

EL REGIMEN GENERAL DE LOS CENTROS PRIVADOS DE ENSEÑANZA *

P O R

RAFAEL GÓMEZ-FERRER MORANT

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA CALIFICACIÓN DE LA EDUCACIÓN COMO SERVICIO PÚBLICO.—III. EL PRINCIPIO DE ESTATALIDAD Y EL DE LIBERTAD DE ENSEÑANZA: 1. *La intervención del Estado en materia de enseñanza* 2. *La Ley Motano*. 3. *Las polémicas en torno a la intervención y al principio de libertad*.—IV. LA CONFIGURACIÓN DE LA EDUCACIÓN COMO SERVICIO PÚBLICO NO IMPLICA LA ESTATALIZACIÓN DE LA ENSEÑANZA: 1. *Fundamento de esta posición*. 2. *El sentido de la expresión «servicio público»*.—V. EL RÉGIMEN DE INTERVENCIÓN EN LOS CENTROS PRIVADOS DE ENSEÑANZA: 1. *Las potestades de la Administración*. 2. *El régimen jurídico-administrativo de la actividad*. 3. *El principio de autorización previa*. 4. *El principio de autorización previa y la creación de universidades privadas*. 5. *Principio de autorización previa y principio de gratuidad*. 6. *La subvención-compensación y el régimen de concierto*. 7. *El problema de la calificación*.—VI. CALIFICACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CENTROS PRIVADOS: 1. *Existencia de actividades privadas de interés público*. 2. *La concepción subjetiva del servicio público y la calificación de estas actividades privadas*. 3. *La crisis de la concepción subjetiva del servicio público*. 4. *Conclusión*.

I

INTRODUCCIÓN

La educación ha sido desde hace tiempo un tema polémico. Convergen en la misma intereses del Estado, de la Iglesia y, en general, de la sociedad, pues como decía ya en 1852 GIL DE ZÁRATE, autor en buena parte del Plan de Enseñanza de 1845:

«La cuestión de enseñanza es cuestión de poder: el que enseña, domina; puesto que enseñar es formar hombres, y hombres amoldados a las miras del que los adoctrina.»

* El texto de este trabajo es el preparado para una intervención oral y queda incluido en otro más amplio sobre *El régimen de los centros privados de enseñanza*, que espero publicar en breve; en él se incluyen las notas correspondientes a esta parte.

Nada tiene así de extraño que toda reforma de la enseñanza haya ido precedida o seguida de una serie de tensiones entre los intereses en presencia. La reciente Ley General de Educación no ha sido una excepción. Apenas promulgada, hemos visto cómo se reflejan en la prensa los problemas que suscita su aplicación a los centros privados de enseñanza. De aquí el interés de estudiar su régimen jurídico administrativo desde una perspectiva estrictamente jurídica.

Pero antes de ello es necesario efectuar dos precisiones. En primer lugar, acerca del concepto de centro privado de enseñanza; entiendo por tales, de acuerdo con la legislación hasta ahora vigente, los creados y sostenidos por particulares o entidades privadas. En segundo término, debo señalar que voy a referirme concretamente al régimen general de los centros privados que imparten enseñanzas integradas en el sistema educativo, constituido por aquellos ciclos, niveles o modalidades que han sido objeto de especial atención y regulación por el legislador.

II

LA CALIFICACIÓN DE LA EDUCACIÓN COMO SERVICIO PÚBLICO

La primera cuestión que suscita el estudio del régimen de los centros privados de enseñanza deriva de la caracterización de la educación —en la Ley General de Educación— como un servicio público fundamental, según declara su artículo 3.º, al decir que:

«La educación, a todos los efectos, tendrá la consideración de servicio público fundamental.»

Esta declaración legal parece indicar *prima facie* la intención del legislador de efectuar una *publicatio* de la educación, lo que implicaría que la titularidad de esta actividad ha sido asumida por el Estado. Si esto fuera así, resultaría que los titulares de los centros privados de enseñanza tendrían que calificarse como concesionarios del Estado o, más genéricamente, que su actividad tendría que configurarse como un tipo de ejercicio privado de funciones públicas. De aquí el interés de determinar si la Ley General de Educación ha llevado a cabo una estatalización de la enseñanza.

La respuesta a esta cuestión es importante, como fácilmente se comprende, en el orden de los principios y en el de las consecuencias prácticas.

En el orden práctico, porque existirán diferencias de régimen jurídico según la solución de que se parta. Por de pronto, y por citar un caso, mientras el concesionario tiene derecho al mantenimiento del equilibrio económico de la concesión, tal derecho no se tiene, en principio, en el supuesto de ejercicio de actividades privadas, sin perjuicio de la responsabilidad de la Administración en los supuestos que proceda. Este problema, derecho de compensación o no, está ya planteado con motivo de los expedientes de clasificación y transformación de centros para adaptarlos a los nuevos niveles educativos, hasta el punto de que una Orden Ministerial de 26 de julio de 1972 ha venido a regular el posible cese de centros docentes no estatales.

Pero con ser importante este aspecto práctico, la solución es todavía de mayor trascendencia en el orden de los principios. Porque frente a la tendencia a la publicación de la enseñanza se ha opuesto siempre el principio de libertad. La pugna de estos dos principios —estatalidad y libertad— es una constante de nuestra legislación histórica, a la que voy a referirme brevemente al objeto de valorar en todo su alcance el planteamiento de esta cuestión en el momento actual.

