

UNA NOVA APLICACIÓ DE LES FORMES PRIVADES DE PERSONIFICACIÓ A L'ACTIVITAT DE L'ADMINISTRACIÓ: FUNDACIONS I UNIVERSITATS PRIVADES. EL CAS DE LA UNIVERSITAT OBERTA DE CATALUNYA

Xavier Muro i Bas
Lletrat del Parlament de Catalunya

I. Introducció

La irrupció en els darrers anys de noves formes d'institucionalització de l'Administració pública, respecte de les tradicionalment descrites en les tipologies recollides en els manuals de dret administratiu, és una realitat evident. La categoria d'Administració institucional¹ és ja insuficient per donar compte de tota la variada gamma d'ens o formes organitzatives, si més no de manera que constitueixi un concepte rigorós amb suficient capacitat explicativa. La combinació d'elements característics, fins ara, de les persones jurídiques privades amb els que eren tradicionals de les administracions, en una hibridació que innova les unes i les altres, està donant lloc a una diversitat d'organitzacions força extensa. Sembla que fins i tot la categoria de les administracions independents (de la qual òbviament encara no hi ha una formulació doctrinal acabada) tampoc no és adequada per englobar ens que escapen alhora del concepte d'Administració institucional. La descentralització política operada en el nostre Estat amplifica aquesta capacitat d'innovació organitzativa que està demostrant l'Administració pública.

Un exemple recent, el podem trobar en la Universitat Oberta de Catalunya (UOC), reconeguda en la Llei 3/1995, de 6 d'abril. El procés seguit per a la creació de la UOC, com també la fórmula jurídica utilitzada per a la seva personificació, amb un règim jurídic atípic, porten a preguntar-nos si ens trobem en presència d'un ens instrumental de l'Administració, si es tracta d'un *tertium genus*, o un híbrid, si això és possible o, simplement, d'una persona jurídica privada. La peculiaritat que provoca l'interès i els interrogants sobre la naturalesa i admissibilitat en el nostre ordenament, d'aquesta Universitat, rau en les característiques del seu titular i en la particular ordenació de la institució que deriva d'aquesta circumstància. El titular o entitat promotora de la UOC és una fundació privada (per tal com es crea a l'empara de la Llei catalana de fundacions *privades*, que, d'altra banda, tan

1. Vegeu el rebuig de Santamaría Pastor a aquesta expressió, mentre que prefereix la de «personificacions instrumentals dels ens públics», en el seu manual *Fundamentos de derecho administrativo*, I, Centro de Estudios Ramón Areces, S A, Madrid, 1a reimpressió, gener 1991. Resulta imprescindible tenir en compte les diverses reflexions contingudes a l'obra col·lectiva *Administración Instrumental. Libro homenaje a M. F. Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, 1994, en la qual queden paleses les dificultats conceptuals i classificatòries, a més de la varietat i rellevància dels problemes originats per l'amplíssima gamma d'entitats i la diversitat dels seus règims jurídics.

sols permet que siguin creades per persones privades),² constituïda per dues entitats privades (la Federació Catalana de Caixes d'Estalvis i la Cambra de Comerç, Indústria i Navegació) i dues societats anònimes de capital públic (Televisió de Catalunya, S A, i Catalunya Ràdio, Servei de Radiodifusió de la Generalitat, S A), és a dir, dues entitats instrumentals, dues empreses, de la Generalitat de Catalunya; a més, en els estatuts de la Fundació es conté una clàusula que permet la incorporació de la Generalitat com a patró, directament per ella mateixa sense persones instrumentals interposades, possibilitat que la Llei 3/1995 obliga a fer efectiva (art. 8.3). Aquesta diferent naturalesa dels fundadors determina les característiques de la UOC, de manera que si bé es presenta com a universitat privada (atès que el seu titular, la Fundació, es presenta com a entitat privada, per la qual cosa la Universitat és «reconeguda», com es fa amb les privades, per la Llei, que la dota d'un estatut jurídic similar, en gran part, al propi de les universitats privades), la presència, o participació, de persones jurídiques derivades de l'Administració pública entre els fundadors, com el fet d'estar sostinguda, en part, amb fons públics, determina que l'ordenació contingui elements característics de les universitats públiques, especialment instruments de control i intervenció públics que, a priori, semblen difícilment compatibles amb el concepte d'universitat privada. El resultat, no previst en el sistema universitari articulat a la Llei orgànica de reforma universitària (LRU), és l'establiment d'una universitat formalment privada, però amb un règim jurídic mixt o híbrid; es crea, doncs, una universitat que no coincideix amb cap dels models definits a la LRU, i neix sota l'impuls d'una fundació en la qual participen ens instrumentals dels poders públics i a la qual, a més, es pot incorporar en qualsevol moment l'Administració pública territorial. La utilització d'aquestes tècniques organitzatives planteja diverses qüestions, a causa de la seva falta d'encaix en les fórmules tradicionalment utilitzades per l'Administració.

Una primera qüestió a plantejar es refereix a la possibilitat que en l'actual marc jurídic les administracions públiques puguin crear fundacions privades, o si més no participar en la seva creació. La resposta podria no ser inequívoca, o absoluta, sinó admetre diversos matisos, com sostenir que ho poden fer si compleixen determinades condicions o bé considerar que l'única possibilitat vàlida seria que ho fessin a través d'ens instrumentals o empreses públiques; és possible, també, admetre-ho sense pal·liatius i advertir, però, les dificultats o disfuncions que una normativa concebuda per a les persones jurídiques privades pot produir en la seva aplicació a persones públiques. Un altre ordre de qüestions es refereix a la possibilitat que l'Administració pugui crear o ser titular d'una universitat privada; o si es considera que, malgrat que aparegui com a universitat privada, en realitat constitueix un nou tipus d'universitat estructurada sota una mixtificació de principis propis de les universitats públiques i de les universitats privades, també ens hem de preguntar si aquesta tercera categoria d'universitat mixta és possible en el marc normatiu actual, si la via escollida per a la creació és adequada i si té cabuda dins la competència autonòmica.

2. Malgrat que la Llei 30/1994, de 24 de novembre, de fundacions i incentius fiscals, ja hagués entrat en vigor i fos aplicable, i pogués considerar-se, com es veurà més endavant, la norma que possibilita sense cap gènere de dubte la creació d'una fundació privada per entitats dependents de l'Administració.

La regulació de la UOC pot plantejar, a més, altres qüestions ulteriors relatives a aspectes més concrets. Abans, però, caldrà analitzar els interrogants previs sobre la seva naturalesa.

II. La creació de fundacions privades per administracions públiques i entitats dependents

No hi ha una opinió unànime entre la doctrina civilista entorn de la possibilitat que l'Administració pública creï fundacions privades. Alguns autors no es plantegen la qüestió.³ Castán tampoc no se la planteja obertament, encara que tracta les «institucions públiques» com una categoria específica diferenciada de les formes de personificació privades, en la qual s'inclouen ens similars a les fundacions, rementant-se a l'estudi que es fa de totes elles des del dret públic.⁴ Espín considera que les fundacions privades són «aquelles creades per una persona privada»,⁵ tot i que més endavant admet que hi puguin haver fundacions creades per l'Estat o altres ens públics, «[...] que s'estudien en dret administratiu», de la qual cosa es podria deduir que aquestes darreres no són pròpiament fundacions privades. Altres estudis més recents, en canvi, s'inclinen per admetre-ho amb algun matís, com García Valdecasas,⁶ o sense cap, com Lasarte.⁷ La posició més elaborada, i segons el meu parer més consistent, en els manuals en ús, correspon a Lacruz y Luna,⁸ que rebutgen la possibilitat en els termes següents:

«Sobre todo, la figura de la fundación pública es inconciliable con el concepto genérico de fundación. En realidad, la Administración no puede ser titular de una fundación, del mismo modo que una persona física o una sociedad anónima no pueden ser titulares de una fundación. He aquí por qué no puede haber 'fundaciones públicas' en el sentido que se le suele dar a esta palabra, es decir, como tratándose de verdaderas fundaciones de las contempladas en el Código Civil: porque la fundación es su propio sujeto, y entonces no puede tener ulterior connotación de pública o privada: es ella y nada más [...]. La fundación, por su propio concepto, es una persona privada de interés público [...] o general.»⁹

3. Díez-Picazo, L., i Gullón Ballesteros, *Sistema de derecho civil*, Tecnos, Madrid, 1983, 4a ed., vol. 1, pàg. 670 i ss. El primer, en canvi, es mostra contrari al reconeixement de capacitat als ens públics per a crear fundacions a *El Derecho de fundaciones en España*.

