

EL DERECHO A LA EDUCACION COMO SERVICIO PUBLICO

POR

JOSÉ LUIS VILLAR EZCURRA

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Planteamiento general del tema.*—III. *La Ley General de Educación:* 1. Principio de igualdad. 2. Principio de continuidad. 3. Potestad tarifaria de la Administración.—IV. *Posibilidad actual de configurar la educación en base a la categoría de servicio público:* 1. La financiación como condicionamiento del principio de libertad en la enseñanza. 2. Consideración constitucional de la Educación. 3. Régimen de intervención administrativa: los ciclos educativos. 4. Formas de gestión del servicio público de la Educación. 5. El usuario del servicio público en la educación.—V. *Libertad y derecho a la enseñanza.*

I. INTRODUCCIÓN

Desde el artículo 366 de la Constitución de 1812 hasta el artículo 5.º del Fuero de los Españoles, se viene a recoger, en una forma u otra, el principio de libertad de enseñanza en el campo de las libertades públicas constitucionales (1). La Constitución de 1978 no ha venido a ser una excepción a esta tradición secular, y en su artícu-

(1) En las Constituciones de 1837 y 1845 no se recoge expresamente, aunque aparece en el artículo 24 de la de 1869 que, a su vez, es copiado íntegramente por la de 1873 (art. 26) y en él se inspira, por su parte el artículo 12 de la Constitución de 1876. La Constitución Republicana de 1931 formula ampliamente este principio en sus artículos 39 y 40 y el Fuero de los Españoles (art. 5.º), y los Principios del Movimiento Nacional (IX) vienen a cerrar este proceso que actualmente culmina en el artículo 27 de la Constitución vigente. Con respecto a este punto A. CARRO (*La Constitución española de 1869*, Madrid, 1952, p. 235) exponía cómo «la libertad de enseñanza es una de las pocas materias tratadas más o menos consecuentemente, pero siempre con la misma orientación por la legislación española, siempre se ha seguido un sistema centralizador copiando a nuestra vecina Francia, a pesar de haber sido la libertad de enseñanza uno de los tópicos principales de los clubs y juntas clandestinas del período isabelino. La revolución de septiembre altera, desde luego, el régimen de instrucción; Ruiz Zorrilla decretó la libertad de enseñanza, derogando, a su vez, la Ley de Instrucción Primaria, dada por González Bravo el 2 de junio de 1868 y, posteriormente, presentó ante las Cortes un Proyecto de Ley de Enseñanza. A pesar de la orientación liberal de estas disposiciones, la instrucción seguiría, poco más o menos, la trayectoria que tuvo, tenía y tiene ahora en España. Se secularizó, pero la enseñanza libre no fue establecida, el centralismo y la inexcusabilidad de los títulos académicos expedidos por el Estado continuarán siendo norma en nuestra patria».

lo 27 se refiere de forma explícita a este punto, que regula en los siguientes términos:

«1. Todos tienen derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza.

2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.

3. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita.

5. Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes.

6. Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales.

7. Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la Ley establezca.

8. Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes.

9. Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la Ley establezca.

10. Se reconoce la autonomía de las universidades, en los términos en que la Ley establezca.»

Como puede apreciarse, no sólo se reconoce la libertad de enseñanza, sino también, de forma, simultánea el derecho a la educación, lo cual, si bien no resulta ser técnicamente muy adecuado (al encontrarse incluido este artículo en la sección del capítulo II del título I), encuentra su justificación en la necesaria «reserva de ley orgánica»

que implicará su desarrollo (art. 81,1) y la garantía que ofrece a su protección el Tribunal Constitucional (arts. 53,2 y 161), según pone de manifiesto Oscar ALZAGA (2).

La inspiración de su redacción parece obedecer fundamentalmente a los artículos 17 de la Constitución belga; 33 y 34 de la italiana, y 5.º, 6.º y 7.º de la Ley Fundamental de Bonn (3), aunque lo cierto es que el mayor influjo que recibió procedía de las numerosas polémicas suscitadas en torno al mismo y de las que dio buena cuenta la prensa en su momento.

En este estudio, sin embargo, no se pretende entrar en el fondo de estas polémicas (que por lo demás se me antojan, en unos casos, como cuestiones bizantinas y en otros como una defensa solapada de intereses creados, al socaire de una pretendida ideología), sino en la trascendencia jurídica que pueda tener el hecho de haber regulado una libertad y un derecho tan simple en su formulación de una forma excesivamente prolija y, por ende, a las consecuencias que ello pueda tener en la futura ley orgánica que sistematice esta materia.

II. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL TEMA

El artículo 3.º, número 1, de la Ley General de Educación y Financiamiento de la Reforma Educativa de 4 de agosto de 1970 (en adelante LGE) vino a consagrar de forma explícita, por primera vez en nuestro Derecho, la consideración de la enseñanza como servicio público (4). Ello no obstante, la doctrina española venía ya calificando con anterioridad esta actividad como encuadrable en la categoría de

(2) Cfr. *La Constitución española de 1978 (comentario sistemático)*, Madrid, 1978, pp. 255 y 256.

(3) Sin perjuicio de que existan otros precedentes en el Derecho comparado como son: el artículo 76 de la Constitución danesa; el artículo 208 de la Constitución de los Países Bajos; Preámbulo de la Constitución francesa (y, por remisión del mismo, los principios 8.º y 11.º del Preámbulo de la Constitución de 1948); artículo 208 de la Constitución holandesa y párr. 4.º del artículo 41 y artículos 73, 74 y 75 de la Constitución portuguesa, según indica el propio ALZAGA, *op. cit.*, p. 250.

(4) «La educación que, a todos los efectos, tendrá la consideración de servicio público fundamental, exige a los centros docentes, a los profesores y a los alumnos la máxima colaboración en la continuidad, dedicación, perfeccionamiento y eficacia de sus correspondientes actividades, con arreglo a las singularidades que comportan las diversas funciones que les atribuye la presente Ley y sus respectivos estatutos.»

servicio público (5), aunque algunos autores la englobasen dentro de la actividad de policía (6) o fomento (7).

Lo cierto es, sin embargo, que la enseñanza, junto con la llamada «asistencia social», constituyó una de las primeras actividades que pasaron a ser «función estatal» (en un sentido lato de la expresión, por cuanto que ello no excluía la actividad de los particulares en esta materia), como consecuencia de la «secularización de servicios» (8), que implicó una sustracción de actividades de la esfera eclesial o, por mejor decir, una asunción de nuevas competencias, por parte de la Administración, con relación a actividades hasta entonces llevadas a cabo tan sólo por la Iglesia.

Sin embargo, la categoría de servicio público, como tal, será edificada al margen de estos «servicios sociales» al surgir las peculiaridades propias de este tipo de actividad (igualdad, continuidad y potestad tarifaria de la Administración, singularmente), como consecuencia de la constatación de unos determinados factores comunes en los servicios económicos (sustancialmente el ferrocarril, que fue el «gozne» de donde partió la emancipación del servicio público como categoría independiente de la «obra pública»).

De hecho estos «servicios sociales» (dentro de los cuales se incardina la educación) han sido inexplicablemente marginados por la doctrina española, en beneficio del bloque de servicios económicos (transportes, comunicaciones y suministros), lo cual no deja de ser

(5) Vid. GARCÍA OVIEDO-MARTÍNEZ USEROS: *Derecho Administrativo*, 9.ª ed., EISA, 1968, p. 270; GARRIDO FALLA: *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II, IEP, Madrid, 1962, 2.ª ed., p. 278, donde indica que: «Igualmente en materia de educación al abrirse paso en todos los Estados el principio de enseñanza general y obligatoria, se percibió la necesidad del montaje de un adecuado servicio estatal (o a cargo de otras administraciones públicas) para hacer factible tal exigencia. Debe observarse—por contraste de lo que luego se dirá—(sigue expresando el autor citado) que la aparición de estos servicios no comportaba necesariamente el monopolio administrativo, de tal tipo de actividad. Ni los servicios públicos sanitarios o de beneficencia, ni la aparición de un sistema administrativo de enseñanza pública, implicaron la prohibición a los particulares de montar actividades paralelas. Sólo excepcionalmente, y en relación con la enseñanza, llegó a propugnarse en Francia la necesidad política del Monopolio estatal.»

(6) Vid. ROYO-VILANOVA: *Elementos de Derecho Administrativo*, 26.ª ed., Valladolid, 1964-65, p. 787 (tomo II), aunque matizando esta inclusión en la actividad de policía, con el «interés social» del Estado para promoverla, con lo cual quedaría igualmente enclavada en el seno del fomento (p. 791); SANTAMARÍA DE PAREDES: *Curso de Derecho Administrativo*, 8.ª ed., Madrid, 1914, p. 343.

(7) Vid. COLMEIRO: *Derecho Administrativo Español*, p. 485 y en general la línea seguida por los primeros tratadistas de nuestra disciplina, encabezada por JAVIER DE BURGOS, creador del Ministerio de Fomento.

(8) Sobre este punto me remito a lo expuesto en las unidades didácticas de *Derecho Administrativo*, parte especial (número 4), UNED, pp. 465 y ss.

paradójico si se tiene en cuenta que la categoría como tal surgió inicialmente a raíz de aquéllos.

Ello, no obstante, lo que actualmente resulta incontrovertible es la calificación de la enseñanza como servicio público, aunque pueda cuestionarse el significado y alcance de esta inclusión por mor de la ausencia de un criterio pacífico y unánime acerca de esta categoría como tal. El problema resulta comprensible si se tiene en cuenta la naturaleza anfibológica de la palabra público, como acertadamente pone de manifiesto GARCÍA-TREVIJANO (9).

En sentido amplio es público todo aquello que, directa o indirectamente, es imputable al Estado (ya se trate de bienes o de actividades). Pero es preciso matizar el alcance de esta imputación al objeto de obtener algo más que una mera referencia subjetiva. De otro lado, la misma expresión también es alusiva de la utilización general (apertura o uso público) de un determinado bien o actividad. Será justamente esta distinción la que nos dé la medida de las consecuencias de la inclusión de la educación en el ámbito de los servicios públicos.

De momento, sin embargo, conviene resaltar las razones en virtud de las cuales comenzó la intervención del Estado en esta materia. Ya se ha aludido a la secularización de servicios que tuvo sus inicios con el Despotismo Ilustrado español del siglo XVIII (en concreto el Plan de Reforma de Jovellanos de 1787), y que alcanzó su exponente máximo con la política de fomento propugnada por JAVIER DE BURGOS.

Por otra parte, ya con anterioridad se habían producido otro tipo de intervenciones aisladas y pertenecientes propiamente a la técnica de policía, con la finalidad de defender las prerrogativas regias. En tal sentido, GÓMEZ-FERRER (10) pone de manifiesto la Providencia de 23 de mayo de 1767, por la que Carlos III prohibió la enseñanza «ni aun con título de probabilidad, la doctrina del regicidio y tiranicidio». Posteriormente, y con motivo de un incidente surgido en la Universidad de Valladolid (donde el bachiller Ochoa sostuvo unas conclusiones estimadas contrarias a los derechos reales) dictó una Providencia (de fecha 6 de septiembre de 1770) por la que se nombraban censores regios en todas las Universidades, al tiempo que se prohibía que «en lo sucesivo se promuevan, enseñen ni defiendan cuestiones contra la autoridad real ni regalías».

(9) Véase *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II, vol. 5.º, 2.ª ed., Madrid, 1971, p. 27.

(10) Véase *El régimen general de los centros privados de enseñanza*, en el núm. 70 de esta REVISTA, p. 10.

Sin embargo, la dirección y motivación más actual de la intervención del Estado en la educación tendrá lugar con el Constitucionalismo del siglo XIX, donde se pondrá de manifiesto la tensión dialéctica entre la estatalización de la enseñanza y el abstencionismo, propugnado por progresistas y conservadores, respectivamente. Producto de esta tensión será la Ley Moyano de 1857 (inspirada, fundamentalmente, en la Reforma napoleónica de la Ley de 11 de mayo de 1806), en la que se recogerá la secularización definitiva de la enseñanza y la intervención de la Administración en este sector. El régimen de intervención, no supondrá, ni mucho menos, una estatalización completa (que tan sólo afecta a las universidades y a las escuelas superiores y profesionales) aunque sí un control de la enseñanza privada a través de la técnica de la autorización para aquellos centros que se acomoden a la Ley.

Ello no obstante, la polémica volvió a surgir con motivo de los planteamientos progresistas de la Revolución de 1868, que incidió muy concretamente sobre el tema de la libertad de cátedra, y de expedición de títulos, aunque este último punto no llegase a tener nunca un reconocimiento efectivo como ya fue expuesto al reflejar el tratamiento que le otorgaba la Constitución de 1869.

Unicamente el artículo 48 de la Constitución de 1931 vino a abrir una brecha en este sistema al establecer la enseñanza básica, prohibiendo el artículo 26 a las Ordenes Religiosas, dedicarse a estos menesteres, aunque, paradójicamente el argumento que se utilizó para ello fue justamente el de la libertad en la educación (11).

III. LA LEY GENERAL DE EDUCACIÓN

La declaración de la enseñanza como servicio público contenida en el artículo 3.º de la LGE, no es forma alguna, contra lo que aparentemente pudiera pensarse, un mero principio programático, que utilice la expresión «servicio público» de forma amplia o indiscriminada (a modo semejante del empleo que hace de la misma el artículo 40 de la LRJ (12)).

(11) Cfr. GÓMEZ-FERRER, *op. cit.*, p. 13.

(12) En este sentido la doctrina es unánime al entender con esta expresión toda la forma de actividad realizada por el Estado. Así, GONZÁLEZ PÉREZ: *Responsabilidad Patrimonial de la Administración*, en «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 4 (1975), pp. 83-89, y LEGUINA VILLA: *La responsabilidad civil de la Administración Pública*, Ed. Tecnos, Madrid, 1970, así como la Jurisprudencia.

Por el contrario, en el contexto de la propia LGE son encontrables las principales manifestaciones de toda actividad de servicio público como son el principio de igualdad, el de continuidad y la potestad tarifaria de la Administración. De otro lado, lo cual constituye una vía abierta hacia una mayor *publicatio*, el ejercicio de las actividades propias de la educación, o lo que es lo mismo la instalación de los centros donde se imparte la enseñanza oficial (tema sobre el que volveremos a insistir más adelante), se encuentra condicionada a una «autorización previa» de contenido similar o muy paralelo, al menos, al de la concesión de servicios.

Como muestra de ello se ofrece un resumen esquemático de la forma en que se recogen todas estas técnicas en la LGE, haciendo así posible la configuración de la educación como una auténtica actividad de Servicio Público, todo ello, sin perjuicio de que, posteriormente, puedan ser analizadas con mayor amplitud.

1. Principio de igualdad

La igualdad viene a ser el presupuesto necesario para que pueda tener lugar el «derecho a la enseñanza», como garantía correlativa al principio que postula su libertad.

Libertad de enseñanza que, A. GUAITA (13), singulariza en los siguientes puntos:

- a) Derecho a recibir instrucción.
- b) Libertad de Cátedra.
- c) Derecho a elegir entre los distintos centros docentes.
- d) Creación y régimen de estos mismos centros.