III

EL PRINCIPIO DE ESTATALIDAD Y EL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE ENSEÑANZA

1. La intervención del Estado en materia de enseñanza no es un fenómeno reciente. Constituye una manifestación del proceso de centralización propio del Estado moderno que lleva a afirmar sus potestades frente a otros poderes y, en nuestro caso, frente a la Iglesia, que prácticamente había ejercido el control de la enseñanza a partir del comienzo de la Edad Media. El Estado, que había centralizado el Ejército, la Justicia, la Hacienda, va a intervenir también en materia de enseñanza. En la época moderna esta intervención alcanzará su punto álgido durante el siglo xviii, en que con el Despotismo Ilustrado y el regalismo, la tensión con la Iglesia cobra una especial vivacidad. En el período decimonónico la reforma llevada a cabo durante el gobierno moderado de mediados de siglo se moverá en la misma línea de tendencia.

Las razones para la intervención del Estado durante el siglo XVIII son múltiples, y entre ellas voy a referirme tan sólo a dos que me parecen relevantes:

— En primer lugar, el poder real va a intervenir para defender sus prerrogativas, para evitar que puedan darse enseñanzas contrarias a las regalías y al poder monárquico. Así, Carlos III, por Providencia de 23 de mayo de 1767, había prohibido que se enseñara, ni aun con título de probabilidad, la doctrina del regicidio y tiranicidio. Y con motivo de un incidente surgido en la Universidad de Valladolid, en que el bachiller OCHOA sostuvo unas conclusiones estimadas contrarias a los derechos reales, en 6 de septiembre de 1770 dictó una Provisión por la que se nombraba censores regios en todas las Universidades y se prohibía que en lo sucesivo «se promuevan, enseñen, ni defiendan cuestiones contra la autoridad real ni regalías».

— Pero, además de ello, en el siglo XVIII cobrará un especial relieve el problema de los planes de estudio. El divorcio entre la Iglesia y las llamadas «ciencias útiles», producto del racionalismo y del empirismo, será sentido por el Estado como un problema que afecta a la prosperidad nacional. Para promover la enseñanza de las ciencias útiles se intentará intervenir en los planes de estudio. Y así, en 1797, al describir el Plan de Reforma que ha elaborado, expone JOVELLANOS la trascendencia de esta cuestión al decir:

«Ya no es un problema, es una verdad generalmente conocida que la instrucción es la medida común de la prosperidad de las naciones y que así son ellas de poderosas o débiles, felices o desgraciadas, según sean ilustradas o ignorantes.

Mas cuando hablo de la instrucción pública, entiendo yo, no lo que generalmente puede este nombre, sino aquella especie de instrucción buena y provechosa que, por decirlo así, tiene en su mano las llaves de la prosperidad... Hablo, pues, de aquella instrucción que busca y alcanza los conocimientos útiles y sabe aplicarlos mejor al adelantamiento de las naciones.»

2. La intervención del Estado propia de la Edad Moderna va a cobrar mayor intensidad durante el siglo XIX. La legislación en materia de enseñanza seguirá fielmente las alternativas de nuestro régimen constitucional. Si existiera alguna duda de la relación entre

Derecho y Política, de que hablaba CHARLIER, la consideración de nuestra legislación en materia de enseñanza bastaría para demostrar esta conexión. Cada fuerza política, absolutistas, liberales —moderados o progresistas—, demócratas, innovará la regulación en materia de enseñanza.

Ante esta diversidad legislativa voy a referirme tan sólo a la tendencia a la estatalización de la enseñanza, que tendrá su máxima expresión durante el período moderado que se inicia en 1843 y que, salvo la interrupción del bienio progresista, continuará con la Unión Liberal hasta 1868. Como ha señalado Richard HERR, existe un parentesco espiritual entre los ilustrados del siglo XVIII y los liberales del siglo XIX, que explica la línea de continuidad que se observa entre unos y otros; continuidad a la que no es ajena la permanente influencia francesa, pues el Plan de 1845 y la Ley MOYANO de 1857 se inspiran, en buena medida, en la reforma napoleónica llevada a cabo por la Ley de 11 de mayo de 1806 y dos Decretos de 1808 y 1811.

La Ley MOYANO va a consagrar por norma con rango de Ley formal la secularización de la enseñanza. Las líneas fundamentales de la reforma, por lo que ahora interesa, son las siguientes:

— *Secularización*: La Ley de Bases de 1857 consagra la competencia del Estado en materia de instrucción: «El Gobierno —dice— dirige la enseñanza pública y tiene en la privada la intervención que determina la Ley.»

— *Estatización limitada*: Monopolio del Estado en cuanto a Universidades y escuelas superiores y profesionales. Tales estudios sólo podrán cursarse en escuelas públicas sostenidas por el Estado.

— *Centralización de la enseñanza pública*: El Gobierno o sus delegados nombran a todos los jefes y profesores de los establecimientos públicos. La colación de grados sólo podrá efectuarse por establecimientos públicos y la expedición de títulos profesionales, y del de doctor, por el ministro de Fomento. Se regulaba como causa de separación del profesorado el infundir en sus discípulos doctrinas perniciosas.

— *Intervención de la enseñanza privada*: Los particulares, sociedades y Corporaciones sólo podrán crear establecimientos de primera y segunda enseñanza. Se establecía el principio de autorización previa para comprobar la concurrencia de los requisitos mínimos requeridos y la inspección y vigilancia del Estado. La validez académica de los

estudios cursados quedaba condicionada a que se hicieran por los libros de texto designados por el Gobierno y con sujeción al mismo orden y programa que en los establecimientos públicos, donde, como regla general, deberían realizarse los exámenes anuales.