4. Castán Tobeñas, J., *Derecho civil común y foral*, vol. 1, Reus, Madrid, 1989, pàg. 438-444.

5. Espín Cánovas, D., *Derecho civil español*, vol. I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 7a edició, pàg. 408.

6. García Valdecasas, G., *Parte General de derecho civil español*, Civitas, Madrid, 1983, pàg. 273-274.

7. Lasarte, C., *Principios de derecho civil*, Trivium, Madrid, 1993, pàg. 344. Cal dir que es refereix a la qüestió a la vista del projecte de llei que donaria lloc a la Llei 30/1994. També Puig Salellas, més recentment, reformulant el concepte de fundació a la vista de l'evolució soferta per la institució en la pràctica; vegeu «Entorn del concepte de fundació», *Autonomies*, núm. 21.

8. Lacruz Berdejo, F., *Elementos de derecho civil*, I, vol. 2, Bosch, Barcelona, 1990, pàg. 307.

9. Lacruz matisaria la seva posició (la primera edició de l'obra citada a la nota anterior és de 1974), admetent que per llei es poguessin crear, i regular, fundacions privades en una Administració pública, però amb un règim jurídic diferenciat. Cf. *Hacia un nuevo estatuto de las fundaciones*, Centro de Fundaciones, Madrid, 1979, pàg. 113.

La conclusió és que la fundació, des que existeix legalment, no depèn del fundador; és una organització al servei d'una finalitat, expressada en la voluntat fundacional, sobre una base patrimonial, que no pot ser instrument de ningú, tan sols d'ella mateixa. La doctrina més especialitzada en l'estudi de les fundacions, per la seva banda, rebutja, en general, que es puguin crear per persones jurídiques públiques, o si més no considera que existeix una diferència substancial entre les fundacions privades, reservades als particulars, i les organitzacions d'estructura aparentment similar creades pels poders públics. Així es pronuncien Badenes Gasset,¹⁰ de Lorenzo García,¹¹ Alda Morales,¹² de Prada,¹³ Vilaseca Marcet¹⁴ i també alguns administrativistes.¹⁵ No obstant això, cal assenyalar que la doctrina habitualment pren com a referència les fundacions culturals i benèfiques regulades, en el moment en què els diversos autors es pronuncien, per una normativa dispersa i normalment de caire reglamentari, en bona part dictada durant el segle passat. Es podria pensar, doncs, que és aquest model de fundació, que d'altra banda constitueix el motlle clàssic de la institució, el que sembla excloure la seva creació per les persones públiques, la qual cosa no impedeix, però, que pugui crear-se un tipus específic de fundació en la qual o bé s'incorporin o bé puguin actuar com a fundadores les persones públiques. Així ho admet també algun autor, entenent que aquesta modalitat de fundació exigiria el seu reconeixement per llei que hauria d'establir un règim específic per a aquesta institució.¹⁶

Una de les raons des del punt de vista jurídic per oposar-se a les fundacions privades com a instrument de l'Administració, es pot trobar en la configuració que la Constitució espanyola fa del dret de fundació com a dret fonamental. Malgrat que la jurisprudència constitucional hagi reconegut a les persones públiques la titularitat d'un dret fonamental com és el de l'art. 24 CE,¹⁷ l'opinió més estesa entre la doctrina és que tan sols els particulars poden ser titulars de drets fonamentals, tot i que comença a matisar-se en el sentit d'admetre-ho en casos concrets. Es podria pensar que les persones jurídiques públiques també exerceixen un altre dret fonamental, el d'associació (art. 22 CE), quan constitueixen societats mercantils. És dubtós, però, que aquestes darreres estiguin incloses entre les associacions a les

10. *La fundación en derecho privado*, Bosch, Barcelona, 1986, pàg. 313. Considera que «en pura dogmática no cabe hablar de fundaciones públicas porque esta supuesta figura no encaja dentro del concepto genérico de fundación».

11. *El derecho de las fundaciones*, Madrid, 1993, pàg. 384.

12. A l'obra col·lectiva *Las fundaciones y los protectorados*, Centro de Fundaciones, Madrid, 1986, pàg. 167.

13. *Op. cit.*, nota anterior, pàg. 173.

14. *El derecho de fundaciones en España*, Centro de Fundaciones, Madrid, 1978, pàg. 90.

15. Albi, *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Aguilar, Madrid, 1969, pàg. 329 i ss. Menéndez Reixach, a propòsit de la fundació pública prevista al Reglament de serveis de les corporacions locals, de 17 de juny de 1995, afirma que no es pot identificar amb les fundacions civils privades, a causa de l'existència de diferències substancials, cf. veu «Fundación Pública», *Enciclopedia Jurídica Civitas*, Madrid, 1995, pàg. 3204 i ss.

16. Cf. Lacruz, *op. cit.* a la nota 8.

17. *Vid.* STC 64/1988, de 12 d'abril. Cf. Díaz Lema, J. M., «¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídico-públicas?», RAP, núm. 109, 1989; Lasagabaster, I., «Derechos fundamentales y personas jurídicas de derecho público», a *Estudios sobre la Constitución española*, Civitas, 1991, Madrid, pàg. 651 i ss.

quals es refereix l'art. 22 CE.¹⁸ Això no obstant, tampoc no obstaculitza que es pugui reconèixer capacitat a les administracions públiques per crear fundacions, de la mateixa manera que poden crear associacions, no tant com a reconeixement o extensió d'un dret fonamental, sinó com a ordenació de la potestat organitzativa, a través de la llei, la qual cosa no priva de sentit el reconeixement que com a dret fonamental figura en l'art. 34 CE a favor de les persones privades.

La possible discussió entorn a la creació de fundacions privades per les administracions públiques esdevé en bona part estèril després de la Llei 30/1994, de 24 de novembre, de fundacions i d'incentius fiscals. El seu art. 6.1 disposa: «Podran constituir fundacions les persones físiques i les persones jurídiques, siguin aquestes públiques o privades.»

La innovació normativa d'aquest precepte, posada en relleu per la doctrina,¹⁹ rau precisament en l'admissió expressa de la possibilitat de creació de fundacions per les persones jurídiques públiques, qüestió objecte de polèmica durant la tramitació del projecte de llei.²⁰

Tanmateix, el reconeixement recollit en aquest precepte no resol definitivament la qüestió, sinó que la polèmica ara s'obre en una altra direcció, que és la de la seva adequació al sistema de distribució de competències al nostre Estat. Són diverses les comunitats autònomes que han legislat sobre fundacions, «privades» la majoria d'elles, legislació que en algun cas contradiu la Llei 30/1994, com és el cas de la Llei catalana de fundacions privades, l'art. 1 de la qual, referent a la qüestió que ens interessa, diu:

«Es regeixen per la present Llei les fundacions privades a què es refereix l'article 9, apartat 24, de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya, constituïdes en l'exercici del dret de fundació reconegut en la Constitució per les persones naturals o jurídiques i *privades* que afectin un patrimoni a la realització, sense afany de lucre, de finalitats d'interès general i que exerceixin les seves funcions principalment a Catalunya.»

La disposició final primera de la Llei de fundacions i d'incentius fiscals estableix que l'art. 6.1 de la Llei és «d'aplicació plena» en virtut de la competència reservada a l'Estat en l'art. 149.1.1 CE.

Abans de la promulgació d'aquesta Llei, veus significades²¹ ja havien justificat en aquest títol la viabilitat d'una norma d'aquestes característiques, la qual permetria evitar l'obstacle que representen les previsions competencials estatutàries específiques sobre fundacions.

Ens podríem preguntar si l'enquadrament competencial en l'art. 149.1.1 CE és el correcte quan es refereix al reconeixement de capacitat a les persones jurídiques

18. Fernández Farreres, G., *El Derecho de asociación. Estudio específico del art. 22 de la Constitución española*, Civitas, Madrid, 1988.

19. Caffarena, J., *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Escuela Libre, Marcial Pons y Fundación ONCE, Madrid, 1995; comentari a l'art. 6, pàg. 48-50.

20. Els Grups parlamentaris Popular i de Convergència i Unió van presentar esmenes al Projecte de llei en aquest aspecte concret, basant-se en la consideració que les persones jurídiques públiques no podien crear fundacions privades.