Es precisamente con relación a esta última cuestión, respecto a la que se plantea en forma más aguda, la oposición entre la libertad y el derecho a la enseñanza. En puridad no puede predicarse la existencia de una libertad de enseñanza, si no existe una opción para la elección del Centro y del tipo de educación que se imparta en el mismo (lo cual vendría a ser el postulado de la concepción socialista en su versión más extrema).

Pero, también es cierto, desde la perspectiva opuesta, que un auténtico derecho a la educación, no puede ser predicable de un sistema en el que el acceso a los distintos Centros se encuentre condicionado por

(13) Véase *Derecho Administrativo especial*, tomo II, Zaragoza, 1965, p. 96.

circunstancias económicas. Deberán conjugarse, forzosamente, ambos planteamientos (la libertad y el derecho a la enseñanza) para ofrecer una solución justa y efectiva al problema que suscitan, lo cual no es realmente fácil de llevar a la práctica.

No se trata, en este caso, más que de otro de tantos supuestos, en los que es preciso diferenciar las libertades meramente formales de las libertades materiales. Difícilmente podrá ser exigible una libertad de enseñanza cuando no existe un derecho correlativo para hacer real esta exigencia y, a su vez, este derecho tampoco podrá ser configurable como tal, si no es en base a una exigencia mínima de igualdad.

En la categoría de servicio público, sin embargo, la igualdad adquiere una dimensión específica, al configurarse como un «derecho» del usuario dirigido, sustancialmente, a una doble finalidad: igualdad en el trato y derecho de acceso indiscriminado al servicio (14). Ambas vertientes se encuentran recogidas en el artículo 2.º, apartado 3.º de la LGE en la forma siguiente:

«Para hacer posible el ejercicio del derecho de los españoles a la educación en los niveles posteriores al obligatorio, el Estado dará plena efectividad al principio de igualdad de oportunidades, en función de la capacidad intelectual, la aptitud y el aprovechamiento personal, mediante la concesión de ayudas, subvenciones o préstamos necesarios a los alumnos que carezcan de los indispensables medios económicos.»

Por cuanto se refiere al nivel anterior de enseñanza—EGB y Formación Profesional de primer grado—la igualdad se tiende a conseguir de una forma mucho más tajante y efectiva, a través de la «obligatoriedad» y en tal sentido el párrafo 2.º del citado artículo, establece que:

«La Educación General Básica será obligatoria y gratuita para todos los españoles. Quienes no prosigan sus estudios en niveles educativos superiores, recibirán también obligatoria y gratuitamente una formación profesional de primer grado.»

(14) Véase *Derecho Administrativo*, UNED (t. 5.º), pp. 496 y 497, donde se hace una exposición de esta doble vertiente del principio de igualdad en los servicios públicos.

«Una vez conseguidos los fines a que se refiere el párrafo anterior, el Gobierno extenderá al Bachillerato la gratuidad de la enseñanza.»

De otro lado, como fácilmente puede comprenderse, la implantación de una enseñanza obligatoria comporta, necesariamente, una gratuidad de la misma, y la gratuidad, por su parte, se cohonesto, directamente, con la posibilidad de obtener unos medios de financiación adecuados para ello.

El hecho de afirmar que el efectivo cumplimiento del principio de igualdad se traduce, al fin y a la postre, en un problema financiero no supone ciertamente descubrir nada nuevo, puesto que ésta ha sido el caballo de batalla de todas las Leyes que, con anterioridad a la LGE han intentado plasmar este principio (15).

En este sentido la propia exposición de motivos de la LGE indicaba lo siguiente:

«Cuestión esencial para determinar las posibilidades y plazo, durante el cual podrá llevarse a cabo la presente Ley, ha sido la determinación de su coste financiero, el cual se ha distribuido en anualidades, de conformidad con las necesarias etapas de aplicación de la misma. Dadas las características especiales que concurren en el sector de la educación, se ha considerado necesario, aunque sea con carácter indicativo, que dichas anualidades puedan incorporarse a los Presupuestos Generales del Estado, dentro del límite que se marque para alcanzar los objetivos de la política presupuestaria» (16).

(15) La Ley de IBÁÑEZ MARTÍN de Educación Primaria de 17 de julio de 1945 establecía, en su artículo 13, la gratuidad, aunque referida; tan sólo, a las enseñanzas oficiales y con un alcance muy limitado en las Escuelas de la Iglesia y las demás privadas, conforme a la Ley de Protección Escolar de 1944. Precedentes parciales de esta «gratuidad limitada» se encuentran también en la Real Orden de 1 de marzo de 1921 (por la que se fija el número de matrículas gratuitas en función de lo establecido en la Ley de Presupuesto y Real Decreto de 5 de marzo de 1928 (sobre concesión de préstamos a alumnos relacionados), Decreto de 2 de mayo de 1935, Orden de 4 de noviembre de 1937 (alumnos gratuitos en los centros de enseñanza ya privada), Orden de 9 de agosto de 1935 (justificación de derecho de petición de matrículas gratuitas), etc.

(16) La LGE contó para su desarrollo financiero inicial con un préstamo de doce millones de dólares del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento cuyas condiciones se plasmaron en el Convenio de 30 de junio de 1970 («BOE» del 23 de octubre); el Decreto-ley 11/1970, de 28 de julio, autorizó al ministro de Hacienda para firmar el citado Convenio, y el Decreto 3195/1970, de 22 de octubre, creó la Unidad Administrativa para la gestión del programa contenido

No se trata aquí de hacer un análisis de los motivos por los cuales no se llevó a cabo, en forma adecuada, esta financiación programada que debería concluir en 1980 con la implantación efectiva de la gratuidad, sino simplemente de poner de manifiesto lo esencial de tal aspecto en orden a la consecución de esta finalidad. Ello, no obstante, volveremos posteriormente a insistir sobre este punto, sin perjuicio de hacer notar en este momento el enfoque realista que adoptó desde un principio la LGE sobre el mismo.

2. Principio de continuidad

La continuidad del servicio público constituye, no ya una consecuencia de la declaración del servicio, sino su característica o elemento definitorio más importante; hasta el punto de que la misma prestación verificada en forma discontinua pierde la naturaleza de servicio público (17).

La propia Ley de Contratos del Estado recoge este principio en el apartado 1.º del artículo 72 al exigir del empresario la prestación del servicio «con la continuidad convenida».

Tal continuidad, como es lógico, tiene, sin embargo, diferentes acepciones, en función del contenido específico de la prestación que conlleve cada servicio público. En el bloque de servicios de suministro es donde más claramente se manifiesta, al configurarse negativamente como la imposibilidad de suspender el servicio. Sin embargo, en otros bloques de servicios económicos—como el de transportes—su exigencia es completamente distinta por cuanto que supone simplemente una *regularidad* en su prestación.

Esta es, justamente, la forma en que debe ser predicable la continuidad en el ámbito de la enseñanza, y que la Ley General de Educación impone mediante la sumisión al calendario escolar único de todos los centros docentes (artículo 10). En la forma explícita, además, la continuidad en la educación se recoge específicamente en el artículo 9.º, 4, de la Ley General de Educación, que establece lo siguiente:

en el mismo. Finalmente, la Orden de 12 de enero de 1971, ratificó el Convenio de Crédito con el DIRF. Sobre este tema puede consultarse el trabajo de BASANTA DE LA PEÑA: *La financiación de la nueva Ley de Educación*, en «Revista de Derecho Financiero», núm. 89 (1970), pp. 33 y ss., así como DIEZ HOCHLEITNER: *Política y financiación de la educación*, Ed. ENAD, Madrid, 1967, y, en general: FERNÁNDEZ CANTOS y G. CARRASCO: *Ley General de Educación, Espíritu y realidad de la reforma educativa española* (en donde se comenta el texto de la Ley); Salamanca, 1971.

(17) Cfr. *Derecho Administrativo*, UNED, op. cit., p. 511. Vid. sobre este tema SALA ARQUER: *El principio de continuidad de los servicios públicos*, Madrid, 1972.

«La orientación educativa y profesional deberá constituir un servicio continuado a lo largo de todo el sistema educativo, atenderá a la capacidad, aptitud y vocación de los alumnos y facilitará su elección consciente y responsable.»

En igual sentido, el artículo 9.º, apartado 1.º, indica que «el sistema educativo asegurará la *unidad del proceso de educación* y facilitará la continuación del mismo a lo largo de la vida del hombre para satisfacer las exigencias de educación que plantea la sociedad moderna».

Finalmente, el propio artículo 3.º de la Ley General de Educación se refiere igualmente a este aspecto al disponer que «la educación... exige a los centros docentes, a los profesores y a los alumnos *la máxima colaboración en la continuidad...* de sus correspondientes actividades».

La incidencia del principio de continuidad de la prestación en el ámbito de la educación se traduce sustancialmente en la potestad disciplinaria de la Administración, que puede exigir su cumplimiento a los centros no estatales, llegando incluso a la posibilidad de revocar la autorización concedida para su instalación y funcionamiento, como consecuencia del incumplimiento de esta obligación esencial.

Posibilidad que la propia Ley General de Educación establece, en forma expresa, en su artículo 94, número 3, en el caso de que los centros deben de reunir las condiciones establecidas, sin perjuicio de otras facultades que se atribuyen en términos generales a la Administración, y muy sustancialmente de las competencias de la denominada Inspección General de Servicios, a que se refieren los artículos 142 y siguientes de la misma (18).

De lo que no cabe duda es que nos encontramos ante un vínculo de sujeción mucho más estrecho que el que supone la mera autorización de policía, que hace desgranar sus efectos, a lo largo del tiempo, en forma de sometimiento específico del particular a una serie de obligaciones (genéricas y específicas), cuyo incumplimiento puede abocar a la ruptura de este vínculo. El sistema utilizado es, por ello, paralelo al existente en otras actividades de servicio público, neta-

(18) Toda la problemática del régimen de autorizaciones, arranca de la legislación en materia de clasificación y transformación de los Centros de enseñanza que tiene su origen en la Orden ministerial de 19 de junio de 1971, dictada en desarrollo del artículo 94, núm. 2, de la Ley General de Educación.

mente económicas, como el suministro de energía eléctrica (19), en donde no cabe cuestionarse la naturaleza de la actividad.

Otro tanto cabría decir del servicio de suministro de gas, donde a pesar de la declaración programática del Real Decreto-ley de 12 de abril de 1924 no se opera la conversión de las antiguas autorizaciones en concesiones administrativas, y como tal venía a mantenerse en el Reglamento de 1956, según pone de manifiesto FERNÁNDEZ TORRES (20).

GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (21) han venido a subrayar los escasos límites actualmente existentes entre ambas categorías, llegando incluso a hablar de una cierta crisis en el concepto de autorización tal como fue inicialmente deslindada por RANELLETTI en 1893. Será, en definitiva, la mayor o menor intensidad de la *publicatio* lo que venga a decantar la utilización de una u otra fórmula.

No se trata con ello de aceptar una crisis de los conceptos que de generalizarse llegaría a vaciar el propio Derecho administrativo de su contenido científico o, al menos, sistemático, sino, por el contrario, de postular una óptica diferente.

Lo más peculiar y propio del Derecho administrativo radica justamente en su capacidad de adaptarse y moldearse a la realidad que trata de conformar, eligiendo para ello la técnica más conveniente a cada momento y circunstancia histórica. En el contexto actual de nuestra sociedad, resulta obvio que no es suficiente una mera acción de policía, e incluso de fomento, en materia de educación, para satisfacer la demanda de un derecho a la enseñanza. Pero de otro lado, la socialización del sector, que implicaría su máxima *publicatio*, tampoco es posible desde el punto en que se reconoce como algo correlativo a ese derecho una libertad que sería inviable si no existiese posibilidad de elección.

Cabalmente, el término medio de esta tensión viene ofrecido por la idea de servicio público, o lo que es lo mismo, por una *publicatio* en la actividad de la enseñanza oficial (sustancialmente el reconocimiento de títulos) que no implique un monopolio en la titularidad de los centros. Aunque más adelante volveremos a insistir sobre esta idea,

(19) Es de señalar cómo en el vigente Reglamento de Verificaciones Eléctricas y Regularidad en el Suministro de Energía Eléctrica, tampoco se recogió explícitamente dentro de la potestad sancionatoria de la Administración la posibilidad de revocar la autorización concedida a las empresas gestoras de este servicio.

(20) Véase *El servicio público del gas*, en el núm. 86 de esta REVISTA, p. 61.

(21) Véase *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, Madrid, 1977, pp. 121 y siguientes.

baste, por el momento, con dejar aquí apuntado el ámbito específico sobre el que incide la *publicatio* estatal.

Pues bien, una vez que se ha optado por el ejercicio de unas facultades de intervención de más amplio espectro que las de mera policía o fomento, su utilización no se ciñe exclusivamente a las propias de tal categoría. Al igual que en el fomento encontramos técnicas propias de policía (22), y las técnicas de aquél y de ésta son, a su vez, intercambiables entre sí (23) hasta tal punto que la «convertibilidad» de las técnicas es algo predicable de todos los sectores de actuación del Derecho administrativo. La utilización de la subvención—como algo propio y privativo del fomento—en materia de servicios públicos es un fenómeno generalizado de igual forma que lo es la sustitución de las concesiones por autorizaciones administrativas complejas (que difieren en su contenido y alcance de las meras autorizaciones de policía en materia de orden público).

Podría decirse, en este sentido, que cada forma de intervención emplea sus técnicas propias junto con otras procedentes de la anterior, dentro de un proceso evolutivo. El fomento, que surge como intento de superación de la policía, acabará por emplear para sus propios fines las técnicas propias de aquélla (por ejemplo, las subidas de aranceles). A su vez, el servicio público utilizará la subvención y la técnica de autorización como propias, al objeto de dar operatividad a la finalidad que persigue la Administración al utilizar esta categoría.

No se trata en forma alguna de un derrumbamiento de los conceptos o de las categorías, toda vez que una y otras no existen en puridad más que en la mente de las personas. El Derecho administrativo

(22) En este sentido GARRIDO FALLA, *op. cit.*, p. 253, indica lo siguiente: «Hay que insistir en que la distinción entre las diversas formas de la actividad administrativa no está tanto en el fin perseguido cuanto en el *modus operandi*, esto es, en lo que la doctrina moderna ha dado en llamar "técnicas operativas de la Administración". Interesa esta precisión porque, como en el caso de la actividad de policía, el moderno Derecho administrativo se encuentra aquí ante conceptos que habían alcanzado un cierto grado de elaboración en etapas anteriores al Estado de derecho... Ahora bien, el hecho de que la progresiva aparición de las técnicas de fomento y de servicio público se corresponda con la aparición de nuevos fines asumidos por el Estado, no debe hacernos pensar en el monopolio de determinados fines administrativos a favor de unas u otras técnicas de actuación. Por el contrario, tan es posible alcanzar un fin de orden público (para muchos privativo de la policía) empleando técnicas de fomento, como perseguir una actividad de tipo perfeccionista (para muchos típica de la actividad de fomento) empleando medidas de tipo coactivo.»

