

LA EVALUACIÓN DE LA ACTIVIDAD DOCENTE E INVESTIGADORA DEL PROFESORADO DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS

ALBA NOGUEIRA LÓPEZ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. LA EVALUACIÓN DOCENTE E INVESTIGADORA: MULTIPLICACIÓN DE ESTRUCTURAS DE EVALUACIÓN CON PROCEDIMIENTOS O DESTINATARIOS COINCIDENTES.— III. LAS FUNCIONES DE LAS AGENCIAS DE EVALUACIÓN EN MATERIA DE PROFESORADO Y SU RÉGIMEN COMPETENCIAL.— IV. LA AGENCIA NACIONAL DE EVALUACIÓN DE LA CALIDAD Y ACREDITACIÓN (ANECA): LA PROBLEMÁTICA FORMA FUNDACIONAL Y EL EJERCICIO POTESTADES ADMINISTRATIVAS.— V. LAS AGENCIAS AUTONÓMICAS DE EVALUACIÓN: 1. Andalucía. 2. Canarias. 3. Castilla y León. 4. Cataluña. 5. Galicia. 6. Illes Balears. 7. Madrid.— VI. LA ACTIVIDAD DE EVALUACIÓN: PROCEDIMIENTO Y CONTROL JURISDICCIONAL: 1. Designación de los evaluadores, criterios y procedimiento de evaluación. 2. La peculiar finalización del procedimiento de evaluación de la ANECA para solventar el ejercicio privado de potestades administrativas. 3. Control jurisdiccional de la evaluación.

I. INTRODUCCIÓN

La aprobación de la Ley Orgánica de Universidades, Ley 6/2001, de 21 de diciembre (BOE 24 de diciembre) ha introducido diversos cambios en el sistema universitario: reparto competencial, órganos de gobierno y formas de elección, categorías de profesorado... a los que tanto las autoridades educativas como, singularmente, las Universidades han empezado a hacer frente.

Estos cambios se han visto acompañados por el reforzamiento de un elemento de apoyo como es el de la evaluación universitaria (1). La LOU

(1) Así el preámbulo de la LOU indica: «De ahí que sea objetivo irrenunciable de la Ley la mejora de la calidad del sistema universitario en su conjunto y en todas y cada una de

amplia los ámbitos universitarios sometidos a las diversas modalidades de evaluación y establece esta evaluación como un requisito necesario no sólo para la percepción de ciertos complementos retributivos del profesorado sino como un elemento indispensable para acceder a la mayor parte de las categorías contractuales de profesorado y para la financiación de ciertas actividades universitarias, así como para la homologación definitiva de las titulaciones oficiales de primer y segundo ciclo y de doctorado (2).

La evaluación externa de la actividad universitaria puede actuar como un mecanismo de información a la sociedad sobre cuál es el funcionamiento real del servicio público universitario, además de contribuir a la mejora de la calidad de nuestras universidades. La evaluación puede, asimismo, favorecer una mayor objetividad y eficiencia en la asignación de recursos públicos (3). La evaluación debería contribuir a determinar el grado de cumplimiento de unos objetivos previamente establecidos en materia de política educativa y científica por parte de los poderes públicos tanto por los miembros de la comunidad universitaria como por la institución en su conjunto, estando concebida como una herramienta para la mejora de la calidad de la Universidad y de su profesorado.

La generalización de la actividad de evaluación no está exenta de dificultades, no sólo de tipo organizativo, sino por los desajustes que origina la creación de un nuevo ámbito de ejercicio del poder y de responsabilidad por lo que son precisas estructuras de evaluación ágiles y que actúen de forma transparente. La evaluación externa en el terreno de la investigación se encuentra, no obstante, con la dificultad de ajustar «temporalmente» el proceso de evaluación, necesariamente dirigido hacia el pasado, con la vocación científica de actuar, además de resolviendo problemas, identificando problemas nuevos, innovando, en definitiva (4).

sus vertientes. Se profundiza por tanto en la cultura de la evaluación mediante la creación de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación y se establecen nuevos mecanismos para el fomento de la excelencia».

(2) El Gobierno ha aprobado ya el reglamento que desarrolla esta última cuestión mediante el Real Decreto 49/2004, de 19 de enero, sobre homologación de planes de estudios y títulos de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional (BOE de 22 de enero).

(3) El documento de prospectiva financiado por la Unión Europea y preparado por la European University Association, *Trends 2003: Progress towards the European Higher Education Area*, julio 2003, que puede ser consultado en el Boletín n.º 6 de Noticias de la Conferencia de Rectores (www.crue.org), apunta que, si la evaluación tiene como objetivo la distribución de recursos, el sometimiento a criterios homogéneos preestablecidos de instituciones o personas con perfiles científicos diversos puede dar lugar a resultados injustos (p. 78).

(4) *Ibidem*, p. 75.

Todas estas cuestiones presentes en el debate universitario tienen, también, ramificaciones de interés para el Derecho Administrativo. El marco competencial propio de la actividad de evaluación, las estructuras organizativas diseñadas para efectuarla, los procedimientos de evaluación y la extensión de su control jurisdiccional o la forma de designación de los evaluadores son algunos de los elementos que merecen un estudio más detallado. En este sentido, aun siendo el ámbito de actuación de las agencias mayor, el objeto de este trabajo se circunscribe a las actividades de evaluación ligadas al profesorado tanto en su vertiente docente como investigadora por ser estas no sólo las más numerosas sino las que han generado una mayor controversia, sin olvidar que una buena parte de los aspectos que se abordan son trasladables a esas otras facetas de la actividad de evaluación, acreditación y certificación.

II. LA EVALUACIÓN DOCENTE E INVESTIGADORA: MULTIPLICACIÓN DE ESTRUCTURAS DE EVALUACIÓN CON PROCEDIMIENTOS O DESTINATARIOS COINCIDENTES

La actividad universitaria, conformada por docencia e investigación como dos ámbitos claramente diferenciados pero necesariamente unidos, es, por tanto objeto de evaluación en todas sus facetas. La LOU, no obstante, no ha contribuido a solucionar la situación de divorcio normativo y organizativo que existe entre la actividad docente e investigadora de las Universidades públicas (5). La existencia de una Ley de Universidades y una Ley de fomento y coordinación de la investigación científica y técnica en las que se aborda como compartimentos estancos el tratamiento de dos realidades complementarias; la creación durante el mandato del PP —recientemente modificada por el nuevo gobierno del PSOE (6)— de un Ministerio de Educación y un Ministerio de Ciencia y Tecnología como dos realidades nítidamente diferenciadas, sin apenas mecanismos de coordinación, no son más que signos externos de una apuesta política por un sistema de ciencia y tecnología que se construye sin valorar en sus justos términos el hecho

(5) Los trabajos de CUETO PÉREZ, M., *Régimen jurídico de la investigación científica: la labor investigadora en la Universidad*, CEDECS, 2002 y «Régimen jurídico de la investigación en la Universidad: novedades de la LOU», *Revista de Administración Pública*, n.º 161/2003, hacen referencia a algunos de los problemas que genera la división artificiosa entre docencia e investigación en el plano organizativo y presupuestario.

(6) El RD 553/2004, de 18 de abril, reestructura los departamentos ministeriales suprimiendo el Ministerio de Ciencia y Tecnología, cuyas competencias en materia de política científica y tecnológica pasan al Ministerio de Educación y Ciencia.

de que la inmensa mayoría de la investigación básica, y una buena parte de la aplicada, se realiza en España en las Universidades públicas (7). Pese a las alusiones retóricas a la actividad investigadora como uno de los pilares de la Universidad, lo cierto es que la LOU apenas dedica dos artículos meramente programáticos a la investigación.

Esta disociación entre la articulación institucional de la actividad docente e investigadora encuentra su prolongación en la actividad de evaluación. Así, la evaluación de la actividad del profesorado será sometida a órganos de evaluación diversos con metodología no coincidente en función de cuál sea su finalidad. Se atribuye a la ANECA o a las Agencias autonómicas equivalentes la evaluación previa necesaria para la contratación de profesorado (que evaluará la trayectoria investigadora y/o docente del profesorado); a estos mismos entes se encomienda la evaluación precisa para la percepción de complementos retributivos por méritos docentes, investigadores o de gestión. No obstante, la LOU no deroga la normativa existente en relación con la evaluación por méritos investigadores que corresponde a la CNEAI (Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora) y que, recientemente, ha aprobado su Reglamento de régimen interno en una aparente voluntad de continuidad. Igualmente se mantiene la nítida separación de la actividad de evaluación de proyectos de investigación —que en última instancia evalúan también la trayectoria científica de los investigadores— que corresponde a la ANEP (Agencia Nacional de Evaluación y Prospectiva) en el ámbito estatal y a los órganos autonómicos correspondientes en caso de proyectos autonómicos (8). Y todo ello sin que se prevean mecanismos, no ya de coordinación o cooperación en la definición de objetivos, criterios de evaluación o designación de evaluadores, sino al menos de intercambio de información que pudiera ser útil para los respectivos procedimientos de evaluación y que con la utilización de las tecnologías de la información debería ser relativamente fácil de llevar a cabo (9).

(7) Si se toma como indicador de la producción científica el número de artículos publicados en revistas internacionales en el año 2000 de un total de 19790, 12558 procedían de las Universidades públicas (datos del INE —www.ine.es— y del CINDOC —www.csic.es—).

(8) Las Comunidades Autónomas han reproducido miméticamente en ciertos casos la separación entre educación y ciencia que ha efectuado la Administración del Estado. Así en Galicia se ha incardinado la Dirección General de Investigación y Desarrollo en la Consellería de Innovación e Industria (previamente era una Secretaría General que dependía directamente del Presidente de la Xunta).

(9) Haciendo efectivos los principios de las relaciones entre las Administraciones Públicas enumerados en el art. 4 de la Ley 30/1992, dentro del respeto al marco establecido por la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

En suma, la Administración general del Estado cuenta al menos con tres estructuras de evaluación para examinar la trayectoria científica del profesorado universitario. Por un lado, la ANECA, de reciente creación y con un claro solapamiento competencial para ciertas funciones con las Agencias autonómicas, para el acceso a plazas de profesorado contratado y percepción de complementos retributivos, además de toda la actividad de evaluación institucional en la que no vamos a detenernos en este trabajo (10).

Además, está la CNEAI, un órgano que depende de la Dirección General de Universidades, creada por el Real Decreto 1086/1989, de 28 de agosto, de retribuciones del profesorado, y encargada de la evaluación de investigación. Esta Comisión, lejos de ver asumidas sus funciones por la nueva Agencia Estatal, ha visto recientemente aprobarse su Reglamento de Funcionamiento Interno —Orden ECD/2713/2003, de 26 de septiembre (BOE de 3 de octubre)— ya que, como indica su preámbulo, «la experiencia acumulada por la actividad evaluadora de esta Comisión Nacional, así como el papel relevante que cobran los resultados de sus evaluaciones, hace necesaria la adopción de unas normas de funcionamiento interno».