A estas características podría añadirse que la Ley MOYANO viene a realizar una verdadera planificación de la Enseñanza: Organización de la enseñanza en tres niveles, determinación de las materias y orden en que deben estudiarse, selección de textos, localización de los centros según niveles y núcleos de población. Como ha señalado Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, se encuentran en la legislación de la enseñanza del siglo XIX, y en la de obras públicas, los antecedentes de la idea de plan, que no es una figura tan reciente como generalmente se sostiene.

3. Frente a esta regulación que, como hemos visto, estatalizaba la enseñanza en los niveles superiores y sometía a una intensa intervención el ejercicio de la enseñanza privada, va a operarse una reacción en nombre del principio de libertad que tendrá su máxima expresión en la legislación de la Revolución democrática de 1868. He de aludir aquí, someramente, a las polémicas que se plantean en torno a la intervención del Estado, con objeto de dejar constancia de la tensión entre los principios de estatalidad y libertad.

— En primer lugar, la polémica sobre la libertad de cátedra, reflejo de la libertad de pensamiento, que, como decía SALMERÓN, pretende emancipar la ciencia de todo poder extraño. La reiterada separación y admisión de catedráticos, la creación de la Institución Libre de Enseñanza, serán manifestaciones de esta polémica.

— En segundo lugar, la polémica sobre el reconocimiento del derecho de toda persona a crear centros de enseñanza de cualquier grado sin limitación alguna. La Revolución de 1868 reconocerá esta libertad como una manifestación del derecho al trabajo, pues como dice el preámbulo del Decreto de 21 de octubre de este año, a cuya trascendencia ideológica se ha referido Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO,

«trabajar no sólo es poner en acción nuestras fuerzas físicas... y tan injusto es prohibir el trabajo de la enseñanza como el manufacturero o el agrícola».

— En tercer lugar, la polémica sobre la libertad de colación de grados y otorgamiento de títulos, que se plantearía ya en la Revolución de 1868 y al discutirse en las Cortes el artículo 12 de la Cons-

titución de 1876. En definitiva, esta libertad no será reconocida y el monopolio del Estado en la materia quedaría reflejado en esta Constitución y en el artículo 49 de la de 1931.

— Finalmente, todavía podría hablarse de una cuarta polémica que va a alcanzar su manifestación más relevante durante el siglo xx, y concretamente en la II República, en la que se preverá la más completa laicización de la enseñanza, como las Leyes FERRY habían llevado a cabo en Francia durante la III República. El artículo 48 de la Constitución de 1931 establecía que la enseñanza sería laica. Y el artículo 26 prohibía a las Ordenes religiosas dedicarse a la enseñanza, prohibición que fue desarrollada por el artículo 30 de la Ley de Congregaciones Religiosas de 1933. Pues bien, el argumento que se utilizó en las Cortes para oponerse a esta exclusión fue precisamente la defensa de la libertad de enseñanza, mientras que sus propugnadores sostenían que, estando los miembros de estas instituciones vinculados por votos perpetuos, carecían de la libertad necesaria para la enseñanza.

La visión panorámica de nuestra legislación histórica permite ya valorar —con la necesaria perspectiva— la trascendencia en el orden de los principios de la solución que se dé al problema planteado que, recordémoslo, es el siguiente. La caracterización de la educación como servicio público fundamental, ¿implica una *publicatio* de la actividad, una estabilización de la enseñanza? ¿La actividad de los centros privados de enseñanza deberá calificarse como un supuesto de ejercicio privado de funciones públicas?

IV

LA CONFIGURACIÓN DE LA EDUCACIÓN COMO SERVICIO PÚBLICO NO IMPLICA LA ESTATALIZACIÓN DE LA ENSEÑANZA

1. Pues bien, estimo que la configuración de la educación como servicio público no implica la estatalización de la enseñanza. Para justificar esta afirmación voy a exponer los argumentos en que se basa.

— En primer lugar, el Fuero de los Españoles, en su artículo 5.º, reconoce el derecho de los españoles a recibir educación e instrucción, bien en el seno de su familia o en centros públicos o privados a su libre elección. De aquí se deduce, al menos indirectamente, que la actividad educadora no ha sido monopolizada por el Estado, pues

la efectividad del derecho a la educación en la familia o en centros privados parece indicar que los particulares pueden crear tales centros. Si este es el sentido del Fuero de los Españoles —Ley Fundamental, dotada de una superlegalidad formal y material— es claro que la Ley General de Educación ha de interpretarse en consonancia con el mismo, pues una Ley Fundamental no puede ser modificada por una Ley ordinaria, precisándose para ello, además, el referéndum de la nación (art. 10 de la Ley de Sucesión y 7, c) de la Orgánica del Estado).

— En segundo lugar, porque en las leyes posteriores a 1939 que han regulado los distintos niveles educativos, y en la propia Ley General de Educación, se reconocen los derechos de la Iglesia. Y si la Iglesia —de acuerdo con el Concordato de 1953 y el canon 1.375 del Código de Derecho Canónico— tiene derecho a crear centros de enseñanza, quiere decirse que tal derecho no pertenece en exclusiva al Estado.

— La tesis que aquí se sostiene es la más coherente con diversos preceptos de la Ley General de Educación, que establecen que el Gobierno estimulará la libre iniciativa de la sociedad, que las entidades públicas y privadas y los particulares pueden promover y sostener centros docentes.

