

EL ESTATUTO JURIDICO DE LAS UNIVERSIDADES PRIVADAS EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL

José María Abad Licerias

Profesor de Derecho Administrativo. Universidad Europea-CEES

Diario La Ley, Sección Doctrina, 2000, Ref. D-261, tomo 7, Editorial **LA LEY**

LA LEY 10874/2001

I. PRESUPUESTO INICIAL

Determinar la posición jurídica que las universidades privadas ostentan en el ordenamiento jurídico español exige analizar con carácter previo una serie de cuestiones básicas, íntimamente interrelacionadas, que tienen su respaldo en múltiples estudios elaborados a nivel doctrinal, así como en aspectos enjuiciados por la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. En todos estos supuestos destaca el relevante protagonismo desempeñado por las universidades públicas. Por esta razón, y salvando las distancias y la peculiar idiosincrasia que rodea a las universidades públicas respecto de las privadas, se tomarán como punto de partida las tesis elaboradas con relación a las primeras para, posteriormente, trasladar al ámbito de las universidades privadas aquellas conclusiones que les sean de aplicación.

II. LA NATURALEZA JURIDICA DE LAS UNIVERSIDADES PUBLICAS

La determinación de la naturaleza jurídica de las universidades públicas constituyó una cuestión no exenta de polémica tanto a nivel legal, como doctrinal y jurisprudencial. Las distintas elaboraciones formuladas por autores, organismos y Tribunales pueden sintetizarse alrededor de diferentes teorías, entre las que destacan las siguientes:

1. La consideración de las universidades públicas como organismos autónomos

El Proyecto de Ley de Autonomía Universitaria redactado en 1978 calificaba a las universidades como «*organismos autónomos que se regirán por la presente Ley y sus disposiciones reglamentarias, así como por sus respectivos Estatutos (...)*». Esta declaración suponía una clara identificación de las universidades públicas con la figura de los organismos autónomos, lo que ocasionaba, entre otras consecuencias, la aplicación a las mismas de la normativa sobre entidades estatales autónomas representada por la Ley de 26 de diciembre de 1958 y otras disposiciones legales y reglamentarias (como la Ley de Contratos del Estado), en tanto no se produjese una dispensa por parte del Gobierno. La Ley de Reforma Universitaria de 25 de agosto de 1983 prescinde de utilizar expresamente la denominación de organismos autónomos para definir a las universidades públicas. No obstante, esa idea persiste en la mente del legislador según se comprueba en la disposición final tercera de la mencionada norma, en donde se indica que el Gobierno determinará por decreto los preceptos de leyes, como la de Entidades Estatales Autónomas, que se considere de aplicación a las universidades y que puedan ser objeto de dispensa por el Consejo de Ministros.

El carácter de las universidades públicas como organismos autónomos ha gozado también de especial predicamento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en donde se comprueba la existencia de dos grandes tesis:

- a) En primer lugar, la doctrina legal que califica a las universidades como organismos autónomos *stricto sensu*.
- b) En segundo lugar, la jurisprudencia que considera a las universidades como organismos autónomos especiales.

A) Jurisprudencia que califica a las universidades como organismos autónomos *stricto sensu*

La jurisprudencia que califica a las universidades públicas como organismos autónomos, integrados dentro de la Administración del Estado, tienen como principales exponentes las sentencias de 20 de abril de 1982, 6 de octubre de 1983, 20 de enero de 1984 y 9 y 25 de abril de 1985.

B) Jurisprudencia que califica a las universidades como organismos autónomos especiales

Una corriente jurisprudencial minoritaria, representada por las sentencias de 15 de febrero de 1982 y 10 de febrero de 1983, consideran que las universidades son entidades estatales autónomas que gozan de personalidad propia frente al Estado, es decir, se trata de organismos autónomos especiales, que ostentan unas características jurídicas propias y distintas de la Administración estatal.

C) Posiciones doctrinales favorables

La consideración de las universidades públicas como organismos autónomos, en diversas modalidades, aparece recogido en la opinión de algunos autores.

Jiménez de Cisneros califica a las universidades públicas como «organismos autónomos representativos», porque sus órganos de gobierno son elegidos democráticamente por todos los sectores sobre los que va a recaer la acción del organismo que, de este modo, van a dirigir su actividad y funcionamiento (autogobierno) y porque además responden al principio de representación de los intereses que agrupan (comunidad universitaria), que, a veces, no tienen por qué coincidir con los intereses de la Administración que ostenta las facultades de tutela en su funcionamiento (Estado o Comunidad Autónoma). Esta teoría sería seguida por *Ariño Ortiz*, quien puntualizando anteriores concepciones propias sobre el tema, llega a la conclusión de que las universidades públicas constituyen «organismos autónomos representativos», dado el carácter electivo directo de su máximo órgano de gobierno y la representación de intereses propios de las mismas.

D) Posiciones doctrinales desfavorables

Algunos autores como *Alegre Avila* se limitan a señalar expresamente que las universidades públicas no constituyen organismos autónomos, sin ofrecer una construcción alternativa al problema, desde un plano técnico-jurídico. En el mismo sentido, *Ortega Alvarez* descarta que las universidades públicas puedan considerarse como organismos autónomos, por lo que las denomina como «entes instrumentales de base fundacional».

2. La consideración de las universidades públicas como entidades de Derecho público

La atribución a las universidades públicas del carácter de entidades de Derecho público con personalidad jurídica y patrimonio propios, insertadas en el ámbito de las Administraciones Públicas y regidas por el Derecho administrativo, constituye una toma de posición recogida en concreto en los estatutos de un gran número de aquéllas.