Finalmente, la trayectoria científica del profesorado universitario será objeto de una evaluación diversa por parte de la Agencia Nacional de Evaluación y Prospectiva (ANEP) cuando la finalidad de la evaluación sea la obtención de proyectos de investigación financiados en el marco del Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica (11).

(10) Curiosamente la actividad de evaluación institucional que, si presenta unos rasgos claramente distintos a la evaluación de profesorado, está encuadrada en la ANECA cuando por sus características, sería la única que justificaría una estructura organizativa específica. Además, una organización coherente de la evaluación debería también conducir a enlazar la evaluación institucional con la actividad de prospectiva que se atribuye a la ANEP, aunque ésta apenas se esté llevando a cabo.

(11) El RD 562/2004, de 19 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, adscribe a la Secretaría de Estado de Universidades e Investigación los organismos públicos anteriormente adscritos a la Secretaría General de Política Científica del Ministerio de Ciencia y Tecnología (art. 7.4). La ANEP figuraba como una subdirección general incardinada en el Ministerio de Ciencia y Tecnología y estaba pendiente de una reestructuración que, previsiblemente, la dotaría de personalidad jurídica propia. La Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, incluye una disposición adicional decimosexta titulada «organización del sistema de evaluación y prospectiva de la investigación científica y técnica» que establecía:

«Durante el año 2004, el Ministerio de Ciencia y Tecnología, en consideración a las necesidades que concurren en el sistema de evaluación y prospectiva de la investigación científica y técnica, formulará una propuesta de organización en el marco de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, para

III. LAS FUNCIONES DE LAS AGENCIAS DE EVALUACIÓN EN MATERIA DE PROFESORADO Y SU RÉGIMEN COMPETENCIAL

La Ley Orgánica de Universidades regula de forma sumamente concisa la Agencia estatal de evaluación a la que, sin embargo, otorga un papel esencial —junto a sus homólogas autonómicas— en el acceso a varias de las categorías contractuales de profesorado (profesores ayudantes doctores, profesores colaboradores y profesores contratados doctores); en la exención del requisito de antigüedad como Profesor Titular para el acceso a la Cátedra de Universidad; y en la asignación de complementos retributivos tanto para las figuras funcionariales como para las contractuales.

Todas estas funciones que la ley reconduce a la evaluación, certificación y acreditación de «las actividades docentes, investigadoras y de gestión del profesorado» (art. 31.2.c) corresponden a «la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación y a los órganos de evaluación que la Ley de las Comunidades Autónomas determine, en el ámbito de sus respectivas competencias, sin perjuicio de las que desarrollen otras agencias de evaluación del Estado o de las Comunidades Autónomas» (art. 31.3).

La existencia de organismos de evaluación estatales y autonómicos plantea el problema de deslindar cuál es su ámbito de actuación. En este punto la propia ley siembra elementos de confusión que han conducido ya a recoger conflictos competenciales como consecuencia del desarrollo autonómico de la LOU.

el ejercicio de las funciones de: a) Evaluación científico-técnica, objetiva e independiente, de las acciones del Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica. b) Seguimiento de los resultados de las acciones del Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica. c) Realización de estudios y análisis prospectivos en materia de investigación científica y desarrollo tecnológico. d) Divulgación y conocimiento de los resultados de la investigación científica y desarrollo tecnológico. e) Divulgación del conocimiento científico e interrelación entre la ciencia, la tecnología y las empresas. f) En general, cualesquiera otras actividades de evaluación e informe en el ámbito de las competencias en materia de investigación científica y técnica atribuidas por el ordenamiento jurídico a dicho departamento.»

La inclusión de este precepto meramente programático en la Ley de acompañamiento anunciaba una consolidación de las estructuras organizativas de evaluación relacionadas con el Plan Nacional aparentemente en una dirección contraria a la de la simplificación orgánica y cooperación en la realización de actividades básicamente coincidentes en su metodología y resultados. Habrá que aguardar para ver en que quedan estas previsiones tras la «reunificación» en el Ministerio de Educación y Ciencia de las diversas estructuras de evaluación.

La LOU parece querer articular la intervención de una u otras Agencias mediante un reparto en función de las competencias afectadas por la actividad de evaluación. El artículo 31.3 mencionado es claro al decir que el desarrollo de sus actividades se realiza «en el ámbito de sus respectivas competencias». Es preciso, pues, determinar el criterio competencial que conduciría a la actuación bien de la Agencia estatal, bien de las Agencias autonómicas que se hayan creado o puedan crearse en el futuro, aunque algunos autores apuntan que no es posible apreciar la existencia de ningún criterio objetivo por lo que «no resulta arriesgado afirmar que el resultado sea un vaciamiento de las funciones de control de las agencias de este tipo que puedan existir en el ámbito autonómico» (12).

Dejando al margen las controversias doctrinales sobre la distribución competencial en materia de profesorado que fija la LOU (13), parece adecuado apreciar que existen unas actividades sometidas a evaluación donde puede haber una conexión con competencias estatales mientras que habrá otras donde la evaluación actuará sobre ámbitos de competencia autonómica. En este sentido existen una serie de materias donde existe competencia estatal en virtud de los títulos competenciales que le son propios: fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica (art. 149.1.15ª); bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas (art. 149.1.18ª); regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos (art. 149.1.30ª) (14). Y existen, a su vez, una serie de materias que corresponden al ámbito autonómico de competencia fruto, fundamentalmente, de su competencia en materia educativa. La concreción de este reparto com-

(12) CARRILLO, M., FERRET I JACAS, J., FONT I LLOVET, T., *Dictamen sobre el proyecto de Ley Orgánica de Universidades en relación con su incidencia en las competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas y con el principio de autonomía universitaria*, 2001. Este dictamen fue encargado a estos tres Catedráticos por los Rectores de las Universidades públicas catalanas.

(13) La LOU atribuye al Estado todas las competencias relacionadas con el personal docente funcionario —así, por ejemplo, el Gobierno determinará su régimen retributivo que tendrá carácter uniforme, salvo los complementos retributivos autonómicos— y deja, en cambio, en manos de las Comunidades autónomas la regulación de todo el desarrollo normativo de las figuras docentes laborales. Sin embargo, este llamamiento a las Comunidades Autónomas para que contribuyan a conformar el régimen jurídico de este personal introduce problemas competenciales de cierto calado ya que la Constitución Española establece en el artículo 149.1.7ª la legislación laboral como competencia exclusiva estatal. Sobre esta cuestión y sobre el alcance de las competencias autonómicas en materia de profesorado funcionario y contratado vid. nuestro trabajo NOGUEIRA LÓPEZ, A., «El nuevo marco competencial del profesorado universitario», en *RAP* (en prensa).

(14) La disposición adicional primera de la LOU hace expresa mención a estos tres títulos competenciales.

petencial se puede observar en la LOU examinando aquellos ámbitos reservados a la legislación y gestión estatal y aquellos otros en que son las Comunidades autónomas las encargadas de dictar la legislación de desarrollo y gestionar.

Pues bien, el examen de los ámbitos de actuación atribuidos en la LOU a las Agencias estatal y autonómicas revela que esa lógica competencial se respeta cuando se trata de atribuir la intervención en exclusiva a la Agencia estatal, pero deriva en una intervención indistinta o alternativa cuando se trata de materias de competencia autonómica. Además de otras competencias que, en su caso, puedan asumir las Agencias ligadas a los objetivos que fija la LOU, la Ley establece una serie de intervenciones preceptivas de la Agencia estatal o Agencias autonómicas. Significativamente reserva en exclusiva a la Agencia estatal la evaluación a la que deben someterse los planes de estudio (art. 35.5) que, como es evidente, entran dentro de la competencia estatal del art. 149.1.30ª, y, también, será la Agencia estatal la encargada de realizar el informe que se exige para eximir a los Profesores Titulares de Universidad del requisito de tener tres años de antigüedad en este cuerpo para poder habilitarse en el cuerpo de Catedráticos de Universidad (art. 60), en consonancia con su competencia del art. 149.1.18ª. Por el contrario, establece de forma indistinta la competencia en materia de evaluación del profesorado contratado (art. 50, 51 y 52 en relación con los profesores ayudantes doctores, colaboradores y contratados doctores, respectivamente), o de fijación de las retribuciones del profesorado contratado (art. 55), cuando la misma LOU indica que la legislación de desarrollo de este profesorado será de competencia autonómica por lo que las competencias de gestión —por ejemplo la evaluación— tendrán idéntica naturaleza— (15).

También se fija de forma alternativa la evaluación para aquellos centros que impartan enseñanzas conforme a sistemas extranjeros, aunque son las Comunidades Autónomas las encargadas de autorizar esas enseñanzas (art. 86).

Finalmente establece el mismo criterio de evaluación indistinta para dos materias donde puede estar más justificada porque existe, en esos casos,

(15) No se debe olvidar que, aún para aquellos que cuestionan esta normativa autonómica cuando toca a materias laborales —ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *La contratación laboral del profesorado en la Ley Orgánica de Universidades*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Laguna, 2002, p. 20; Federación de la Enseñanza CCOO, *Regulación de las condiciones laborales del personal docente e investigador contratado por las Universidades*, Madrid, 2002, p. 14—, la evaluación sería una facultad de gestión de clara competencia autonómica.

la posibilidad de que la evaluación precisa se ejercite como consecuencia de intervenciones estatales o autonómicas: en el art. 69 en relación con los complementos retributivos de los funcionarios que pueden ser fijados por decisión estatal y autonómica; y en el art. 72 para la evaluación del profesorado de las Universidades Privadas, que pueden haber sido creadas por decisión estatal o autonómica.

Estas previsiones concretas de intervención de una u otras agencias, y específicamente las relacionadas con el profesorado contratado, alteran el enunciado genérico de distribución competencial que establecía el artículo 31 que hacía depender esa intervención, no alternativa sino excluyente, de la existencia de un ámbito competencial estatal o autonómico. Una interpretación integradora de todos estos preceptos, coherente, por demás, con los criterios de distribución competencial constitucionales, debería partir de encuadrar la evaluación como una competencia de gestión o ejecución que, por tanto, corresponde a quien tenga atribuida la competencia principal (p. ej., profesorado funcionario o contratado). De hecho FERRET, FONT y CARRILLO, estiman que las funciones de evaluación son actividades ejecutivas y, por tanto, de competencia autonómica aunque, excepcionalmente, pudiese haber títulos competenciales que amparasen una ejecución estatal que, en todo caso, debería estar determinada en la propia Ley (16).

Además, los aspectos normativos ligados a la evaluación (ej., fijación de criterios de evaluación) también deberían seguir ese camino. No obstante, esta interpretación parece ser contradecida por el propio texto de la LOU cuando hace mención indistinta a las dos agencias en ámbitos de clara competencia autonómica. La búsqueda de una solución integradora, y a la vez congruente con el reparto competencial, nos lleva a pensar que la alusión a la agencia estatal y autonómica no tiene en estos casos otra función que una cláusula residual de atribución de competencias a la Agencia estatal en caso de inexistencia de Agencia autonómica.