Pero junto a estos argumentos, ciertamente indicativos, existe otro que me parece, en verdad, decisivo. La lectura del «Diario de Sesiones» de la Comisión de Educación y Ciencia de las Cortes al discutirse la Ley General de Educación demuestra, sin lugar a dudas, que la expresión servicio público no se ha utilizado en el sentido de que implique una *publicatio* de la actividad educadora, una estatalización de la enseñanza. Curiosamente, el tema no se discutió al votar sobre el artículo 3.º de la Ley, sino al tratar del artículo 55, que se refiere a la clasificación de los centros en estatales y no estatales. Es aquí donde un procurador, precisamente catedrático de Derecho, va a plantear el problema:

«En mi opinión... al hablar de la educación como servicio público fundamental, hemos utilizado un *flatus vocis*, hemos dicho algo no en el sentido técnico que tiene el servicio público en el Ordenamiento jurídico español, sino en un sentido distinto, me atrevería a decir literario...»

Pues en el Ordenamiento español —seguiría diciendo este procurador— la declaración de una actividad como servicio público implica que queda asumida por el Estado como propia del mismo y que a partir de este momento no se puede ejercer más que por delegación o concesión del Estado.

A lo largo de la discusión de este problema quedará claro que la expresión servicio público no se ha utilizado en este sentido; que no implica una *publicatio* de la actividad. Pero, se dirá también, tal expresión no se ha empleado en sentido literario, como un *flatus vocis*, pues la educación constituye un verdadero servicio público.

2. La lectura del «Diario» de la Comisión de Educación de las Cortes permite así afirmar, sin lugar a dudas, que la caracterización de la educación como servicio público no implica la *publicatio* de la enseñanza. Y si además de ello resulta que tal calificación no se ha empleado en un sentido figurado, sino con alcance jurídico, es necesario plantearse si la Ley General de Educación pretende introducir una nueva concepción en el Ordenamiento español, el concepto objetivo de servicio público.

En efecto, no puede desconocerse que una de las notas definidoras del servicio público para nuestra doctrina y legislación es la de implicar la asunción de la actividad así calificada por la Administración. Nuestra doctrina sostiene incluso que ha de tratarse de una asunción en régimen de monopolio, tesis defendida por GARCÍA-TREVILJANO y por GARCÍA DE ENTERRÍA, quien precisamente por ello ha sostenido que la municipalización en régimen de concurrencia con actividades privadas no constituye propiamente un servicio público, sino —de acuerdo con la doctrina propuesta por VILLAR PALASÍ— un tipo de gestión económica.

Y si esta es la posición general de nuestra doctrina, no puede negarse que nuestra legislación parte de la concepción del servicio público como actividad asumida por una Administración pública. Así, en la Ley de Contratos del Estado y su Reglamento, en cuyo artículo 197 se establece que «antes de procederse a la contratación de la gestión de un servicio público deberá hallarse promulgado el régimen jurídico básico del mismo... que declare expresamente que la actividad de que se trate queda asumida por el Estado como propia del mismo». Análoga concepción refleja el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (art. 126.1). La regulación de la res-

ponsabilidad de la Administración en las Leyes de Expropiación Forzosa y Régimen Jurídico, por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, parte también de esta configuración del servicio como actividad propia de la Administración. Tan característica es esta concepción en nuestro Derecho que GARCÍA DE ENTERRÍA ha sostenido que la expresión obras y servicios públicos, a que se refiere el artículo 3.º de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa, viene a significar el normal giro o tráfico administrativo.

Siendo esto así, antes de afirmar que la Ley General de Educación introduce en nuestro Derecho un nuevo concepto de servicio público, es necesario proceder con toda cautela, dada la trascendencia de esta afirmación. Para sentar una postura definitiva, parece necesario descender del terreno de los principios al de la regulación concreta, examinar cuál es el régimen jurídico aplicable a los centros privados de enseñanza y determinar si la calificación que conviene al mismo puede ser la de servicio público.

V

EL RÉGIMEN DE INTERVENCIÓN EN LOS CENTROS PRIVADOS DE ENSEÑANZA

La Ley General de Educación somete el ejercicio de la actividad de enseñanza a una regulación imperativa y a una intervención muy intensa de la Administración, a la que se atribuyen un conjunto de potestades que afectan —como regla general— a todos los centros, sean estatales o no.

Para exponer en forma sintética el régimen de los centros privados de enseñanza, voy a distinguir tres aspectos: Las potestades de la Administración, el régimen jurídico-administrativo de la actividad y el principio de autorización previa.

1. En cuanto a las potestades, aparecen atribuidas al Consejo de Ministros y al Ministerio de Educación y Ciencia, siendo las más relevantes las siguientes:

- Determinar la política educativa en todos sus niveles y modalidades.
- Reglamentar todas las enseñanzas.
- Concesión o reconocimiento de los títulos correspondientes.

— Supervisión e inspección de todas las instituciones docentes y vigilancia en orden al cumplimiento de las leyes, reglamentos y demás disposiciones en los centros estatales y no estatales en el ámbito de la función educadora.

Es decir, que la Administración tiene potestad normativa, y de dirección, vigilancia y control de la enseñanza.

2. El ejercicio de la actividad educadora aparece sometido a una regulación e intervención de la Administración, cuyas principales características son:

— Los centros privados de enseñanza habrán de ajustarse a la Ley General de Educación —y normas que la desarrollen— respecto a los distintos niveles, modalidades o ciclos de enseñanza que pretendan impartir y, por tanto, entre otros aspectos, a los programas y orientaciones pedagógicas, calendario escolar, sistemas de evaluación, titulación de profesores.

— Deben inscribirse en un Registro y quedan sometidas a la Inspección y asesoramiento del Ministerio de Educación y Ciencia.

— Deben admitir a los estudiantes que cumplan las condiciones establecidas para el acceso al centro, en cuanto existan plazas disponibles.

— Los precios que se exijan a todos los alumnos por todos los conceptos precisan la aprobación del Ministerio de Educación y Ciencia.

— La validez académica de los estudios depende de la clasificación del centro.