Desde una perspectiva doctrinal, *Souvirón Morenilla* al analizar la Ley de Reforma Universitaria sostiene que las universidades constituyen entes públicos de naturaleza institucional de carácter especial. La nota de la especialidad la puntualiza, en una fase posterior, señalando que pueden incluirse dentro de los entes públicos de naturaleza institucional del tipo fundación. Tomando como referencia la sentencia del Tribunal Constitucional 26/1987, de 27 de febrero, afirma que «la universidad pública queda así configurada en la LRU --tras la interpretación del Tribunal Constitucional-- como un establecimiento público personificado bajo las pautas de descentralización funcional (...), pero cuyas decisiones en materia de enseñanza, investigación y profesorado son en gran parte objeto de autoadministración por la comunidad de docentes».

3. La consideración de las universidades públicas como instituciones de Derecho público

Frente al anterior criterio, sobresalen aquellas universidades públicas en cuyos estatutos se recoge expresamente su carácter de instituciones de Derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propios, que a través de la figura de los entes públicos institucionales o fundacionales conducen a signarle una posición jurídica similar al de la denominada como Administración institucional.

4. La consideración de las universidades públicas como una Administración independiente

Esta teoría ha sido sustentada desde diversas posiciones. Destacan en ese sentido las posturas mantenidas por el Tribunal Constitucional, por alguna sentencia del Tribunal Supremo y por diversos Dictámenes y Circulares emitidos por la Dirección General de lo Contencioso del Estado.

El Tribunal Constitucional en su sentencia de 10 de mayo de 1988 señala que cada universidad «*constituye una Administración independiente, que hace de la nota de autonomía el eje de su régimen jurídico*». Esa misma concepción se halla presente en la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1989.

La Dirección General de lo Contencioso del Estado también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema. Destaca el Dictamen número A.G.E. y C. 5/83, de 2 de febrero de 1984, en donde se afirma que debe

rechazarse cualquier intento de equiparación entre el régimen jurídico de las universidades y el de los organismos autónomos. La principal argumentación ofrecida en ese sentido radica en sostener que si fueran organismos autónomos, por ejemplo, de las Comunidades Autónomas, sus bienes integrarían el patrimonio de estas últimas, lo que se contrapone con el espíritu consagrado en el art. 27.10 de la Constitución.

Abundando en ese razonamiento, la Circular núm. 8/88, de 21 de octubre de 1988, establece que las universidades no son órganos del Estado ni tampoco organismos autónomos de éste o de las Comunidades Autónomas. Por ese motivo se llega a afirmar que *«los estatutos de las universidades las configuran como entidades o instituciones de Derecho público, al servicio de la sociedad, con personalidad jurídica y patrimonio independientes del Estado y otros entes públicos que prestan, en el ámbito de su competencia, el servicio público de la educación superior y gozan de autonomía conforme a la Constitución y las Leyes. Y este último dato (la atribución de autonomía) es el que hace de las universidades unas organizaciones públicas muy distintas del resto de los entes institucionales del Estado y de las Comunidades Autónomas»*. De este razonamiento, la Dirección General de lo Contencioso del Estado extrae la conclusión de que las universidades públicas constituyen una Administración independiente del Estado o de las Comunidades Autónomas.

A nivel doctrinal, *Cano Mata* se muestra partidario de calificar las universidades como una Administración independiente.

5. La consideración de las universidades públicas como una Administración institucional

A nivel doctrinal, *Ariño Ortiz* afirma la naturaleza institucional de las universidades, ya que en su opinión, tras la promulgación de la Ley de Reforma Universitaria, cada universidad se encuentra sometida a dos series de limitaciones muy importantes: por una parte, a las reglas del ordenamiento jurídico general de las instituciones del Estado, aun cuando se las dote de una cierta flexibilidad en algunos aspectos (por ejemplo, en cuanto a la intervención previa del gasto o a las incompatibilidades); y, de otra parte, a los planes, reglas, criterios y normas uniformes que se impongan al sistema en su conjunto y que éste traslade a cada una de las piezas que lo componen (planificación, dirección y coordinación de todas las universidades, creación de nuevos centros, selección y admisión de alumnos, etc.).

6. La consideración de las universidades públicas como entes especializados con autonomía real

Parada Vázquez califica a las universidades como «entes especializados con autonomía real», considerándolas como supuestos de auténtica descentralización funcional que conecta, en mayor o menor medida, con el movimiento descentralizador inspirado en la doctrina francesa de finales del siglo pasado y principios del siglo XX. Tomando como referencia la LRU, expone que las universidades son entes públicos fruto de una auténtica descentralización funcional, pero conformados según un modelo muy distinto del previsto en la legislación sobre entidades estatales autónomas y caracterizado por una independencia real frente al Gobierno, como consecuencia del principio constitucional de la autonomía universitaria.

7. La consideración de las universidades públicas como entes de tipo corporativo

Ese calificativo es expuesto unilateralmente por *Garrido Falla*.

8. La posición del Consejo de Estado

El Consejo de Estado en los Dictámenes núms. 47.784/JC, 47.686/JR, 47.937/MA y 48.015/FF se limita a señalar que las universidades constituyen entes administrativos autónomos, con autonomía directamente derivada del art. 27.10 de la Constitución, que, sin embargo, no son asimilables a los organismos autónomos entonces regulados por la Ley de Entidades Estatales Autónomas. Esa postura excluyente, sin embargo, no llega a resolver el problema de la determinación de la naturaleza jurídica de las universidades, al no pronunciarse ni crear una teoría jurídica a ese respecto. Tan sólo se menciona que la autonomía universitaria no es un concepto absoluto, al deferirse al legislador su modulación (Dictamen 1282/98).

9. Otras construcciones teóricas

García de Enterría y *Tomás-Ramón Fernández* destacan que en las universidades se aprecian fenómenos de colaboración de administrados en la Administración institucional o burocrática, lo que no puede calificarse como de autoadministración. Ni como una Administración institucional con el aditivo de fórmulas de representaciones sociales de los interesados, sino que su naturaleza jurídica es compleja. Por esa razón, omiten pronunciarse expresamente sobre el calificativo a otorgar a las universidades públicas atendiendo a su naturaleza jurídica.