(23) *Vid.* VILLAR PALASÍ: «Las técnicas administrativas de fomento y de apoyo al precio político». En el núm. 14 de esta REVISTA, p. 54, y *La intervención administrativa en la industria*. Madrid, 1964, pp. 121, 291 y ss.

es un instrumento de resultado al que poco importan las categorías formales para la consecución real de sus fines.

El servicio público, el fomento y la policía no son más que líneas tendenciales, nunca en estado puro, de la acción administrativa, porque el apego de «lo administrativo» a la decisión política hará que deba suministrar continuamente nuevas fórmulas o combinaciones inéditas de viejas técnicas para hacer viables los objetivos cada vez más numerosos que van apareciendo.

Entiendo que es dentro de este contexto donde debe y puede ser planteado el encuadre de la acción administrativa en materia de educación. Avanzando lo que más adelante será expuesto, el servicio público encuentra su acomodo, como categoría, en este sector, pero bien entendido que ello no implica una publicación absoluta del mismo. Junto a las notas típicas y peculiares del servicio público —monopolio en la titularidad, continuidad e igualdad en la prestación, etc.— aparecen otras técnicas cuyo encuadre se encuentra en el fomento (subvenciones) o en la policía (autorizaciones para centros privados).

Es preciso recalcar, no obstante, que todo ello no enerva, en forma alguna, la operatividad propia del concepto de servicio público, porque todas estas técnicas quedarán en cierta forma transformadas o «coloreadas» por el específico sentido que les otorga su incardinación en el seno del mismo.

En lo que atañe al aspecto que ahora examinamos —la continuidad del servicio—, debe recordarse que la inclusión de este elemento como algo consustancial al servicio público se encontraba ligada a un tema fundamental como era la idea del monopolio estatal. Fue precisamente a raíz de las eventuales suspensiones de pagos y quiebras de las compañías de ferrocarriles cuando se puso de manifiesto la necesidad de establecer un procedimiento «exorbitante» del Derecho común que dejase a salvo la continuidad en la explotación de este servicio (24).

Sin embargo, esta singularidad fue hecha extensiva ya por la propia Ley de Quiebras de 1869 a toda clase de obras públicas, y la Ley de Obras Públicas de Toreno de 13 de abril de 1877 amplió su ámbito al entender por obras públicas «las que son de general uso y aprovechamiento y construcciones *destinadas a servicios* que se hallen a cargo

(24) La primera manifestación de ello se recoge en un Real Decreto de Echeagaray de 7 de noviembre de 1872, de lo que ya existían, sin embargo, precedentes en la Ley de Quiebras de 1869. Un resumen de todo este proceso puede encontrarse en SALA ARQUER: *El principio de continuidad de los servicios públicos*. Madrid, 1972.

del Estado, de las provincias y de los pueblos» (orientación que, con más o menos matices, sostuvo en la legislación posterior).

Ello no obstante, las especialidades de tales procedimientos no fueron aplicadas nunca más que a las compañías de ferrocarriles (25), con lo cual se puso de manifiesto la futilidad de intentar generalizar esta excepción, pese a lo cual el principio de continuidad siguió acompañando como elemento necesario la categoría íntegra del servicio público.

Sin embargo, todo esto no pasa de ser pura anécdota, de tal forma que será excesivo afirmar que el alcance del principio de continuidad fuera únicamente éste. El caso de los ferrocarriles no es sino una muestra parcial de cómo llegó a adquirir solución adecuada el planteamiento concreto de una situación real como lo eran los continuos riesgos de suspensiones de pagos y quiebras en estas compañías.

Existe, sin embargo, una justificación mucho más general y lógica para emparejar la continuidad a la categoría del servicio público, como es el hecho de que la «asunción» por el Estado de la titularidad de una actividad determinada debe responder, en todo caso, a una necesidad lo suficientemente importante para que quede compensado ese «sacrificio social» que comporta toda *publicatio*.

No quiero indicar con ello que toda actividad o servicio de los cuales sea exigible socialmente una continuidad deban ser englobados en la categoría del servicio público (ya que ello corresponde al terreno de la decisión política). Pero sí que toda actividad asumida como servicio público implique o deba implicar una continuidad en su prestación.

Se trata, cierto es, de un principio no formulado explícitamente en disposición alguna, pero que es constatable en todas y cada una de las actividades declaradas como servicio público por la Ley. En el sector de la educación, ya hemos visto cómo la LGE lo recoge en sus diversas acepciones (educación permanente, continuidad en la impartición de enseñanzas, etc.), y, por consiguiente, pasa a formar parte de las obligaciones del gestor de este servicio.

Cuestión aparte será la relativa al alcance real que deba serle otorgado en las distintas manifestaciones en que tiene lugar. De momento la LGE y la legislación en desarrollo de la misma no han previsto el máximo alcance del principio, aunque ello no impida ni mucho

(25) Vid. *Derecho administrativo...*, UNED, *op. cit.*, pp. 512 y ss.

menos que pueda llegar a desarrollarse y a extenderse a otros ámbitos, de tal forma que otorgasen una mayor protección al derecho a la enseñanza.

3. *Potestad tarifaria de la Administración*

Este aspecto, además de suponer la atribución de una potestad específica—y muy trascendental en su contenido— a la Administración, vuelve a colocar nuevamente sobre el tapete el tema de la gratuidad de la enseñanza y el de su financiación, que, como ya se indicó anteriormente, se encuentran inevitablemente ligados.

Lo cierto es que desde el momento en que se consagra la obligatoriedad de la enseñanza a un determinado nivel, se proclama implícitamente su gratuidad, y ello tan sólo puede ser obtenido (en el contexto de la sociedad española actual) a través de una adecuada programación y previsión de su sistema de financiamiento.

Las técnicas para ello pueden ser, desde la perspectiva puramente hipotética, muy variadas, pero englobables en su mayoría en el seno de la denominada acción de fomento y muy singularmente a través de la subvención. Entiéndase, no obstante y como ya ha quedado expuesto, que el hecho de aplicar técnicas propias del fomento no implica en forma alguna que la educación sea incardinable en esta categoría, sino, por el contrario, no es más que un fenómeno generalizado en el ámbito del servicio público, aunque con las necesarias matizaciones que tendremos ocasión de exponer.

Justamente la primera de ellas viene determinada por la existencia de una «tarifa cero» para el nivel de Educación General Básica (26), recogida en el artículo 94, número 4, apartados *a*), *b*) y *c*):

«*a*) En el más breve plazo, y como máximo al concluir el período previsto para la aplicación de la presente Ley, la Educación General Básica, así como la Formación Profesional de primer grado, serán gratuitas en todos los centros estatales y no estatales. Estos últimos serán subvencionados por el Estado en la misma cuantía que represente el coste de sostenimiento por alumno en la en-

(26) Esto, sin embargo, no constituye una excepcionalidad singular, ya que también son apreciables estas «tarifas cero» en algunos servicios públicos tan característicos como los de transporte aplicable a miembros del Parlamento y del Gobierno.

señanza de los centros estatales, más la cuota de autorización e intereses de las inversiones requeridas (27).

b) A los efectos de la referida subvención, se establecerán los correspondientes conciertos, de conformidad con lo que determina el artículo 96 de esta Ley (28).

c) En el caso de que los edificios e instalaciones dejasen de dedicarse entera y exclusivamente a la actividad docente a que se refiere este apartado, antes de cumplirse los treinta años, la Entidad beneficiaria quedará obligada a la devolución al Estado de las cantidades percibidas correspondientes a dicha cuota de autorización más los intereses, salvo que hiciese cesión definitiva al Estado de los mencionados edificios e instalaciones.»

Resulta patente, como el papel de la subvención viene a adquirir una naturaleza muy cercana a la contractual por cuanto que implica determinadas obligaciones para los centros docentes, que se traducen sustancialmente en la necesidad de sustituir el eventual «precio» en la prestación del servicio de educación, por una «tarifa cero», o lo que es lo mismo, por una tarifa cuyo contenido queda *completamente* absorbido por el importe de la subvención (29); así como en

(27) Reiterando lo previsto en el artículo 2.º, núm. 2, de la LGE, el Decreto 2459/1970, de 22 de agosto, señala la gratuidad de la enseñanza correspondiente a los cinco primeros años de la Educación General Básica que impartan los centros docentes estatales y aquellos otros centros docentes no estatales que funcionen en régimen de Consejo Escolar Primario o sean filiales de centros estatales, o estén adoptados por el Estado. Posteriormente, el Decreto 1485/1971, de 1 de julio, sobre ordenación del curso académico de 1971-1972, ratificó la gratuidad para los cinco primeros cursos de la EGB, siguiendo a esta disposición, otras posteriores que hicieron extensiva la gratuidad a todo el periodo de EGB.

(28) Las Ordenes ministeriales de 19 de octubre de 1970 y 9 de agosto de 1971 dictaron las primeras normas para la regulación de los precios en los centros docentes a que se refiere este apartado.

(29) Con ello no se altera, en sustancia, el régimen propio de las tarifas y del equilibrio económico que prende las mismas según lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 74 de la LCE («cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al empresario, de manera que se mantengan en equilibrio los supuestos económicos que prendieron la perfección de aquél»). En igual sentido, el artículo 73 de la citada Ley considera la subvención como elemento integrante de la tarifa, por lo que no supondría forzar el contenido de estos preceptos el hecho de admitir la existencia de la llamada «tarifa cero», integrada exclusivamente por el importe de la subvención. Sobre el concepto de la subvención puede consultarse VILLAR PALASI: «Las técnicas de fomento y de apoyo al precio político», en *RAP* núm. 14, pp. 11 y ss., así como NIEVES BORRERO: *Estudio sistemático y consideración jurídico-administrativa de la subvención*, en el núm. 42 de esta REVISTA, pp. 17 y ss.

una vinculación o afectación peculiar de los edificios e instalaciones en caso de que dejasen de prestar este servicio (30).

Es justamente esta última consecuencia lo que podría hacer pensar en una cierta afectación de las instalaciones destinadas a la docencia al servicio público a que sirven, aunque ello no llegase a traducirse en una auténtica «conversión demanial» de estos bienes, al amparo del artículo 339 del Código Civil. Lo cierto es que los centros docentes no estatales no han sido nunca ni son pertenencias demaniales, a pesar de que pueda predicarse de los mismos una afectación a un servicio público. Todo lo más que pretende la LGE se traduce en el establecimiento de una garantía (en forma similar a como se estructuran las afecciones por débitos a la Hacienda Pública), que cubra la eventualidad de una falta de devolución de la parte correspondiente a las subvenciones destinadas a la amortización de las instalaciones e intereses devengados, en el supuesto de que deje de prestarse el servicio.

Sin embargo, ello no tiene por qué enervar la calificación como servicio público de la enseñanza, ya que la técnica de la afectación demanial (31) no aparece de hecho en otras actividades cuya inclusión en la categoría de servicio público no ofrece la menor duda. Baste citar como ejemplo palpable de ello las centrales de producción de energía eléctrica, que son considerados como bienes pertenecientes al patrimonio privado de las empresas, y como tal inscritas en el Registro de la Propiedad, pese a la posibilidad, en contrario (esto es, de proceder a su inscripción como concesión de servicios) que ofrece

(30) Sobre la naturaleza de esta subvención como «subvención compensación», vid. GÓMEZ-FERRER, op. cit., p. 21, a cuyo respecto indica que: «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 a favor del Estado cuando se intente variar esta adscripción, derecho que existe usualmente en las concesiones de recurso, 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...» 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 devolverse la parte de la misma destinada a autorización e intereses de las inversiones o ceder al Estado los edificios e instalaciones. La consecuencia de esta peculiaridad sirve de base al autor citado para concluir que nos encontramos ante la presencia de un supuesto de ejercicio de actividad privada más que frente a un auténtico servicio público, criterio que no comparto por las razones que más adelante haré referencia.

(31) Sobre el concepto de afectación puede consultarse, con carácter general, el trabajo de GASPAR ARIÑO *La afectación de bienes al servicio público*, ENAP, 1973.

el artículo 72 del Reglamento Hipotecario. Otro tanto tiene lugar con las empresas suministradoras de gas, cuyos bienes inmuebles no se incardinan en el dominio público (caso típico de ello lo ofrece la empresa Butano, S. A.).

En realidad lo que acontece es que la afectación demanial surgió como categoría importada del Derecho francés y se aplicó en nuestro país sustancialmente a los ferrocarriles, donde los aspectos de obra pública y dominio público se llegaban a confundir. Tan sólo cuando la actividad de servicio público tenga un sustrato material calificable de obra pública (y para ello habrá que acudir a los criterios de la vieja Ley de 1877) tendrá lugar la denominada afectación.

Lo cierto es que la afectación como tal nunca ha llegado a aplicarse, respecto a los bienes inmuebles, más que cuando hacía su aparición la obra pública. Este es cabalmente el sentido de los artículos 60 a 72 del vigente Reglamento Hipotecario que llevan como título genérico «inscripción de obras públicas, minas y aguas».

Lo verdaderamente inscribible en el Registro de la Propiedad son las obras públicas y no los bienes demaniales afectos a un servicio público, ya que tal afectación no conllevará efectivamente una transformación demanial de los bienes inmuebles que constituyan su base material o se encuentren relacionados con la misma más que en la medida en que puedan ser calificadas como obra pública. Por este motivo, no todas las concesiones del servicio público son inscribibles en el Registro de la Propiedad, sino exclusivamente aquellas que supongan la explotación de una obra pública.

El propio artículo 334 del Código Civil califica a las concesiones de servicios públicos como bienes muebles y el artículo 107 de la Ley Hipotecaria hace alusión a «las concesiones administrativas de minas, ferrocarriles, puentes y otras obras destinadas al servicio público, y los edificios o terrenos que, no estando directa y exclusivamente destinados al referido servicio, pertenezcan al dominio particular, si bien se hallen agregados a aquellas obras».

Como puede apreciarse, y pese a que aparentemente la justificación del alcance limitado de la afectación se vincule a la ausencia de un destino directo y exclusivo al servicio público, lo cierto es que toda la legislación hipotecaria deja traslucir que el trasvase entre las categorías de demanio y servicio público tan sólo se opera a través de la obra pública.

Por este motivo, los centros docentes estatales sí tienen carácter demanial, en tanto en cuanto proceden de una «obra pública» previa que les confiere esta naturaleza.

Los restantes centros, esto es, los calificados por la Ley como «no estatales» carecerán de este carácter demanial, pero ello, sin embargo, no los convertirá en meras propiedades privadas de las que puede libremente disponer su titular.

Aun conservando su carácter patrimonial privado, la «afectación» a un servicio público hace que confluyan en ellos unas características muy peculiares. En efecto, tales edificaciones e instalaciones podrán enajenarse, gravarse y cederse a terceros libremente, *pero* subsiste sobre los mismos la obligación de carácter real de seguir destinándolos a fines docentes. De otra forma, operará sobre ellos un derecho de reversión a favor de la Administración, configurado por la LGE en forma de «cesión definitiva».

La alternativa, en caso de que el centro deje de estar dedicado a la enseñanza, parece clara: o se devuelven al Estado la totalidad de las subvenciones destinadas a la cuota de amortización del mismo con los intereses correspondientes o se «cede definitivamente» el inmueble a éste. En principio, no existe inconveniente para configurar esta alternativa como una mera garantía de la Administración derivada de la subvención.

