeras cuestiones de manera afirmativa; la segunda con fundamento en la igual posición que tendrían las universidades públicas y las privadas en la prestación del servicio de educación superior. Sin embargo, precisamente en un caso como el de la educación superior nos encontramos ante un supuesto en el que existe una distinta situación entre las universidades públicas y las privadas. Distinta situación que supondría que no se ha fundado correctamente la respuesta afirmativa a la segunda cuestión relativa a si las situaciones que se traen a comparación pueden considerarse iguales, y que por tanto no permitiría entrar a examinar las razones alegadas por la administración para justificar la diferencia de trato, pues no ha quedado justificada la igualdad de los supuestos.

En efecto, los términos en los que se justifica por la Sentencia de la que discrepamos la igualdad entre las universidades públicas y privadas no pueden ser compartidos. Es evidente que el hecho de que las funciones de ambas sean las previstas en el apartado 2 del artículo 1 de la LOU, no significa que ni su régimen de financiación ni el sistema de precios y tasas que exigen a sus alumnos sean las mismas. Tampoco, en realidad, es igual la específica misión que cumplen las universidades públicas en relación con la promoción de la igualdad como exigencia del art. 9.2 CE.

Asimismo, es la peculiaridad de los servicios educativos la que ha permitido precisamente a aquellos que son prestados por el poder público en concurrencia con operadores privados quedar exceptuados de la aplicación de las normas europeas que buscan garantizar la igualdad de los operadores en el mercado como son las normas que garantizan las libertades básicas del mercado interior, las normas *antitrust* y las normas que proscriben las ayudas públicas, pues se ha considerado que se trata de servicios de interés general no económico.

Ello es relevante, pues la diferencia de trato se fundamenta precisamente en la especial misión que cumplen tales servicios educativos.

No cabe por tanto afirmar, como hace la sentencia de la que discrepamos, la existencia de una igual posición entre las universidades públicas y las privadas.

No obstante lo anterior, la estimación del recurso interpuesto parece pretender fundarse en una segunda *ratio* que supondría que la diferencia de trato no sería legítima por una razón estrictamente competencial.

En efecto, cuestión jurídica distinta sería sí la disposición autonómica controvertida se opusiese a la normativa educativa del Estado por no distinguir esta última entre los alumnos matriculados en las universidades públicas y los alumnos matriculados en las universidades privadas a la hora de configurar las becas y ayudas al estudio.

Así, el poder público autonómico no podría en su sistema de becas distinguir entre estudiantes en función de la universidad en la que cursan sus estudios, si ello le colocase al margen de una eventual legislación estatal que no diferenciase entre universidades públicas y privadas.

En este hipotético supuesto, pese a que el legislador estatal no estaría constitucionalmente obligado a tratar igual aquello que no lo es, podría haber decidido hacerlo así. La inconstitucionalidad en tal caso radicaría en que el ejecutivo autonómico habría desconocido la norma estatal, pero la vulneración no provendría del hecho que éste hubiese tratado de manera desigual lo que es igual, como se empeña en afirmar la sentencia de la que discrepamos, sino de que habría tratado de manera desigual aquello que el legislador competente, el estatal, habría querido que fuese tratado indistintamente.

Sin embargo, para poder admitir tal construcción nos encontramos de nuevo con el muro infranqueable que supone que el caso planteado ante este Tribunal no lo ha sido por un estudiante matriculado en una universidad privada, eventual titular del derecho a obtener una beca en condiciones de igualdad en virtud de lo eventualmente dispuesto en una norma estatal, sino por un centro de educación superior al que no se le habría producido lesión alguna en su propia esfera de derechos fundamentales.

Cabe concluir reiterando algunas ideas fundamentales sólidamente ancladas en nuestra norma fundamental: la primera es que el principio enunciado en el art. 14 CE implica una prohibición del trato desigual ante situaciones análogas, pero no proscribire el tratamiento diferenciado de supuestos diferentes; la segunda es que el derecho a la educación recogido en el art. 27 CE no comprende ni una suerte de derecho de los centros

universitarios privados a ser financiados mediante las becas públicas de sus estudiantes, ni tampoco el derecho absoluto de un estudiante a la obtención de una beca, porque los recursos públicos no han de acudir, incondicionadamente, allá donde vayan sus preferencias individuales. Por las razones expuestas el recurso de amparo debió ser desestimado.

Madrid, a diecisiete de diciembre de dos mil veinte.

Cándido Conde-Pumpido Tourón