III. LA NATURALEZA JURIDICA DE LA ENSEÑANZA UNIVERSITARIA

Un tema controvertido, pero de sumo interés al estudiar los diversos aspectos que conforman la enseñanza universitaria, en general, y la prestada por entidades privadas, en particular, toma como núcleo la naturaleza jurídica del servicio que realizan las universidades. Dentro de este ámbito sobresale como criterio central la posible consideración de la enseñanza universitaria como un servicio público. Las respuestas ofrecidas a esta cuestión son múltiples, pudiendo sintetizarse alrededor de dos criterios clasificatorios:

- a) Por una parte, la posición del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.
- b) Por otra parte, la posición de la doctrina.

1. La posición del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo

A) Tribunal Constitucional

En las diversas ocasiones en que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la naturaleza jurídica de la enseñanza universitaria sobresale la idea de considerarla como un servicio público. Entre los diversos testimonios que pueden mencionarse, merecen destacarse los siguientes:

- 1.º) La sentencia 26/1987, de 27 de febrero, (sin duda la fundamental, por enjuiciar la constitucionalidad de la Ley de Reforma Universitaria de 1983), califica la autonomía universitaria como un derecho fundamental, concepto que no excluye las limitaciones propias del servicio público que desempeña y que pone de relieve el legislador en el art. 1.º.1 de la LRU (FJ 4.º).
- 2.º) La sentencia 106/1990, de 6 de junio, declara que la titularidad de los bienes de las universidades encuentra su justificación en la prestación misma del servicio público universitario, de conformidad con las previsiones contenidas en el art. 1.º de la Ley de Reforma Universitaria (FJ 7.º). A su vez, reconoce al Estado y a las Comunidades Autónomas potestades derivadas de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía para crear, organizar y modificar las estructuras básicas universitarias en la manera que estimen más adecuadas a la buena gestión del servicio público de la enseñanza superior, siempre que tal ejercicio no impida a las universidades su potestad de autonormación interna de dichas estructuras (FJ 12).
- 3.º) La sentencia 187/1991, de 2 de octubre, al referirse a la facultad de las universidades para elaborar y aprobar los planes de estudio, recuerda, como límite a la misma, que la universidad constituye un servicio público cuya prestación afecta a los intereses generales de la entera sociedad española y no sólo a los intereses de la comunidad universitaria (FJ 3.º).
- 4.º) Con independencia de esta jurisprudencia, el propio Tribunal Constitucional ha acudido al concepto de servicio público para definir los servicios prestados por las universidades, al dictar una serie de autos, entre los que sobresale el auto 817/1985, de 20 de noviembre, que acude a la idea del servicio público para fundamentar que las universidades puedan organizar la prestación del mismo, en uso de su autonomía

B) Tribunal Supremo

Dentro de la jurisprudencia del Tribunal Supremo destaca la sentencia de 12 de diciembre de 1990 en donde se califica como servicio público la enseñanza universitaria, a la hora de plantear los diversos efectos derivados de su posible naturaleza jurídica.

2. La posición de la doctrina

No existe una concepción unívoca o unitaria del alcance y contenido de la noción de servicio público, barajándose diversas teorías entre las que sobresalen las siguientes:

A) Posición que identifica servicio público como actividad reservada exclusivamente a las Administraciones

Ariño Ortiz destaca la existencia de dos sentidos fundamentales en la expresión servicio público: un sentido orgánico, que se identifica con el sujeto que actúa (la propia Administración Pública); y otro sentido que se refiere a un conjunto de actividades que reúnen unas características singulares que las hacen especialmente dignas de protección, regulación y dirección, cualquiera que sea el sujeto que las preste. En su opinión, si se quiere llegar a un concepto coherente del servicio público, es preciso afirmar la existencia de una exclusividad de la actividad a favor del Estado, porque de lo contrario el servicio público sería una cosa indefinible y por tanto un concepto inútil para el Derecho. Con esas premisas afirma que las notas características de los servicios públicos son las siguientes:

- a) Se califican como tales un conjunto de actividades que han devenido indispensables y esenciales para la comunidad.
- b) Que, una vez realizada la declaración de una actividad como servicio público, a través de una Ley del Parlamento, dicha declaración comporta la incorporación de dicha actividad al Estado y la exclusión de la misma de la esfera de acción libre de los particulares, cuestión denominada como exclusividad regalista o titularidad pública sobre la actividad.
- c) Que solamente mediante previa concesión queda abierto tal campo de actuación a los particulares, los cuales, como concesionarios, se convierten así en gestores de una actividad cuya titularidad sigue conservando el Estado.
- d) Aun cuando la actividad esté gestionada indirectamente, mediante una concesión, la Administración sigue conservando unos poderes internos de dirección, modalización y control sobre las formas y medios de llevar a cabo la prestación y aun sobre la propia organización misma que la realiza.
- e) Otra nota es la necesidad de garantizar la continuidad y regularidad en la prestación del servicio público.
- f) La Administración asume la responsabilidad de la prestación del servicio público, lo que se manifiesta tanto en el plano contractual (respecto del concesionario, en lo relativo al aseguramiento del equilibrio económico del contrato), y en el plano extracontractual (respecto a los daños producidos a terceros por la gestión del servicio, en cuyo caso la Administración responde solidariamente junto al concesionario).
- g) Por último, destaca el sometimiento de la actividad a una rigurosa reglamentación en multitud de aspectos que pretende asegurar la vinculación de la misma al interés público, al que está afectado.