Como pone de manifiesto GÓMEZ-FERRER (32), «no existe aquí reversión en las concesiones de servicio en 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— aboca la parte no amortizada de las instalaciones». Del hecho de que acontezca justamente lo contrario (esto es, que, transcurridos los treinta años, las instalaciones queden de propiedad del particular), extrae, sin embargo, la consecuencia de que no estamos en presencia de un auténtico servicio público, sino de un mero supuesto de ejercicio de actividad privada de interés público.

Ya ha quedado expuesto cómo la afectación demanial no tiene lugar en todos los servicios públicos, así como su limitada y específica operatividad. Consiguientemente, por este sólo hecho no puede predicarse la inexistencia de un servicio público en materia de educación.

(32) Cfr. *op. cit.*, p. 21.

Pero es que, además, lo dispuesto en el artículo 94 a que ahora nos referimos tiene, o es susceptible de tener al menos, otra suerte de explicaciones. En primer término, el hecho de que la *publicatio* no recaiga sobre el ejercicio de la enseñanza propiamente, sino sobre el reconocimiento oficial de la misma, aspecto éste sobre el que volveremos a insistir más adelante.

En segundo lugar, lo cual no es más que un corolario de lo anterior, la circunstancia de que para la creación y funcionamiento de los centros de enseñanza se utilice una técnica como la de la autorización previa (en lugar de la concesión). Ello es así, en tanto en cuanto la sede física es algo accesorio a la actividad objeto de la *publicatio* y, por tanto, no se encuentra «adscrita» directamente al servicio público. Téngase en cuenta que para subrogarse en el ejercicio de la impartición de enseñanzas oficialmente reconocidas, es necesaria una «homologación» o cuando menos una habilitación, según los términos del artículo 95 de la LGE, lo cual resulta ser, de suyo, algo distinto de la mera «autorización» para la creación o funcionamiento del centro (33).

En última instancia, lo dispuesto en el artículo 94, número 4, apartado c), de la LGE, puede venir a implicar la inexistencia de una reversión, pero también es cierto que ésta no es en forma alguna requisito intrínseco en materia de servicios públicos. Lo que es más según las construcciones doctrinales al uso, lo que revierte al Estado debe ser aquello que constituye el objeto de la *publicatio* al implicar su concesión una forma paralela a la desmembración del dominio en la figura del censo (de donde, originariamente, tomó su esencia la concesión demanial). Pero este «objeto» no es otra cosa que el ejercicio de la enseñanza *a efectos oficiales*, y esto es justamente lo que revierte en el caso de revocación de la autorización inicial (o de supresión de la homologación o habilitación). El hecho de que los edificios e instalaciones permanezcan en la propiedad del particular «transcurridos treinta años», no viene a ser sino una forma de establecer, por vía negativa, un derecho excepcional a favor de la Administración antes de que transcurra este período. Este derecho, sin embargo, no se deriva de la adscripción del centro del servicio público de educación —cosa que no tiene lugar—, sino de la garantía para la devolución de la subvención.

(33) Dejando aparte el tema de las Universidades privadas, al que no se refiere el artículo 95 y que se desarrolla en forma genérica en los arts. 63 y ss. de la LGE, englobada con las Universidades estatales.

Lo que es más, tampoco ello implica una garantía frente a la devolución de la totalidad de la subvención, de considerar ésta dentro del ámbito de las «modales», sino exclusivamente de aquella parte de las mismas correspondiente a la «cuota de amortización» de instalaciones. La actuación de la Administración, en este sentido (financiación de centros privados de enseñanza), resulta ser incardinable en la más pura actividad de fomento, o, por mejor decir, se lleva a cabo a través de una técnica incardinable propiamente en esta categoría, aunque el «conjunto» de la actuación pertenezca al bloque de los servicios públicos.

IV. POSIBILIDAD ACTUAL DE CONFIGURAR LA EDUCACIÓN EN BASE A LA CATEGORÍA DE SERVICIO PÚBLICO

1. *La financiación como condicionamiento del principio de libertad en la enseñanza*

Como ya ha sido reiteradamente expuesto, el problema sustancial de la enseñanza reside no tanto en el puro reconocimiento formal del derecho de toda persona a la educación, como en establecer los medios adecuados para ello (34). En definitiva, la financiación efectiva de un sistema educativo es lo que podrá dar la medida de la posibilidad de ejercer este derecho fundamental transformándolo en algo realmente operativo (35).

En este sentido, y aplicando esta consecuencia al contexto actual español, C. ESTRADA pone de manifiesto cómo «dados los ambiciosos objetivos de la reforma de 1970, parece claro que los recursos asignados fueran netamente insuficientes, desde el punto de vista de conseguir resultados perceptibles en la expansión general del sistema y en su rendimiento cualitativo» (36), añadiendo más adelante que «te-

(34) Dejando aparte, como ya hemos indicado, la disyuntiva previa entre la socialización o la libertad de la enseñanza, planteamiento que, a más de pertenecer a la política, no resulta tan nítido en la oposición de las alternativas que plantea.

(35) Entre los diversos estudios realizados acerca de este punto puede consultarse J. R. QUINTAS y J. SANMARTÍN: *Aspectos económicos de la Educación*, en «Información Comercial Española» núm. 537, Ministerio de Comercio y Turismo, mayo 1978, pp. 37 y ss.; Díez HOCHLEITNER, *op. cit.*; BASANTA DE LA PEÑA, *op. cit.*; ETAPÉ RODRÍGUEZ: *Las inversiones en enseñanza y desarrollo económico*, Barcelona, 1963.

(36) Cfr. *Planificación y financiación de la educación*, en «Revista de Información Comercial Española» núm. 537, *op. cit.*, p. 38.

niendo en cuenta sólo el nivel económico general de la nación, hay razones para sostener que sería posible una cota mucho más elevada del gasto público en la educación, pues las comparaciones internacionales demuestran que España es uno de los países industrializados cuya relación "gasto público en educación-producto interior bruto" es más baja (con la mitad que el promedio del Mercado Común).

Se quiere indicar con ello que los planteamientos de la LGE no han sido desarrollados al máximo de sus posibilidades ni mucho menos, no sólo en su sistema de financiación, sino también en otros muchos puntos que han sido soslayados o tergiversados en su aplicación.

Sin embargo, lo cierto es que la financiación de la primera etapa de enseñanza (EGB y formación profesional de primer grado) requiere, de suyo, un manejo directo de las consignaciones presupuestarias. Si partimos de un reconocimiento de base de la educación como servicio público, es evidente que la gratuidad de este período implica la existencia de una «tarifa cero», y a su vez esta tarifa tan sólo puede ser financiada a través del presupuesto.

En los casos de gestión directa de la enseñanza por la Administración (centros estatales) por medio de la oportuna consignación de las partidas presupuestarias correspondientes. En aquellos otros en que la gestión es indirecta (centros no estatales), mediante la técnica de la subvención global que abarque la totalidad del importe de la tarifa.

Ahora bien, esta tarifa—o precio de la enseñanza (en términos genéricos) (37)—debe descomponerse, al menos, en dos factores, uno de los cuales tenga en cuenta el costo fijo y de amortización, y el otro el costo de inversión por alumno. De esta forma, resulta que la subvención debe referirse, a su vez, a estos dos factores, en cuanto que como elemento de financiación de la gratuidad debe cubrir el coste total (gastos directos e indirectos) por alumno de EGB. Eventualmente, la subvención, dado el sistema de libertad por el que se ha optado en esta materia debería extenderse, también, al beneficio industrial previsible una vez cubiertos los gastos de todo tipo (38).

(37) La LGE la califica expresamente de tasa en su artículo 7.º, y más concretamente en las Ordenes ministeriales de 19 de octubre de 1970 y 9 de agosto de 1971, por las que se dictan normas para la regulación de los precios en los centros de enseñanza, aunque el propio artículo 7.º de la LGE, en su ap. 3 emplea la denominación de precios (aunque en ellos se englobe a la tasa junto a otros conceptos).

(38) En este sentido, el artículo 94, núm. 4, de la LGE establece lo siguiente:

«a) En el más breve plazo, y como máximo al concluir el período previsto para la aplicación de la presente Ley. La Educación General Básica, así como la For-

Para los restantes niveles educativos, si bien no se encuentra consagrada la gratuidad, existe una línea tendencial para obtenerla (artículo 2.º, 2, de la LGE), debido a lo cual la subvención a los centros no estatales deberá seguir esta misma línea progresiva. Además de ello, la tarifa no podrá exceder de los costes reales (entendiendo incluidos en ellos el beneficio del empresario establecido de antemano por la Administración), por puesto escolar (artículo 7.º, 1, de la LGE).

Cierto es que la LGE deja abierto el marco para la implantación de un sistema de financiación de la gratuidad en el que la subvención no cubra más que los costes, sin dejar margen alguno de beneficio. Ello supondría, de llevarse a cabo, tanto como una socialización efectiva de la enseñanza, aunque mitigada en sus efectos, por cuanto que siempre dejaría la puerta abierta para el libre establecimiento de centros no estatales que, eventualmente, aceptasen la ausencia de lucro, con lo cual desaparecería el carácter «empresarial» del gestor. Aunque este punto será analizado con mayor detenimiento más adelante, estimo que es justamente uno de los más acertados en el planteamiento del sistema educativo de la LGE. Y ello, porque no siempre resulta conveniente ni oportuno aceptar *in toto* la solución liberal o socialista de un conjunto de actividades, ya que, exceptuando los países del Este, no puede predicarse, actualmente, de ningún país la adopción de uno u otro sistema en forma generalizada.

Lo que es más, la expansión de los fines del Estado y la aparición de la Administración intervencionista hacen del socialismo, como sistema económico, un punto de confluencia hacia el que convergen la mayoría de los Estados de la llamada Europa occidental. El derecho administrativo se ha distinguido, singularmente, en esta andadura

mación Profesional de primer grado serán gratuitas en todos los centros estatales y no estatales. Estos últimos serán subvencionados por el Estado en la misma cuantía que represente el coste de sostenimiento por alumno en la enseñanza de los centros estatales, más la cuota de amortización e intereses de las inversiones requeridas.

b) A los efectos de la referida subvención, se establecerán los correspondientes conciertos de conformidad con lo que determina el artículo 96 de esta Ley.»

Por su parte, el artículo 96 dispone en sus apartados 3.º y 4.º lo siguiente:

«3. En los conciertos que afecten a centros que impartan la enseñanza gratuita a que se refiere el artículo 2.2 de esta Ley, el régimen económico que se establezca será el adecuado para dar efectividad al principio de gratuidad. No podrán establecerse enseñanzas complementarias o servicios que comporten repercusión económica sobre los alumnos sin previa autorización del Ministerio.

4. El coste de sostenimiento por alumno y la cuota de autorización a que se refiere el apartado 4 a) del artículo 94 de esta Ley serán reglamentados por el Ministerio de Educación y Ciencia revisados periódicamente.»

y utiliza para ello técnicas moldeables, tales como las leyes-marco y la planificación que hacen posible esta difícil tensión entre el respeto al principio de legalidad y el necesario apego a una realidad tremendamente fluctuante.

Es esta «elasticidad» de la norma administrativa la que permite que pueda llegarse a la paradójica existencia de un sistema de enseñanza socializado basado en unos presupuestos liberales. Al fin y a la postre, lo que dará la medida exacta «de lo necesario» en cada momento será la mayor fuerza que se otorgue al *derecho a la educación sobre la libertad de enseñanza* que, formulados simultáneamente, encierran una aparente contradicción.

Pero volviendo al hilo de la financiación al que se refiere propiamente este apartado, debe insistirse en su vinculación necesaria al presupuesto, y ello, bien de forma directa, a través de la técnica de la subvención, bien indirecta, mediante las exenciones o bonificaciones fiscales a que se alude en el número 2 del artículo 7.º de la LGE (39).

Naturalmente que la determinación del importe del beneficio del gestor o su exclusión *a limine* será una cuestión que dependerá, también, del sistema tributario en el marco del cual debe desarrollarse el sistema educativo. En el contexto fiscal existente actualmente parece posible llegar a la financiación de la enseñanza gratuita, por cuanto que el mejor reparto de las cargas tributarias hace que los costes del sistema sean distribuidos entre los ciudadanos en forma proporcional a sus ingresos.

Resulta imprescindible tener en cuenta a este respecto que al igual que acontece con otros servicios públicos, en la enseñanza existe una prestación inmediata, que es configurable *uti singuli* (la educación recibida por el alumno). Pero frente a esta prestación, o por mejor decir, en forma paralela aunque más inmediata se encuentra latente otra, que se opera *uti universi* (el nivel educativo de las personas que componen el país).

Es, cabalmente, esta última perspectiva la que viene a justificar que, en definitiva la «tarifa cero» (o lo que es lo mismo, la gratuidad

(39) «En los centros no estatales concertados a los que alude el artículo 96, en los niveles educativos no gratuitos los precios serán fijados en el concierto que se suscriba en función de los costes reales por puesto escolar y de las ayudas concedidas por el Estado y demás entidades públicas y privadas, así como de las exenciones y bonificaciones fiscales.»

de los primeros niveles educativos) sea financiada a través de los impuestos (sin perjuicio de que en el Presupuesto del Estado existan otras fuentes de ingreso que no interesan para el tema que nos ocupa).

La educación está actualmente muy lejos de poder ser considerada como un privilegio, y no en vano se admite como usual la expresión «patrimonio cultural» de un país, como exponente no sólo del mero reconocimiento del derecho a la enseñanza, sino como nivel de su efectiva realización. Si esto es así no existe inconveniente alguno ni justificación honesta para admitir que la educación sea financiada, globalmente, en función de los ingresos de cada contribuyente, otorgando así mayor beligerancia a la prestación mediata (*uti universi*) que a la inmediata (*uti singuli*).

2. Consideración constitucional de la Educación

El artículo 27 de la Constitución viene a poner de manifiesto, como se expuso al comienzo de este trabajo, todo el cúmulo de tensiones contrapuestas, en torno a la educación, que gestaron su redacción actual. De todo ello, interesa singularmente indagar hasta qué punto se puede admitir su configuración como servicio público, en base al sistema establecido por la LGE de 1970.

Por una parte el número 6 de este artículo viene a reconocer la libertad de creación de Centros docentes a las personas físicas o jurídicas, «dentro del respeto a los principios constitucionales». De otra el número 8 establece que «los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las Leyes». ¿Hasta qué punto estas facultades de inspección y homologación pueden llegar a cercenar la libertad de establecimiento contenida en el apartado 6.º?

Ciertamente que esta cuestión no es la primera vez que se plantea en la historia de nuestro constitucionalismo, puesto que ya en el artículo 24 de la Constitución de 1869 se encontraba solapadamente expuesta (40). A juicio de A. CARRO (41) este era, precisamente, uno de los artículos menos liberales de toda la Constitución, puesto que si bien faculta a todo español para fundar y mantener establecimientos

(40) En este artículo se establecía lo siguiente: «Todo español podrá fundar y mantener establecimientos de instrucción o de educación sin previa licencia, salvo la inspección de la autoridad competente por razones de higiene y moralidad».

