

Las Universidades y el servicio público educativo

Tomás Navalpotro Ballesteros
Letrado de la Comunidad de Madrid

Es clásica la distinción de Jordana de Pozas entre los tres tipos de actividad administrativa, policía, fomento y servicio público. Como se ha señalado, en los tiempos modernos se ha sustituido la concepción tradicional del servicio público como una actividad prestacional de las Administraciones públicas, por la de su consideración como una función administrativa de garantía de las prestaciones por sujetos privados. La «Administración garante» sería así la encargada de que los sujetos privados que compiten en el mercado desarrollen las tareas consideradas como de interés general¹.

Como también se ha dicho, nuestro derecho no ofrece un concepto general de servicio público. Esta expresión es utilizada a veces como sinónimo de actividad administrativa, como cuando el artículo 106.2 de la Constitución Española alude a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por el funcionamiento de los servicios públicos, en tanto que otras veces se alude con ella a un conjunto de actividades que satisfacen necesidades esenciales de la colectividad².

No parece ofrecer duda que el servicio educativo sea un servicio público, entendido en esa segunda acepción aludida.

La doble dimensión del artículo 27 de la Constitución Española como generador, por una parte, de un derecho de libertad y, por otra, de un derecho de prestación frente a los poderes públicos.

En su dimensión de libertad, el derecho a la educación se manifiesta principalmente en la libertad de enseñanza (art. 27.1), en la libertad de creación de centros docentes (art.

¹ Velasco Caballero, F., “Administración Pública”, en *Manual de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, 2023.

² Magaldi Mengaña, Nuria, “Actividad de prestación y garantía”, en *Manual...*, ob. cit.

27.6) y en el derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral coherente con sus propias convicciones (art. 27.3).

Con respecto a su vertiente prestacional, perspectiva que engarza con el concepto servicio público, su singularidad ha sido destacada por el Tribunal Constitucional, entre otras ocasiones, en las SSTC 86/1985, de 10 de julio; 188/2001, de 20 de septiembre; 191/2020, de 17 de diciembre; 81/2021, de 19 de abril, y, más recientemente, por la STC 34/2023, de 18 de abril, que las cita.

En concreto, la STC 4/2022, de 24 de enero, FJ 3, ha recordado que

«el derecho de todos a la educación incorpora “junto a su contenido primario de derecho de libertad, una dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho” y “al servicio de tal acción prestacional de los poderes públicos se hallan los instrumentos de planificación y promoción mencionados en el núm. 5 del mismo precepto, así como el mandato, en su apartado 9 de las correspondientes ayudas públicas a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca” (SSTC 86/1985, de 10 de julio, FJ 3; 188/2001, de 20 de septiembre, FJ 5, y 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 8).»

De la misma manera, el Alto Tribunal ha podido destacar en la referida sentencia, que, *«En su dimensión prestacional, el contenido constitucionalmente garantizado de ese derecho no se limita a la enseñanza básica, sino que se extiende también a los niveles superiores (SSTC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 8, y 155/2015, de 9 de julio, FJ 5)»* y ello, aunque en estos últimos no se imponga constitucionalmente la obligatoriedad ni la gratuidad (STC 236/2007, FJ 8). En concreto, constituyen manifestaciones de esa dimensión prestacional del derecho fundamental a la educación, los apartados 5 y 9 del texto constitucional. En ellos se establece, respectivamente, el deber de los poderes públicos de garantizar el derecho de todos a la educación mediante una programación general de la enseñanza, así como el de ayudar a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca. De este último apartado (27.9) no se deduciría la necesidad de establecer un sistema de becas y ayudas, si bien el legislador orgánico lo

habría estatuido para garantizar el derecho de todos a la educación (ex STC 188/2001, de 20 de septiembre, FFJJ 4 y 5).

En el plano legislativo, la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, contiene algunas menciones en la parte inicial de su preámbulo a la consideración por parte de los Estados modernos del derecho a la educación como un «servicio público prioritario», así como, a título de precedente legislativo, a la previsión en la Ley General de Educación de 1970 de la obligatoriedad y gratuidad de una educación básica unificada, concebida como servicio público y de cuya provisión se responsabilizaba prioritariamente al Estado:

«La Ley General de Educación de 1970 estableció la obligatoriedad y gratuidad de una educación básica unificada. Concebía ésta como servicio público, y responsabilizaba prioritariamente al Estado de su provisión. Ello no obstante, reconociendo y consagrando el carácter mixto de nuestro sistema educativo, abría la posibilidad de que centros no estatales pudieran participar en la oferta de puestos escolares gratuitos en los niveles obligatorios, obteniendo en contrapartida un apoyo económico del Estado.»

Por su parte, la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LODE), señala en su artículo 108.4, relativo a la clasificación de los centros docentes que ofrecen enseñanzas reguladas en dicho texto legal, que «La prestación del servicio público de la educación se realizará, a través de los centros públicos y privados concertados».

En lo que se refiere a la enseñanza universitaria, el Tribunal Constitucional ha declarado en diversas ocasiones que el servicio público educativo se presta tanto por las universidades públicas como por las privadas. En particular, ese pronunciamiento está incluido en la STC 191/2020, de 17 de diciembre, dictada en sede de recurso de amparo frente a ciertas bases reguladoras para la concesión de las becas conducentes a la realización de estudios universitarios en la Comunidad Valenciana que no incluían entre los posibles beneficiarios a los alumnos de las universidades privadas de dicha región. En su fundamento jurídico 5 se afirma que

«el legislador orgánico al establecer el régimen jurídico de las universidades no distinga entre universidades públicas y privadas cuando dispone que la universidad realiza el servicio público de la educación superior mediante la investigación, la docencia y el estudio y determina las funciones de la universidad al servicio de la sociedad (artículo 1.1 LOU)».