Algún autor, como SOUVIRÓN MORENILLA, llega a una conclusión parecida, pero con un elemento diferenciador sustancial en su razonamiento, después de barajar tres opciones interpretativas: a) una atribución de competencias concurrente con libre elección del evaluado que generaría problemas por la posibilidad de evaluaciones contradictorias; b) una atribución en exclusiva a una u otra agencia en función del ámbito competencial material sustantivo concreto, a la que el autor ve el peligro de que confíne a la

(16) CARRILLO, M., FERRET I JACAS, FONT I LLOVET, T., *Dictamen sobre el proyecto de Ley Orgánica de Universidades en relación con su incidencia en las competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas y con el principio de autonomía universitaria*, 2001.

Agencia estatal a una posición meramente residual en materia de profesorado; c) considerar la competencia de evaluación como una competencia sustantiva y hacer depender la actuación de las Agencias del ámbito supracomunitario o comunitario de los efectos jurídicos de la evaluación, lo que para él conduciría a una solución material prácticamente idéntica, con actuación exclusiva de una u otra —mayoritariamente de la Agencia autonómica—. El autor se inclina por esta última ya que, en su opinión, sería más coherente con el perfil de la Agencia estatal, permitiría la intervención de ésta en caso de ausencia de agencia autonómica y, finalmente, favorecería la articulación de mecanismos de coordinación (17).

A nuestro juicio, no obstante, no es posible defender la competencia de evaluación como una competencia sustantiva. De hecho, las normas de desarrollo de la Agencia Estatal (18) se dictan al amparo de la competencia en materia de bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y de homologación de títulos, de lo que se debe deducir que tendrá competencia para evaluar aquellas cuestiones relacionadas con los títulos o con aspectos institucionales. Efectivamente, la solución competencial más correcta puede relegar a la Agencia estatal a un segundo plano en materia de profesorado ya que la mayor parte de la labor de evaluación va a estar referida al profesorado contratado o a complementos retributivos autonómicos, pero eso no debe alterar el criterio de reparto competencial. Por otra parte, las dos funciones que SOUVIRON plantea que debería desempeñar la Agencia estatal —competencia residual en caso de inexistencia autonómica y articulación de mecanismos de coordinación— pueden ser cubiertas con esa misma solución competencial. El establecimiento de mecanismos de coordinación entre las distintas agencias en cuanto a los criterios de evaluación puede articularse mediante convenios bilaterales o multilaterales de colaboración o mediante los mecanismos de cooperación interadministrativa previstos por

(17) SOUVIRON MORENILLA, PALENCIA HERREJÓN, *op. cit.*, p. 288-290. Sobre las relaciones interadministrativas y, en concreto, sobre los convenios, vid. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *Los convenios entre Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid, 1997; y MARTÍN HUERTA, P., *Los convenios interadministrativos*, INAP, Madrid, 2000.

(18) 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.

(19) De hecho, el Decreto 103/2002, de 26 de julio, por el que se regula la Agencia Canaria de Evaluación de la Calidad y Acreditación Universitaria, el Acuerdo de 15 de noviembre de 2001, por el que se aprueba la creación del consorcio «Agencia para la Calidad del Sistema Universitario de Castilla y León», y la Ley 15/2002, de 27 de diciembre, de creación de la Agencia de Calidad, Acreditación y Prospectiva de las Universidades de Madrid, intro-

la Ley 30/92 en su Título I (19). En cuanto a la competencia residual de la Agencia estatal en aquellas Comunidades Autónomas que no creen su propia agencia, la Ley, a pesar de su ambigüedad, abre esa posibilidad al hacer mención a ambas agencias. La interpretación integradora que propugnamos del texto aparentemente contradictorio de la LOU entre la referencia genérica del artículo 31, que vincula la actuación de las Agencias a que ésta se realice en relación con sus competencias, y las específicas, que parecen ofrecer una elección alternativa del ámbito de evaluación, conduciría a que cada Agencia debe actuar dentro del espacio competencial propio y que la Agencia estatal, por esa referencia alternativa, podría intervenir en aquellos casos en que no exista Agencia autonómica (20).

Esa interpretación sería además coherente con las soluciones que, a nivel autonómico, han adoptado por el momento Cataluña y Madrid estableciendo como único organismo de evaluación en materia de profesorado contratado a la agencia autonómica respectiva, sin perjuicio de la posibilidad de articular mecanismos de cooperación que conduzcan a un reconocimiento recíproco de sus evaluaciones con otras Agencias (art. 148 Ley de Universidades de Cataluña, art. 20 Decreto de la Comunidad de Madrid de 12 de septiembre de 2002) (21). Justamente ese desarrollo normativo de la LOU ha sido, en el caso de la norma catalana, objeto de un recurso por parte del Gobierno del Estado ante el Tribunal Constitucional por entender que la atribución en exclusiva de esa facultad a la Agencia catalana viola los preceptos de la LOU y las competencias del Estado en la materia. Paradójicamente la norma madrileña no ha sido objeto de ningún recurso ante los Tribunales por parte de la Abogacía del Estado aunque está planteada en parecidos términos. Además, en clara contradicción con estas normas autonómicas, el Real Decreto 1052/2002, de 11 de octubre, que regula el procedimiento para la obtención de la evaluación de la Agencia estatal, esta-

ducen preceptos (art. 5, 10 y 6, respectivamente) dirigidos a establecer relaciones de cooperación con otras Agencias, tanto para desarrollar conjuntamente procedimientos como para reconocer recíprocamente el resultado de esos procedimientos.

(20) Se sigue así el criterio, por ejemplo, fijado por el Tribunal Constitucional (STC 204/1992, de 26 de noviembre) para la intervención del Consejo de Estado y los órganos consultivos autonómicos equivalentes. Existe en la actualidad normativa (ej. art. 102 de la LPC sobre la revisión de oficio) que hace referencia indistinta a los dos órganos, lo que no quiere decir que haya libertad de elección en la consulta sino que ésta se hará necesariamente al órgano autonómico, si existe, en relación con sus atribuciones competenciales.

(21) La Ley 15/2003, de 22 de diciembre, andaluza de Universidades (BOE 16.1.2004), en su artículo 38, también somete exclusivamente a la evaluación de su propia agencia la contratación de los profesores eméritos. Las otras categorías de profesorado contratado pueden ser evaluadas alternativamente por la agencia autonómica o estatal.

blece en su artículo 5 que su evaluación positiva o informe favorable «tendrá efectos en todas las universidades españolas».

Desde nuestro punto de vista la solución aportada por estas dos normas es perfectamente compatible con el texto de la LOU y con el reparto competencial en la materia. Abordar en términos de conflicto esta diferencia no es positivo para las relaciones entre estos entes de evaluación que, en buena lógica, deberían actuar con un cierto nivel de coordinación en sus criterios (y también con sus homólogos comunitarios) (22); sin olvidar que resulta mucho más operativo que cada uno tenga un ámbito de actuación delimitado y no exista una superposición de intervenciones que poco ayuda al ya de por sí poco ágil funcionamiento que, al menos el precedente estatal de la Agencia, ha demostrado en el pasado (23). Además, esta pretensión de solapamiento entre unas y otra Agencia facilita la duplicación de la solicitud de informes generando una mayor sobrecarga burocrática que, por añadidura, puede conducir a soluciones dispares, nada beneficiosas para el sistema de evaluación. Es éste un funcionamiento que se sitúa en las antípodas de la búsqueda de la calidad que da origen a los procedimientos de

(22) El documento *European University Association, Trends 2003: Progress towards the European Higher Education Area*, julio 2003, incide en la importancia de la evaluación externa como un contrapeso a la autonomía universitaria para garantizar tanto la calidad de los respectivos sistemas universitarios como, significativamente, la posibilidad de que se pueda evaluar su contribución al desarrollo social propia de su concepción como servicio público. El estudio —que también se hace eco de los problemas que genera la actividad de evaluación por su elevado coste o inadecuación y rigidez de sus procedimientos— refleja una amplia coincidencia de las instituciones comunitarias de educación superior en la necesidad de una armonización de criterios entre las agencias de evaluación como un elemento necesario para avanzar en la construcción del Espacio Europeo de Educación Superior. En este sentido, un grupo de Agencias europeas, entre las que se encuentran la ANECA y las Agencias catalana y andaluza, ha creado la *European Network for Quality Assurance in Higher Education (enqa)* que es una red que pretende armonizar y compartir resultados y experiencias entre organismos de evaluación. Esta red fue impulsada como consecuencia de la aprobación de la Recomendación del Consejo 98/561/CE, de 24 de septiembre, sobre la cooperación europea en la garantía de la calidad en la enseñanza superior (DOCE L 7.10.98) y por el movimiento a favor de un Espacio Europeo de Educación Superior, que genera la conocida como Declaración de Bolonia.

(23) De hecho, en el seno de la ANECA, se ha constituido una Comisión de Coordinación con las Comunidades Autónomas, que se reunió por primera vez el 16 de enero de 2003 y que pretende evitar divergencias. También firmaron Convenios marco de colaboración con las Agencias de Canarias, Madrid, Cataluña, Castilla y León y Galicia. Todos estos extremos pueden consultarse en ANECA, *Memoria de Actividades* (7 octubre 2002-7 abril 2003), www.aneca.es. Las agencias autonómicas también establecen vínculos con otras Agencias. Así la Agencia catalana indica que tiene lazos con diversas agencias autonómicas, con la ANECA y con la red europea de agencias y agencias de ciertos países comunitarios (www.aqucatunya.org).

evaluación y certificación, y que debería estar presidida por ese afán de homogeneización de criterios y de descentralización en la gestión.

Un elemento más que inclina la balanza hacia la interpretación que propugnamos es que las Agencias autonómicas son las únicas que pueden realmente tener en cuenta las soluciones diversas a que pueden llegar las Comunidades Autónomas en la regulación de su profesorado contratado. La intervención de la Agencia estatal puede entrar en colisión con esta regulación y para visualizarlo sirve un ejemplo. Se ha mencionado que varias Comunidades Autónomas establecen dos niveles dentro de la figura de profesor contratado doctor, de los cuales el primero vendría a situarse aproximadamente en el nivel de los profesores titulares de universidad y el segundo estaría pensado para la contratación de profesorado con una carrera académica consolidada y un cierto prestigio por lo que equivaldría a la figura del catedrático de universidad. Pues bien estas previsiones autonómicas, en general, van acompañadas por un informe de su Agencia en el que se deberá evaluar de forma distinta, y menos exigente, a quien pretenda acceder al primer nivel que al que pretenda acceder al segundo. Sin embargo, la Dirección General de Universidades ha publicado una resolución (24) por la que concede la evaluación positiva automática a los habilitados o a los funcionarios de los cuerpos docentes para ciertas categorías contractuales teniendo en cuenta para ello la supuesta superioridad de los méritos de los cuerpos docentes sobre los necesarios para cada figura contractual. De este modo, por ejemplo, un profesor Titular de Universidad tendrá la evaluación automática para todas las figuras contractuales de la LOU. Si nos encontráramos en el caso de una Comunidad Autónoma con dos niveles de profesorado contratado doctor, es evidente que esta evaluación automática no puede ser válida para el acceso a la figura laboral equivalente a un catedrático. La configuración de la ANECA impide valorar estas circunstancias que sí podrán ser tenidas en cuenta, en cambio, por la Agencia autonómica.