21. Vid. García de Enterría, E., «Constitución, Fundaciones y Sociedad civil», a la *Revista de Administración Pública*, núm. 122, 1990, pàg. 252; Caffarena, J., *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pàg. 238; Piñar Mañas, J. L., «Las fundaciones y la Constitución española», a *Estudios sobre la Constitución española*, Civitas, Madrid, 1991, pàg. 1333.

públiques per crear fundacions, atès que en aquest cas no es fa una regulació de les condicions bàsiques d'un dret fonamental, sinó de l'abast de la potestat d'autoorganització de l'Administració, per la qual cosa semblaria millor incardinar aquesta regulació en l'art. 149.1.18; o, àdhuc, en legislació civil, si es creu que cal considerar-lo des de la perspectiva del tràfic jurídic privat, per tal com el pot afectar.

Cal fer avinent que cap comunitat autònoma no ha discutit en via de recurs la Llei 30/1994, acceptant, en conseqüència, l'afectació que aquesta produeix sobre el seu propi ordenament.

Des d'una posició positivista, la innovació introduïda per la legislació estatal demostraria que la no-inclusió de les persones jurídiques públiques en l'art. 1 de la Llei catalana de fundacions privades constituïria una opció conjuntural del legislador, no exigida ni per la Constitució ni per la naturalesa de la institució, modificable en el futur.

Sembla més consistent fonamentar les objeccions a l'ús per les administracions públiques del dret de fundació en la dificultat d'encaixar les regles o principis de l'organització i de l'activitat administrativa amb alguns dels trets característics de la fundació en la construcció tradicional que se n'ha fet, i que es mantenen en la Llei 30/1994, trets que la doctrina ha tractat com a essencials, de manera que la seva supressió desvirtuaria totalment la imatge de la institució. Això obligaria al fet que la llei establís un règim especial per a les fundacions de creació pública, o si més no a una adaptació de les normes generals de les fundacions a les característiques de l'Administració. El cas, però, és que la Llei 30/1994 no preveu l'adaptació o modulació de les seves regles per tal raó en cap moment del seu articulat. Cal afegir que l'establiment d'un règim diferenciat per a les fundacions públiques podria suscitar, si s'hagués produït, la qüestió de si aquesta figura implicava una natura diferent i, per tant, es tractava d'una fundació *sui generis*, substancialment diferent de les fundacions privades.

L'adaptació és precisa, per exemple, en la figura del protectorat, institució pública de control de la fundació. No té sentit que l'Administració utilitzi aquesta tècnica de control per saber si la fundació pública es desvia de les finalitats per a les quals ella mateixa la va crear, ja que en l'ordre administratiu intern el control és instrumentat per altres mitjans o tècniques. La segona característica de les fundacions privades encara més difícilment compatible amb la seva titularitat pública és que, mentre que el negoci jurídic de creació de la fundació és irrevocable, per la qual cosa cal controlar que no se'n produeixin desviacions, en canvi, en l'àmbit administratiu, no existeixen afectacions permanents del patrimoni, sinó que la destinació d'aquest i la forma de gestionar-lo pot variar, sempre que s'adeqüi a l'interès públic i s'efectuï d'acord amb les normes legals. Tampoc no té sentit en relació amb les fundacions creades per administracions públiques, o requereix algun tipus de modulació, la possibilitat d'intervenció administrativa temporal de la gestió (art. 34), la gratuïtat dels càrrecs (art. 13.4) o les limitacions sobre disposició de béns (art. 19), o les normes sobre responsabilitat de la fundació (art. 15).

Podríem també interrogar-nos sobre la justificació de la necessitat d'utilitzar altres fórmules organitzatives diferents de les existents si aquestes, en la diversitat actual, ja són suficients per garantir la satisfacció dels interessos públics, interrogant d'abast molt més general que el cas al qual se circumscriu aquest treball, abordat per la doctrina més autoritzada en diverses ocasions.

Cal recordar que l'Administració ja disposa d'una forma organitzativa que té el mateix origen que les fundacions (la idea d'*universitas rerum*), com són els organismes autònoms, l'ordenació dels quals, a més, confereix un marge de llibertat a l'hora de configurar la seva organització més ampli que el que permet la figura de la fundació, i, d'altra banda, l'afectació del patrimoni no resulta tan rígida. Per tant, podríem pensar que, com a criteri general, ni resulta útil ni té interès per a l'Administració acudir a la figura de la fundació privada.

Ara bé, el que sí que podria tenir sentit en algun moment és que l'Administració col·laborés o fins i tot participés en alguna fundació ja creada, els fins de la qual concidissin amb els públics, o convingués coadjuvar a la seva realització. Aquesta col·laboració també podria realitzar-se a través del finançament, i la forma usual seria la subvenció, que òbviament pot incloure el condicionament de l'ús dels recursos lliurats a l'entitat privada, i d'aquesta manera incidir en la seva activitat. Pot haver-hi, fins i tot, una major implicació en el desenvolupament de l'activitat de la fundació, sense menystenir-ne la independència orgànica ni distorsionar la voluntat dels fundadors, com pot ser mitjançant la celebració de concerts amb l'entitat o la constitució de consorcis, de manera que l'actuació d'aquella sigui el resultat de la confluència de voluntats amb l'Administració. En la realitat trobem exemples de tots aquests tipus de col·laboració. Si existeixen aquestes fórmules, per què cal recórrer a la creació d'una fundació privada?

La participació de l'Administració en fundacions privades sembla mancar, doncs, de justificació, si ja existeixen fórmules en l'ordenament jurídic administratiu que permeten canalitzar l'actuació administrativa de manera anàloga. També es pot plantejar en els termes contraris: l'associació de persones privades a l'exercici de competències per part de l'Administració, per la qual cosa també existeixen avui dia instruments o canals legals suficients.

Pot adduir-se, en contra del que s'ha dit fins ara, que existeixen alguns exemples²² de fundacions privades en les quals el patró és l'Administració de l'Estat. Són, però, casos molt aïllats, bé creats per llei, bé resultat de la intervenció de fundacions privades existents, per a la gestió de patrimonis privats afectats, quan el seu anterior titular els ha transmès a l'Estat perquè els administri i vetlli pel compliment de la finalitat a què estan afectats²³ amb un règim jurídic peculiar.

Si bé es poden plantejar dubtes consistents sobre la necessitat i legalitat de la incorporació de l'Administració a una fundació en qualitat de fundadora, la qüestió pot merèixer un altre plantejament quan la intervenció de l'Administració en aquestes institucions es vehicula a través de societats mercantils públiques. En

22. Cf. Santamaría Pastor, J. A., *Fundamentos de derecho administrativo*, I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, pàg. 1221. No obstant això, com ha recordat Puig Salellas, també hi ha un exemple d'ús de la figura de la fundació privada en el cas de les creades per les universitats públiques. *Op. cit.* nota 7.

23. Alguns autors, entre els civilistes, esmenten aquests supòsits com a exemple de fundacions privades en mà pública, però per negar-los precisament el caràcter de fundacions «públiques», considerant que l'Estat, o altres ens públics, actuen en aquest cas com a mers executors de la voluntat del fundador o fiduciari; cf. Puig Brutau, J., *Fundamentos de derecho civil*, I, vol. 1, 2a part, Bosch, Barcelona, 1979, pàg. 656; Puig Ferriol, L., Roca Trias, E., *Fundamentos de derecho civil de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 1984, pàg. 372.

aquest cas, l'Administració adopta en la seva activitat la «vesta» d'una persona jurídica privada, esquivant, aparentment, algunes de les dificultats de conciliació entre la legislació sobre fundacions i les característiques de l'Administració pública.