— Por otra parte, deben ejercer la función educativa con continuidad.

Como vemos, el desarrollo de la actividad educadora se encuentra sometido a un régimen jurídico especial que implica una verdadera regulación de la misma en todos los aspectos, cuyo cumplimiento está sometido al control de la Administración.

3. Ahora bien —y este es el tercer aspecto al que voy a referirme—, aunque los particulares y entidades privadas pueden crear centros de enseñanza, su apertura y funcionamiento —es decir, el ejercicio de la actividad— queda sometido al principio de previa autorización, que —dice la Ley— se concederá siempre que los centros reúnan las condiciones mínimas que se establezcan con carácter general y «se revocará cuando los centros dejen de reunir estas condiciones».

El problema —de índole general— más interesante que plantea esta autorización es el de determinar si se trata de un acto reglado o discrecional. A mi entender la redacción de la Ley no deja lugar a dudas al respecto. «La autorización —dice— se concederá siempre que los centros reúnan las condiciones mínimas que se establezcan con carácter general» y «se revocará cuando los centros dejen de reunir estas condiciones». Parece claro, pues, que la Administración sólo efectúa una actividad de mera comprobación y que, por tanto, sus facultades son regladas y no discrecionales, pues los requisitos mínimos no se establecen para cada caso, sino con carácter general.

La autorización no se utiliza aquí como técnica para —a través de su condicionamiento— someter la actividad a un régimen jurídico especial, como técnica de conformación a la que ha aludido FORTHOFF y que ha estudiado especialmente FRANCHINI. El régimen jurídico especial existe, pero, como hemos visto, no deriva de la autorización, sino de la Ley y de la reglamentación de la actividad.

Se trata en nuestro caso de un acto de remoción de un límite para el ejercicio de un derecho subjetivo que entronca con el concepto clásico de la autorización formulada por RANELLETTI en 1896, en que el carácter discrecional o reglado de la misma —como puso de relieve FORTI— era un aspecto secundario. No ignoro, por lo demás, que el concepto de autorización está sometido a revisión por la doctrina actual, de la que es muestra relevante el estudio efectuado por el malogrado profesor MANZANEDO en su libro sobre el comercio exterior. Pero lo importante en este momento es afirmar que la autorización regulada por la Ley tiene carácter reglado, según creo haber demostrado.

4. El carácter de la autorización puede suscitar alguna duda en dos supuestos. Me refiero, en primer lugar, a la autorización para la creación de universidades privadas —en general, no estatales—. La Ley General de Educación, manteniendo el sistema general expuesto, afirma que esta autorización sólo podrá ser concedida por medio de una Ley, «sin perjuicio de lo dispuesto en las normas concordadas».

Dejando ahora aparte las normas concordadas —desarrolladas, como es sabido, por el Convenio de 5 de abril de 1962— resulta que la autorización para crear Universidades no estatales —y entre ellas las privadas— ha de ser concedida por medio de una Ley. Se trata, pues, de una autorización en forma de Ley, es decir, de una Ley en sentido formal según la clásica distinción entre leyes materiales y formales formulada por la doctrina alemana del siglo XIX, de la que se ha hecho

eco en nuestra doctrina GARCÍA AÑOVEROS al tratar de la naturaleza de la Ley de presupuestos. Desde un punto de vista material, sin embargo —siguiendo la terminología ya utilizada por LAFERRIERE— se trata de un acto materialmente administrativo que emana del legislativo.

Pues bien, en el caso de que el peticionario reúna los requisitos mínimos establecidos con carácter general ¿tendrá derecho a que se le otorgue la autorización en forma de Ley? En principio parece que la actividad del legislativo, en este caso, debería ser de pura comprobación. Sin embargo, es lo cierto que, al otorgarse la autorización en forma de Ley, no puede negarse que el legislativo no está vinculado por las normas anteriores y que podrá otorgarla sin que concurren los requisitos mínimos exigidos o denegarla cuando concurren tales requisitos; y si el legislativo deniega la autorización en este último supuesto, el particular quedará —en nuestro Derecho— sin garantía alguna. Pues la única garantía contra los actos del legislativo —el recurso de contrafuero— sólo procede cuando tales actos sean opuestos a las Leyes Fundamentales, infracción que sería difícil de justificar en este supuesto. En definitiva, se vuelve aquí a encontrar —como tantas veces ha puesto de relieve la doctrina administrativa— un reflejo de la actuación soberana del Estado frente a la cual el particular quedaría sin garantía alguna.

Ante esta situación no pueden ignorarse los esfuerzos de la doctrina para conseguir un control de la actuación del legislativo cuando incide sobre la esfera jurídica de determinados administrados. El tema del control de los actos de sanción disciplinaria de funcionarios de las Cortes —estudiado por GARCÍA-TREVIJANO—, el problema de la responsabilidad del Estado-legislador —objeto de un reciente trabajo de SANTAMARÍA— son muestras de esta tendencia en la que se inscribe el problema que ahora planteamos. La preocupación de la doctrina por estos supuestos no es, por lo demás, sino el reflejo de un principio general que está en la base de nuestra disciplina: las garantías del individuo frente al poder del Estado.

5. Otra cuestión importante relacionada con el principio de previa autorización es la posible incidencia sobre la misma del principio de gratuidad. El legislador, con el fin de dar efectividad real al derecho a elegir libremente el centro de enseñanza —público o privado—, ha establecido el principio de gratuidad de la enseñanza —cualquiera que sea el centro que la imparta— en la educación general básica y

formación profesional de primer grado; gratuidad para cuya efectividad se establece el plazo máximo de diez años.