IV. LA AGENCIA NACIONAL DE EVALUACIÓN DE LA CALIDAD Y ACREDITACIÓN (ANECA): LA PROBLEMÁTICA FORMA FUNDACIONAL Y EL EJERCICIO DE POTESTADES ADMINISTRATIVAS

La Ley Orgánica de Universidades establece la necesidad de una Agencia estatal e, incluso, le dota de una denominación, pero no la crea como tal. El artículo 32 de la LOU se limita a posponer su creación al momento

(24) Resolución de 24 de junio de 2003 (BOE de 9 de julio).

en que, previo informe del Consejo de Coordinación Universitaria, el Consejo de Ministros adopte un acuerdo autorizando su constitución. Se hizo así caso omiso a una de las escasas recomendaciones formuladas por el Consejo de Estado en su Dictamen sobre el anteproyecto de Ley (19 de julio de 2001): «se estima oportuno, sin embargo, que en el propio anteproyecto de Ley se declare expresamente su creación y se disponga su naturaleza jurídica, que parece querer configurarse como un órgano administrativo que formará parte de la Administración General del Estado».

Sin ser muy explícita, la LOU ya apunta algunos datos sobre la naturaleza que va a tener la Agencia estatal puesto que la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) determina que los Organismos Públicos (organismos autónomos o entidades públicas empresariales) que se puedan constituir bajo el paraguas de la Administración General del Estado deberán ser creados por ley. Dado que la LOU no procede formalmente a esa creación, sino que la remite a un ulterior acuerdo del Consejo de Ministros, parece claro que no estaba en mente del legislador ninguna de esas formas jurídicas. De haber querido aprovechar la aprobación de la LOU para la creación de la Agencia, la ley debería haber establecido las menciones mínimas que fija la LOFAGE (art. 61): el tipo de Organismo público que crea, con indicación de sus fines generales, así como el Ministerio u Organismo de adscripción; y, en su caso, los recursos económicos, así como las peculiaridades que pudiera presentar con respecto a su régimen jurídico.

Efectivamente, un Acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de julio de 2002 autoriza al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte a constituir la Fundación estatal «Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación». Se recurre, por tanto, a una personificación de Derecho privado y, en concreto, a un ente fundacional con todos los problemas que la doctrina administrativista ha señalado en relación con esta forma de personificación (25). Sin querer reproducir aquí el debate sobre la huida del

(25) PIÑAR MAÑAS, J. L., «Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones», en REDA, n.º 87/1998, hace un recorrido por algunos de los problemas que genera la constitución de fundaciones por las Administraciones públicas, especialmente en los casos de control mayoritario o total sobre éstas. Discute este autor los problemas en relación con la formación de la voluntad fundacional, la aplicación de la legislación de contratos, la asimilación entre el Protectorado y la propia fundación, la propiedad de los bienes y el destino de éstos tras la disolución, para concluir abogando por la necesidad de que exista una ley que regule las fundaciones del sector público. Sobre este tema, también BERMEJO LATRE, J. L., «La huida del Derecho Administrativo a través de las fundaciones privadas de iniciativa pública» en *Libro homenaje al Prof. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

derecho administrativo, creemos que es preciso señalar varias circunstancias que pueden generar dudas en cuanto a la elección de la fórmula fundacional (26).

Una primera cuestión que suscita la constitución de la Fundación es su evidente desencuentro con las pretensiones de la LOFAGE de realizar una racionalización de la denominada Administración institucional del Estado presidida por el objetivo de limitar el ejercicio de potestades administrativas a las personas jurídico-públicas y de reducir el «aluvión» de entes instrumentales con una amplísima diversidad de regímenes jurídicos. Pero la evidencia de ese desencuentro cobra más importancia si se tiene en cuenta que la Fundación ANECA nace de forma paralela en el tiempo a la tramitación parlamentaria de la nueva Ley de Fundaciones, Ley 50/2002, de 26 de diciembre, que, si bien autoriza a la constitución de fundaciones a las Administraciones públicas, veda de forma taxativa el ejercicio por éstas de potestades públicas (art. 46) (27). Esta determinación legal hace más perentorio determinar cuál es la naturaleza jurídica de la actividad de evaluación.

Además, es difícil justificar la utilización de la forma fundacional. Las garantías de independencia en el ejercicio de su actividad no son mayores por una personificación jurídico-privada. En la medida en que estamos ante una actividad de carácter fundamentalmente técnico, estas garantías provienen de la forma de nombramiento de los evaluadores y de la aplicación de mecanismos, de objetivos de protección de la imparcialidad, como pueden ser los procedimientos de abstención y recusación de la Ley 30/1992, no aplicables a la Fundación. Salvo que se entienda la pretendida independencia no como una garantía para el interesado sino como una forma de eludir los necesarios controles a los que está sometida cualquier Administración pública. De hecho la mayoría de los miembros del patronato proceden de la Administración General del Estado (diez miembros) y tan sólo se prevé la presencia de dos Rectores, dos Consejeros autonómicos y un represen-

(26) Sobre la huida del Derecho público y el Derecho aplicable a las Administraciones públicas son bien conocidos los trabajos de MARTÍN-RETORTILLO, S., «Reflexiones sobre la huida del Derecho administrativo», en RAP, n.º 140/1996; DEL SAZ, S., «La huida del Derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas», en RAP n.º 133/1994; BORRAJO INIESTA, «El intento de huir del Derecho administrativo», en REDA, n.º 78/1993; SALA ARQUER, «Huida al Derecho privado y huida del Derecho», en REDA, n.º 75/1992. También el trabajo colectivo de MALARET, E., MARTÍN-RETORTILLO, S., PADRÓS, X., SÁNCHEZ MORÓN, M., ORTEGA, E., *Derecho público y Derecho privado en la actuación de la Administración pública*, IEA-Marcial Pons, Madrid, 1999.

(27) Las Fundaciones ya constituidas, como la ANECA, tendrán un plazo de dos años desde la entrada en vigor de la ley para adaptar sus Estatutos.

tante del cupo de expertos del Consejo de Coordinación universitaria (todos ellos aun así nombrados por el Ministro de Educación) y de tres expertos también nombrados por el Ministerio (28).

Por otra parte, resulta discutible, a la vista del Derecho comunitario, el sometimiento de su contratación al derecho privado, tal y como recogen sus Estatutos fundacionales (29). La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha efectuado una labor de construcción de la noción de «poder adjudicador» que evita centrarse en la personificación jurídica elegida, fijándose en cambio en si estamos ante una actividad de interés general y en el control significativo que pueda ejercer una Administración pública sobre este ente para declarar el sometimiento a los principios comunitarios que deben regir la contratación pública (30).

PIÑAR MAÑAS apunta también el posible encuadramiento de este tipo de fundaciones en el sector público a efectos de su control por el Tribunal de Cuentas (31).

(28) Estatutos de la Fundación «ANECA», www.aneca.es.

(29) «Asimismo, otro ejemplo, igualmente "peligroso", viene dado por la reciente tendencia a la creación de fundaciones privadas de iniciativa pública que se están utilizando para fines y competencias públicos...pero sometiendo, al amparo de la Ley de Fundaciones, a la normativa privada. Es evidente que, en estos casos, la figura de la fundación se utiliza exclusivamente como técnica y no como forma fundacional», GIMENO FELIÚ, J. M., *Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimiento de adjudicación*, Civitas, Madrid, 2003, p. 52.

(30) Es significativa en este sentido la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 23 de mayo de 2003, que condena a España a incorporar la normativa comunitaria sobre adjudicación de contratos públicos a las sociedades mercantiles de capital mayoritariamente público, modificación que ha sido, al fin, introducida en la ley de acompañamiento a los presupuestos, ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Esta Sentencia ha sido comentada por DÍAZ LEMA, J. M., «Contratos públicos y derecho español. Comentario urgente a la STJCE 15 de mayo de 2003», *Actualidad Administrativa*, n.º 35/2003. Nuestra doctrina se ha ocupado con intensidad sobre el controvertido ámbito subjetivo de la legislación de contratos: FUERTES LÓPEZ, M., «Personificaciones públicas y contratos administrativos. La última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea», en *REALA*, n.º 279/1999; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Ámbito de aplicación de la Ley», en GÓMEZ-FERRER, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, Civitas, 1996; GIMENO FELIÚ, J. M., «La necesaria interpretación subjetivo-funcional del concepto de poder adjudicador en la contratación pública», *RAP*, n.º 151/2000; MONTOYA MARTÍN, E., *Las empresas públicas sometidas a Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 1996; MORENO MOLINA, *Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español*, McGraw-Hill, Madrid, 1996; y NOGUERA DE LA MUELA, B., *El ámbito subjetivo de aplicación de la nueva Ley de Contratos de las Administraciones públicas*, Barcelona, Atelier, 2001.

(31) PIÑAR MAÑAS, J. L., «Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones», en *REDA*, n.º 87/1998.

Resulta, en esta línea, sorprendente la previsión de los Estatutos de la Agencia en el sentido de que hasta un 30 % de las rentas e ingresos de la Fundación podrán no ser destinados a los fines fundacionales sino a incrementar la dotación fundacional (art. 22). Igualmente, choca la previsión de que, en caso de extinción de la Fundación, una vez efectuada la liquidación, se podrán destinar los bienes y derechos resultantes de la liquidación a «fundaciones, otras instituciones sin ánimo de lucro, o entidades públicas que acuerde el Patronato y que persigan fines de interés general análogos a los de la Fundación» (art. 29). Se abre así la puerta a que los bienes que forman parte de la dotación inicial de la fundación (inmuebles, muebles, valores mobiliarios) que proceden de la Administración general del Estado acaben en manos de cualquier fundación o entidad sin ánimo de lucro, con la única limitación de que esté destinada a fines análogos.

V. LAS AGENCIAS AUTONÓMICAS DE EVALUACIÓN

Antes de la aprobación de la LOU, varias Comunidades Autónomas habían creado sus organismos de evaluación para promover la calidad de sus respectivos sistemas universitarios (Galicia, Cataluña, Andalucía). No obstante, la ausencia de competencias en materia de profesorado hacía que fueran organismos dedicados, esencialmente, a la evaluación, acreditación y certificación institucional.

La entrada en vigor de la LOU abre nuevos campos de actuación, como se ha visto, a estas Agencias reforzando, además, la necesidad de someter a procesos de evaluación tanto a las Universidades, como a las titulaciones o a los propios profesores. La importancia que cobra la evaluación en materia de profesorado contratado, unida a la atribución de competencias a las Comunidades Autónomas en esta materia ha conducido a la creación de nuevas agencias autonómicas y a la reestructuración de algunas de las existentes.