I dic que s'evita aparentment perquè és vàlid preguntar-se si, malgrat que les societats mercantils de capital públic apareguin com a persones jurídiques privades, són realment tals. Si s'adopta el punt de vista expressat per García de Enterría i T. Ramón Fernández²⁴, la forma de personificació i el règim jurídic al qual se sotmet la seva activitat no són elements suficients per desvirtuar la realitat que es tracta d'ens instrumentals de l'Administració pública, units a aquesta, per tant, a través d'una relació d'instrumentalitat comparable amb la que és característica dels organismes autònoms. Ara bé, l'existència d'aquesta relació d'instrumentalitat, acceptada per la generalitat de la doctrina a més dels autors esmentats,²⁵ dona peu a interrogar-se sobre la naturalesa d'aquestes entitats, àdhuc sobre la seva consideració com a «poder públic»²⁶ en alguns casos i sobre els problemes relatius a llur control; la submissió de la seva activitat, en termes generals (i sovint s'estableixen algunes excepcions puntuals que donen lloc a règims híbrids),²⁷ al dret privat no presenta dubtes, i no es pot pretendre que en aquesta activitat externa es vegin subjectes a les mateixes limitacions que recauen sobre les administracions matrius, juntament amb els condicionaments legals que encara pateixen les empreses mercantils en les seves diverses formes.²⁸ Per tant, en el cas examinat, les dificultats d'encaix que es poden produir entre la regulació de les fundacions privades i el fet que hi participin administracions públiques poden superar-se quan aquesta participació es produeix a través d'entitats instrumentals. Amb tot, davant la possibilitat de la creació de fundacions privades per empreses públiques amb la pretensió de sostreure's als controls i a les limitacions sobre la seva activitat (podem pensar, per exemple, en algunes de les prescripcions de la Llei 4/1988, de l'estatut de l'empresa pública catalana, i en la disposició addicional sisena de la Llei de contractació de les administracions públiques) caldria articular algunes cauteles.

Ara bé, es pot conjugar la participació de societats públiques en fundacions

24. Cf. Curso de derecho administrativo, vol. I, Civitas, 5a. ed., 1989, Madrid, pàg. 417 i ss.

25. Cf. Santamaría Pastor, J. A., *op. cit.*, pàg. 1192. Villar Palasí, J. L., «Tipología y derecho estatutario de las entidades instrumentales», a *Administración instrumental, op. cit.*, pàg. 159 i ss.; a la mateixa obra, *vid.*, Barnés Vázquez, J., «Introducción a la doctrina alemana del derecho privado administrativo», pàg. 230 i ss., i Meilán Gil, J. L., «La funcionalidad de los entes instrumentales como categoría pública», pàg. 972; Garrido Falla, F., «Origen y evolución de las entidades instrumentales», pàg. 37 i ss.

26. *Id.* Barnés, J., *op. cit.*, pàg. 238, i Meilán Gil, *op. cit.*, pàg. 986-988, Villar Palasí, J. L., *op. cit.*, pàg. 162.

27. Cf. Garrido Falla, F., *op. cit.*, pàg. 45 («[...] surgen monstruosos organismos híbridos sometidos simultáneamente al Derecho público y al privado [...]»); Baena del Alcázar, M., *Organización, régimen jurídico y sector público estatal*, pàg. 100-101.

28. Sobre la valoració doctrinal més recent de la figura del dret administratiu, *vid.* les posicions més crítiques a Morillo Velarde, J. I., *La huida del derecho administrativo, la personalidad jurídica de las administraciones públicas y el principio de eficacia. Reflexiones*, pàg. 1008; López Menudo, F., «El Derecho administrativo como derecho "especial y excepcional"», a *Administración Instrumental, op. cit.*, pàg. 566; Sala Arquer, J. A., «Huida al Derecho privado y huida del Derecho», a REDA, núm. 75, 1992, pàg. 399-413. Una opció diferent i oposada se'n podria dir, a Borrajo Iniesta, I., «El intento de huir del derecho administrativo», a REDA, núm. 78, 1993, pàg. 233-249.

amb l'existència d'un protectorat públic? Això comportaria sotmetre-les a un altre control a més d'aquell al qual ja estan subjectes per la seva vinculació a l'Administració. Pel seu caràcter de control limitat, amb una finalitat específica o puntual, però, sembla conciliable amb els altres als quals ja està subjecte. Pel que fa a la irrevocabilitat del negoci fundacional, de la declaració de voluntat inicial de crear la fundació, tampoc no crec que pugui representar un obstacle, atès que la Llei de fundacions i d'incentius fiscals el que sí que admet amb més flexibilitat que abans és la modificació dels estatuts fundacionals, fins a arribar fins i tot a l'extinció de l'entitat. Per tant, la societat pública podria arribar fins a abandonar la fundació si canvia de criteri respecte del seu interès a participar-hi.

Els dubtes serien menors si l'Administració s'incorporés a una fundació existent o quan concorre a la creació amb persones jurídiques estrictament privades.

Aplicant les anteriors consideracions al cas concret de la Fundació impulsora de la UOC, hauríem de concloure que l'ús de la via escollida per la Generalitat, a través de les seves empreses filials, s'ajusta al marc normatiu vigent, tot i que la manca de normes que adaptin el règim jurídic de les fundacions a la presència entre els fundadors d'ens instrumentals de l'Administració podria provocar alguna distorsió en el funcionament de la Fundació. Una altra qüestió és si existeix una justificació suficient per a l'elecció d'aquest model de gestió. La raó adduïda és la del fet que es tracta d'«una formulació jurídica pensada per a l'especial naturalesa de l'ensenyament a distància, que li permeti un funcionament flexible, àgil i amb òptima utilització dels recursos emprats» (exposició de motius de la Llei 3/1995). Cal suposar que existeix, a més, la voluntat de compartir la gestió amb les entitats privades que concorren a la Fundació. Pel que fa al primer ordre de raons, acostuma a ser l'argument habitualment invocat per utilitzar les formes privades de personificació per a l'activitat administrativa, de manera que apareix com una fórmula rutinària de la qual és difícil conèixer fins a quin punt obeeix a la realitat si no va acompanyada d'una informació més concreta.²⁹ Pel que fa a la segona raó, tampoc no semblava necessari recórrer a la figura de la fundació, ja que com ja s'ha assenyalat, existien altres possibilitats.

III. La creació d'una universitat privada per un ens instrumental de l'Administració

Establertes les anteriors premisses, cal examinar la configuració institucional de la UOC per determinar si es tracta realment d'una universitat privada o constitueix una mixtificació entre les dues classes d'universitat definides per la Llei de reforma universitària (LRU) i, en cas que sigui així, si encaixa amb aquesta. També cal preguntar-se sobre la possibilitat que els ens públics puguin ser titulars d'universitats privades. La reflexió entorn d'aquesta qüestió no implica prejudicar el fet que la UOC sigui una universitat privada en sentit estricte, perquè malgrat la fórmula utilitzada

29. Vid. els comentaris respecte a l'eficàcia com a argument habitual per a crear entitats instrumentals a Morillo Velarde, *op. cit.*, pàg. 999; *vid.*, també, l'al·lusió de Garrido Falla, *op. cit.*, pàg. 45.

per al seu «reconeixement» i que la configuració legal donada s'ajusti en termes generals a l'esquema utilitzat fins ara per les universitats privades, existeixen elements diferencials que obliguen a interrogar-se sobre el seu encasellament en aquesta classe d'universitats. Abans d'entrar en l'examen concret de la naturalesa de la UOC, caldrà considerar aquesta qüestió de caràcter més general sobre la possibilitat de creació d'universitats privades pels poders públics.

Una primera constatació que s'ha de fer a partir de l'ordenació establerta per la LRU és que totes dues classes d'universitat són excloents i que se sotmeten a règims jurídics diferents encara que tinguin alguns elements en comú.

En principi, les universitats privades es regeixen pel que disposa el títol VIII de la LRU, segons el seu art. 57. No obstant això, d'acord amb Souviron,³⁰ altres disposicions de la LRU també els són aplicables, concretament les contingudes al títol preliminar, llevat que entrin en contradicció amb el que expressament s'estableix al títol VIII. En canvi, no ho són les relatives a organització, professorat i finançament, aspectes que quedarien a la lliure disponibilitat de la universitat privada; és a dir, en aquest cas, el titular respectiu actuaria en un marc de llibertat, concretament la llibertat de creació de centres docents. Les universitats privades no han d'imitar, per tant, l'organització establerta respecte de les públiques a la LRU i, en conseqüència, la seva relació amb el titular no ha d'ésser la mateixa que existeix entre les universitats públiques i el poder territorial titular. Però, a més, la diferència no es troba només en la posició que el titular d'una universitat privada té respecte d'ella (l'abast dels poders d'aquell, i correlatives obligacions o subjeccions d'aquesta), sinó de la relació d'unes i altres universitats amb l'Administració. El reconeixement de l'autonomia universitària comporta un determinat règim organitzatiu per a les universitats públiques, la definició del qual està reservada a la llei i sostret, per tant, de la seva determinació per decisions administratives individuals de l'ens titular, com podria succeir si l'Administració fos *dominus* d'una universitat privada. Per tant, l'Administració no pot eludir el marc de les seves relacions amb la Universitat fixat per la LRU. En definitiva, la titularitat de la Universitat en determina la condició i el règim jurídic. La LRU no té una definició del caràcter públic o privat dels centres universitaris com la de l'art. 10 de la LODE («*Son centros públicos aquellos cuyo titular sea un poder público. Son centros privados aquellos cuyo titular sea una persona física o jurídica de carácter privado*») que ha estat interpretat com «*La imposibilidad, a diferencia de la regulación de la LOECE, de que las personas jurídicas públicas puedan fundar centros privados*»,³¹ però es pot considerar implícita en el disseny de la LRU.³² Aquest plantejament seria coherent amb la idea que l'Administració quan crea un centre docent no actua en exercici de la llibertat de

30. Cf. *La Universidad española. Claves de su definición y régimen jurídico institucional*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1988, pàg. 194. Sembla que Climent té una opinió diferent, ja que no reconeix a les universitats privades el dret a l'autonomia; cf. «La libertad de creación de centros docentes en la enseñanza superior», a *Diez años de régimen constitucional*, Tecnos, Madrid, 1989, pàg. 210.