Frente a esa enumeración, *Villar Palasí* y *García Trevijano* señalan que la característica fundamental y clarificadora de los servicios públicos es la existencia de un monopolio de derecho de la actividad en que aquél consiste. En otras palabras, la noción de servicio público estricto tiene una clara vocación al monopolio, que se presume y que es en muchos casos inderogable. En palabras de *García de Enterría*, el monopolio *de iure* es un signo inequívoco del servicio público, en tanto que la nota esencial es que sólo puede organizarlo la Administración titular del mismo, cuya competencia en el tema es exclusiva.

B) Posición que no identifica servicio público como actividad reservada exclusivamente a las Administraciones

Otros autores matizan las anteriores posturas, destacando en ese sentido *Guaita Martorell*, para quien no hay ninguna razón suficiente para afirmar que el carácter monopolístico sea esencial al concepto de servicio público. Además, el mismo Derecho positivo confirma que ciertas prestaciones llevadas a cabo por la Administración pueden haber sido configuradas como servicios públicos y no en cambio esas mismas actividades realizadas por los particulares o la Administración, según los casos, para las cuales no se ha exigido ni puede exigirse una previa concesión administrativa, ni están tampoco sometidas al régimen de los servicios públicos. Entre los ejemplos que pueden mencionarse, en ese sentido, destacan los establecimientos privados de enseñanza por comparación con un establecimiento docente del Estado.

Por su parte, *Serrano Triana* destaca dentro de la noción de servicio público la existencia de varios elementos fundamentales como son las prestaciones incesantes en favor del interés general y la presencia administrativa en mayor o menor sentido.

C) El problema de la enseñanza universitaria

Las tesis expuestas no solucionan la problemática que deriva de definir la naturaleza jurídica de la enseñanza universitaria al ponerla en relación con la noción de servicio público. Por ese motivo se han elaborado una serie de propuestas entre las que destacan las siguientes:

a) La calificación de la enseñanza universitaria como servicio público

De forma radical, *Alejandro Nieto* destaca el carácter de servicio público de la enseñanza universitaria, lo que, entre otros efectos, limita la autonomía universitaria y atribuye competencias administrativas a los poderes públicos.

En un sentido parecido *Villar Ezcurra* sostiene que la educación constituye un servicio público en sentido estricto, existiendo un auténtico monopolio administrativo, pero que la *publicatio* no recae sobre el ejercicio de la enseñanza propiamente dicha, sino sobre el reconocimiento oficial de la misma. Existe un monopolio de la Administración en tanto que sólo se colaciona la eficacia de los títulos que expidan los centros privados en

cuanto hayan sido debidamente homologados, en sentido amplio, por aquélla. Se trata de distinguir entre desarrollo material de la actividad y desarrollo jurídico, de modo que para que el primero se eleve a la segunda categoría necesita un acto concesional: el reconocimiento de expedición de títulos académicos con validez oficial. Esa configuración de la educación como servicio público *stricto sensu* conlleva unas consecuencias importantes, en tanto que ofrece unas posibilidades de control para asegurar la efectiva prestación del derecho a la enseñanza.

Garrido Falla, partiendo de considerar las universidades públicas como entes de tipo corporativo, señala el carácter de servicio público de sus prestaciones por una serie de razones, entre las que destaca porque atiende a una necesidad pública; porque es creada y costeada con fondos públicos, y porque es servida por personal que previamente ha adquirido la condición de funcionario público.

Por último, *Leguina Villa* y *Ortega Alvarez* exponen que la enseñanza universitaria se configura como un servicio público cuya prestación corresponde asegurar de la manera más eficaz posible a los poderes públicos, que asumen así la titularidad y responsabilidad última. La universidad es un servicio público cuya prestación afecta no sólo a los intereses de la comunidad universitaria, sino a los intereses generales de la sociedad. Esta dimensión colectiva de la enseñanza en general y de la enseñanza universitaria en particular justifica, de un lado, la responsabilidad de los poderes públicos estatal y autonómicos; y, de otro lado, la necesidad de reconducir la autonomía universitaria a las exigencias y límites que los intereses generales demandan en su configuración como servicio público. Por lo tanto, la consideración social y jurídica de la enseñanza constituye un límite al derecho fundamental a la autonomía universitaria. Servicio público y autonomía de la institución están en recíproca dependencia y limitación, en orden a la simultánea y compatible satisfacción de los intereses públicos en juego: el interés de la sociedad española, con los intereses colectivos de las comunidades territoriales y los intereses propios y específicos de la universidad.

b) La calificación de la enseñanza universitaria como servicio público virtual o impropio

Tomando como referencia diversos dictámenes elaborados por el Consejo de Estado francés, autores como *Ariño Ortiz* califican la enseñanza universitaria como servicio público virtual o impropio. Dentro de este concepto que él denomina como «actividades reglamentadas, disciplinadas o reglamentadas», incluye la enseñanza impartida por centros privados, rechazando el calificar su función como un auténtico servicio público si pretende conservarse para dicha expresión un significado técnico preciso. En ese sentido afirma que la declaración de servicio público resulta improcedente, porque el Estado sería incapaz de afrontarla en toda su extensión; porque políticamente no es posible, ya que la sociedad no la consiente o la Constitución lo prohíbe; porque tal declaración y la previa concesión supondría un cierto freno a aquellas actividades; y porque muchos de los grupos y organizaciones que prestan esos servicios se inhibirían del mismo si el Estado intentase someterles a un régimen de *publicatio* específico. Por ello concluye afirmando que los centros privados desempeñan una actividad de interés general que no es monopolizada a favor de los entes públicos.

La construcción doctrinal del servicio público impropio fue ya elaborada en Italia, en 1930, por A. De Valles, quien partiendo de un concepto subjetivo de servicio público para las actividades privadas de interés público, las califica como servicio público impropio, que define como actividades privadas destinadas al público pero sometidas al principio de previa autorización y a un régimen jurídico especial, que puede derivar de la autorización o de la reglamentación de las mismas, y, en especial, están sujetas a un poder de vigilancia de la Administración y a la fijación de precios de la misma. En resumen, se pretende conseguir por esa fórmula que los intereses colectivos sean satisfechos por la actividad privada.