Por el momento, Andalucía, Cataluña, Galicia, Castilla y León, Madrid y Canarias han adaptado o creado organismos de evaluación competentes en materia de profesorado, adaptados a la nueva regulación de la LOU. Igualmente Castilla y León creó, poco antes de la aprobación de la LOU, su Agencia, que aún no se ha adaptado. En Illes Balears, la Ley 2/2003, de 20 de marzo, de organización institucional del sistema universitario, realiza una sucinta regulación de las funciones y composición de la Agencia, pero remite al desarrollo reglamentario la determinación de la forma jurídica y estatutos de la Agencia de Calidad Universitaria de las Illes Balears.

Existen muchos elementos comunes en la nueva regulación autonómica de las Agencias. Todas ellas han preferido como forma jurídica la de una entidad de derecho público, salvo Canarias y Andalucía que han optado por un organismo autónomo. Asimismo, se ha utilizado con frecuencia la fórmula del Consorcio como vía para unir las voluntades de la Administración y las Universidades en la creación de estos entes. Recordemos que GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ califican al consorcio como un tipo de corporación interadministrativa (32). Una fórmula, además, presidida por la voluntariedad en su constitución, por la instrumentalidad de sus fines y por la forma pública de personificación (33). Además, como consecuencia de la forma jurídica elegida, no hay dudas en cuanto a la sujeción de la actividad de evaluación al Derecho administrativo.

La mayor parte de las normas reguladoras de las Agencias autonómicas establecen la exigencia de firmar un convenio para posibilitar el reconocimiento de los informes o evaluaciones de otras agencias autonómicas (disp. ad. 1.º Decreto 270/2003, de Galicia; art. 25 de la Ley 2/2003 de Illes Balears; art. 6 de la Ley 15/2002, de Madrid). De todas formas también asumen de forma generalizada la necesidad de colaborar, incluso a nivel internacional, para el desarrollo de los criterios de calidad precisos para sus funciones.

1. Andalucía

Andalucía, que había sido pionera en la creación de una Unidad para la Calidad de las Universidades andaluzas (34), ha procedido con su nueva Ley de Universidades, 15/2003, de 22 de diciembre, a crear la Agencia Andaluza de Evaluación de la Calidad y Acreditación Universitaria.

Este organismo autónomo de carácter administrativo parece querer hacer una apuesta clara por la independencia de sus decisiones puesto que sus

(32) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 1999, p. 390.

(33) Sobre los caracteres definidores del consorcio vid. MARTÍN MATEO, R., *Los consorcios locales*, IEAL, Madrid, 1970; MARTÍN MATEO, R., «Los consorcios locales. Una institución en auge», en *RAP*, n.º 129/1992; y NIETO GARRIDO, E., *El consorcio administrativo*, Cedecs, Barcelona, 1997.

(34) Ésta fue creada mediante Resolución de 9 de noviembre de 1998, por el que se da publicidad al Convenio de Colaboración entre la Consejería de Educación y las Universidades andaluzas para la creación del Consorcio Unidad para la Calidad de las Universidades Andaluza. Era una entidad de derecho público, de carácter asociativo, voluntario e indefinido.

dos órganos de gobierno, Director General y Consejo Rector, van a ser elegidos entre personalidades de reconocido prestigio en el ámbito universitario investigador. A excepción de la Presidencia que ostenta el titular de la Consejería de Educación y Ciencia, no se prevé participación en estos órganos de representantes de la Junta de Andalucía o de las Universidades sino que, al contrario, se establece la incompatibilidad de este cargo con el de ser miembro de los órganos de gobierno de las Universidades o de la Administración pública.

Las decisiones de los procesos de evaluación las tomará el Director General de la Agencia, motivadas de acuerdo con la decisión de la comisión técnica correspondiente, y no ponen fin a la vía administrativa ya que serán recurribles en alzada ante el Presidente del Consejo Rector.

2. Canarias

El Decreto 103/2002, de 26 de julio, por el que se regula la Agencia canaria de Evaluación de la Calidad y Acreditación Universitaria, realiza el desarrollo normativo al que había habilitado la Ley 2/2002, de 27 de marzo, que había creado esta Agencia. La Agencia canaria toma la forma de un organismo autónomo de carácter administrativo por lo que sus actividades están sometidas al Derecho administrativo. «Los resultados de los procesos de evaluación y acreditación se formalizarán a través de resolución del Director de la Agencia, que deberá basarse en la decisión de los Comités de Expertos». Serán estas decisiones recurribles en alzada ante el Consejo Rector lo que pondrá fin a la vía administrativa. Para garantizar la imparcialidad de estas decisiones el Decreto prevé que los Comités de Expertos «deberán ser técnicos preferentemente externos a las Universidades canarias y a la Administración pública de nuestra comunidad».

Las funciones de la Agencia en materia de profesorado se extienden a las evaluaciones precisas para la contratación de profesorado laboral y a la valoración de los méritos para el establecimiento de retribuciones adicionales.

Los órganos de gobierno son el Consejo Rector, como órgano superior compuesto por representantes de la Administración educativa, los Rectores, los Presidentes de los Consejos Sociales, los Presidentes de las Juntas de Personal docente e investigador y dos expertos de reconocido prestigio, y el Director de la Agencia.

3. Castilla y León

El Consorcio «Agencia para la Calidad del Sistema Universitario de Castilla y León» fue creado por Acuerdo de 15 de noviembre de 2001. Previamente las Universidades de esta Comunidad y la Consejería de Educación habían firmado un Convenio con este fin. El Consorcio es una entidad de derecho público cuyos actos «están sujetos al derecho administrativo y se impugnarán ante la jurisdicción contencioso-administrativa» (art. 25). El control contable-presupuestario se somete a la Ley de Hacienda de la Comunidad y a la intervención del Tribunal de Cuentas.

La creación con anterioridad a la aprobación de la LOU condiciona que las funciones en materia de profesorado tan sólo abarquen «efectuar evaluaciones de la actividad de la docencia impartida por el profesorado».

La Agencia tendrá un Consejo de Dirección, un Presidente del Consejo de Dirección y un Director. El Consejo de Dirección está formado por representantes de la Administración autonómica, los Rectores y los Presidentes de los Consejos Sociales.

4. Cataluña

La Ley 1/2003, de 19 de febrero, de Universidades de Cataluña (Título VII), reformula, con una regulación relativamente prolija, la Agencia existente, que pasa a denominarse Agencia para la calidad del sistema universitario de Cataluña (35). Será una entidad de derecho público creada por un consorcio. Entre sus funciones cabe destacar la emisión de los informes del profesorado contratado (lector y colaborador); la emisión de las acreditaciones de investigación e investigación avanzada (profesores contratados doctores de los dos niveles, respectivamente); la evaluación de los investigadores y la valoración de los méritos individuales del personal docente, funcionario y contratado, para la asignación de complementos retributivos; la evaluación de la actividad investigadora del personal de las universidades privadas.

Los órganos de gobierno de la Agencia son el Presidente, el Director y el Consejo de Dirección. En su Consejo de Dirección participan representantes de la Administración, los Rectores y Presidentes de los Consejos

(35) La Agencia catalana había sido creada el 26 de septiembre de 1996 siendo, por tanto, la primera agencia de evaluación del sistema universitario creada en todo el Estado. Era un consorcio en cuyo órgano de dirección participaban los Rectores, Presidentes de Consejos Sociales y la Generalitat.

sociales de las universidades públicas y la Universitat Oberta de Catalunya, hasta un máximo de tres Rectores de las universidades privadas que cumplan una serie de condiciones, tres expertos y tres cargos internos de la Agencia. La Ley también regula las Comisiones que deben existir en la Agencia, su composición, forma de nombramiento y requisitos de capacidad de sus miembros. Especialmente en la comisión de evaluación de la investigación se asegura un nombramiento independiente ya que la mayor parte de sus miembros son propuestos por el Consejo de Dirección, órgano de composición plural, y además se introducen criterios objetivos de mérito al exigir cuatro evaluaciones positivas de su actividad investigadora para el nombramiento.

En cuanto a su régimen jurídico, la Ley establece que «somete sus relaciones externas, con carácter general, a las normas de derecho civil, mercantil y laboral que le sean aplicables, excepto los actos de evaluación, acreditación o certificación y los que impliquen el ejercicio de potestades públicas, los cuales quedan sometidos al derecho público» (art. 149). Además, se aplicará el derecho público a las relaciones entre las distintas Administraciones y la normativa vigente de la Generalitat en materia de órganos colegiados para la adopción de acuerdos y funcionamiento de éstos. La disposición adicional quinta fija plazos para algunos de los procedimientos de la Agencia, en concreto para los informes o evaluaciones obligatorios para el profesorado contratado. El personal de la Agencia puede ser laboral o funcionarios adscritos a ésta. Su régimen económico y patrimonial no presenta mayores peculiaridades. En todo caso se exige una ley del Parlamento autonómico para la modificación de la naturaleza jurídica de la Agencia.

Debemos recordar en este punto que el entendimiento por parte del legislador catalán de que esta Agencia tendría competencia exclusiva para la emisión de los informes o evaluaciones exigidos para la contratación de cierto profesorado laboral, sin perjuicio que la Agencia pueda considerar los precedentes de otras Agencias, ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad por parte del Gobierno del Estado y esos preceptos han sido suspendidos por el Tribunal Constitucional a la espera de su sentencia.

5. Galicia

Las tres Universidades gallegas y la Consejería de Educación firmaron un convenio de colaboración «de común acuerdo y voluntariamente» para la creación del Consorcio «Axencia para a Calidade do sistema uni-

versitario de Galicia» (36). La Agencia es una entidad de derecho público que se somete «al derecho público y especialmente a las normas que regulan la contratación administrativa». En el Consejo de Dirección están representantes de la Administración, los Rectores y los Presidentes de los Consejos Sociales. Además la Agencia cuenta con un Presidente y un Director.

Una disposición de la Ley 3/2002 (37) y el Decreto 270/2003, de 22 de mayo, amplían las funciones de la Agencia y la adaptan al nuevo marco que abre la LOU. Se regula mediante esta última norma el procedimiento de evaluación e informe sometido al Derecho administrativo y susceptible de recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Los informes de la Comisión creada al efecto en el seno de la Agencia que realizará una Comisión creada al efecto en el seno de la Agencia que contará con comités de expertos para realizar las evaluaciones. Estos informes de la Comisión de informes, evaluación, certificación y acreditación tienen carácter vinculante para el Consejo de Dirección, que será quien dicte los acuerdos motivados con la decisión que corresponda.