31. Fernández-Miranda, A., *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación*, C. E. Ramón Areces, Madrid, 1982, pàg. 72.

32. Climent parteix d'aquests supòsits; *vid. op. cit.*, pàg. 206. Souviron també; *vid. op. cit.*, pàg. 199.

creació de centres docents (dret fonamental), o d'una iniciativa econòmica, sinó exercint una competència educativa en les condicions que hi fixa la Llei.

A les universitats públiques es dona, d'altra banda, la peculiaritat de la participació de la societat a través d'un òrgan de representació, el Consell Social, el qual no existeix en les privades. Per tant, el marc legal ceneix tant la universitat com l'Administració de manera que aquesta només pot tenir els poders que la llei li reconeix sobre les universitats públiques; i també respecte de les privades, per tal de no afectar la llibertat d'ensenyament. Al contrari, no pot renunciar a aquests que li reconeix la llei respecte a la universitat pública, per tal com es tracta de funcions o competències obligatòries i irrenunciabls. Aquest règim organitzatiu no és modificable, disponible, ni per l'Administració titular ni per la universitat. En canvi, el poder d'organització del titular, a les universitats privades, no està subjecte a límits per la LRU, sens perjudici que s'exigeixin unes condicions materials i un nombre de professorat mínims per poder obtenir el reconeixement com a universitat, condicionament que no afecta el posterior desenvolupament d'aquell poder de decisió autònom. Si l'Administració pogués crear també universitats privades, a part de la confusió que produiria als ciutadans,³³ estaria en disposició de situar-les en un règim de dependència més accentuat que el que tenen respecte d'ella mateixa les universitats públiques, desdibuixant o alterant substancialment el paper que correspon a l'Administració respecte a les universitats. No es pot considerar ni una llacuna ni una imprevisió de la LRU, sinó una possibilitat que aquesta no preveu perquè no vol. L'autonomia universitària obliga a configurar les universitats públiques com a ens institucionals amb un règim peculiar, que comporta un grau de dependència inferior al que és característic dels organismes autònoms respecte de les administracions a les quals estan adscrits. Però, com ja sabem, l'autonomia és sempre limitada, i subsisteixen poders en mans de l'Administració respecte de les universitats, com també queda reservada a la llei la configuració de l'organització de la universitat (en dos nivells, com a universitat pública en general, d'acord amb la LRU, i com a universitat concreta, segons la llei de creació). Per tant, ni l'Estat ni la comunitat autònoma poden ser titulars de les universitats que la LRU qualifica com a privades o, en altres termes, no poden utilitzar aquesta via per sostreure's al règim propi de les universitats públiques.

D'altra banda, la creació d'universitats públiques s'ha d'ajustar necessàriament a la programació general de l'ensenyament superior; no obeeix a una decisió incondicionada d'exercir una iniciativa en l'activitat econòmica, a l'empara de l'article 128 CE, com si es tractés d'una empresa de mercat (cas en el qual l'Estat, o la comunitat autònoma, podria disposar de marge de llibertat per escollir la forma d'exercici); ni es tracta d'un servei públic en sentit estricte, amb llibertat d'elecció de les formes de prestació, a la vista del disseny de la LRU.³⁴

33. Vid. Garrido Falla, *op. cit.*, pàg. 45.

34. Souviron nega el caràcter de servei públic a l'ensenyament superior, malgrat l'art. 1 de la LRU, de redacció equívoca, i l'opinió del Tribunal Constitucional a la Sentència 26/1987, de 27 de febrer (FJ 4r, *in fine*), considerant que del que en realitat es tracta és d'una reserva legal per a la institucionalització de la Universitat i una altra per a la validació oficial dels títols, que es tradueixen en títols d'intervenció per reglamentar, d'una banda, i per controlar el compliment de les normes, de l'altra. La coexistència amb universitats i centres privats, i la possibilitat que totes les universitats, públiques i

El plantejament pot ser diferent quan l'Estat o la comunitat autònoma participen en la creació d'una universitat privada, sense ser ells els titulars exclusius, com és el cas de la UOC. Aleshores, si l'Estat o la comunitat autònoma no tenen capacitat per determinar les decisions que el titular adopti, sinó que la seva participació és tan sols minoritària, la valoració no és la mateixa. Cal, però, que la compartició de la titularitat d'una universitat privada amb un ens públic no atorgui a aquest cap posició predominant. L'admissibilitat d'aquest supòsit no deixa de ser problemàtica, però seria acceptable, tot i que no té gaire sentit. La situació seria equivalent a la de subvenció pública d'una universitat privada (no prevista per la LRU), amb la consegüent capacitat de controlar l'ús dels fons atribuïts. No sembla aquest el cas, però, de la UOC, segons el seu article 8.3: «El Govern de la Generalitat ha de designar els seus representants en el Patronat de la Fundació per a la Universitat Oberta de Catalunya. Aquesta representació ha d'ésser en tot moment majoritària.»

Per tant, la Llei obliga el Govern a exercir la facultat que li reconeixen els estatuts de la Fundació i incorporar-se al Patronat, per ell mateix, i sens perjudici de la continuïtat de les entitats instrumentals fundadores. No resulta clar, però, com s'ha d'entendre l'exigència que «aquesta representació» sigui majoritària. Es refereix tan sols a la del Govern directament? O es pot suposar vàlidament que es refereixi a la representació pública en conjunt, incloent-hi, per tant, la representació «indirecta» que es produeix a través de les entitats instrumentals? No afecta el caràcter públic o privat de la Universitat, aquesta representació majoritària de l'Administració, situació diferent de l'existent en el moment de promoure la UOC? Al meu entendre, la titularitat pública i, en conseqüència, el caràcter públic de la Universitat, queda aleshores més en evidència, i posa en crisi l'ordenació establerta en la Llei 3/1995.

IV. La configuració institucional de la UOC

Amb independència del debat sobre la naturalesa, o l'enquadrament, públic o privat, de la Fundació promotora, i titular, de la UOC, cal examinar la concreta configuració que se'n fa per incloure-la en algun dels tipus d'universitat previstos a la LRU, o qualificar-la com a *tertium genus*. Abans d'entrar en un examen més detallat, però, convé exposar quina ha estat la gènesi i justificació adduïda per a la creació d'una universitat d'aquestes característiques.

El tret definidor de la UOC, independentment de la seva formulació jurídica, rau en què es tracta d'una universitat a distància, és a dir, una universitat en la qual els estudis són impartits als alumnes sense requerir la seva presència en unes instal·lacions i aules fixes concentrades en un espai físic delimitat i exclusiu.