(41) Véase *La Constitución española de 1869*, Madrid, 1952, pp. 235 y 236.

de instrucción o educación sin previa licencia, ello era referible tan sólo al aspecto «material» del establecimiento. Por el contrario, los títulos de Bachilleres, Licenciados y Doctores logrados en estos centros privados no tenían reconocimiento alguno, ya que tan sólo surtirán efectos aquellos que fuesen expedidos por la propia Administración conforme deja ver, en forma un tanto velada, el siguiente artículo (42).

Resulta conveniente traer aquí a colación la enmienda presentada al artículo 17 por JIMENO ANCIU en la que se proponía la inclusión del «derecho a ejercer libremente y sin necesidad de título o diploma de ninguna clase toda profesión no contraria a la moral o al derecho». MORET contesta a ello en los siguientes términos: «En mi opinión, la doctrina es aceptable y buena, es legítima, pero no se debe elevar a precepto constitucional, sino que, por ejemplo, en la Ley para la administración de justicia puede sostenerse respecto al abogado, como en la Ley de Sanidad relativamente al médico, como en la Ley de Obras Públicas con referencia al ingeniero. Por estas razones, que no son de fondo sino de forma; que no se refieren al principio sino al prurito y al momento en que la enmienda se propone, la Comisión ruega al señor JIMENO ANCIU que la retire y se reserve la aplicación de la doctrina que ella encierra para las diferentes leyes, para los diferentes momentos, para las diversas legislaciones en que es preciso tratarla, para que dé resultado en la práctica» (43).

La cuestión que plantea el artículo 27 de nuestra actual Constitución podría resolverse, en principio, tomando como base un criterio semejante. El apartado 6.º reconoce la libertad para la creación de centros docentes, pero simultáneamente indica la necesidad de que con ello se respeten los principios constitucionales. Uno de estos principios es, justamente, el derecho *efectivo* a la educación (núm. 1) y la gratuidad de la enseñanza básica.

De esta forma, aparecen ya las primeras limitaciones constitucionales al principio de libertad en la creación de centros docentes. Los particulares gozarán de libertad para la creación de estos centros en tanto en cuanto se respeten estos principios básicos. Téngase en cuenta a este respecto que el texto constitucional emplea la expresión «libertad» y no «derecho», lo cual se traduce, en definitiva, en una posi-

(42) Efectivamente el artículo 25 venía a disponer que «todo extranjero podrá establecerse libremente en territorio español, ejercer en él su industria o dedicarse a cualquiera profesión para cuyo desempeño no exijan las leyes títulos de aptitud expedidos por las autoridades españolas».

(43) Cfr. *Diario de Sesiones* núm. 56, citado por A. CARRO, *op. cit.*, p. 236.

bilidad (o en términos más jurídicos, en una *permisión genérica*) y no en una exigencia condicionada.

Por otra parte, el número 8 del artículo 27 viene a cerrar el círculo de limitaciones al establecer la necesidad de homologación del sistema educativo que se imparta en el Centro. El concepto de «homologación» se encuentra, a su vez, recogido en la propia LGE, en cuyo artículo 95 se establece lo siguiente:

«De acuerdo con su categoría académica y en función de sus características docentes, los Centros de Bachillerato y de Formación Profesional de segundo grado podrán ser:

- a) Libres, en los cuales el rendimiento educativo de los alumnos habrá de ser evaluado en centros estatales.
- b) Habilitados, en los que la referida evaluación se hará por Tribunales mixtos constituidos normalmente en los propios centros e integrados por profesores de éstos y de centros estatales.
- c) Homologados, en los que la mencionada evaluación se efectuará por el profesor del propio centro.

2. La clasificación de estos centros en alguna de las categorías de la anterior clasificación será realizada, en función de sus características docentes, por el Ministerio de Educación y Ciencia mediante los trámites que reglamentariamente se establezcan y con audiencia, en todo caso, de los propios centros. Esta calificación podrá ser alterada por el Ministerio cuando así lo aconseje el resultado de la evaluación periódica del rendimiento educativo de los centros, realizada conforme a lo dispuesto en el artículo 11, apartado 5.º»

Cierto es que el número 9 del artículo 27 de la Constitución parece recoger una vía de escape a este sistema de control al disponer que «los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la Ley establezca». Con ello podría interpretarse que aquellos otros Centros que no reúnan estos requisitos, pese a no con-

tar con la ayuda estatal, pueden impartir las enseñanzas correspondientes en forma libre. Sin embargo, la solución de esta aparente antinomia no puede ser más simple: los centros que cumplan los requisitos establecidos por la Ley podrán subsistir como tales aunque los títulos expedidos por los mismos no tendrán reconocimiento oficial. Se trata, en definitiva, de aplicar la misma solución que se otorgó al problema planteado por el artículo 24 de la Constitución de 1869 y que ya fue anteriormente expuesta (44).

Si se admite este planteamiento inicial no parece que existan mayores inconvenientes para poder seguir considerando la enseñanza como un auténtico servicio público. Ahora bien, debe admitirse, no obstante, que la «*publicatio* de actividades» (45) adquiere unas distintas dimensiones en los sectores económicos (como puedan ser los transportes, las comunicaciones o los suministros).

Lo peculiar y propio de lo que podría denominarse como bloque de los servicios sociales (donde estarían incluidas, además de la educación, la sanidad y, hasta cierto punto, la seguridad social) radica en los efectos limitados de la *publicatio*. Ello no se traduce en una inexistencia de monopolio a favor de la Administración (ya que, tanto en el bloque de transportes como en el de suministros, las actividades de servicio público no se prestan en todos los casos con este carácter excluyente) ni es consecuencia de la falta de utilización de la concesión como medio de gestión (46).

Por el contrario, la característica fundamental incide sobre el «ámbito propio» de la *publicatio*, de tal forma que lo que se publica no es tanto la titularidad en la actividad de la enseñanza, sino las condiciones de su ejercicio. Pudiera parecer, en una primera aproximación, que tal efecto es propio de una actuación en materia de policía semejante a las autorizaciones industriales. Sin embargo, esta conclusión no es en modo alguno admisible por las siguientes razones:

— En primer lugar, por cuanto que la autorización de policía tiene unos efectos generales. Esto es, una vez impuesta la necesidad de

(44) El verdadero sentido del número 9 del artículo 27 de la Constitución entiendo que no radica en el planteamiento de este problema, más hipotético quizá que real, sino en reconocer el derecho a las subvenciones estatales para todos los centros que cumplan los requisitos determinados en la Ley. Se trata con ello de establecer un derecho general para las ayudas del Estado más que apoyar una eventual salida frente al control de la Administración.

(45) Sobre este concepto vid. VILLAR PALASÍ: *La intervención administrativa en la Industria*, Madrid.

(46) Vid. en contra GARRIDO FALLA, *op. cit.*, p. 278.

obtener autorización, ésta se exige, con carácter general para todos los sujetos incluidos en un determinado sector de tal forma que en caso de faltar ésta la actividad será considerada como clandestina (caso de las autorizaciones industriales) o ilegal (47). Por el contrario, en materia de educación la autorización (entendida en sentido amplio, como más adelante tendremos ocasión de exponer) implica de suyo algo radicalmente diferente, en tanto que no elimina la posibilidad de establecer centros no estatales de enseñanza. Lo único que acontece es que aquellos centros que no se encuentren debidamente autorizados por la Administración (a través de la homologación, el concierto o la habilitación) no podrán impartir enseñanzas que pretendan tener un reconocimiento oficial. Tal es, en definitiva, lo que se desprende de lo establecido en el número 8 del artículo 27 de la Constitución, que ya fue objeto de comentario líneas atrás (48).

— En segundo término, lo cual no es más que una consecuencia de lo anterior, porque la *publicatio* se dirige no al establecimiento de centros docentes (lo cual en sí no constituye actividad alguna, ni privada ni de servicio público), sino a las enseñanzas y a los títulos que se expidan en los mismos. En este sentido sí que existe un «monopolio» de la Administración, en tanto que sólo se colaciona la eficacia de los títulos que expidan los centros privados en cuanto que hayan sido debidamente «homologados» (en sentido amplio) por aquélla. Téngase en cuenta, no obstante, que lo que se predica de estos títulos es su eficacia oficial y no su validez intrínseca.

En contra de esta conclusión se manifiesta GÓMEZ-FERRER (49), al indicar que la configuración de la educación como servicio público no implica necesariamente su estatalización, basándose para ello en las distintas leyes posteriores a 1939 que han regulado los diferentes

(47) Téngase en cuenta a este respecto que el mero hecho de que una actividad de servicio público se regule a través de la técnica de la autorización no es ninguna peculiaridad de los llamados servicios sociales, ya que en el suministro de energía eléctrica se emplea igualmente. Lo cierto, sin embargo, es que el tema carece de una trascendencia efectiva, debido al continuo acercamiento entre las categorías de autorización y concesión, así como a su utilización indiscriminada por parte del legislador.

(48) En forma muy semejante a la expuesta se manifiesta GASPARI ARIÑO («Concepto de servicio público y bases de su régimen jurídico», en *Programa de Derecho Administrativo*. Ed. Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1975), al expresar que en este sector la *publicatio* adquiere la forma de una «reglamentación intensa» que no implica la titularidad regalista, como referencia subjetiva, bien porque el Estado es incapaz de asumirla o porque «políticamente no es posible», pp. 44 y 45.

(49) *Vid. op. cit.*, p. 14.

niveles educativos (incluida la propia LGE), en los que se reconoce el derecho a la Iglesia para crear centros de enseñanzas y a lo dispuesto en el artículo 4.º, apartado *d*) de la LGE, por el que se establece, como competencia del Gobierno «el estimular y proteger la libre iniciativa de la sociedad» y la referencia del artículo 5.º de la citada Ley a la libertad para promover y sostener centros docentes (50).

Al objeto de apoyar esta afirmación y de hacerla congruente con el artículo 3.º de la LGE (donde expresamente se califica la educación como «servicio público fundamental», aunque con las matizaciones a que más adelante se hará alusión) recoge la teoría de ARNALDO DE VALLÉS acerca de los servicios públicos impropios, conjugándola con la figura de las actividades privadas de interés público surgida también en la doctrina italiana a través de GIANNINI en 1949 (*Instituti di credito e servizi di pubblico interesse*). El inconveniente fundamental para aceptar una *publicatio* de la enseñanza viene a ser, en última instancia, el factor determinante de esta conclusión, al vincular esta forma de intervención a la existencia necesaria de un monopolio (lo cual no es predicable del sector de la educación al existir la posibilidad de libre creación de centros por los particulares, aunque ello se encuentre limitado por la exigencia de una autorización previa).

Finalmente, y como cauce más adecuado para obtener una clasificación de la educación, en el seno de un concepto amplio de la noción de servicio público, acude a la distinción de POTORSCHNING acerca de los servicios objetivos, de actividades (no esenciales según el autor citado) cuya titularidad no puede asumir el Estado, porque ello resultaría ser anticonstitucional (51).

Tan sólo en este sentido «objetivo» podría afirmarse que el régimen de los centros privados de enseñanza es el de servicio público, ya que el sector de la educación, como tal, no ha sido objeto de una auténtica *publicatio* (pese al tenor literal del artículo 3.º de la LGE), ya que los particulares tienen un derecho a ejercerla.

Entiendo que esta postura puede ser tan válida como la contraria y que su construcción, además, está brillantemente conducida. Tanto más si se tiene en cuenta, como señala el propio GÓMEZ-FERRER, que la expresión «servicio público» contenida en el artículo 3.º de la LGE no

(50) Lo cierto, sin embargo, es que este derecho se encuentra condicionado, según el tenor literal del propio artículo 5.º de la LGE, a lo establecido en esta Ley y en las disposiciones que la desarrollen.

(51) Cfr. *op. cit.*, p. 28.

deja de ser un mero *flatus vocis* como se puso de manifiesto en las Cortes con ocasión de la votación del artículo 55 de la meritada ley referente a la clasificación de los centros en estatales y no estatales (52).

Sin embargo, no sólo el hecho de que en el anteproyecto ya figurase explícitamente la expresión servicio público, cuyo exacto alcance no podrá dejar de pasar inadvertido a quien dirigió su redacción, sino también la solución tradicional a este problema en nuestro derecho histórico (53) inducen a inclinarse por otra solución mucho más sencilla técnicamente y de mayores posibilidades en su desarrollo como es la apuntada al comienzo del presente epígrafe.

En términos generales GARCÍA-TREVIJANO viene a reconocer también esta misma conclusión (aunque para ello deba entenderse que utiliza el término «concesión» en un sentido genérico) al indicar que «los servicios públicos no económicos pueden inducir a confusión al observar que, a veces, se explotan por particulares sin la previa obtención de una *concesión*; así ocurre con los sanatorios privados, academias, etcétera. Sin embargo, debe cuidarse la distinción entre desarrollo material de la actividad y desarrollo jurídico, porque para que el primero se eleve a la segunda categoría precisa un acto concesional; un particular no puede expedir títulos académicos *sin realizar exámenes con validez oficial* si no es previa una *concesión* estatal. En estos servicios, por tanto, hay que distinguir ambas facetas cuidadosamente» (54).

La cuestión no es meramente académica, ya que en el momento actual (en que el artículo 27 de la Constitución necesita ser desarrollado por una Ley Orgánica), la configuración de la educación como servicio público *stricto sensu* (esto es, sin acudir a nociones amplias de este concepto o a matizaciones del mismo, como puedan serlo las

(52) Op. cit., p. 14, donde da cuenta de la intervención de un procurador, catedrático de Derecho, que se expresaba en los siguientes términos: «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 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.»

(53) Ya planteado como ponemos de manifiesto en la Ley Moyano de 1857 y en el artículo 24 de la Constitución de 1869. En forma genérica PUTTERI (*Institutives Iuris Publici Germanici*, Goettingae, 1776, p. 227) viene a exponer esta «regalia» del príncipe sobre los títulos y honores al indicar: *Per universam adhuc germaniam qualescunqum dignitates gradum quos vocant, academicorum, veluti magistri, doctoris, licentiati, baccalaurei, poete laureati*, cit., *non alia quam auctoritate caesarea conferri possunt*, p. 236.

(54) Cfr. *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, 1971, tomo II, vol. I, página 28.

actividades privadas de interés público) conlleva unas consecuencias importantes, en cuanto que ofrece unas posibilidades de control —para asegurar la efectiva prestación del derecho a la enseñanza— que no hubieran podido tener viabilidad en el contexto socio-político en el que fue promulgada la LGE. Como simple muestra de ello baste citar la posibilidad de aplicar las disposiciones sobre contratos de servicios públicos contenidas en la LCE.

Pues bien, una vez aclarado este punto parece claro que el artículo 27 de la Constitución no ofrece, *de por sí*, impedimento alguno para considerar la educación como un auténtico servicio público.

Insisto en que con ello no se intenta otorgar preferencia a la opción política socialista sobre la liberal, ni viceversa. Se trata, simplemente, de encontrar un cauce válido dentro del marco de los límites constitucionales para dar efectividad y coherencia al derecho de toda persona a la educación, respetando al tiempo su esfera de libertades en este ámbito.