Para este momento, y, con objeto de compensar a los centros no estatales que tengan que impartir enseñanza gratuita, se establece que «serán subvencionados por el Estado en la misma cuantía que represente el coste de sostenimiento por alumno en los centros estatales más las cuotas de amortización e intereses de las inversiones requeridas» (art. 94,4 a y b).

Como se observa, no se trata de una subvención de fomento sino —de acuerdo con la terminología propuesta por VILLAR PALASÍ— de una subvención-compensación. A los centros de enseñanza se les impone la educación gratuita y se les compensa en forma tal que puedan cubrir el coste del sostenimiento y la amortización e intereses de las inversiones.

Pues bien, por regla general, y salvo algún caso como puede ser el de que el peticionario sea una fundación benéfico-docente, cuando se solicite la autorización para la apertura de un centro de enseñanza gratuita el peticionario pedirá también el reconocimiento de su derecho a la subvención-compensación. En todo caso, según hemos visto, el otorgamiento de la autorización impone al Estado la obligación de concederla. Ahora bien, es claro que los fondos presupuestarios no serán ilimitados, que el Estado no puede adquirir obligaciones sin consignación presupuestaria previa y que la utilización de estas consignaciones debe hacerse de forma racional, de acuerdo con las necesidades educativas. De aquí que el legislador al tratar de la implantación de la enseñanza gratuita haya dispuesto (art. 122) que se efectuará mediante planes regionales o comarcales, en los que lógicamente constarán las necesidades educativas, las prioridades y los medios.

Esta implantación de la gratuidad de la enseñanza por medio de la planificación tiene a mi entender un importante significado. Quiere decir que el Estado no concederá aquellas autorizaciones solicitadas para centros que reúnan los requisitos mínimos más que cuando se ajusten a la planificación, pues de otro modo surgirían obligaciones para el Estado que podrían ser nulas de no existir consignación presupuestaria. Por lo demás, el ajuste a la planificación que aquí se sostiene no significa que la autorización se convierta en discrecional; lo que pasa es que previamente a otorgar la autorización —cuando se pretenda obtener la subvención-compensación— la Administración

habrá de comprobar si se ajusta a la planificación, y, con ello, si existen fondos presupuestarios y si la instalación del centro responde a una necesidad educativa real.

6. Por otra parte, el otorgamiento de la subvención-compensación se efectúa a través de un concierto. No voy a detenerme en el tema de la naturaleza del concierto como acto, tesis defendida por LEGUINA. Tampoco en que a través de la subvención-compensación la Administración consigue una intervención más intensa en el régimen de los centros, lo que —como puso de relieve VILLAR PALASI— es una técnica usual.

Simplemente voy a fijarme en un solo aspecto que estimo del mayor interés. A través de la subvención-compensación el Estado va a pagar —prácticamente— el coste del centro y de sus instalaciones. Parece, pues, lógico que se imponga una adscripción del centro al tipo de enseñanza —causa de la subvención— e incluso una especie de derecho de reversión en favor del Estado cuando se intente variar esta adscripción, derecho que existe usualmente en las concesiones de servicio, aunque esta cláusula —como ha puesto de relieve GARCÍA DE ENTERRÍA— se haya convertido en una estipulación económica y haya perdido el carácter que tuvo en nuestro Derecho tradicional.

Con relación a estos aspectos, la Ley ha previsto que existirá un plazo mínimo de adscripción de treinta años. Pero no existe aquí derecho de reversión alguno. En efecto, lo característico de la reversión en las concesiones de servicio es la transferencia gratuita de las instalaciones al ente concedente una vez cumplido el plazo concesional; y si la concesión se extingue antes, el Estado —con diversas variantes según la causa de resolución— abona la parte no amortizada de las instalaciones.

Pues bien, en nuestro caso la regulación es justamente la contraria. Una vez transcurrido el plazo mínimo de treinta años la subvención, instalaciones y edificios quedan de propiedad del beneficiario, y si antes de transcurrir este plazo cesa en la actividad educadora, causa de la subvención, debe devolver la parte de la misma destinada a amortización e intereses de las inversiones o ceder al Estado los edificios e instalaciones.

¿Cuál es la razón de este tratamiento jurídico? Sencillamente que no estamos ante un caso de servicio público concedido, sino ante un supuesto de ejercicio de actividad privada. No existe, pues, reversión. Lo que existe es una subvención modal, otorgada con la condición

legal de adscribir el centro a determinado nivel de enseñanza durante treinta años; el incumplimiento del modo motiva la revocación de la subvención, igual que sucede con las donaciones (art. 647 del Código Civil) cuando el donatario incumple las condiciones que le impuso el donante.

Precisamente el hecho de encontrarnos ante el ejercicio de una actividad privada explica también el que después de treinta años el edificio e instalaciones queden de propiedad del beneficiario. En efecto, el plazo de treinta años es el que se viene otorgando para la amortización del crédito oficial destinado a la construcción de centros de enseñanza. Si la actividad no fuera gratuita puede calcularse que en este tiempo —con el precio percibido por el desarrollo de su actividad— el beneficiario habría amortizado el préstamo y el edificio e instalaciones serían de su propiedad. Y como la subvención viene a compensar al beneficiario de la pérdida de ingresos que produce la aplicación del principio de gratuidad, de ahí que el edificio e instalaciones queden de su propiedad.

La solución es, pues, lógica en el orden de los principios y quizá adecuada en el momento de transición en que nos encontramos hacia la gratuidad de la enseñanza, cuya efectividad práctica presentará, sin duda alguna, grandes dificultades.