Asimismo, recogiendo su propia doctrina anterior, puesta de manifiesto en las SSTC 176/2015, de 22 de julio, FJ 2, y 74/2019, de 22 de mayo, FJ 4, la citada sentencia del Alto Tribunal de 2020 rememora que

«este tribunal ha afirmado que “todas las universidades sin distinción, también por tanto las de titularidad privada (artículo 3.2 LOU), realizan un ‘servicio público de educación superior’ a través de las funciones que les asigna la Ley Orgánica de Universidades en su artículo 1.2: la ‘creación, desarrollo, transmisión y crítica’ de la ciencia, la técnica y la cultura, así como la preparación para el ejercicio de actividades profesionales; funciones todas que han de prestar siempre ‘al servicio de la sociedad’. Ello explica también que la ley de reconocimiento de las universidades privadas, exigida por el artículo 4.1 LOU, venga precedida por la fijación por el Gobierno estatal de ‘los requisitos básicos necesarios para la creación y reconocimiento de las universidades públicas y privadas [...] siendo, en todo caso, necesaria para universidades públicas y privadas la preceptiva autorización que, para el comienzo de sus actividades, otorgan las comunidades autónomas una vez comprobado el cumplimiento de los requisitos normativamente establecidos (artículo 4.4 LOU)”».

Aunque la STC 191/2020, de 17 de diciembre, no obtuvo la conformidad del conjunto de los componentes del Alto Tribunal llamados a su deliberación, como demuestran los dos votos particulares de que fue objeto, lo cierto es que las opiniones discrepantes fueron vertidas en relación con aspectos distintos a la consideración de las universidades privadas como sujeto prestador del servicio público de educación superior.

Conviene asimismo significar que, aunque dicha doctrina del Tribunal Constitucional esté establecida con respecto a la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (LOU), ya derogada, la legislación vigente en la materia, representada en la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario (LOSU), que constituye la legislación sectorial específica de este tipo de enseñanza (art. 3.7 de la LODE), puede considerarse situada en la misma línea de considerar al conjunto de universidades, públicas y privadas, como un todo en la prestación del servicio público universitario. En este sentido, precisa su artículo 2.1 que *«El sistema universitario presta y garantiza el servicio público de la educación superior universitaria mediante la docencia, la investigación y la transferencia del conocimiento»*. Ello debe ser puesto en relación con lo dispuesto en el artículo 1.2, que aclara, que a los efectos de la propia LOSU, *«se entiende por sistema universitario el conjunto de universidades, públicas y privadas, y de los centros y estructuras que les sirven para el desarrollo de sus funciones»*. Estas funciones del sistema universitario, que vienen enunciadas en el artículo 2.2 de la ley orgánica (educación y formación del estudiantado, preparación para el ejercicio de actividades profesionales, transferencia e intercambio del conocimiento, etc.) se atribuyen en general y de forma indiferenciada a la totalidad de universidades.

Igualmente, el artículo 3.5 de la LOSU, al referirse a la autonomía de las universidades, vuelve a utilizar el concepto de servicio público en relación con el conjunto de universidades al exigirles la prestación de un *«servicio público de calidad»*.

Asimismo, los términos en lo que se expresa el artículo 4 de la misma LOSU, bajo la rúbrica *«Creación y reconocimiento de las universidades»*, son reveladores de la inclusión por parte del legislador de las universidades privadas en el sistema universitario español. Así, en su apartado 1 señala que *«La creación de las universidades públicas y el reconocimiento de las universidades privadas del sistema universitario español...»* y el apartado 2 significa que, *«Para garantizar la calidad del sistema universitario y, en particular, de la docencia e investigación, el Gobierno, mediante real decreto, determinará las condiciones y requisitos básicos para la creación de universidades públicas y el reconocimiento de universidades privadas, así como para el desarrollo de sus actividades»*.

En el mismo sentido de conceptuar a la enseñanza universitaria en su integridad como un servicio público se ha manifestado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, entre otras ocasiones, en las sentencias de 16 y de 17 de noviembre de 2022, Recs. 426/2021 y 423/2021, respectivamente, en relación con la impugnación de ciertas disposiciones del Real Decreto 822/2021, de 28 de septiembre, por el que se establece la organización de las enseñanzas universitarias y del procedimiento de aseguramiento de su calidad. En ellas, aparte de recordar la doctrina del Tribunal Constitucional fijada en la STC 176/2015, de 22 de julio, se pone de manifiesto que, a juicio de la Sala Tercera, «todas las universidades, públicas y privadas, forman parte del sistema educativo universitario que presta ese servicio público de educación superior».

Igualmente, se pueden localizar diversas resoluciones de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en las que, siguiendo la doctrina marcada por el Tribunal Constitucional, se anulan parcialmente determinadas convocatorias de ayudas por no incluir estudios impartidos por universidades privadas. Es el caso de las sendas sentencias de 30 de mayo de 2024, Recs. 533/2022 y 68/2023, y de 16 de marzo de 2023, Rec. 410/2022.