3. Régimen de intervención administrativa: los ciclos educativos

Partiendo ya de la posibilidad real de considerar la enseñanza como un servicio público (en tanto que con ello se respetan los principios establecidos en la Constitución), debe examinarse hasta qué punto son válidos los planteamientos fundamentales de la LGE de 1970. Y ello porque es, justamente, en esta Ley donde se reconoce el carácter de servicio público de la educación adaptando las técnicas propias de esta categoría a las necesidades concretas del sector de la enseñanza.

El primer tema que surge a este respecto consiste en determinar las formas de control administrativo de la actividad que constituye el núcleo de la *publicatio* (aspecto al que ya se ha aludido en el apartado anterior). Ya ha quedado sentado, en este punto, cómo la simple creación de centros docentes no estatales permanece dentro de la esfera de libertad individual, si bien el reconocimiento oficial de las enseñanzas y títulos impartidos por los mismos se encuentra necesitada de una intervención específica por parte de la Administración.

Esta intervención, por su parte, se encontrará modalizada, en función de los distintos niveles educativos establecidos, razón por la cual será preciso exponer con carácter previo el alcance y contenido de estos niveles.

El primero de ellos viene constituido por la denominación preescolar contemplada en el artículo 13 de la LGE, y a la que se reconoce un carácter voluntario, y por consiguiente no gratuito más que en los centros estatales (núm. 3 del art. 13). Comprende un período que concluye a los cinco años de edad y se encuentra dividida, a su vez, en dos etapas:

- a) En el jardín de la Infancia, para niños de dos y tres años.
- b) En la Escuela de Párvulos, para niños de cuatro y cinco años.

El segundo nivel está integrado por la Educación General Básica (EGB), que comprende ocho años de estudios, y se cumplirá normalmente entre los seis y los trece años de edad. Este nivel se divide igualmente en dos etapas: la primera para niños de seis a diez años, en las que las enseñanzas tendrán un carácter marcadamente «globalizado», y la segunda para niños de once a trece años, en la que se tiende a una diversificación de las enseñanzas por áreas de conocimiento (art. 15, LGE).

Este nivel puede concluirse con un título de graduado escolar que se otorgará a aquellos alumnos que hayan realizado los cursos que concluyan con un aprovechamiento suficiente, o con un simple certificado de escolaridad para aquellos otros que no puedan obtener el título.

El tercer nivel comprende tanto el Bachillerato (art. 21 de la LGE) como la Formación Profesional de primer grado (art. 40, núm. 2, de la citada Ley). El Bachillerato se desarrolla en tres cursos que deberán cumplirse, normalmente, entre los catorce y dieciséis años, período que viene a coincidir también para la enseñanza profesional de primer grado, aunque la LGE no lo indique expresamente (55). Lo más curioso de este nivel es que la gratuidad juega tan sólo respecto de esta última clase de enseñanza (art. 2.º, 2, de la LGE), en tanto que para el Bachillerato se considera tan sólo como un «objetivo a alcanzar en el futuro». Con ello parece que el planteamiento de la LGE resulta ser más ambicioso que el de la propia Constitución, que tan sólo establece la gratuidad de la «enseñanza básica» (núm. 4 del art. 27), aunque lo cierto es que ello no es más que una remisión a lo que deba entenderse como tal (con lo cual no existiría inconveniente en incluir

(55) El artículo 4.º, núm. 2, ap. a) de la LGE establece que: «Deberán acceder a los estudios y prácticas de la Formación Profesional de primer grado quienes hayan completado los estudios de la Educación General Básica y no prosigan estudios de Bachillerato.»

también la Formación Profesional de primer grado, aunque la LGE no utilice esta equiparación directamente, al no emplear la expresión de «enseñar básica»).

El cuarto nivel de enseñanza viene referido a la formación profesional y a la educación universitaria, que se divide, a su vez, en un curso previo de orientación universitaria y tres ciclos. El primero de ellos se dedica al estudio de disciplinas básicas y tiene una duración de tres años que puede concluir con la expedición del título de diplomado, arquitecto técnico o ingeniero técnico. El segundo ciclo es de especialización, con una duración de dos años, al cabo de la cual se expiden los títulos de licenciado, ingeniero o arquitecto. Finalmente, el tercer ciclo, de especialización concreta y preparación para la investigación y docencia, otorga derecho al título de doctor. La formación profesional de segundo grado se equipara, por su parte, al primer ciclo universitario, y la de tercer grado, al segundo, con una tendencia a obtener una permeabilidad completa entre este tipo de enseñanza y las universitarias (art. 40, núm. 3, de la LGE).

Aparte de estos cuatro niveles de enseñanza, existen enseñanzas especializadas a las que de forma genérica se refiere el artículo 46, 1, de la LGE al considerar como tales a «aquellas que, en razón de sus peculiaridades o características, no estén integradas en los niveles, ciclos y grados que constituyen el régimen común».

La intervención administrativa en cada uno de estos ciclos a que hemos hecho referencia adoptará más peculiaridades propias en función del diverso contenido y regulación de las mismas, en tanto en lo conveniente a la implantación de los centros privados como al régimen específico de la enseñanza y de su financiación.

4. *Formas de gestión del servicio público de la Educación.*

Es preciso volver a insistir, para el análisis de este aspecto, que el servicio público de la enseñanza comprende tan solo su *impartición a efectos oficiales*. Esto es, que la creación de un centro docente en sí, no se encuentra englobada en la *publicatio*, siempre que no se pretenda un reconocimiento administrativo de las actividades realizadas en el mismo. Cualquiera puede, libremente, dedicarse a la enseñanza, y para ello no se exige ningún requisito específico, puesto que constituye como tal una libertad reconocida por la Constitución,

no sólo en el número 6 del artículo 27, sino también en el seno de la libertad de expresión que reconoce el artículo 20 de la misma.

Lo que ya no es libre es la impartición de enseñanza como prestación de un servicio público, esto es, con la pretensión de que las titulaciones que se expidan tengan carácter oficial (56). Dentro de este contexto, el artículo 94, número 1, de la LGE viene a confirmar el principio de libertad de creación de centros, en la siguiente forma:

«Todas las personas físicas y jurídicas de nacionalidad española, tanto públicas como privadas, podrán crear centros docentes que impartan enseñanzas reguladas en el título I de esta Ley, acomodándose en lo esencial a lo que, respecto de los centros estatales del correspondiente nivel, ciclo o modalidad se establece en la presente Ley y en las normas que la desarrollan.»

En principio, y entrando ya directamente en las formas de gestión de este servicio público, son admisibles tanto las formas directas como las indirectas, y dentro de éstas, algunas no utilizadas hasta el presente como la concesión, el arrendamiento o la gestión interesada.

De *lege data*, no obstante, la LGE, tan sólo recoge las siguientes formas:

4.1 *Gestión directa*

La educación preescolar que integra el primer nivel se lleva a cabo en jardines de infancia, centros de párvulos o centros comprensivos de ambas etapas (art. 58 de la LGE).

Para la Educación General Básica, la enseñanza corre a cargo de los colegios nacionales, en las dos etapas que integran este ciclo, al frente del cual estará un director asistido por el claustro de profesores y por un Consejo asesor, con representación de los padres de los alumnos (art. 60 de la LGE). Por su parte, los Institutos Nacionales de Bachillerato atienden a este tipo de enseñanza, y, finalmente, las Universidades al último nivel de educación en sus distintos ciclos, en los que se agrupan las escuelas técnicas, las facultades, institutos,

(56) En pura lógica ello no impedirá la expedición de otra clase de títulos que, al margen de su carácter no oficial, puedan ser admitidos por la Sociedad a determinados efectos.

escuelas y colegios universitarios, aunque estos dos últimos puedan ser también de carácter privado.

Finalmente, la formación profesional, en sus distintos grados, se lleva a cabo en los centros de formación profesional correspondientes, que la LGE no regula directamente.

Tal como se configuran en la LGE todos estos centros estatales, tan solo las universidades gozan de personalidad jurídica y patrimonio propio, teniendo, además, plena capacidad para realizar todo género de actos de gestión y disposición (art. 63, núm. 3, de la LGE). Los restantes colegios, institutos y centros se encuentran englobados en la personalidad jurídica del Estado, según se desprende, implícitamente de las disposiciones de la LGE.

Es éste, justamente, uno de los puntos en que parece necesaria una reforma dirigida a la obtención de dos objetivos fundamentales. En primer lugar, a la autonomía financiera e incluso jurídica de todos estos centros, ya que no existe razón alguna para que no sea así. El hecho de que por las reducidas dimensiones de algunos de ellos no sea aconsejable la autonomía (por implicar una imposibilidad material de su control financiero) podría solucionarse a través de agrupaciones forzosas o voluntarias a nivel municipal, provincial o regional incluso.

En segundo término, incide sobre este tema la nueva estructuración de las Comunidades autónomas y las competencias de sus organismos en materia educativa. Con relación a este punto, es de señalar que el apartado 30.º del artículo 149 de la Constitución recoge como competencia exclusiva del Estado la «regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y *normas básicas para el desarrollo del artículo 27...*, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia».

Sin embargo, esta atribución «inicial» de competencias estatales no tienen ni mucho menos carácter limitativo, ya que pueden ser transferidas a las Comunidades autónomas, bien a través del cauce de la Ley-marco a que se refiere el número 1 del artículo 150 de la Constitución, bien por medio de la reforma establecida en el número 2 del artículo 148.

Con ello resulta que la competencia en materia educativa no tiene por qué ser, esencialmente estatal, y los denominados hasta ahora centros estatales pueden pasar a depender de las Comunidades autónomas. A su vez, esta dependencia podrá ser integral (esto es, sin

autonomía jurídica o financiera) o meramente subordinada, con lo que la tensión entre autonomía y gestión directa viene a plantearse no sólo en el ámbito estatal, sino también y de forma superpuesta, en el territorial de las Comunidades autónomas.

El tema, no obstante, dista mucho de encontrarse en la actualidad cerca de una solución por cuanto que ni siquiera ha sido objeto de un planteamiento definitivo. Forzosamente deberá ir decantándose, gradualmente, en el seno de la tensión entre el Estado y las Comunidades autónomas, hasta llegar a un punto de equilibrio deseable, dentro del contexto nacional. No es preciso acudir a la demagogia para darse cuenta de la necesidad de encontrar el equilibrio, ya que tan incongruente puede resultar la estatalización absoluta de la educación como el establecimiento de un régimen compartimentado a través de las distintas regulaciones que del mismo pueden realizar las Comunidades autónomas.

Para ello basta con tener en cuenta la naturaleza de «servicio público» de esta actividad y la necesidad de que, como tal, exista una prestación homogénea del mismo que no pueda atentar contra los principios de igualdad y solidaridad nacional establecidos en el artículo 138 de la Constitución.

4.2 *Gestión indirecta*

En este punto podría ser traído a colación, igualmente, el tema referente a la necesaria armonización entre las competencias estatales y regionales, tal como ha quedado esbozado, ya que, de suyo, afecta tanto a la enseñanza estatal (aunque quizá convendría designarla como oficial, al objeto de evitar equívocos) como a la privada.

Pero dejando ya aparte este planteamiento, interesa poner de manifiesto las diversas formas en que los particulares pueden llevar a cabo la gestión del servicio público (57). En principio el criterio general seguido por la LGE apunta a la exigencia de la pertinente autorización administrativa, estableciendo, a tal efecto, el artículo 94, 3, lo siguiente:

(57) En este sentido la utilización del término de «gestión indirecta» se toma en su acepción restringida—esto es, como gestión por los particulares— y prescindiendo, por tanto, de otras formas inicialmente incardinables en este grupo, como pueda ser la Sociedad Anónima estatal, toda vez que no parece oportuno, en un tema como el de la educación, acudir a esta fórmula, pensada, sustancialmente, para la gestión de servicios de tipo económico.

«La apertura y funcionamiento de los centros docentes no estatales se someterá al principio de previa autorización, que se concederá siempre que éstos reúnan las condiciones mínimas que se establezcan con carácter general, singularmente en cuanto a instalaciones, profesorado, sistemas de enseñanzas, régimen económico y aceptación expresa de los principios enunciados en esta Ley. La autorización se revocará cuando los centros dejen de crear universidades no estatales; sólo podrá ser concedida por medio de una Ley, sin perjuicio de lo dispuesto en las normas concordadas.»

Respecto de los centros que impartan la Educación General Básica y la formación profesional de primer grado, que constituyen los niveles de gratuidad, la LGE prevé, además, el concierto económico para regular el alcance de las subvenciones y las obligaciones del centro, por lo que será esta forma y no la autorización, propiamente, el sistema de gestión. Con relación a este particular, el número 1 del artículo 98 de la citada LGE dispone lo siguiente:

«Los centros no estatales *podrán* acordar con el Estado conciertos singulares, ajustados a lo dispuesto en la presente Ley y en los cuales se establecerán los derechos y obligaciones recíprocos en cuanto a régimen económico, profesorado, alumnos, incluido el sistema de selección de éstos y demás aspectos docentes. Los conciertos podrán afectar a varios centros, siempre que pertenezcan a un mismo titular.»

No debe inducir a confusión la utilización del término «podrán» en el artículo transcrito, ya que para los centros a que nos referimos el concierto es *obligatorio*, a tenor de lo dispuesto en el apartado b), número 4, del artículo 94 («a los efectos de la referida subvención se establecerán los correspondientes conciertos, de conformidad con lo que determina el artículo 96 de esta Ley»), en cuanto que es el instrumento a través del cual se recogen las subvenciones.

La voluntariedad del concierto es referible tan sólo a los restantes centros no estatales, que podrán optar por esta fórmula. En caso contrario, el artículo 97, número 1, de la LGE establece lo siguiente:

«Los centros no concertados dispondrán de autonomía para establecer su régimen interno, selección del profesorado con titulación suficiente, procedimiento de admisión de alumnos, régimen disciplinario y régimen económico dentro de las disposiciones de la presente Ley y normas que la desarrollen.»

En cuanto al régimen de precios que debe regir en estos centros, la Orden ministerial de 19 de octubre de 1970 vino a establecer la necesidad de su previa autorización por parte del Ministerio de Educación y Ciencia, cuestión ésta ligada en su conjunto al tema referente a la clasificación de los centros. A este respecto, el artículo 95, 1, de la LGE reconoce para los centros de bachillerato y de formación profesional de segundo grado las siguientes categorías:

- a) *Libres*, en los cuales el rendimiento educativo de los alumnos habrá de ser evaluado en centros estatales.
- b) *Habilitados*, en los que la referida evaluación se hará por tribunales mixtos constituidos normalmente en los propios centros e integrados por profesores de éstos y de centros estatales.
- c) *Homologados*, en los que la mencionada evaluación se efectuará por el profesorado del propio centro.

La clasificación de los centros en alguna de las categorías señaladas será realizada por el Ministerio de Educación, a través de un expediente en el que forzosamente deberá darse audiencia a los propios centros (58). Debe aclararse que, a estos efectos, aunque un mis-

(58) La legislación sobre transformación y clasificación de Centros es muy extensa, y entre las disposiciones que regulan esta materia cabe citar las siguientes:

1.ª Orden de 19 de junio de 1971 («BOE» de 1 de julio) sobre transformación y clasificación de los actuales Centros docentes.