Una variante de esta teoría se encuentra en *Villar Palasí*, quien sostiene que la enseñanza universitaria puede calificarse como un servicio público integrado, en convivencia con actividades reglamentadas, que, sin embargo, no constituye un auténtico servicio público al faltar el acto de *publicatio* de los mismos.

c) La calificación de la enseñanza universitaria como servicio de interés público

Con la finalidad de diferenciarse de la anterior teoría, *Giannini* creó en 1949 la categoría del servicio de interés público, caracterizado por la concurrencia de dos criterios:

- a) En primer lugar, porque el servicio público impropio se refiere sólo a actividades privadas, mientras que el servicio de interés público comprende toda la actividad sectorial, sea desarrollada por personas privadas como actividad privada, o por entes públicos en régimen de concurrencia.
- b) En segundo lugar, porque el servicio de interés público no exige que la actividad regulada haya de prestarse a quien lo requiera.

d) La calificación de la enseñanza universitaria como actividad privada de interés público

Atendiendo a la concurrencia de la iniciativa privada en la actividad educativa, *Gómez-Ferrer* considera la enseñanza como un servicio público objetivo que califica como una actividad privada de interés público. En su opinión, esa actividad privada, controlada y programada por la Administración, se puede considerar en el fondo como un servicio público en donde la nota destacable no es ya la asunción de su titularidad por parte del Estado, sino el sometimiento de la misma a la programación, control y dirección de la Administración pública.

e) La negación del carácter de servicio público de la enseñanza universitaria

Embid Irujo afirma que la creación de centros docentes como libertad pública hace que nunca pueda considerarse la educación como un servicio público esencial a la luz del art. 128 de la Constitución, porque ello supondría la posibilidad de reservar al sector público mediante ley, cuestión imposible al tratarse de una libertad. No obstante, matiza sus afirmaciones al indicar que el hecho de que la cualidad de servicio público no se halle plenamente consolidada no quiere decir que, en realidad, las potestades administrativas de control sobre la actividad no se asemejen a las que tienen lugar en un régimen de servicio público.

Dentro de este sector doctrinal también puede mencionarse a *Asís Roig*, quien, analizando la posición jurídica de las universidades privadas, considera que la declaración de servicio público de una actividad supone la colocación del prestador del mismo en una situación jurídica de especial sumisión al Estado, lo que no parece coherente con la declaración de la libertad pública. Esta incompatibilidad se manifiesta insostenible al tratar de aplicársele los diversos índices de caracterización objetiva del servicio público, fundamentalmente por implicar la calificación de servicio público la asunción de la actividad como titular de la misma, asunción que sólo será posible respecto de las potestades de homologación de las mismas. Pero tal actividad no puede ser calificada de servicio público, porque el establecimiento de las condiciones de homologación (cuya competencia deberá recaer en el poder legislativo mediante ley orgánica), la inspección de cumplimiento de esos requisitos y la expedición de la titulación correspondiente constituyen una actividad que tiene mejor acomodo entre la denominada actividad de policía de los poderes públicos.

En parecidos términos se pronuncian *Suñé Llinás* y *Castelao Rodríguez*, para quienes sería mejor que la doctrina olvidara la noción de servicio público para calificar el intervencionismo estatal en materia de educación, por las lamentables consecuencias que podrían derivarse de considerar tal concepto en el sentido más depurado jurídicamente. Por ello llegan a afirmar que la teoría del servicio público virtual o impropio es un sucedáneo, por lo que la mejor solución es admitir una política de intervención puntual en la materia, basada esencialmente en técnicas de policía y fomento, acompañadas de la visión de la educación como servicio esencial de la comunidad. El servicio esencial de la comunidad es una expresión empleada en el art. 28.2 de la Constitución que hay que distinguir de la noción de servicio público. Mientras que en el servicio público la Administración dispone de la actividad como de algo propio, en el servicio esencial de la comunidad la frontera de la acción administrativa se coloca, respecto al particular, en la potestad de policía y, en su caso, de fomento. En síntesis, un servicio esencial puede tener el carácter de público únicamente en lo que se refiere a la actividad administrativa en los centros de titularidad pública, pero jamás en los centros privados.

Souvirón Morenilla también analiza la cuestión, partiendo de la idea de que lo definitivo a la hora de definir el servicio público como categoría jurídica específica es la exclusividad regalística, es decir, la reserva de la titularidad de que se trate en favor del Estado o de las restantes Administraciones públicas. Desde esta premisa sostiene que, tomando como referencia la Ley de Reforma Universitaria de 1983, no hay en la educación superior que regula un «servicio público» en términos jurídicos estrictos, sino una actividad reglamentada, en función de la vinculación que la actividad educativa tiene con el interés público, pero no se trata de un servicio público. En consecuencia, la educación superior no es tanto un «servicio público», cuanto un «servicio a la sociedad», un «servicio social», susceptible de **prestación concurrente**, de modo que pueda ser prestada por entes públicos (universidades públicas) o por entes privados (universidades privadas). Se concilia así la prestación de un servicio a la sociedad, al público, con las libertades que la Constitución garantiza.

Por último, *Fernández-Miranda Campoamor* y *Sánchez Navarro* señalan el abuso que la doctrina hace del concepto de «servicio público» para referirse a la enseñanza universitaria. En su opinión, el Estado ostenta competencias en la ordenación del servicio y en la programación de la enseñanza. Sin embargo, no puede interpretarse en el sentido de un monopolio *de iure* en favor de los poderes públicos, admitiendo como única técnica de gestión privada la concesión administrativa. Afirmar que la universidad es un servicio público en

ese sentido, constituye una vulneración del principio constitucional de libertad de enseñanza y, en consecuencia, de la libertad de creación de centros docentes.

f) Otras teorías

J.A. *García Trevijano* no formula una teoría concreta, sino que se limita a señalar que aunque el monopolio *de iure* constituye la nota esencial de los servicios públicos, la enseñanza constituye un servicio público no económico en el que un particular no puede expedir títulos académicos ni realizar exámenes con validez oficial si no cuenta con una previa concesión estatal.