6. Illes Balears

La Ley 2/2003, de 20 de marzo, de organización institucional del sistema universitario de las Illes Balears, atribuye a la Agencia de Calidad Universitaria de las Illes Balears la «evaluación, la acreditación y la certificación de la calidad del sistema universitario de las Illes Balears». No obstante, remite al desarrollo reglamentario, oídos los órganos de gobierno de la Universidad de las Illes Balears, la determinación de la forma jurídica y estatutos de la Agencia. La Agencia será independiente en su funcionamiento del Gobierno autonómico y la Universidad.

Se prevé que el máximo órgano de gobierno tenga una representación paritaria de la Administración autonómica, el consejo de gobierno de la Universidad y el Consejo Social de la Universidad.

No se establece ningún límite en cuanto al régimen jurídico de sus acuerdos ni de ningún otro aspecto de su actividad.

7. Madrid

La Ley 15/2002, de 27 de diciembre, de la Comunidad de Madrid, crea la Agencia de la Calidad, Acreditación y prospectiva de las Universidades

(36) Resolución de 12 de marzo de 2001 (DOG de 5 de abril).

(37) Ley 3/2002, de 29 de abril, de medidas de régimen fiscal y administrativo.

de Madrid. La Agencia, adscrita a la Consejería de Educación, tendrá la forma de un ente de derecho público «que se regirá por lo dispuesto en la normativa reguladora del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común cuando ejerza potestades administrativas». Se establece, en consecuencia, un régimen de recursos administrativos contra sus decisiones de evaluación. Además, somete su contratación a la Ley de Contratos de las Administraciones públicas y existe un control contable y presupuestario de conformidad con lo establecido por la Ley reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid, con la intervención de la Cámara de Cuentas de Madrid.

En materia de profesorado, entran dentro de sus funciones la evaluación y acreditación de actividades docentes, investigadoras y de gestión del personal universitario y la propuesta de criterios y evaluación de las solicitudes para obtención de complementos remunerativos relacionados con la actividad docente.

Los órganos de gobierno y administración son el Consejo Rector, el Presidente de la Agencia, el Comité de Dirección y el Director-Gerente. El Consejo Rector es el órgano superior compuesto por representantes de la Administración, los Rectores de las Universidades públicas y privadas y los Presidentes de los Consejos Sociales.

También en el caso madrileño su Decreto de profesorado atribuía en exclusiva a la Agencia autonómica la evaluación de su profesorado contratado. Estas previsiones no han sido objeto de recurso alguno tal y como sucedió con la normativa catalana.

VI. LA ACTIVIDAD DE EVALUACIÓN: PROCEDIMIENTO Y CONTROL JURISDICCIONAL

1. Designación de los evaluadores, criterios y procedimiento de evaluación

Hay tres elementos del procedimiento de evaluación que tienen especial trascendencia para las garantías de los evaluados. Éstos son la forma de designación de los evaluadores, la fijación de los criterios de evaluación y el propio procedimiento de evaluación (en especial el plazo existente para éste y el sentido del silencio).

Pues bien, las tres cuestiones son resueltas con relativa parquedad por la mayor parte de la normativa autonómica, excepción hecha de la norma-

tiva catalana (38), y por supuesto por la estatal. De todos modos, las consecuencias de esa parquedad son diversas si las Agencias tienen una forma jurídico-pública, puesto que la regulación de la Ley 30/1992 permite suplir estas lagunas en materia de plazos; efectos del silencio, e, incluso, recusación de los evaluadores; mientras que, en el caso de la ANECA, con su forma fundacional, evita la aplicación de esta norma menoscabando los derechos de los interesados.

La generalidad de los criterios de evaluación, unida a la carencia de una valoración numérica de cada uno de ellos y la falta de adaptación a las muy diversas áreas de conocimiento que componen cada una de las grandes áreas de evaluación son algunos de los elementos en los que procede una labor de reducción del ámbito de discrecionalidad con el que, actualmente, actúan los evaluadores. En este sentido, la resistencia a una mayor concreción, especialización y cuantificación de los méritos evaluables parece estar motivada más por un afán de dificultar el control externo que por una verdadera dificultad técnica. En esta línea, llama la atención la Resolución de 17 de octubre de 2002, de la Dirección General de Universidades, por la que se aprueban los criterios que deben regir la actuación de la ANECA (39). Unos criterios que, por obvios y genéricos, tan sólo justifican su publicación por una voluntad de dar una cobertura jurídico-pública al desarrollo posterior de esos criterios por la Fundación-ANECA (40). Contrasta con

(38) Cataluña además de regular con mayor detalle el régimen jurídico de la Agencia y de sus actividades en la Ley 1/2003 de Universidades, dispone de un reglamento específico de funcionamiento de la comisión de valoración de méritos y actividades individuales en el que se detalla la forma de toma de decisiones, mayorías precisas, régimen de convocatorias, incompatibilidades y procedimiento de abstención y recusación, plazos y vías de recurso.

(39) La generalidad de los criterios puede apreciarse, a título de ejemplo, examinando los que se establecen a efectos de evaluación de la experiencia investigadora de los profesores contratados doctores: publicaciones científicas internacionales; otras publicaciones científicas; patentes; participación en proyectos de investigación de convocatorias públicas; estancias de investigación; participación en contratos de investigación; contribuciones a congresos; dirección de tesis doctorales. En definitiva, un simple relatorio de los méritos habituales en un curriculum académico sin discriminación o ajuste alguno a las especificidades propias de cada área de conocimiento ni desglose o cuantificación en cada uno de los apartados. Téngase, además, en cuenta que el grado de especialización de los comités de la ANECA es mucho menor que el de los del CNEAI ya que, por ejemplo, mientras que en el caso de la evaluación de sexenios todas las áreas de conocimiento de Derecho son evaluadas por un comité de juristas, en la evaluación de la ANECA el Comité de Evaluación de Ciencias Sociales y Jurídicas comprende a las áreas de conocimiento de titulaciones como Derecho, Economía, Ciencias Empresariales, Sociología, Ciencias Políticas, Antropología, Biblioteconomía, Ciencias de la Educación, Psicología, Comunicación Audiovisual y Publicidad, ciertas áreas de Historia e, incluso, Educación Física y Deportiva.

(40) Un *Manual de procedimiento para la emisión de evaluación o informe para la con-*

la generalidad de esos criterios, por ejemplo, la concreción de los aprobados por la Agencia de Calidad de las Universidades de Madrid que muestran como es posible una reducción de la discrecionalidad fijando una relación exhaustiva de méritos valorables, acompañada de criterios de fijación y, fundamentalmente, de un baremo de puntuación por cada uno de los méritos previstos (41).

Por su parte, la parquedad de la regulación del procedimiento de evaluación de la ANECA lleva a que tampoco establezca un plazo para la emisión del informe. Siendo obvio que el plazo de diez días de la LRJAP-PC no se ajusta a este tipo de procedimiento, también parece claro que no puede quedar en manos de la Fundación ANECA la fijación de ese plazo que, en todo caso, deberá ser relativamente reducido puesto que de él depende la posibilidad de que pueda ser contratado o no el solicitante. En una clara muestra de la confusión existente sobre la naturaleza del informe de la ANECA, ésta, en respuesta a la Recomendación del Defensor del Pueblo de que la Agencia debía fijar un plazo de emisión de la evaluación, indica que «al no ser un organismo público, no se le puede exigir un plazo y, aunque lo fuera, la agencia habría actuado dentro de los plazos legales, ya que viene realizando informes en unos plazos de entre cinco y siete semanas, cuando están permitidos hasta tres meses» (42). En definitiva, la ANECA defiende la pertinencia de que su forma jurídico-privada la pueda eximir de establecer unos plazos de emisión de las evaluaciones y, significativamente, confunde la naturaleza de su actuación estableciendo que, en todo caso, estaría sometida al plazo de tres meses —que rige para las resoluciones administrativas *ex art.* 42.3 de la LRJ-PAC— y no por el de diez días que la misma ley (*art.* 83) establece para la evacuación de informes, salvo disposición en contrario.

En las Agencias autonómicas hay casos en que se establecen los plazos de emisión de las evaluaciones y en los otros, dado su forma jurídico-pública, regirían los plazos que establece la LRJ-PAC. En este sentido, la Ley de Universidades de Cataluña, en su disposición adicional quinta, regula

tratación de profesorado universitario, que se puede consultar en www.aneca.es, detalla el procedimiento y concreta estos criterios estableciendo, de hecho, las verdaderas pautas de evaluación por las que se van a guiar los evaluadores.

(41) Acuerdo de 20 de octubre de 2003, del Comité de Dirección de la Agencia de la Calidad, Acreditación y Prospectiva de las Universidades de Madrid, por el que se aprueban los criterios de evaluación y el baremo para la contratación de profesorado universitario por las Universidades de Madrid y se determina el procedimiento de evaluación (BOCM de 30 de octubre de 2003).

(42) La información sobre la Recomendación del Defensor del Pueblo y la posición de la ANECA se recoge en *El País*, suplemento de Educación de 2 de febrero de 2004.

esta cuestión fijando un plazo de 3 meses para los informes relativos a los profesores ayudantes doctores (denominados lectores) y colaboradores, y de 6 meses para los contratados doctores, estableciendo que el silencio será positivo en caso de que no se hayan emitido transcurrido ese plazo.

Además, Cataluña, Canarias, Madrid y Andalucía establecen expresamente la existencia de un recurso administrativo frente a las decisiones de evaluación. La regulación del Decreto madrileño establece, en concreto, un novedoso procedimiento alternativo de conciliación en el que una comisión de tres expertos —uno propuesto por el interesado— deciden sobre la impugnación presentada.

En relación con la designación de evaluadores las previsiones existentes son escasas. Las normas autonómicas establecen en su mayoría la necesidad de que sean preferentemente expertos ajenos al ámbito territorial autonómico para garantizar su independencia. Además, en Cataluña, se exige disponer de cuatro sexenios de evaluación para formar parte de la Comisión de evaluación de la que dependen las comisiones sectoriales de evaluación.

2. La peculiar finalización del procedimiento de evaluación de la ANECA para solventar el ejercicio privado de potestades administrativas

Una cuestión que surge del desencuentro entre la forma fundacional de la ANECA y la normativa vigente es la de si la actividad de evaluación constituye el ejercicio de una potestad administrativa y cómo afecta esto al procedimiento de evaluación. Para ello es preciso tomar en consideración las actividades que a nosotros nos interesan que son las de evaluación del profesorado que está realizando —aunque estas conclusiones pudieran hacerse extensivas a otros sectores de actividad de la Agencia con semejantes efectos como el de homologación de titulaciones oficiales—.

En relación con las evaluaciones para la percepción de complementos retributivos de funcionarios y contratados, SOUVIRON indica que esta evaluación no constituye como tal el acto de asignación por lo que, en principio, no debiera considerarse el ejercicio de una potestad administrativa, pero introduce un matiz explicando que la respuesta sería diferente en caso de que la asignación pueda ser puramente automática a la luz del informe de la Agencia (43). Desde nuestro punto de vista el «quid» de la cuestión está

(43) SOUVIRON MORENILLA, PALENCIA HERREJÓN, *op. cit.*, p. 297.

en que la actividad que realiza la Administración educativa no es más que una mera validación del resultado que se deduce del informe de la Agencia por lo que es indudable que estamos ante el ejercicio por ésta de una potestad administrativa.