2.ª Orden de 11 de agosto de 1971 («BOE» de 31 de agosto) por la que se complementa la de 19 de junio del mismo año en relación con el régimen jurídico administrativo de las Secciones filiales de los actuales Institutos de Enseñanza Media.

3.ª Orden de 30 de diciembre de 1971 («BOE» de 12 de enero de 1972, corrección de errores en «BOE» de 14 de enero) por la que se establecen los requisitos necesarios para la transformación y clasificación de los actuales Centros docentes.

4.ª Circular de 28 de enero de 1972 («BOE» de 14 de abril) sobre transformación y clasificación de Centros docentes.

5.ª Orden de 27 de abril de 1972 («BOE» de 23 de mayo) sobre transformación de los actuales centros de Formación Profesional Industrial.

6.ª Orden de 3 de junio de 1972 («BOE» de 13 de junio) por la que se dan nor-

mo centro imparta niveles (por ejemplo, educación preescolar, EGB y formación profesional) se considerarán, jurídicamente, como centros distintos y cada uno de ellos podrá tener su propio director y cuadro de profesores responsables de la marcha del mismo, así como su propio régimen económico y administrativo.

mas provisionales para las Escuelas de Enseñanza Primaria en régimen de Consejo Escolar Primario hasta tanto se elaboren los oportunos conciertos.

Por lo que respecta a los Centros dependientes de otros Organismos y Departamentos ministeriales, además de las normas anteriormente señaladas les son de aplicación lo dispuesto en los respectivos Convenios suscritos con el Ministerio de Educación y Ciencia.

En principio—existen otros en avanzada fase de elaboración— se han realizado los siguientes Convenios:

1.º Convenio entre el Ministerio del Aire y el Ministerio de Educación y Ciencia sobre transformación y promoción de Centros educativos de 13 de julio de 1972.

2.º Convenio entre la Secretaría General del Movimiento y el Ministerio de Educación y Ciencia sobre transformación, clasificación y promoción de Centros de enseñanza, de 20 de diciembre de 1972.

3.º Convenio entre el Ministerio del Ejército y el Ministerio de Educación y Ciencia sobre transformación y promoción de Centros educativos.

4.º Convenio entre la Secretaría General del Movimiento y el Ministerio de Educación y Ciencia sobre transformación, clasificación y promoción de Centros de 9 de julio de 1973.

5.º Convenio entre el Ministerio de Marina y el Ministerio de Educación y Ciencia sobre transformación y promoción de Centros educativos de 13 de julio de 1973.

Por último, en desarrollo del apartado cuarto de la Orden de 3 de junio de 1972 («BOE» de 13 de junio), ya citada, que establece que los Centros de Patronato dependientes de la Administración del Estado se transformarán en Centros estatales, se han dictado nueve Ordenes ministeriales y dos Resoluciones:

1.ª Orden de 19 de febrero de 1973 («BOE» de 12 de abril) sobre extinción de los Consejos Escolares Primarios de Suburbios de Madrid, Barcelona, Tarragona y Reus, y su incorporación al régimen ordinario de Centros estatales de administración especial.

2.ª Orden de 22 de agosto de 1973 («BOE» de 3 de octubre) por la que se extingue el Consejo Escolar Primario del IRYDA y se incorporan como Centros estatales con régimen de administración especial los Centros dependientes del citado organismo.

3.ª Orden de 22 de agosto de 1973 («BOE» de 3 de octubre) por la que se extingue el Consejo Escolar Primario de la Empresa Nacional «Santa Bárbara», de Industrias Militares, S. A., y se incorporan como Centros estatales con régimen de administración especial los centros dependientes de la citada empresa.

4.ª Orden de 22 de agosto de 1973 («BOE» de 3 de octubre) por la que se extingue el Consejo Escolar Primario del que depende el Centro «Hijos de Obreros de Almadén» (Ciudad Real) y se incorpora como Centro estatal con régimen de administración especial.

5.ª Orden de 11 de septiembre de 1973 («BOE» de 24 de octubre) por la que se extingue el Consejo Escolar Primario «Patronato Municipal Escolar», y se dispone la incorporación como Centros estatales de régimen de administración especial y como Centros estatales de régimen ordinario de los Centros dependientes del mencionado Consejo Escolar Primario.

6.ª Orden de 12 de septiembre de 1973 («BOE» de 23 de octubre) por la que se extingue el Consejo Escolar Primario de la Dirección General de Política Interior

Consecuencia final de esta clasificación, y una vez obtenida, es la inscripción obligatoria de los centros de enseñanza en el registro especial de centros docentes del Ministerio de Educación y Ciencia, al que se refiere, expresamente, el artículo 55, 1, de la LGE, que establece, igualmente, las facultades generales de inspección del citado departamento.

El punto que aparece como más conflictivo en esta materia (al menos desde mi punto de vista) es el referente a la clasificación como libre de un determinado centro, ya que si bien la clasificación como habilitado u homologado resulta lógica (en cuanto que, como contraprestación de las obligaciones que se exigen para ello, se otorga un reconocimiento más o menos completo a las enseñanzas y clasificación que se imparten por los mismos), parece absurdo, tal como hace la Orden ministerial de 30 de diciembre de 1971, la exigencia de unas condiciones mínimas para su clasificación como libre (lo cual no se traduce en ningún reconocimiento de las calificaciones otorgadas por estos centros, ya que el rendimiento educativo de los alumnos debe ser efectuado por los centros estatales).

Lo que ocurre en este caso es que nos encontramos ante una mera medida de policía, ya que lo que se regula no es sólo la clasificación del centro, sino también y simultáneamente su transformación a los nuevos módulos fijados por la LGE y las disposiciones que la desarrollan. Por ello, las exigencias para la clasificación de un centro como libre no son consecuencia de la *publicatio* operada en la educación

y Asistencia Social y la incorporación como Centros estatales de régimen de administración especial de los Centros dependientes del mencionado Consejo Escolar Primario.

7.^a Orden de 14 de noviembre de 1973 («BOE» de 27 de diciembre) por la que se extingue el Consejo Escolar Primario del Parque Móvil Ministerial y se incorpora el Colegio Nacional «San Cristóbal» como Centro estatal de régimen de administración especial.

8.^a Orden de 17 de diciembre de 1973 («BOE» de 1 de febrero de 1974) por la que se extingue el Consejo Escolar Primario de la excelentísima Diputación de Madrid y la incorporación de los Colegios Nacionales «Francisco Franco» y «San Fernando» como Centros estatales con régimen de administración especial.

9.^a Orden de 20 de diciembre de 1973 («BOE» de 13 de febrero de 1974) por la que se extingue el Consejo Escolar Primario del Campo de Gibraltar y se sustituye por una Junta de Promoción Educativa.

10.^a Resolución de la Dirección General de Programación e Inversiones de 2 de octubre de 1972 («BOE» de 23 de octubre) por la que se incorporan al régimen ordinario, con administración especial, los Centros dependientes del Consejo Escolar Primario de Auxilio Social.

11.^a Resolución de la Dirección General de Programación e Inversiones de 2 de diciembre de 1972 («BOE» de 16 de diciembre) por la que se incorporan al régimen ordinario, con administración especial, los Centros dependientes del Consejo Escolar Primario de la Obra de Protección de Menores.

(que tan sólo alcanza a las enseñanzas a que se refiere la LGE), sino de las limitaciones que conlleva el ejercicio de toda libertad.

Para llegar a esta conclusión resulta necesario volver a traer a colación lo dispuesto en el número 6 del artículo 27 de la Constitución, que condiciona la libre creación de centros docentes, al «respecto de los principios constitucionales», ya que dentro de estos principios se encuentra, precisamente, la potestad de la Administración para «inspeccionar y homologar el sistema educativo» (núm. 8 del art. 27). Es cabalmente este último apartado citado, el que apoya, de forma directa, la *publicatio* de la enseñanza (en la forma que fue apuntada líneas atrás), al tiempo que reconoce las facultades de intervención de todo orden (esto es, incluyendo la mera actividad de policía) de la Administración en este ámbito.

Debe tenerse en cuenta, además, que la clasificación de los centros tan sólo se refiere a aquellos que impartan enseñanzas de bachillerato o de formación profesional de segundo grado. Ello es importante a la hora de determinar la justificación de esta intervención, que no es otra que la identidad material entre las actividades realizadas en estos centros (enseñanzas del tercer nivel educativo) y el objeto de la propia *publicatio* (dentro de la cual se encuentran los efectos oficiales producidos por estas enseñanzas). Los poderes públicos y, en concreto, la Administración deben velar para que estas enseñanzas, pese a no tener por sí mismas un efecto oficial (en cuanto a la evaluación del rendimiento de los alumnos) sean capaces y suficientes para ser colacionadas posteriormente en forma oficial.

De otra forma, podría caber la posibilidad de que las enseñanzas impartidas en estos centros, clasificadas como libres, no tuviesen un nivel suficiente para ser colacionadas oficialmente, con el detrimento que ello supondría frente al «derecho a la educación» que otorga el artículo 27 de la Constitución.

Aparte de todo ello, sería conveniente indicar la posibilidad de aplicación de otras formas de gestión de servicio público y, en especial, las recogidas en la vigente Ley de Contratos del Estado. El artículo 68 de la citada Ley recoge, además de los conciertos (ya utilizados por la LGE), la concesión, la gestión interesada y la creación de sociedad de economía mixta.

Respecto a la concesión, aparentemente no parecería existir inconveniente grave para su utilización por cuanto que, de hecho, la autorización a que se refiere la LGE, viene a encontrarse muy cerca de esta figura. Sin embargo, el tope máximo de los noventa y nueve

años que impuso el artículo 64 de la LGE, resulta ser un obstáculo de peso para trasplantar esta técnica al ámbito de la educación.

La fijación de este plazo vendrá a suponer, de hecho, una expropiación, en tanto que se transformaría una titularidad plena en un mero derecho de aprovechamiento o explotación. Pero será conveniente no anticipar resultados y analizar más detenidamente lo que podría acontecer en este caso.

En primer término, debe recordarse que la *publicatio* recae sobre la actividad y no sobre los establecimientos o inmuebles donde se imparte la enseñanza. Si ello es así, la técnica de la concesión (en cuanto cesión del ejercicio de una actividad cuya titularidad se imputa a la Administración, en sentido genérico) implicaría que, al término de la misma, su titular debe cesar en el ejercicio de la actividad. Pero esta solución no parece en modo alguno conveniente ni adecuada en materia de enseñanza, ya que podría alterar gravemente la necesaria continuidad de la misma. Justamente por ello, la LGE se sirve de la autorización que, pese a ser indefinida, puede ser revocada, en cualquier momento, caso de incumplimiento grave de las obligaciones impuestas al particular (art. 94, núm. 3, de la LGE).

Con ello se pone una vez más de manifiesto cómo lo más trascendental para el Derecho administrativo de nuestros días no consiste en adaptar una técnica de intervención al molde de las categorías formales. Por el contrario, se tiende a la obtención de finalidades concretas y reales, aunque para ello deba acudir a técnicas de muy diversa índole. La utilización de las construcciones clásicas del servicio público en el ámbito de la enseñanza, no conduce a los resultados deseables, por cuyo motivo es preciso acudir a otro tipo de planteamientos, aunque con ello se distorsione el sentido de la categoría como tal.

Cuestión distinta es la referente a la extensión de la *publicatio* por vía de adscripción a los centros docentes. Entiendo que ello sería deseable en la futura Ley Orgánica que regulase esta materia, ya que, de esta forma, se obtendría una sujeción mucho más eficaz de los centros docentes a las directrices establecidas por la Administración.

Lo que es más, no hay razón alguna para que no sea así, ya que a ello no se opone el principio de libertad de creación y sostenimiento de centros, reconocido por nuestra Constitución. Para el particular podría ser una garantía frente a terceros, al igual que para la Administración, toda vez que podría hablarse de un «patrimonio afec-

tado a la enseñanza» (como servicio público). Únicamente la Administración tendría un derecho preferente sobre estos bienes, y ello en orden a la obtención de una «continuidad» deseable en la prestación del servicio, así como a la garantía de las cantidades entregadas como subvenciones (para las que no tendría ya que conformarse con el plazo de treinta años que, actualmente, viene marcado por la LGE).

Otro tanto cabría decir respecto a la prestación de este servicio por medio de sociedades mixtas en las que la tutela del interés público se encontraría asegurado por la intervención directa de la Administración en el centro. La fórmula, incluso, podría venir a suministrar un cauce válido para paliar el déficit de puestos escolares en aquella zona en que la iniciativa privada es insuficiente y necesita de un estímulo. Este estímulo podría venir dado a su vez por la conjugación de este sistema con una cláusula de «gestión interesada» que asegurase al particular unos rendimientos mínimos.

Las posibilidades en este sentido son ciertamente muy amplias, y el mero hecho de que a través de los sistemas clásicos hasta ahora utilizados no se haya obtenido una solución satisfactoria al problema de la enseñanza deberá ser motivo suficiente para ensayar nuevas fórmulas que, en principio, ofrecen unas posibilidades de actuación mucho más operativas.

Con ello, además, no intento agotar el tema, ni mucho menos, sino tan sólo ofrecer nuevas perspectivas *de lege ferenda* que posibiliten esa difícil conciliación entre la libertad y el derecho efectivo a la educación. Su encauzamiento a través de los moldes del servicio público (nada rígidos, por otra parte, como ya hemos visto) hace, al menos pensable, que puedan ser utilizadas nuevas técnicas que coadyuven a la consecución de estas finalidades.

5. *El usuario del servicio público en la educación*

En el estudio de los diferentes servicios públicos, el usuario ha venido siendo relegado a un segundo plano, casi de forma sistemática, limitándose gran parte de la doctrina a considerar, sin más, su postura como meramente reglamentaria. Nada más injusto que esta escasa atención ni más desacertado en cuanto a su consideración, puesto que si se examinan la mayoría de las actividades consideradas como servicio público, se cae bien pronto en la cuenta que la situación reglamentaria es más bien excepcional. Por el contrario, en todo el

bloque de los servicios de transportes y de suministros, el usuario se encuentra en el seno de una relación puramente contractual y es sujeto de derechos y obligaciones frente al gestor del servicio. Tan sólo en el bloque de comunicaciones existen algunos residuos de la situación reglamentaria del usuario (telégrafos o correos), sin que ello permita, en forma alguna, generalizar esta postura.

En la enseñanza, este tema se presenta con unas singularidades muy específicas, toda vez que el primer problema radica, justamente, en determinar quién sea el propio usuario. Inicialmente, el derecho a la educación comprende a «todos», expresión que, sin mayores precisiones, utiliza el artículo 27, número 1, de la Constitución, al objeto de hacerlo también extensivo a quienes no ostenten la nacionalidad española (59).

Ahora bien, la enseñanza va dirigida a un doble orden de sujetos, ya que si bien los alumnos constituyen propiamente el usuario directo de este servicio, existe otro nivel de incidencia del mismo que es preciso no olvidar. En primer término, a los padres de los alumnos a quienes se refiere de forma explícita el número 7 del artículo 27 de la Constitución, otorgándoles un derecho al control y gestión de los centros docentes, y en este sentido también deben ser considerados, como usuarios (o al menos beneficiarios) del servicio público de la enseñanza.