IV. LA POSICION JURIDICA DE LAS UNIVERSIDADES PRIVADAS Y LA EDUCACION SUPERIOR

Determinar la posición jurídica de las universidades privadas con relación a la educación superior constituye una materia conectada e interrelacionada con diversos aspectos constitucionales, entre los que destaca el derecho a la libre creación de centros docentes, consecuencia lógica de la libertad de enseñanza consagrada en el art. 27.1 de la Constitución, sin olvidar los aspectos derivados de la autonomía universitaria recogida en el art. 27.10 de la Ley de leyes. Tomando como referencia esos presupuestos constitucionales, la interrogante planteada intentará ser resuelta analizando los preceptos mencionados:

- 1.º) Por una parte, la libertad de enseñanza.
- 2.º) Por otra parte, la autonomía universitaria.

1. La libertad de enseñanza

Tomando como referencia la interpretación contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional 5/1981, la libertad de enseñanza, en sentido amplio, presupone la libertad de conciencia y la asunción del principio de libre transmisión de las opiniones y del saber, sin olvidar la libertad de expresión. En ese sentido extenso, libertad de enseñanza equivale a libertad de transmitir los propios conocimientos con los límites genéricos impuestos para la libertad de expresión, libertad de acceder a dichos conocimientos mediante el derecho a la información y a procurarse los cursos que se estimen pertinentes, libertad de crear centros docentes o de transmisión de pensamiento sobre las más variadas cuestiones. En sentido estricto, el concepto de libertad de enseñanza no puede desgajarse del derecho a la educación y conduce a afirmar que la organización de las enseñanzas que constituyen el sistema educativo estatal también ha de estar presidido por el principio de libre acceso y libre transmisión del saber. De ello deriva el derecho a la libre creación de centros docentes, consagrado en el art. 27.6 de la Constitución.

Fernández-Miranda Campoamor y *Sánchez Navarro* indican que la libertad de creación de universidades privadas es una consecuencia lógica de la libertad constitucional de la libertad de enseñanza, lo que ni impide que sea lícito someter el ejercicio de aquel derecho al trámite de obtener una autorización administrativa previa, pero bien entendido que no se trata de una facultad discrecional sino reglada, en función del cumplimiento de las condiciones constitucionales o legales preestablecidas, condiciones éstas que tampoco podrán ser arbitrarias, debiendo respetar el núcleo esencial del derecho a la libertad de enseñanza. No obstante, esos autores al analizar el Real Decreto de 12 de abril de 1991, sobre creación y reconocimiento de universidades y centros universitarios, afirman que los requisitos tipificados son rigurosos y, en cierta medida, discriminatorios con relación a las universidades públicas.

La libertad de creación de universidades privadas no constituye, sin embargo, un derecho ilimitado, sino que está condicionado por el respeto de determinados principios constitucionales como son los postulados de convivencia y los derechos y libertades fundamentales (art. 27.2 de la Constitución); la necesidad de proteger a la juventud y a la infancia (art. 20.4 de la Constitución); los principios generales previstos en el art. 27.6 de la Norma Suprema; etc. Además, ha de tenerse en cuenta que la actividad de los centros está limitada por el lógico respeto a los derechos de los demás actores jurídicos en el proceso educativo, sin perjuicio del ejercicio por los poderes públicos de sus competencias en materia de enseñanza, atendiendo a la defensa y protección de los intereses generales de la sociedad.

2. La autonomía universitaria

La autonomía universitaria es concebida por el Tribunal Constitucional en su sentencia 26/1987, de 27 de febrero, como un derecho fundamental. Las diversas razones que avalan esa afirmación pueden sintetizarse en las siguientes:

- a) En primer lugar, la ubicación del precepto en la Constitución.

b) En segundo lugar, el sentido gramatical de la fórmula constitucional, al utilizar la expresión «se reconoce», más propia de la proclamación de un derecho que del establecimiento de una garantía.

c) En tercer lugar, la voluntad del constituyente, que reemplazó la redacción original del precepto por la actual, mostrando así una decisión consciente y deliberadamente orientada al establecimiento de un derecho cuya titularidad se reconoce a las universidades.

d) En cuarto lugar, se alega un criterio teleológico, consistente en concebir la autonomía universitaria como un instrumento para asegurar el respeto a la libertad académica, es decir, a la libertad de enseñanza y de investigación. Más exactamente, la autonomía es la dimensión institucional de la libertad académica, que garantiza y completa su dimensión individual, constituida por la libertad de cátedra. En definitiva, ambas sirven para desarrollar el espacio de libertad intelectual que define a la universidad.

La plasmación práctica de la autonomía universitaria implica el reconocimiento a las universidades, tanto públicas como privadas, de una serie de derechos y de límites a su ejercicio.