En el caso de la evaluación del profesorado contratado necesaria para el acceso a las figuras laborales, estamos hablando de un requisito imprescindible para hacer posible el nacimiento de esa relación contractual en el seno de una Administración pública. Sin evaluación o informe positivo, ninguna Universidad podrá contratar en régimen laboral a un candidato. Parece claro que la actividad que desarrolla la Agencia incide en la esfera jurídica del destinatario de la evaluación y supone el ejercicio de una potestad administrativa. Buena prueba de ello es que el Ministerio de Educación quiere dar «cobertura jurídico-pública» al resultado de esas evaluaciones y ha estructurado la solicitud de la evaluación como un procedimiento administrativo que se inicia ante la Dirección General de Universidades, la cual remite a la Agencia la documentación para que, de hecho, tramite el procedimiento emitiendo el informe, terminando este procedimiento con una «resolución» de la Dirección General mediante la cual se «certifica» la evaluación o informe (44). La peculiaridad de este procedimiento administrativo es grande ya que, en su práctica totalidad, se sitúa en el ámbito de la Fundación ANECA, pero se le intenta dar un «baño administrativo» residenciando las fases de iniciación y, supuestamente, de finalización en la Dirección General de Universidades del Ministerio de Educación. En el fondo, parece querer hacerse una suerte de encomienda de gestión, pero esta encomienda chocaría con la previsión de la Ley 30/1992 de que no podrá realizarse en sujetos de derecho privado si la naturaleza de las actividades exige su sujeción al Derecho Administrativo (art. 15.5).

Este procedimiento plantea dos interrogantes jurídicos, relacionados entre sí, en cuanto a la naturaleza jurídica del informe de la ANECA y al

(44) De forma semejante el Real Decreto 49/2004, de 19 de enero, sobre homologación de planes de estudios y títulos de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional, desarrolla la acreditación por la ANECA de los títulos oficiales como un requisito necesario para la conservación de la homologación de títulos —y por tanto para poder impartirlos—. Estos informes son determinantes para la iniciación de los procedimientos de suspensión y revocación de la homologación, limitándose el papel del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte a aprobar la acreditación emitida por la Agencia (art. 8). El Real Decreto 49/2004 no parece dejar más opción al Ministerio que la de convalidar con su aprobación el informe de la Fundación ANECA. De hecho se indica que estos informes serán remitidos al Consejo de coordinación universitaria, a la Comunidad Autónoma correspondiente y al Ministerio pero no se regula ningún mecanismo de realización de propuestas o modificaciones por parte de estos entes.

tipo de acto administrativo que es esa resolución mediante la que se certifica la evaluación por parte de la Dirección General.

Empezando por esto último, si estamos ante un procedimiento administrativo tal y como parece regular el Real Decreto 1052/2002, que se inicia con la solicitud del interesado ante la Administración, este procedimiento debería finalizar de alguna de las formas previstas en la normativa vigente. El Real Decreto 1052/2002 no contiene otra regulación de esa finalización más que la previsión de que «la Dirección General de Universidades, mediante resolución, certificará la evaluación o informe emitido y lo notificará al interesado en el plazo máximo de diez días desde su recepción» (art. 4.2). De la dicción literal de este precepto se pueden extraer dos tipos de conclusiones con efectos muy diversos:

- a) la Dirección General se limita a certificar, esto es, a dictar un acto administrativo que supone una mera declaración de conocimiento, sin alterar en modo alguno la esfera jurídica del destinatario de la certificación puesto que el acto administrativo declarativo se habrá producido en algún momento anterior del procedimiento lo que, inevitablemente, indica que el resultado de la evaluación no es un informe sino una resolución que, paradójicamente se atribuye a un organismo privado;
- b) el término «certificará» que contiene la normativa no se ajusta a lo que jurídicamente se conoce como certificación, sino que estamos ante una verdadera resolución —término que también figura en el art. 4.2— que da lugar a un acto administrativo declarativo. La alusión a la certificación pretende salvar la incongruencia que supondría una resolución administrativa que no parece tener margen para apartarse de la decisión previa tomada por la Agencia. De ese modo la actuación de la Dirección General vendría a ser una mera validación, eso sí, con carácter decisorio, de la decisión previamente adoptada por la Agencia.

Ambas opciones distan de conducir a una articulación sencilla del procedimiento.

Si realmente la Dirección General certifica, esto es, pone de manifiesto el resultado de una decisión previamente adoptada sin modificar su contenido, es preciso determinar en qué momento y por qué órgano administrativo se ha puesto fin al procedimiento de evaluación. SOUVIRON MORENILLA intenta reconducir la problemática cuestión del ejercicio de la actividad de evaluación por un ente privado comparándola con los supuestos de autorizaciones o reglamentaciones sometidos a una función valorativa por enti-

dades privadas (contables, cumplimiento de estándares técnicos) (45), pero que no tiene el carácter de ejercicio de autoridad pública (46). No obstante, a nuestro juicio, la actividad de la Agencia presenta una serie de caracteres diferenciadores significativos con respecto a la labor que realizan ciertas entidades privadas en colaboración con la Administración en el ámbito técnico. Realmente estamos hablando de una entidad privada «ficticia» ya que parece evidente que estamos ante un caso claro de huida del derecho público y no ante una muestra de colaboración del sector privado, como ejemplo de la difuminación de los límites entre sociedad y Estado propios del Estado Social. Además, estamos ante el ejercicio de funciones típicamente administrativas, si no de auténticas potestades administrativas. Por último, estas funciones no se realizan para prestar un determinado servicio a la sociedad sino a la propia Administración o, si se quiere, a los aspirantes y a los ya empleados públicos.

Puesto que no puede ser la Agencia-Fundación la que ponga fin a un procedimiento administrativo, parece claro que la intervención de la Dirección General no constituye una mera certificación. MARTÍNEZ JIMÉNEZ indica que «el certificado es un documento en el que se refleja la base objetiva de certificación (...) El certificado es, pues, el mero reflejo de la comprobación (simple o técnica)» (47). No es éste el caso puesto que, si existe un procedimiento administrativo de evaluación, es preciso que haya una resolución consistente en evaluar o informar positiva o negativamente al solicitante motivando, en su caso, esta decisión. Por eso parece claro que la Dirección General resuelve el procedimiento.

Ahora bien la mención a la certificación parece querer indicar que esa resolución se limita a asumir el resultado de la evaluación como una suerte de informe vinculante. Sin embargo el Real Decreto 1052/2002, de 11 de octubre, no establece en ningún momento que éste sea el carácter del informe —probablemente por la peculiaridad de conferir tal naturaleza a un informe de un ente privado— por lo que habría que estar a las reglas del art. 83 de la LRJAP-PAC, que establece que serán facultativos y no vinculantes. ESTEVE PARDO sugiere que, cuando se remite a la autorregulación privada un «entero y concreto trámite o, si se quiere, un segmento preciso del procedimiento»,

(45) SOUVIRON MORENILLA, PALENCIA HERREJÓN, *op. cit.*, p. 298.

(46) CANAL I AMETLLER, D., *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación*, Comares, Granada, 2003, realiza un excelente estudio sobre las características, y reservas, precisas para que se pueda producir ese ejercicio privado de funciones de autoridad.

(47) MARTÍNEZ JIMÉNEZ, J. E., *La función certificante del Estado*, IEAL, Madrid, 1977, p. 134.

se produce un efecto integrativo de este trámite que, no obstante, deja en manos de la Administración la facultad decisoria y «se encuentran siempre bajo la reserva de una posible revisión por parte de la Administración» (48).

Otro elemento que nos lleva a considerar que la Dirección General hace algo más que certificar es que, contra la «resolución de certificación», cabe recurso de alzada ante el Secretario de Estado de Universidades (art. 5). Un recurso que, desde nuestro punto de vista, podrá extenderse tanto a los aspectos puramente relacionados con el certificado como al contenido del acto de evaluación y, por tanto, sin las limitaciones que puede ofrecer el recurso contra simples certificaciones y no contra el acto que éstas certifican (49).

Todos estos elementos parecen demostrar con claridad que la sede natural de la evaluación debería ser un organismo público sometido al Derecho administrativo y que el procedimiento de evaluación previsto tan sólo pretende maquillar la evidencia de que estamos ante una potestad administrativa que no puede ejercer un ente de naturaleza privada por lo que se introduce ese peculiar mecanismo de asunción del resultado de la evaluación o informe por parte de la Administración mediante la «resolución de certificación».

3. Control jurisdiccional de la evaluación

La extensión de la actividad de evaluación a ámbitos nuevos por la Ley de Universidades introduce interrogantes sobre el alcance del control jurisdiccional de esta actividad si bien algunas de las cuestiones que pueden ser suscitadas cuentan con los precedentes jurisprudenciales, ciertamente abundantes, originados por la actividad de evaluación de la actividad investigadora de cara a la percepción del complemento retributivo conocido como «sexenio».

En efecto, la identidad sustancial existente entre la actividad de evaluación que desarrolla la CNEAI y la que han comenzado a realizar la ANECA y las Agencias autonómicas permite ofrecer ya una variada selección de pronunciamientos judiciales sobre algunos de los puntos que, sin duda, van a ser objeto de controversia en los próximos tiempos. La cues-

(48) ESTEVE PARDO, J., *Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 139-142.

(49) Sobre la recurribilidad de los certificados vid. FERNÁNDEZ, T. R., «La potestad certificante en la jurisprudencia», en REDA, n.º 8/1976; COLOM PASTOR, B., «El certificado como acto y documento público», en REDA, n.º 40-41, 1984.

ción clave es la determinación de la extensión de este control jurisdiccional en un ámbito como el de la evaluación de los méritos docentes o investigadores del profesorado universitario que nos conduce de lleno a la teoría del control de la discrecionalidad técnica por parte de los Tribunales y las limitaciones que dicha fiscalización lleva aparejada.

Es conocido el debate doctrinal sobre las facultades revisoras de los tribunales de las decisiones técnicas y, en general, sobre los conceptos de discrecionalidad, discrecionalidad técnica y concepto jurídico indeterminado (50). En concreto este debate conoce aportaciones interesantes en el ámbito de las oposiciones y concursos, que, por su similitud, ha sido objeto de aplicación a la cuestión que nos ocupa. Un sector doctrinal discute que existan ámbitos exentos al control judicial en virtud de una discrecionalidad técnica insusceptible de control y defiende que la labor de las comisiones juzgadoras, efectivamente, utiliza criterios técnicos, pero realiza una operación estrictamente jurídica que, con más o menos dificultades, puede ser controlable por los tribunales (51).