La manca d'acord sobre el traspass de la UNED a la Generalitat, basant-se en què el seu àmbit d'actuació s'estén a tot el territori estatal, i la consideració de

privades, puguin impartir estudis no reglamentats i no acreditables amb títols oficials, el porta a aquesta conclusió; *op. cit.*, pàg. 190 i 200. Climent sosté la posició contrària, considerant que sí que es tracta de servei públic; cf. *op. cit.*, pàg. 202-203.

l'existència d'una necessitat social d'aquesta classe d'ensenyaments, porten el Parlament de Catalunya a adoptar una moció en la qual s'insta el Govern «a prendre les mesures pertinents per consolidar un sistema d'ensenyament universitari a distància propi i més adequat a la realitat social contemporània». Considerant que existeix un buit legal sobre la creació i regulació d'universitats no presencials en la LRU, el Govern de la Generalitat entén que no hi ha cap obstacle perquè la comunitat autònoma amb competències plenes en matèria d'ensenyament exercixi la seva potestat legislativa i introdueixi aquesta regulació. L'opció seguida, però, no ha estat la d'establir prèviament un marc legal general propi que reguli aquesta classe d'ensenyament universitari, sinó la d'una llei singular institucional que dona cobertura a la UOC, seguint una de les vies previstes en la LRU. La possibilitat d'organitzar un servei d'ensenyament a distància per les comunitats autònomes que tenen el màxim nivell de competències educatives ja havia estat admesa en la STC 154/1985, de 12 de novembre, sobre l'Institut Gallec de Batxillerat a Distància, condicionant-lo, però, a la signatura de convenis quan l'ensenyament ultrapassi l'àmbit territorial de la comunitat autònoma, problemàtica salvada en el cas de la UOC, atès que circumscriu la seva actuació a Catalunya. Cal no oblidar, però, els estretíssims marges que el Tribunal Constitucional deixa a la potestat legislativa autonòmica en matèria universitària.³⁵

Entrant en l'anàlisi de la Llei, cal assenyalar d'entrada que aquesta utilitza la fórmula del «reconeixement» de la Universitat, que és la que s'utilitza per a les universitats privades, a diferència de les públiques (que són «creades»). En cap moment de l'articulat es qualifica expressament la Universitat com a privada, tot i que la no-utilització d'aquest qualificatiu no és necessàriament indicativa, ja que en el cas de la Universitat Ramon Llull, reconeguda per la Llei 12/1991, de 10 de maig (LRRL), tampoc no s'utilitzava, com tampoc no s'utilitza el contrari en les lleis de creació d'universitats públiques a Catalunya; cal ressenyar que aquí es produeix una diferència respecte al criteri seguit en les lleis estatals de reconeixement d'universitats privades, que les qualifiquen formalment de tals.

Una altra constatació que resulta de la inicial comparació entre la regulació de la UOC i la seguida fins ara en altres universitats, públiques i privades, és la del fet que aquella és més extensa, en regular, d'una banda, aspectes que en les universitats privades correspon determinar als seus titulars, o òrgans de govern, si és el cas, i de l'altra, en establir tècniques de control inicialment incompatibles amb el caràcter, i posició enfront de l'Administració, d'una universitat privada; també es diferencia de la regulació característica de les lleis de creació de les universitats públiques en preveure aspectes organitzatius i de funcionament que aquelles no contenen, perquè ho fan la LRU i el seu desplegament reglamentari. Finalment, la Llei 3/1996 regula peculiaritats de la UOC degudes al seu caràcter d'universitat no presencial.

Vegem seguidament els trets més destacats de l'ordenació de la UOC.

35. Cf. Martí Torres, R., *La conflictivitat competencial en l'àmbit de l'ensenyament*, Institut d'Estudis Autònomic, Col. Estudis, núm. 12, Barcelona, 1993, pàg. 204-206; Lasagabaster, I., «Enseñanza y Estado de las Autonomías», *Autonomías*, núm. 17, 1993, pàg. 39-40.

Marc normatiu de la UOC i règim jurídic

El marc normatiu de la UOC, establert a l'art. 1 de la Llei 3/1995, és igual que el que es va disposar per a la universitat privada Ramon Llull (art. 1 LRRL). Per completar aquest marc legal, la Llei 3/1995 es remet a les «pròpies normes d'organització i funcionament» de la UOC (l'equivalent als estatuts de les universitats públiques, els quals, a diferència d'aquelles «normes», es troben més internament determinats per la LRU, que regula, a més, el procediment per a la seva aprovació). La fórmula utilitzada per la Llei 3/1995 per referir-se a les esmentades «normes» no impedeix que s'articulin en un sol text, ni que aquest utilitzi la denominació d'estatuts.

Al llarg de l'articulat no es conté cap determinació sobre el règim jurídic aplicable en aspectes concrets de l'organització i mitjans, funcionament o activitats de la UOC. Cal presumir, doncs, que, per tal com es configura com a universitat privada, el seu patrimoni, gestió econòmica i comptabilitat, contractació, estatut de l'alumnat, professorat i personal no docent es regeixen pel dret privat. No obstant això, la Llei conté algunes prescripcions concretes referides a alguns d'aquests àmbits, les quals, per tant, constitueixen derogacions particulars de les normes de dret privat que regeixen en cada un d'ells, prescripcions que seran analitzades en tractar aquests diversos aspectes.

El control jurisdiccional dels actes de la UOC correspondrà, òbviament, a la jurisdicció ordinària, per tal com són subjectes en general al dret privat, encara que a la Llei 3/1995 hi hagi algunes prescripcions específiques substantives sobre l'activitat de la UOC,³⁶ pròpies del dret administratiu. Podria plantejar-se el dubte respecte a l'exigència de responsabilitat patrimonial si es considerés que la UOC actua com a entitat prestadora d'un servei públic. Ara bé, cal excloure aquesta possibilitat sobre la base de dues raons: d'una banda, el caràcter mixt de la UOC, que impedeix considerar-la com un ens exclusivament dependent de l'Administració. De l'altra, si s'entén que la universitat no és un servei públic, malgrat l'art. 1 de la LRU (seguint Souviron), com ja s'ha exposat anteriorment, considerant l'ús que es fa en la LRU de l'expressió «servei públic» no és en sentit tècnic jurídic estricte, en reconèixer-se el dret de crear universitats privades, en l'exercici de la llibertat de creació de centres docents (recordem que per a Souviron no existeix la reserva de l'activitat d'ensenyament superior al sector públic, sinó tan sols la reserva d'un poder d'intervenció a dos nivells: «la reserva legal de institucionalización de la universidad [...] y la reserva estatal para la validación de los títulos que la Universidad —sea pública o privada— expide»,³⁷ i, en un plànol formal, la llei de reconeixement d'una universitat privada no és una concessió). No obstant això, aquesta darrera afirmació és discutible, ja que depèn d'un concepte tan polèmic com el de servei públic. Hi ha elements que permetrien considerar les universitats privades com una activitat reglamentada o un servei públic virtual o impropio.

Una via per residenciar davant la jurisdicció contenciosa conflictes relacionats amb l'activitat de la UOC podria consistir en la impugnació dels actes de control

36. Cf. González Pérez, J., «Empresa pública y proceso», a *Administración Instrumental*, op. cit., pàg. 1186 i ss.

37. Vid. nota 34.

administratiu del compliment de la Llei 3/1995 (funció recollida en l'art. 9.1). Tanmateix, el fet que no s'instrumenti cap potestat administrativa de correcció de l'activitat de la UOC a través de les tècniques habituals (emissió d'ordres, condicionament de la validesa o eficàcia dels actes controlats a decisions administratives, potestat sancionadora), és a dir, que el control no conclou en cap acte que produeixi efectes sobre la UOC, quedant reduït a una mera capacitat inspectora, deixa segada aquesta via per conduir cap a la jurisdicció contenciosa el coneixement de qüestions relatives a la UOC.

La naturalesa privada de les relacions jurídiques originades en el si de la UOC pot situar-ne els alumnes en situació més desavantatjada que la dels de la universitat pública, ja que aquests gaudeixen d'un sistema de recursos administratius interns que possibiliten la reconsideració de les decisions desfavorables a l'interessat sense necessitat d'acudir a la jurisdicció, situació que pot resultar difícil d'entendre sabent que la UOC està vinculada (i utilitzo aquest terme imprecís jurídicament per la dificultat o els dubtes que produeix qualificar la relació entre la UOC i la Generalitat) a un ens públic. Semblaria aconsellable que, malgrat que sigui discutible el caràcter públic de la UOC, si més no per la important participació d'un poder públic, del qual es podria considerar instrument, i per la imatge que pot oferir a l'alumnat, es dotés d'un estatut semblant, quant als drets i deures, al dels alumnes de les universitats públiques.