7. Creo ya haber expuesto los rasgos más característicos del régimen general de los centros privados de enseñanza. Algunos otros supuestos como la subvención de fomento prevista en la Ley para niveles no gratuitos de enseñanza no plantean problemas especiales en su configuración jurídica. Partiendo, pues, de este régimen general, y una vez que se ha descendido de los principios a la regulación concreta, estamos ya en condiciones de volver a plantear la pregunta cuya respuesta quedó antes en suspenso. ¿Puede calificarse de servicio público la actividad y el régimen de los centros privados de enseñanza como hace la Ley General de Educación al configurar la enseñanza como servicio público fundamental?

VI

CALIFICACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CENTROS PRIVADOS

1. La existencia de actividades privadas de interés público objeto de una intensa regulación e intervención por parte de la Administración, no es un fenómeno exclusivo de nuestro tiempo. Creo ya haber demostrado que se produce también en épocas anteriores con relación a la actividad de enseñanza, y podría añadir que también en relación a la beneficencia. Sin embargo, la extensión de esta intervención en la época actual —del campo asistencial al campo económico— va a hacer que la doctrina cobre conciencia de este fenómeno reflejo de la ruptura de la frontera entre Estado y Sociedad.

Nada tiene, pues, de extraño que la doctrina, ante la extensión del fenómeno, se haya preocupado de calificar jurídicamente esta actividad de intervención, a cuyo efecto ha utilizado los criterios del fin perseguido por el Estado y de la técnica jurídica empleada. Desde esta perspectiva, en 1930, diría DE VALLES en su trabajo *I servizi pubblici* que este tipo de control de actividades privadas no puede calificarse propiamente ni de policía ni de servicio público. No es actividad de policía, porque el fin no es de prevención, sino de control positivo del ejercicio de la actividad. No es servicio público, porque la actividad que se realiza por los particulares no ha sido asumida por el Estado.

2. Partiendo así de un concepto subjetivo de servicio público, DE VALLES propondría la calificación de estas actividades como servicio público impropio. Esta figura se caracteriza por el destino al público de la actividad privada sin distinción de personas, obligación de prestar el servicio a quien lo requiera, fijación de precios por la Administración, que goza también de un poder de vigilancia. La actividad privada queda sometida al principio de previa autorización —autorización *ut facias* frente a la de policía que es *ne facias*— y a un régimen jurídico especial que puede derivar de la autorización o de la reglamentación de la actividad. Se trata, en definitiva, de conseguir que —sin *publicatio*— los intereses colectivos sean satisfechos por la actividad privada.

En 1949 GIANNINI, en un artículo sobre *Instituti di credito e servizi di pubblico interesse* estudiaba también la existencia de actividades privadas de interés público sometidas a una intensa regulación y

control por parte de la Administración, formulando la calificación de las mismas como servicio de interés público. Para GIANNINI entran dentro de esta tipología aquellas actividades que son objeto de un ordenamiento seccional referente a las mismas. Existen dos diferencias importantes entre el servicio público impropio y el de interés público. El primero se refiere sólo a actividades privadas, mientras que el segundo comprende toda la actividad sectorial, sea desarrollada por personas privadas como actividad privada o por entes públicos en régimen de concurrencia. Y por otra parte, el servicio de interés público no exige que la actividad regulada haya de prestarse a quien lo requiera. El concepto de servicio de interés público es así más amplio que el servicio público impropio y comprende otras actividades además de las calificadas como tales por DE VALLES, como los seguros y la banca.

Ahora bien, en todo caso debe llamarse la atención de que estas actividades privadas no se califican de servicio público. Y ello porque se parte de un concepto subjetivo del mismo, que implica la asunción de la actividad por un ente público, circunstancia que no concurre en estos casos.

La doctrina del servicio público impropio y, más aún, la del servicio de interés público, sería acogida en la doctrina española; así, ENTRENA, GARCÍA-TREVIJANO, VILLAR. Desde otra perspectiva, el propio ENTRENA proponía encuadrar la actividad de reglamentación y control —atendiendo al criterio de la técnica jurídica utilizada— como un tipo de actividad de policía, poniéndose de relieve por Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, la improcedencia de considerar todo tipo de autorización *ut facias* como indicio de la existencia de un servicio público impropio.

En todo caso, repito, con una u otra caracterización, lo que no se dudaba por nuestra doctrina es que el servicio público implicaba la existencia de una actividad asumida por una Administración pública, y que no podían calificarse de tales el ejercicio de actividades dejadas en el ámbito de la esfera privada, por intensa que fuera la intervención de la Administración.

3. Esta concepción, sin embargo, va a entrar en crisis en Italia, llegándose por una parte de la doctrina a la formulación de un concepto objetivo de servicio público que incluye a las actividades privadas programadas y controladas por el Estado, que la doctrina anterior

había incluido bien en el concepto de servicio público impropio, bien en el de servicio de interés público, bien en la actividad de policía.

La crisis de la concepción subjetiva de servicio público se ha producido también en Francia, pero desde una perspectiva, como es la delimitación del ámbito de la jurisdicción contenciosa, que ahora tiene menos interés para nosotros. La existencia de entidades privadas que gozan de poderes exorbitantes en el ejercicio de sus actividades llevaría a la inclusión de las mismas, sobre todo a partir del *Arrêt Mompeurt* de 1942, en el ámbito del servicio público entendido éste en sentido funcional u objetivo. También se incluirán en este ámbito las actividades privadas reglamentadas para cuyo ejercicio se precisa de la utilización de dominio público, sobre todo a partir de 1944 con el *arret Compagnie maritime de l'Afrique Orientale*. Como es sabido, esta concepción francesa se refleja en el concepto objetivo del acto administrativo propuesto en nuestra doctrina por BOQUERA, en la concepción objetiva del Derecho administrativo de MARTÍN MATEO, en la regulación de los servicios privados prestados al público de los *artículos 4 y 17 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales*.