A) Derechos derivados de la autonomía universitaria

La autonomía universitaria se traduce, entre otros aspectos, en el otorgamiento a las universidades de un conjunto de competencias o facultades, entre cuyas dimensiones caben destacar las siguientes:

a) Autonomía en sentido estricto o autonormación. Según el art. 3.º.2 de la Ley de Reforma Universitaria de 1983, la autonomía de las universidades comprende la elaboración de los estatutos y demás normas de funcionamiento interno, considerados por el Tribunal Constitucional como reglamentos autónomos, puesto que no desarrollan la ley, según pone de relieve la sentencia 55/1989 (FJ 4.º). Ello significa que en ese ámbito no operan los criterios rectores de las relaciones entre la ley y los reglamentos de ejecución, es decir, la ley aparece como un límite externo a la potestad de autonormación y, por tanto, sólo puede provocar la anulación de un precepto estatutario cuando éste la contradiga frontalmente. Esta afirmación no impide que los estatutos de las universidades deban ser sometidos a su aprobación por parte del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma correspondiente, quien tan sólo ejerce un control de legalidad externo, sin que quepa ningún control de oportunidad o de conveniencia, que chocaría de frente con el principio constitucional de la autonomía universitaria.

b) Organización. El legislador establece la estructura organizativa mínima o básica que deben recoger los estatutos de las universidades, tomando como referencia el art. 27.8 de la Constitución. Fuera de ese condicionamiento, su desarrollo posterior constituye una potestad de cada universidad, con base en su capacidad de autogobierno en la materia, según pone de relieve el Tribunal Constitucional en su sentencia 26/1987 (FJ 5.º) y en su sentencia 156/1994 (FF.JJ. 2.º y 3.º). Esta facultad se traduce en el ámbito de la elección, designación y remoción de los órganos de gobierno y administración de cada universidad.

c) Corresponde a las universidades dentro de la esfera de su autonomía la elaboración, aprobación y gestión de sus presupuestos y la administración de sus bienes, lo cual no permite, sin embargo, hablar de autonomía financiera, pues las universidades públicas no deciden la aportación financiera de los presupuestos del Estado, ni son competentes en exclusiva para fijar las tasas académicas, en cuanto inciden en el derecho de acceso a la educación.

d) La autonomía universitaria abarca otros ámbitos, tanto académicos (elaboración y aprobación de planes de estudio, verificación de conocimientos, organización de las enseñanzas, etc.), como los relativos a la selección de su profesorado, admisión de alumnos, disciplina académica, etc. En cualquier caso, su actuación debe sujetarse tanto a la distribución de competencias constitucional y legalmente atribuidas a otros sujetos, como al necesario respeto a otros derechos fundamentales y muy particularmente al principio de igualdad. Dentro de esta especie de cajón de sastre entran otras funciones como son las relativas a la creación de estructuras específicas que actúen como soporte de la investigación y la docencia, admisión y régimen de permanencia y verificación de conocimientos de los estudiantes, expedición de sus títulos y diplomas, establecimiento de relaciones con otras instituciones académicas, culturales o científicas, españolas o extranjeras, etc.

B) Límites a la autonomía universitaria

Los límites que debe respetar la autonomía universitaria son fundamentalmente los cuatro siguientes:

a) Los derechos fundamentales de terceros, como son el de igualdad de acceso al estudio, a la docencia y a la investigación.

b) La existencia de un sistema universitario nacional que, como se desprende del art. 3.º.1 de la Ley de

Reforma Universitaria, exige instancias de coordinación entre todas las universidades. En ese sentido, al Consejo de Universidades le corresponden las funciones de ordenación, coordinación, planificación, propuesta y asesoramiento que le atribuye el art. 23 de la LRU. Esa misma razón ha llevado al Tribunal Constitucional a justificar la fijación, por parte del Estado, de unos contenidos mínimos exigibles para obtener los títulos académicos y profesionales oficiales y con validez en todo el territorio nacional, lo que no significa que pueda imponer cualquier asignatura, pues la autonomía universitaria obliga a interpretar restrictivamente dicha competencia estatal. En todo caso, corresponde a cada universidad la regulación y organización de la enseñanza en todas las materias (como también ha señalado la sentencia del Tribunal Constitucional 187/1991, en sus fundamentos de Derecho tercero y cuarto).

c) La concepción de la enseñanza superior como un servicio público que la universidad realiza mediante la docencia, el estudio y la investigación (afirmación matizada y puntualizada por algunos autores en el sentido expuesto con anterioridad).

d) El peculiar estatuto jurídico de los profesores de las universidades públicas, configurados como funcionarios y cuya regulación se atribuye al Estado de conformidad con el art. 149.1.18 de la Constitución.

V. CONCLUSIONES

A la vista de todo lo expuesto, e intentando sintetizar su contenido, el estatuto jurídico de las universidades privadas dentro de nuestro ordenamiento queda definido por cuatro diferentes tipos de criterios:

a) En primer lugar, la enseñanza universitaria se configura en nuestro ordenamiento jurídico como un sistema concurrente, cuya naturaleza jurídica es doble, ya que puede ser prestado tanto por el sector público (universidades públicas), como por el sector privado (universidades privadas). Esta alternativa deriva del principio constitucional de libertad de enseñanza previsto en el art. 27.1 de la Norma Suprema.

b) En segundo lugar, la enseñanza universitaria ha sido considerada tradicionalmente como un servicio público, cuya titularidad se reservaba el Estado. Ese esquema puede ser válido para las universidades públicas, con independencia de las matizaciones representadas en la actualidad por diversos factores y que han conducido a las teorías de los «servicios públicos virtuales o impropios». No obstante, no debe olvidarse el carácter de derecho fundamental de la enseñanza superior, puesto de relieve tanto por el Tribunal Constitucional, como por los diversos Dictámenes del Consejo de Estado expuestos en este trabajo.

c) En tercer lugar, el carácter concurrente de la creación de centros docentes y la aplicación del principio de la autonomía universitaria, recogido en el art. 27.10 de la Constitución, constituye el marco que atribuye a las universidades privadas un peculiar estatuto jurídico, en donde su creación se reserva a una específica norma con rango de ley formal. Ese reconocimiento legal le dota de autonomía e independencia frente a los poderes públicos, quienes únicamente conservan un poder limitado de policía o tutela respecto a la verificación de aquellos aspectos en el funcionamiento de las universidades privadas que hayan sido previstos, previamente, por el ordenamiento jurídico. Esa actuación limitada de tutela de los poderes públicos se asemeja a las intervenciones que, por ejemplo, realiza el protectorado respecto a las actuaciones de las fundaciones.