Organització

La determinació normativa de l'organització de les universitats diferencia clarament les públiques de les privades. Mentre que aquestes darreres, en actuar sobre la base de la llibertat d'ensenyament, disposen de total autodeterminació sobre això, per la qual cosa les lleis de reconeixement, seguint la LRU, es remetent sempre a les normes d'organització i funcionament que estableixi lliurement la universitat, la qual cosa delimita un àmbit d'autonomia del fundador o titular impulsor, en canvi, en les públiques l'autonomia s'exerceix en el marc definit per la LRU, completada per les lleis de creació respectives (que acostumen a regular l'existència d'òrgans provisionals fins a la constitució definitiva dels propis de la universitat establerts per la LRU i l'aprovació dels estatuts respectius). Es tracta d'una diferència substancial, ja que respon al diferent caràcter d'una i altra classe d'universitat. En un cas s'actua en exercici d'una llibertat pública i en l'altre el poder públic, mitjançant determinacions legals primer, i a través de decisions administratives després, organitza una entitat administrativa tot i que el reconeixement de la seva autonomia per la Constitució espanyola modula l'abast de la intervenció³⁸ de les administracions territorials i assegura una capacitat d'autoorganització a la comunitat universitària (que no són *dominus* de la universitat).

La mixtificació d'elements públics i privats en el cas de la UOC es manifesta clarament en l'aspecte organitzatiu, en el qual, si bé inicialment se segueix el model propi de les universitats privades —remissió a les pròpies normes d'organització (art. 4.1) i, per tant, absència de regulació i establiment d'òrgans provisionals en la

38. *Vid.* Climent, *op. cit.*, pàg. 209.

Llei 3/1995—, es contenen al llarg de l'articulat diverses prescripcions que condicionen el model organitzatiu i també tècniques d'intervenció impròpies respecte d'una universitat privada, ja que són incompatibles amb l'àmbit de llibertat de què disposen.

D'una banda, trobem a l'art. 4.1 una prescripció sobre la «planta» territorial de la UOC:

«La Universitat Oberta de Catalunya, per al desenvolupament de la seva tasca, es dota de l'estructura docent, de recerca i de gestió necessària adequada a l'ensenyament no presencial, d'acord amb el que les seves normes d'organització i de funcionament estableixin. Aquesta estructura s'ha d'organitzar mitjançant una seu central i una xarxa de centres de suport en les comarques de Catalunya, que ha d'assegurar l'atenció imprescindible als estudiants d'aquests ensenyaments en el conjunt del territori català.»

Aquesta formulació sembla justificada atès el tipus d'universitat no presencial que és la UOC i atesos els termes genèrics utilitzats podria no considerar-se contradictòria amb el caràcter d'una universitat privada (malgrat la llibertat organitzativa pròpia d'aquesta, que li permetria organitzar-se territorialment sense cap condicionament), ja que no concreten ni la intensitat de la descentralització ni preveuen cap control per valorar el compliment de l'obligació establerta, ni tampoc afectaria l'autonomia universitària si es considerés, en el fons, una universitat pública. A més, la formulació apareix incardinada en un sentit finalista (ha d'ésser l'organització necessària per tal «d'assegurar l'atenció imprescindible als estudiants [...]»).

Molt més significativa, en canvi, és la precisió introduïda en el darrer incís de l'apartat 6 de l'article 8, en el qual amb ocasió d'obligar al fet que les normes d'organització i funcionament regulin «la participació d'alumnes i professors en els òrgans de programació acadèmica de les seves activitats» (fent palesa l'equívoca situació de la UOC, ja que d'una banda aquesta prescripció és innecessària quan es crea una universitat pública, perquè ja ho disposa la LRU, i, de l'altra, quan es tracta d'una privada, com pretén ser-ho la UOC, és incompatible amb la llibertat organitzativa del seu titular) s'estableix seguidament: «Aquestes normes han d'ésser ratificades pel Govern de la Generalitat.»

És clar que aquest control afecta el nucli essencial de la potestat d'autoorganització d'una universitat inicialment, o aparentment, privada. Podria sostenir-se que l'ús del verb «ratificar» redueix en gran manera la intensitat del control, ja que sembla excloure qualsevol possibilitat de discrecionalitat o valoració d'oportunitat sobre el contingut d'aquestes normes d'organització o, fins i tot, podria pensar-se que l'ús d'aquest terme obeeix a la intenció de configurar-lo com un acte degut. En aquest darrer cas, però, no tindria sentit l'obligació i seria més apropiat establir un dipòsit obligatori davant l'Administració. És més lògic considerar, per tant, que es tracta d'un acte de control, equivalent a una aprovació, el qual hauria de limitar-se a un examen de la legalitat, per no situar la UOC en pitjors condicions, en aquest aspecte, que les universitats públiques (recordem que en les STC 55/1989, de 23 de febrer, i 130/1991, de 6 de juny, s'estableix la doctrina que el control dels estatuts d'universitat per l'Administració tan sols pot ser de legalitat).

El fet que cal remarcar, però, i que el debat sobre l'abast, menor o major de l'acte no desvirtua, és que es tracta d'un acte de control inadmissible des de la

perspectiva d'una universitat privada. Curiosament, les modificacions de les normes d'organització i funcionament no se sotmeten al mateix règim de «ratificació», sinó que tan sols s'obliga a «comunicar-les» (art. 9.3).

Però no s'acaben aquí les prescripcions sobre organització, sinó que arriben a establir algun condicionament encara més concret sobre la UOC.

Així, s'estableix l'existència d'un òrgan, el Consell de la Fundació, no previst en la legislació de fundacions privades (cosa que no impedeix que en els seus estatuts aquestes el puguin establir, sens perjudici de l'existència necessària del patronat de la fundació i de les seves funcions), el qual, per composició i funcions, apareix com un cert equivalent al consell social de les universitats públiques (òrgan que no és obligatori en les universitats privades). Concretament, l'art. 8.4 disposa: «Han de formar part del Consell de la Fundació per a la Universitat Oberta de Catalunya, d'acord amb els seus estatuts, representants de les universitats públiques catalanes, dels agents econòmics i socials, de l'àmbit de la recerca i la cultura i del Parlament. La composició i les funcions del Consell han d'ésser aprovades pel Govern de la Generalitat, a proposta del Patronat de la Fundació. El Consell ha d'informar sobre el pressupost i la programació de la Universitat Oberta de Catalunya, abans que siguin aprovats.»

Finalment, la determinació de l'organització en un aspecte específic arriba a un punt, que sotmet la UOC a una subjecció incompatible amb el pretès caràcter privat i que l'assimila a les universitats públiques: «el nomenament i cessament del rector, màxima autoritat acadèmica de la universitat» (establint, per tant, l'existència d'aquest òrgan i el seu rang intern) «han d'ésser ratificats, a instàncies del Patronat de la Fundació i un cop escoltat el Consell, pel Govern de la Generalitat». La interpretació correcta d'aquest acte de «ratificació» en aquest cas ha de ser la de considerar-lo un «acte degut», ja que en cas contrari la UOC tindria un grau d'autonomia inferior al de les universitats públiques, la qual cosa no sembla ni lògica ni admissible en el marc de la configuració de l'autonomia universitària definit per la LRU el qual, en aquest punt, cal considerar com a traducció necessària de l'art. 27.10 CE (és a dir, com a part del contingut mínim de l'autonomia universitària tal com aquesta s'ha entès tradicionalment).

Com es pot veure, les prescripcions de caràcter organitzatiu de la Llei de la UOC són diverses i condicionen i limiten la seva potestat d'autoorganització, la qual cosa és contradictòria amb el caràcter privat que es pretén atribuir-li. No arriba, tanmateix, a estendre-hi en bloc el règim organitzatiu de les universitats públiques, que hagués posat de manifest la vacuïtat de la qualificació com a privada, sinó que s'acaba configurant un model híbrid que no encaixa en cap de les categories legals.

Professorat

Tant les lleis de creació d'universitats públiques com les de reconeixement de les privades no acostumen a incloure la regulació del professorat, en el primer cas perquè ja està previst a la LRU, completat per la legislació sobre funcionaris públics, i en l'altre cas perquè queda dins l'àmbit de lliure determinació del titular del centre, d'acord amb les normes que hi siguin aplicables del dret privat.

En el cas de la UOC, és evident que el personal no pot estar subjecte a una relació funcional o estatutària en no tractar-se d'una Administració pública, o almenys que actua com a tal. Per tant, tant pel que fa al personal docent com al no docent, la contractació serà laboral o, segons els casos, civil. Això no obstant, la Llei de la UOC conté algunes determinacions concretes que palesen, una vegada més, la presència d'una persona pública darrere la institució.