Finalmente, la vinculación del particular con las prestaciones de este servicio se establece, en forma mediata, con relación al conjunto de individuos que contribuyen a su financiación a través de los tributos. En definitiva, vendrá a ser esta última perspectiva la que justifique en forma primordial los planteamientos de la LGE con relación al tema de la «gratuidad» de la enseñanza.

La propia configuración de la denominada «tarifa cero» para los niveles educativos gratuitos viene a significar algo mucho más importante que la adopción de un mero criterio en orden a la financiación de la enseñanza. El pago de los costes generales de todo tipo, en estos niveles, a través de subvenciones, supone tanto como vincularlo, prácticamente, a las consignaciones presupuestarias (aparte de

(59) Así se deduce de lo dispuesto en el número 2 del artículo 13 de la propia Constitución, donde únicamente condiciona a la «reciprocidad» el derecho de participación y acceso a los cargos públicos a que se refiere el artículo 23. Como quiera que ésta es la única excepción sometida a condicionamiento, debe entenderse que los restantes derechos, incluidos en el título primero, son extensibles a los extranjeros (y así lo indica explícitamente el párrafo 2 del artículo 13, aunque referido a las libertades públicas).

otros medios ya usuales en esta materia, como pueda ser la emisión de deuda pública afectada), lo que a su vez, se cohonestaba con los tributos satisfechos por los particulares.

En términos puramente financieros, tanto daría la utilización de este sistema como la exención del pago a aquellos alumnos que se desenvuelvan en niveles de renta más bajos (ya sea directamente o mediante la prestación de una ayuda económica subjetiva o beca). De esta forma, la enseñanza sería abonada, directamente, por los usuarios de la misma y tan sólo, excepcionalmente, por los contribuyentes, lo cual ha venido a ser el planteamiento clásico del tema hasta la LGE.

Sin embargo, mediante el sistema de «tarifa cero» aplicada en forma absoluta a todos los alumnos en los niveles de gratuidad, la tarifa ya no se satisface por el usuario del servicio (el alumno), sino por el contribuyente de forma mediata. El «coste social» en este último supuesto será mucho mayor, en cuanto que la totalidad de la financiación de la enseñanza corre a cargo del colectivo de contribuyentes, prescindiendo de si utilizan o no el servicio en forma individualizada. Igualmente será mayor la incidencia de este coste en los presupuestos generales del Estado que, forzosamente, deberá incrementar las dotaciones al sector de la educación.

Todo ello, además, ofrece una compensación difícilmente obtenible a través de otro sistema, en cuanto que permite la existencia de una auténtica igualdad de trato a todos los alumnos. No se trata ya de un mero problema de financiación de la gratuidad, sino, por el contrario, de dar satisfacción a un ideal de justicia.

En el sistema de gratuidad «absoluta», ningún alumno podrá ser mejor o peor considerado, en razón a sus circunstancias económicas, ya que éstas no se relacionan directamente con la enseñanza que imparta un centro determinado. Lo que es más, la gratuidad en sí, tan sólo afectará a los alumnos de nivel de rentas más bajo, en tanto que los restantes abonarán cantidades superiores al coste de la enseñanza individualizada por alumno. El hecho que esta financiación se realice indirectamente a través de los impuestos (y no mediante el pago directo de una tarifa al centro) impedirá, de suyo, la existencia de cualquier trato discriminatorio.

Este es, precisamente, el auténtico espíritu innovador de la LGE, que supuso un fenómeno de «anticipación» con relación al contexto socio-político, en que fue promulgada. Obviamente este sistema de

financiación carece de todo sentido si no va acompañado de una ordenación adecuada en materia fiscal, como la que, tan sólo actualmente, parece tomar cuerpo. La mayor parte de las críticas a la LGE, en cuanto a su pretendido fracaso, se me antojan pura demagogia si no se tiene en cuenta este hecho fundamental: el sistema de financiación que propugna, tan sólo puede ser llevado a cabo en el contexto de una normativa fiscal adecuada.

Pero volviendo al hilo de lo que constituía el contenido propio de este apartado, esto es, al usuario del servicio público de educación, es preciso analizar los derechos y obligaciones del mismo. En cuanto al alumno de los niveles educativos gratuitos, a quien nos hemos referido hasta ahora, el principal y específico deber viene constituido por la obligatoriedad de la enseñanza. Obligatoriedad que, como es lógico, no se impone tanto al propio alumno, sino a aquellas personas a cuyo cargo se encuentre (padres o tutores).

Esta obligatoriedad se encuentra ya en las primeras disposiciones y proyectos en materia de educación, con el sentido inicial de intentar erradicar el analfabetismo existente en nuestro país. En este sentido el informe Quintana de 9 de septiembre de 1813 venía ya a contener una formulación de este principio, junto con el de la gratuidad, en los siguientes términos (60):

«La instrucción debe ser universal, esto es, extenderse a todos los ciudadanos. Debe distribuirse con toda la igualdad que permitan los límites necesarios de su costo, la repartición de los hombres sobre el territorio y el tiempo más o menos largo que los discípulos puedan dedicar a ella. Otra calidad que nos ha parecido convenir a la enseñanza pública es que sea gratuita. La generosidad española lo tenía determinado así en todas las universidades y estudios públicos; aun en los tiempos de arbitrariedad, opuestos a la luz y al saber, no quisieron nuestros padres degradar el noble y preciso encargo de los ministros de la instrucción haciendo sus lecciones mecenas y sujetando su subsistencia a las pensiones inciertas de los discípulos... Si no lo hicieron así con las escuelas de las primeras letras fue quizá

(60) Este dato, así como los que a continuación se reseñan, han sido recogidos en su mayoría del trabajo de IGLESIAS SELGAS: *Obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza*, en «Razón y Fe», núms. 944-945, pp. 148 y ss.

porque su número les espantó y fue quizá también porque no dieron a este primer grado de instrucción social la consideración e importancia que se merece.»

Estos principios encontraron acogida en el Reglamento General de Instrucción Pública de 1821, y, posteriormente, en cuanto a la enseñanza primaria, en el denominado Reglamento de las Escuelas de Primeras Letras de 1825. Diversas disposiciones volvieron a insistir acerca de la obligatoriedad de la enseñanza primaria, entre las que se encontraba la propia Ley Moyano de 1857 (que abarca un período de los seis a los nueve años) y el Real Decreto de 23 de febrero de 1883, por el que se establecían los deberes de las juntas locales, de los maestros, alcaldes e inspectores y se ordenaba a los funcionarios públicos a acreditar ante sus jefes inmediatos el cumplimiento de dar primera enseñanza a sus hijos.

La Ley de 23 de junio de 1909, por su parte, procedió a establecer un registro escolar de los niños y niñas con edades comprendidas entre los seis y los doce años, en los municipios en donde sus padres, o tutores o encargados, residan, a fin de conseguir una efectiva obligatoriedad de la enseñanza. Con esta misma finalidad fueron dictadas sucesivas disposiciones posteriores, llegando así a la Ley de Enseñanza Primaria de 1945, que viene a cerrar este ciclo hasta la vigente LGE de 1970.

El sentido inicial de la obligatoriedad era muy distinto al actual por cuanto que se dirigía a la erradicación del analfabetismo y se encontraba vinculada, exclusivamente a la enseñanza de carácter oficial, única en la que existía gratuidad. Sin embargo, ello fue el motor principal impulsor de la gratuidad en los centros privados, al no poder acoger los centros estatales a toda la población escolar potencial.

En la actualidad resulta de todo punto indiscutible que no puede desvincularse la obligatoriedad de la enseñanza de su gratuidad, ni viceversa. Se trata de un binomio indisoluble, aunque el aspecto de la gratuidad ofrezca otras connotaciones a las que ya hemos hecho alusión.

Aparte de ello, y ya en forma más genérica, el tema de los derechos y obligaciones de los alumnos se recoge en el título IV de la LGE bajo la denominación de «Estatuto del Estudiante». El artículo 125 recoge, en este sentido, el siguiente catálogo de derechos (sin perjui-

cio de que pueda ser completado, o por mejor decir, desarrollado en alguno de sus puntos):

1.º Elección del centro docente más adecuado a sus preferencias, siempre que cumpla las condiciones establecidas para el acceso al mismo y existan plazas disponibles, así como a obtener en él una formación que ofrezca una posibilidad de proyección profesional u ocupación real.

2.º Orientación educativa y profesional a lo largo de toda la vida escolar, atendiendo a los problemas personales de aprendizaje y de ayuda en las fases terminales para la elección de estudios y actividades laborales.

3.º Cooperación en la obra educativa en la forma adecuada y con los límites que imponen las edades propias de cada nivel educativo.

4.º Seguro escolar, integrado en el sistema de la Seguridad Social, que le proteja ante el infortunio familiar, accidentes o enfermedad.

5.º Recibir las ayudas precisas para evitar cualquier discriminación basada en simples consideraciones económicas y las facilidades necesarias para el desarrollo de actividades recreativas y deportivas que contribuyan al bienestar estudiantil.

6.º Protección jurídica al estudio a fin de garantizar en todo momento su normal dedicación y la plena objetividad en la valoración de su rendimiento educativo.

7.º Constituir círculos culturales y deportivos en los niveles de Bachillerato y Formación Profesional y asociaciones en el de Educación Universitaria, respectivamente, dentro del marco de las finalidades propias de su específica misión estudiantil.

V. LIBERTAD Y DERECHO A LA ENSEÑANZA

Resulta hasta cierto punto lógico que en un tema tan controvertido como el de la libertad de enseñanza no exista unanimidad a la hora de determinar el alcance y contenido de esta expresión. Desde una perspectiva implica tanto como la exclusión, tajante, de todo monopolio escolar del Estado, con lo cual se maximaliza la postura frente a cualquier medida intervencionista (61). Por el contrario,

(61) Vid. en este sentido la absurda postura sostenida por Urbano VALERO: *Libertad de enseñanza*, en «Razón y Fe», núms. 944 y 945, p. 163.

otros planteamientos más realistas del tema se cuidan en distinguir previamente la «estatalización» de la «socialización» (62), indicando a este respecto la necesidad de precisar el concepto de «escuela pública». SÁNCHEZ AGESTA (63) entiende como tal «aquella que está sujeta a un control y a una responsabilidad públicas, sin que (el término) "público" deba identificarse con el Estado, sino con organismos colectivos a los que corresponda su orientación y vigilancia; porque es claro que la educación no puede considerarse como una empresa privada, establecida para el lucro o el goce de uno o varios particulares, sino que es siempre, por su propia naturaleza, una empresa pública, social o que debe socializarse».

Me parece muy acertado este planteamiento, tanto más cuanto que con él se cohonesta, necesariamente, el tema de la libertad con el derecho correlativo a la educación, que entiendo deben ser considerados en forma conjunta, ya que aisladamente pierden todo su sentido. Y ello porque tan absurdo resulta sostener un sistema de libertad absoluta en la enseñanza, como un intervencionismo a ultranza que pueda llegar a hacer de la misma un sutil instrumento de poder. Este último extremo habría de ser, no obstante, matizado, ya que si bien en los países donde no son encontrables unas bases mínimas de estructura democrática existe una estatalización de la enseñanza, ésta se convierte, efectivamente, en un poder de sujeción de los ciudadanos a través del control del cuadro de valores y motivaciones de toda índole que comporta la imposición de un sistema educativo.

Por el contrario, en el seno de un sistema democrático, la estatalización de la enseñanza adquiere un sesgo muy diferente, en tanto que la iniciativa privada tan sólo queda excluida en lo concerniente a la creación de centros docentes, pero no así en cuanto a la conformación del sistema educativo, que al ser elaborado por un Parlamento representativo dé cauce a la libertad para su determinación. Ciertamente es que con ello tampoco llegaría a satisfacerse plenamente el derecho a la libertad de enseñanza (en cuanto supone la opción entre varios sistemas) de las minorías.

Por ello debe abocarse, forzosamente, hacia una tercera perspectiva que corrija los defectos indicados en la anterior y ello se obtiene, precisamente, a través de la categoría del servicio público. La

(62) Vid. SÁNCHEZ AGESTA: *La socialización de la enseñanza*, en «Razón y Fe», op. cit., p. 178.

(63) Vid. op. cit., p. 178.

libertad de enseñanza, dentro de esta última orientación, abarcaría, por consiguiente, los siguientes puntos:

- 1.º Posibilidad de crear y sostener centros privados de enseñanza.
- 2.º Posibilidad de impartir, en los mismos, una enseñanza que no tenga reconocimiento oficial.
- 3.º Posibilidad de impartir, junto a las materias que componen el sistema educativo oficial, otras asignaturas, referentes a la formación religiosa o ciudadana, con arreglo a criterios propios.
- 4.º Posibilidad de que los alumnos puedan elegir libremente el centro donde deban recibir la enseñanza.

Todo este cúmulo de «posibilidades» es compatible con la declaración de la enseñanza como servicio público, pero a su vez ello implica las siguientes obligaciones, que vendrán a configurar el contenido del «derecho a la educación» que implica este sistema:

- 1.ª Necesidad de obtener una autorización administrativa para la creación y sostenimiento de aquellos centros privados en los que se impartan las enseñanzas incluidas en el plan oficial de estudios.
- 2.ª Limitación de los precios en los niveles de enseñanza no gratuitos e inexistencia de los mismos en los gratuitos, lo cual implica la necesaria suscripción de concierto en el que se regulen las subvenciones a percibir por el centro.
- 3.ª Respecto al principio de igualdad de trato de los alumnos, lo que conlleva también una igualdad en el régimen de acceso a los centros.

Además de ello, el derecho a la enseñanza desde la más amplia perspectiva del particular supone igualmente una serie de exigencias, reconducibles en su mayoría a la insuficiencia de puestos escolares; carecen hasta el momento de un cauce jurídico para su reclamación (64).

Posiblemente la toma de conciencia de la educación como servicio público pudiera traducirse en una implantación de los medios jurídicos y económicos necesarios para el eficaz y adecuado cumplimien-

(64) Hipotéticamente podría reclamarse el Tribunal de Garantías Constitucionales impugnando toda Ley de Presupuestos que no cubriera el déficit total de puestos escolares, ya que así como otras atenciones presupuestarias no implican derecho fundamental alguno (p. ej., las obras públicas), la educación, en sus niveles obligatorios, sí lo es, y por esta razón podría declararse la anticonstitucionalidad de la Ley Presupuestaria.

to de este derecho básico de toda persona. La LGE vino a dar el primer paso en este sentido y creo que, simplemente por ello, deben mantenerse vigentes los criterios básicos que postula, aun reconociendo los defectos de que pueda adolecer en otros aspectos. Porque, en definitiva, la intención del presente trabajo no es, precisamente, la de ensalzar a ultranza su contenido, sino, por el contrario, rechazar cuantos impedimentos pueda implicar en orden a la instauración de un sistema que garantice realmente el derecho a la enseñanza, dentro de los cauces marcados para ello en nuestra Constitución. Uno de estos cauces viene a ser, justamente, el derecho de todo ciudadano a exigir la prestación de la enseñanza en el seno de un auténtico servicio público, lo cual no es sino el planteamiento o, por mejor decir, la respuesta primordial de la LGE ante la tensión entre el derecho y la libertad a la educación.