d) En cuarto lugar, el control que los poderes públicos pueden realizar sobre las universidades privadas, sobre todo a través del Consejo de Universidades y de las correspondientes Consejerías de Educación de las Comunidades Autónomas, tan sólo es un mecanismo de policía administrativa en materia de enseñanza superior, que debe realizarse con carácter reglado y, exclusivamente, en aquellos supuestos previstos por el ordenamiento jurídico (a semejanza por ejemplo, del protectorado de las fundaciones, aunque con las limitaciones derivadas de las especiales características de las universidades y de su autonomía). Cualquier otro tipo de control o supervisión puede considerarse extemporáneo e incluso ilegal, habida cuenta de la aplicación del principio de la autonomía universitaria que se incrementa y agudiza en el supuesto de las universidades privadas. Los poderes públicos no pueden hacer un control interno del funcionamiento y desarrollo de los centros privados, bajo el pretexto de competencias generales que tiendan a garantizar, por ejemplo, los intereses latentes en un servicio público, o el posible interés general, fórmula esta última de la que las Administraciones hacen un uso abusivo en muchas ocasiones, lo que con relación a la enseñanza universitaria, podría considerarse como un auténtico fraude de ley, fuera de aquellos supuestos específicamente tipificados en el ordenamiento jurídico.

Bibliografía

-- *Alegre Avila, J. M.*: «En torno al concepto de autonomía universitaria (a propósito de algunos caracteres del régimen universitario español). En especial, sus implicaciones funcionariales», *Revista Española de Derecho*

Administrativo, núm. 51 (1986).

-- Ariño Ortiz, G.: «Autonomía y Reforma Universitaria: La Ley Maravall», *Revista Cuenta y Razón*, núm. 13 (septiembre-octubre, 1983).

-- Ariño Ortiz, G.: *Concepto de servicio público y bases de su régimen jurídico*, Universidad Complutense (Madrid, 1975).

-- Cano Mata, A.: «Las distintas Administraciones públicas en el Ordenamiento jurídico español vigente», *Revista Actualidad Administrativa*, núm. 36 (septiembre-octubre, 1987).

-- Chaves García, J. R.: *Organización y gestión de las universidades públicas*, Ed. PPU (Barcelona, 1993).

-- De Asís Roig, A.: «Aspectos de la posición jurídica de la entidad Universidad privada», en la obra *I Encuentro Internacional de universidades Privadas (5-8 de abril de 1983)*, Fundación Universitaria San Pablo, CEU (Madrid, 1984).

-- Fernández Rodríguez, T-R.: *La autonomía universitaria: ámbito y límites*, Cuadernos Civitas (Madrid, 1982).

-- García de Enterría, E., y Fernández, T-R.: *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Civitas (1999).

-- García-Tevijano Fos, J. A.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Ed. Revista de Derecho Privado (Madrid, 1971).

-- García-Tevijano Fos, J. A.: «Aspectos de la Administración económica», *Revista de Administración Pública*, núm. 12.

-- Garrido Falla, F.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Ed. Tecnos (Madrid, 1989).

-- Garrido Falla, F.: «Intervencionismo estatal y educación nacional», *Revista de Educación*, núm. 26.

-- Giannini, M. S.: «Instituti di credito e servizi di pubblico interesse», *Moneta e credito* (1949).

-- Gómez-Ferrer Morant, R.: «El régimen general de los centros privados de enseñanza», *Revista de Administración Pública*, núm. 70 (1973).

-- Guaita Martorell, A.: *Derecho Administrativo Especial*, Tomo III (Zaragoza, 1967).

-- Jiménez de Cisneros Cid, F. J.: *Los Organismos autónomos en el Derecho Público español: tipología y régimen jurídico*, INAP (Madrid, 1987).

-- Leguina Villa, J., y Ortega Alvarez, L.: «Algunas reflexiones sobre la autonomía universitaria», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 35 (1982).

-- Leguina Villa, J.: «La autonomía universitaria en la jurisprudencia constitucional», *Boletín de Información Universitaria*, Monografías, núm. 1 (Madrid, 1989).

-- López-Jurado, Escribano, F. B.: *La autonomía de las universidades como derecho fundamental: La construcción del Tribunal Constitucional*, Ed. Civitas (Madrid, 1991).

-- Nieto, A.: «Autonomía política y autonomía universitaria», *Revista del Departamento de Derecho Político de la UNED*, núm. 5 (1979-1980).

-- Parada Vázquez, J. R.: *Derecho Administrativo (organización y empleo público)*, Ed. Marcial Pons (Madrid, 1998).

-- Sánchez Blanco, A.: «El derecho fundamental a la autonomía universitaria», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 22 (septiembre-diciembre, 1988).

-- Serrano Triana, A.: *La utilidad de la noción de servicio público y la crisis del Estado del Bienestar*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Madrid, 1983).

-- Souvirón Morenilla, J. M.: *La Universidad española: Claves de su organización y régimen jurídico institucional*, Universidad de Valladolid (1988).

-- Suñé Llinás, E., y Castelao Rodríguez, J.: «La educación: ¿un servicio público?», en la obra *I Encuentro Internacional de universidades Privadas (5-8 de abril de 1983)*, Fundación Universitaria San Pablo, CEU (Madrid, 1984).

-- Tardío Pato, J. A.: *El derecho de las universidades públicas españolas*, Ed. PPU (Barcelona, 1994).

-- Villar Ezcurra, J. L.: *Servicio público y técnicas de conexión*, CEC (Madrid, 1980).

-- Villar Ezcurra, J. L.: «El derecho a la educación como servicio público», *Revista de Administración Pública*,

núm. 88.

-- Villar Palasí, J. L.: *La intervención administrativa en la Industria*, IEP (Madrid, 1964).

-- VV.AA.: *Las universidades públicas y su régimen jurídico*, Ed. Lex Nova (Valladolid, 1999).