Pero repito que esta crisis del servicio público en Francia tiene escaso interés para el objeto de nuestro estudio. Nos interesa más considerar la crisis del concepto subjetivo de servicio público en Italia, que se plantea desde la perspectiva que ahora nos importa, cual es la calificación de las actividades privadas sometidas a la dirección y el control del Estado.

La base de la crisis y de la configuración objetiva se encuentra en los *artículos 43 y 41 de la Constitución italiana*. Como explica GIANNINI, al redactarse la Constitución se planteó el problema de limitar la posibilidad de que el Estado llevara a cabo la colectivización de actividades. De aquí que el artículo 43 estableciera que la *publicatio* sólo podría llevarse a cabo con respecto a los servicios públicos esenciales y que el artículo 41 previera la posibilidad de establecer programas y controles para dirigir y coordinar la actividad económica, pública y privada, con objeto de conseguir el logro de fines sociales.

La redacción de estos preceptos ha dado lugar a que un sector de la doctrina italiana—cuyo representante más destacado es POROSCHNIG— haya sostenido que en el Derecho italiano la noción de servicio público tiene un carácter objetivo y no subjetivo. En efecto,

dice POTOTSCHNIG, existen servicios públicos esenciales dejados a la iniciativa privada cuya titularidad puede adquirir el Estado en cualquier momento publicitando la actividad. Y servicios públicos —diríamos no esenciales— cuya titularidad no puede asumir el Estado, porque ello sería anticonstitucional, debiendo limitarse a establecer programas y controles para dirigir la actividad privada y asegurar la consecución de su finalidad social.

Esta actividad privada controlada y programada por la Administración es, pues, de servicio público. Lo relevante para calificar una actividad de tal, no es ya la asunción de su titularidad por el Estado, sino el sometimiento de la misma a la programación y al control y dirección de la Administración pública. Este régimen de las actividades privadas es, por lo demás, sustancialmente idéntico al de la actividad clásica de servicio público desarrollado por los concesionarios, por lo que no existe ninguna razón para calificarlos de forma distinta.

4. La aportación de la doctrina italiana nos permite ya comprender y valorar el sentido de la Ley General de Educación al calificar la actividad educativa como servicio público. La Ley —como ya vimos— no se refiere al concepto clásico —o subjetivo— del servicio público, puesto que tal declaración no implica una *publicatio* de la actividad. La Ley tampoco utiliza un *flatus vocis* o un concepto literario de servicio público. Siendo esto así, si la Ley incluye en el ámbito del servicio público la actividad de los centros privados de enseñanza, sometida a una ordenación e intervención muy intensa por parte de la Administración, ha de llegarse a la conclusión de que el término servicio público se utiliza en sentido objetivo, como hemos visto propugna una parte de la doctrina italiana.

Por lo demás, no puede negarse que el sistema de ordenación y control de esta actividad privada presenta características comunes con el sistema de ordenación y control de la actividad concedida. Así, en cuanto a la reglamentación de la actividad, supervisión e inspección de la misma, regulación de precios o tarifas y del derecho a ser admitido por parte del usuario, en nuestro caso, del estudiante.

Para comprender esta similitud del control de actividades ejercidas por personas privadas, en los supuestos señalados, tema estudiado en nuestra doctrina por MORELL, hay que partir de la existencia de actividades de relevante interés general por cuya consecución ha de velar el Estado. Para ello ha de intervenir y controlar el desarrollo

de esta actividad. Intervención y control que puede conseguirse por distintas vías. Una de ellas es la asunción de la actividad y subsiguiente concesión de su ejercicio, técnica utilizada sobre todo en el siglo XIX como reflejo de los dogmas de la incapacidad de gestión económica del Estado y del concesionario interpuesto a que se ha referido GARCÍA DE ENTERRÍA. Otra de ellas, propia de nuestro tiempo, es la reglamentación y el control de la actividad sin asumirla previamente.

En todo caso, la similitud en la intervención a que quedan sometidas las actividades ejercidas por personas privadas ha llevado a la doctrina a configurar la noción de servicio público objetivo, y ha conducido al legislador español a introducirla en la actual Ley General de Educación. Sólo así puede explicarse la configuración de la educación como servicio público cuando, como creo haber demostrado, tal actividad no ha sido objeto de una *publicatio* y los particulares tienen derecho a ejercerla. La propia calificación como servicio público fundamental recuerda la denominación italiana de los servicios públicos esenciales, aunque la distinción entre fundamental y no fundamental no tenga relevancia en nuestro Derecho. Sólo en este sentido objetivo —que creo es el legal— puede afirmarse que el régimen de los centros privados de enseñanza es el de servicio público. La Ley General de Educación inicia así un giro en el concepto de servicio público cuya trascendencia no puede ser ignorada. En el orden teórico obligará a replantear el concepto de servicio público, a distinguir dentro del mismo —utilizando la terminología italiana— entre el servicio público subjetivo y objetivo, a perfilar los caracteres comunes y los elementos diferenciales. En el orden práctico obligará a determinar, en caso de silencio o ausencia la regulación legal, en qué medida serán aplicables al servicio público objetivo los principios del ordenamiento referentes a los servicios públicos en sentido subjetivo. Algunos de estos problemas, como el de la protección penal, fue objeto de deliberación en las Cortes; otros, como antes decía al referirme al tema del equilibrio económico, están ya planteados. En este terreno, una vez más, y como siempre, la Jurisprudencia tiene la palabra.