Este debate encuentra contrapeso en una estable jurisprudencia que ha utilizado conceptos como los de soberanía técnica de las comisiones juzgadoras e insustituibilidad de los juicios técnicos y ha establecido un terreno de «autorrestricción judicial» por entender que esa discrecionalidad técnica no permite una decisión judicial que exceda el puro control de legalidad entrando en el conocimiento de las valoraciones técnicas (52).

Esta jurisprudencia, asentada en el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa y el carácter soberano y técnico de las valora-

(50) Algunas de las aportaciones más sobresalientes de nuestra doctrina en: BACIGALUPO, M., *La discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, 1997; BELTRÁN DE FELIPE, M., *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1995; DESDENTADO DAROCA, E., *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, Pamplona, Aranzadi, 1997; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Madrid, 1991; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lucha contra las inmunidades del poder (poderes discrecionales, poderes de gobierno y poderes normativos)*, Madrid, Civitas, 1983; PAREJO ALFONSO, L., *Administrar y juzgar, dos funciones constitucionales distintas y complementarias: un estudio al alcance e intensidad del control judicial, a la luz de la discrecionalidad administrativa*, Madrid, Tecnos, 1993; y SÁNCHEZ MORÓN, M., *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, Tecnos, 1994.

(51) PIÑAR MARAS, J. L., «El pleno control jurisdiccional de los concursos y oposiciones», en *Documentación administrativa*, n.º 220/1989, p. 146. En esta línea también DESDENTADO DAROCA, E., *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica*, Madrid, 1997; SÁNCHEZ BLANCO, «La discrecionalidad técnica de los Tribunales de oposiciones y concursos», en REDA, n.º 30/1981; y TARDÍO PATO, J. A., *Control jurisdiccional de concursos de méritos, oposiciones y exámenes académicos*, Civitas, Madrid, 1986.

(52) STC 353/1993, de 29 de noviembre; SSTs de 13 de marzo de 1991; de 25 de octubre de 1992; de 18 de abril de 1995, entre otras.

ciones de los órganos calificadores, es apoyada también por un sector de la doctrina administrativista que defiende la existencia de un espacio insusceptible de control debido a que, en caso contrario, se sustituiría la apreciación técnica de la comisión juzgadora por otra, igualmente subjetiva, de los Tribunales (53).

El alcance del control jurisdiccional de la evaluación vendría, por tanto, determinado por esa interpretación jurisprudencial sobre los límites a ese control en los ámbitos caracterizados por su discrecionalidad técnica.

En otro orden de cosas, un aspecto controvertido en relación con la actividad de evaluación ha sido el de la motivación de estas decisiones. La normativa existente sobre evaluación de la actividad investigadora establece que las resoluciones de la CNEAI denegando o concediendo los «sexenios» de investigación permite que la motivación consista en asumir el trabajo de los comités asesores de cada especialidad mediante su expresión en términos numéricos de cero a diez, siendo precisa una puntuación de seis para obtener una evaluación positiva (54). La parquedad de esta «motivación» —un mero número y la referencia a que esta puntuación se sustenta en un juicio técnico fruto de la aplicación de los criterios de evaluación publicados con anterioridad— provocó la existencia de diversas sentencias judiciales declarando la insuficiencia de esta motivación y de otras sentencias considerando, por el contrario, que las resoluciones de la CNEAI cumplían el requisito de motivación de los actos administrativos desfavorables.

El Tribunal Supremo intentó poner fin a una serie de sentencias dispares sobre la motivación exigible a las decisiones de la CNEAI mediante la Sentencia de la Sala de lo Contencioso de 5 de julio de 1996 en un recurso de casación en interés de ley. Su fundamento jurídico sexto establece: «aunque efectivamente la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora goza de discrecionalidad técnica y también los comités asesores —no podría valorarse de otro modo el rendimiento de una labor investigadora, que además debe hacerse teniendo en cuenta de modo global el conjunto de las aportaciones por cada uno de los criterios de evaluación— no es ésta la razón que excusa, en el caso debatido, a la Comisión

(53) SÁNCHEZ MORÓN, M., *Discrecionalidad administrativa...*, p. 36; FERREIRA FERNÁNDEZ, A. X., *La provisión de puestos de trabajo en la Administración General del Estado*, INAP, Madrid, 2002, p. 189; Díez SÁNCHEZ, J. J., «La discrecionalidad técnica y la comisión de reclamaciones de las Universidades (A propósito de la STC 215/1991, de 14 de noviembre)», en REDA, n.º 79/1993; y BELTRÁN DE FELIPE, M., *op. cit.*, p. 149.

(54) Orden del MEC de 2 de diciembre de 1994 que desarrolla el RD 1086/1989, de 28 de agosto, sobre retribuciones del profesorado. Una Resolución ministerial de 6 de noviembre de 1996 dicta criterios específicos de evaluación para cada área de conocimiento.

Nacional de exponer su juicio valorativo, aunque éste escape efectivamente al control de los Tribunales salvo casos excepcionales —los actos discrecionales deben ser siempre motivados como ha dicho reiteradamente este Tribunal y ha venido a puntualizar el art. 54.1 f) de la Ley 30/1992—, sino precisamente el haber aceptado el informe de un órgano constituido para su asesoramiento, integrado por miembros de la comunidad científica, cuya actuación se ha ajustado a las prescripciones legales dispuestas al efecto, que autorizan para traducir las valoraciones globales del conjunto de las aportaciones en una puntuación matemática referida a unos criterios de evaluación prefijados en dicha normativa».

A nuestro juicio esta Sentencia del Tribunal Supremo que acepta como motivación suficiente la simple puntuación numérica con referencia a que ésta es el resultado de la valoración de una comisión de expertos que ha llegado a ese resultado tras aplicar unos criterios preestablecidos no se ajusta bien a los términos en que está regulada la motivación en la Ley 30/1992 ni a las pautas que ha establecido el Tribunal Constitucional en relación con la motivación de los actos administrativos (55).

La Ley de procedimiento común exige una «sucinta referencia a hechos» (art. 54) que no parece figurar en la resolución de los complementos de investigación. Igualmente acepta que informes o dictámenes sirvan como motivación «cuando se incorporen al texto de la misma» (art. 89.5). Considerar que la «condensación» de los fundamentos de la decisión de los Comités Asesores —en definitiva, el informe de la Comisión— en un guarismo supone incorporar a la resolución el informe, es confundir el resultado con sus fundamentos.

De hecho el Tribunal Constitucional ha admitido motivaciones sucintas pero, siempre y cuando, se realicen «con la amplitud necesaria para el debido conocimiento de los interesados y su posterior defensa de derechos» (STC 36/1982, de 16 de junio). También ha indicado que «deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengán apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión. No existiendo un derecho fundamental a una determinada extensión de la motivación judicial, no corresponde a este Tribunal censurar cuantitativamente la interpretación y aplicación del derecho, ni revisar la forma y estructura de la resolución judicial, puesto que su función se limita a comprobar si el razonamiento

(55) En este sentido el Defensor del Pueblo dirige una recomendación al Ministerio de Educación para que extreme la transparencia estableciendo baremos numéricos, aunque sea consciente de que la doctrina del Tribunal Supremo no lo exija (*El País*, 2 de febrero de 2004).

que contiene constituye, lógica y jurídicamente, suficiente motivación de la decisión adoptada, cualquiera que sea su brevedad y concisión» (STC 150/1993, de 3 de mayo). Por tanto, no es la extensión de la motivación el elemento clave sino si ésta permite la posterior defensa de derechos de los interesados y si «lógica y jurídicamente» contiene el razonamiento que lleva a la resolución adoptada. No parece que, en este caso, la motivación de la resolución de la CNEAI sea suficiente para cubrir estos dos extremos dado que los criterios de evaluación publicados con anterioridad tienen un grado de imprecisión alto y, además, no están acompañados por una valoración numérica que permita deducir por qué se ha llegado a la solución numérica final. De «lege ferenda» la motivación de las resoluciones se podría mejorar sustancialmente —sin sobrecargar de trabajo a las comisiones asesoras— si se efectuase sobre un modelo en el que figurasen desglosados los distintos méritos valorables, su existencia o no, y, en su caso, la puntuación que merece cada uno de ellos.

La endeblez argumentativa de la Sentencia del TS provocó, de hecho, que no cesara la disparidad de criterios en las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia que, en la actualidad, siguen admitiendo esta motivación como insuficiente en algunos casos (56); estableciendo su consideración como una presunción «iuris tantum» que puede ser destruida mediante pruebas periciales en contrario (57); o bien acatando —no sin hacer constar su discrepancia previa— la interpretación del Tribunal Supremo (58). E, incluso, en los casos de consideración de motivación insuficiente llegando a fallos con un alcance muy diverso que van desde la anulación de la resolución recurrida (STSJ Galicia de 3 de noviembre de 1999), a la orden de retrotraer el expediente al momento de la ausencia de motivación (STSJ Andalucía de 8 de octubre de 2001), hasta la decisión de conceder el sexenio conforme a los dictámenes periciales que obran en la causa (STSJ Andalucía de 27 de enero de y 18 de mayo de 2001).

Las reflexiones que anteceden en relación con la actividad de evaluación de la actividad investigadora pueden servir para iluminar cuál puede ser el alcance y problemas en materia de control jurisdiccional que pueden presentar los nuevos ámbitos a los que la LOU somete a evaluación externa.

(56) Así por ejemplo STSJ Galicia 1132/1999 de 3 de noviembre (Ponente: Benigno López); STSJ Andalucía 660/2001 de 8 de octubre (Ponente: Miguel Pasquán).

(57) STSJ Andalucía de 27 de enero de 2000 (Ponente: José Antonio Montero), STSJ Andalucía de 18 de mayo de 2001 (Ponente: José Santos).

(58) STSJ Castilla y León 64/2003, de 21 de enero (Ponente: Santos Honorio de Castro); STSJ Canarias 149/2003, de 25 de febrero (Ponente: Antonio Giralta); STSJ Madrid 1237/2002, de 22 de octubre (Ponente: Eva Gallardo).

No obstante, la adopción de una forma jurídico-privada por parte de la ANECA debe conducir a una puntualización final. En efecto, son trasladables al funcionamiento de la ANECA las consideraciones en cuanto al control jurisdiccional de sus evaluaciones puesto que el peculiar procedimiento de asunción de sus decisiones por parte del Ministerio de Educación convierte la resolución de evaluación en un verdadero acto administrativo.

Aun así, existe una serie de decisiones que el Ministerio de Educación ha dejado en manos de la ANECA, y que inciden decisivamente en el proceso de evaluación, como son las referentes al nombramiento de evaluadores y de desarrollo de los muy genéricos criterios de evaluación y del procedimiento de evaluación aprobados por Resolución ministerial de octubre de 2002. En este sentido, consideramos que aquellas decisiones internas de la ANECA que hayan podido tener una influencia determinante en el resultado de la evaluación condicionando su objetividad pueden ser atacadas, primero mediante el recurso de alzada que prevé el RD 1052/2002, de 11 de octubre, ante el Secretario de Estado de Universidades, y posteriormente a través de un recurso contencioso-administrativo.