Partint d'una inicial remissió al que estableixin les pròpies normes d'organització i funcionament (art. 4.1) respecte a «l'estructura docent, de recerca i de gestió», més endavant s'estableix una doble classificació del personal docent: «El personal docent de la Universitat Oberta es compon de professorat propi, en nombre i categories adequades a les necessitats docents i de recerca de la universitat, i de personal docent col·laborador, per al qual s'han d'establir els convenis corresponents i acords específics de col·laboració. El sistema de selecció del professorat propi s'ha de basar en criteris de publicitat, capacitat, idoneïtat i mèrits científics i acadèmics.»

S'apliquen, per tant, els mateixos principis de l'art. 103 CE, als quals s'ha d'ajustar l'Administració pública en la selecció del seu personal, amb la peculiaritat d'exigir la «idoneïtat», substantiu utilitzat en la LRU com a requisit exigít per a l'accés a les places de professor funcionari en les universitats públiques a aquells que es trobaven en determinades situacions a l'entrada en vigor de la LRU (disposició transitòria 9a). Ens podríem preguntar si serà necessari crear en el si de la UOC un equivalent a les comissions de reclamacions, considerades pel Tribunal Constitucional com a «*órgano académico de garantía de adecuación de las propuestas de provisión a aquellas condiciones y principios (igualdad, mérito y capacidad)*» (STC 215/91, de 14 de novembre).

No s'obliga a ajustar-se als mateixos principis pel que fa a la resta del professorat ni al personal no docent. La qüestió a plantejar-se és si l'exigència establerta respecte al professorat «propi» és necessària o no, és a dir, si la presència institucional de l'Administració en el Patronat condiona el sistema de selecció del professorat, de manera que la clàusula de l'art. 4.3 resulta obligada per derivar de l'art. 103.3 CE.

Sembla que la submissió de la UOC al dret privat eximeix d'aquesta obligació, estranya en una organització de caràcter inicialment privat. No pot constituir, en canvi, causa per excloure l'aplicació del principi d'igualtat (i la correlativa prohibició de discriminació) en virtut de la vinculació de l'art. 14 CE també sobre les relacions privades.³⁹ Naturalment, la llibertat de càtedra és un dret del qual gaudeix el professorat de la UOC, en els mateixos termes que en la universitat pública, però no en els propis de la universitat privada, en què pot estar modulada pel dret del titular del centre per establir un ideari, dret que en el cas de la UOC no pot tenir el Patronat de la Fundació promotora com a conseqüència de l'obligada neutralitat ideològica de l'Administració.

39. Vid. Suay Rincón, J., «El principio de igualdad en la jurisprudencia constitucional», a *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje a E. García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, pàg. 852. Cf. també García Torres, J., Jiménez-Blanco, A., *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1986.

Alumnat

Les lleis de reconeixement de les universitats privades no incorporen cap prescripció relativa a l'estatut de l'estudiant, atès que això forma part del nucli de la potestat d'autoorganització del centre. A diferència de les universitats públiques, en les quals la situació de l'alumnat s'ha configurat com a estatutària, la relació entre l'estudiant i la universitat en el cas de les privades s'ordena sota un règim del dret privat. En definitiva, l'accés i permanència dels estudiants a la universitat pot ser regulat lliurement pel titular de la universitat, sens perjudici que es tracti d'una relació en la qual regeix també l'art. 14 CE.

En el cas de la UOC, la Llei 3/95 estableix algunes prescripcions en el seu art. 3. El seu apartat 3 recull la concreta aplicació de l'art. 14 CE en aquest àmbit: «La Universitat Oberta ha de vetllar perquè, tant en la regulació com en la situació pràctica, es reconegui el dret d'accés i de permanència als alumnes sense cap tipus de discriminació per raó de naixença, raça, sexe, religió, disminució física o sensorial, opinió o qualsevol altra condició o circumstància personal o social.»

Entenc que aquesta clàusula podria considerar-se innecessària per implícita, també per a les universitats privades, per la qual cosa no es pot considerar com una peculiaritat de la UOC.

En canvi, sí que pot constituir una mostra més de l'especial configuració de la UOC la previsió continguda en l'apartat 2 d'aquest article mateix: «D'acord amb l'objectiu de satisfer plenament el dret a l'educació superior, la Universitat Oberta ha de regular, en l'àmbit de les seves atribucions, el règim d'accés i permanència dels alumnes als diferents estudis. En el supòsit d'excés de demanda, per tal de preservar la qualitat dels ensenyaments, la Universitat pot establir limitacions i proves d'accés basades essencialment en criteris acadèmics. Aquests criteris i les proves d'accés han d'ésser autoritzats pels òrgans competents.»

La remissió inicial a les normes pròpies de funcionament i organització és, una vegada més, coherent amb el caràcter d'universitat privada, tot i que aquesta regulació queda afectada a «l'objectiu de satisfer plenament el dret a l'educació superior», vinculació d'ambigua o equívoca significació. Si es tracta de possibilitar l'accés a la UOC a tots aquells ciutadans que, complint els requisits de caràcter general per accedir a l'ensenyament superior, ho sol·licitin, pot considerar-se una redundància de la prohibició de discriminació recollida més endavant. La redundància es pot salvar si s'entén que la voluntat del precepte s'estén més enllà de la necessària prohibició de discriminacions, òbviament, i s'adreça (perquè té un caràcter més aviat finalista) a assegurar l'accés disposant els mitjans econòmics que calguin, si és necessari. En altres paraules, l'accés es considera en la perspectiva de l'educació superior com a dret prestacional que el poder públic està obligat a satisfer. No és aquesta la funció, o la finalitat, a la qual respon la creació d'universitats pels particulars, per als quals és la llibertat d'ensenyament la que fonamenta la seva actuació, a diferència de l'ensenyament organitzat pels poders públics, que es justifica en la necessitat d'atendre, satisfer, un dret de caràcter prestacional. Són les dues dimensions del dret a l'educació, com a dret de llibertat i com a dret de prestació, la primera desplegada pels particulars i la segona pels poders públics, a les quals es referia la STC 5/1981.

El títol que serveix per justificar l'actuació d'uns i altres en cada cas és diferent substancialment. Si la UOC sorgeix i actua com a universitat privada, respon a una lògica diferent de la que correspon a una universitat pública. Per això, en aquesta darrera la creació queda condicionada no només al compliment de les condicions tècniques i materials establertes, sinó a la programació general de l'ensenyament públic. Si l'incís primer de l'art. 3.2 respon a la finalitat assenyalada, s'introdueix una previsió més pròpia d'una universitat pública i innecessària en una universitat privada. La continuació de l'apartat comentat també pot semblar difícil d'entendre en la perspectiva d'una universitat privada, que no necessita que se l'habiliti per establir proves d'accés com a mecanisme regulador de la demanda.

Que les proves d'accés hagin de basar-se en criteris «essencialment acadèmics» permet que hi puguin intervenir també, «accidentalment», altres criteris, amb la qual cosa podria entendre's que es preveu la possibilitat d'incorporar criteris com la residència. La referència als «òrgans competents» tampoc no és coherent amb el caràcter privat de la UOC perquè fins ara els que poden tenir algun tipus de competència, dins l'Administració (perquè penso que per no ser una norma inútil s'ha de referir a l'Administració i no a la de la pròpia UOC), tan sols la tenen respecte de les universitats públiques.

Les activitats de la UOC i el seu control

La Llei 3/1995 estableix alguna regulació concreta sobre el funcionament i l'activitat de la UOC que no difereix gaire (llevat del darrer punt que se cita) del que estableixen les lleis de reconeixement de les universitats privades:

1. Obliga a mantenir-la en funcionament el termini necessari perquè sigui possible «finalitzar els estudis als alumnes que, havent-los iniciat, tinguin un rendiment acadèmic normal» (art. 5.2).
2. Es determinen els estudis que han d'oferir (art. 4.4 i 4.6).
3. Estableix un objecte específic per al desenvolupament de la seva activitat (art. 2.2).

La Llei 3/1995 conté un precepte específic a fi d'establir i regular el control a què resta sotmesa la UOC, control que va més enllà, com ja s'ha dit i s'ha analitzat en tractar la regulació de l'organització i el professorat, del que correspondria respecte a una universitat estrictament privada.

Tot i així, no es reconeixen a l'Administració potestats sobre la UOC que impliquin la seva submissió a una activitat de control o intervenció equivalent, quantitativament i qualitativament, a la subordinació, o dependència, que tenen les universitats públiques. D'una part coincideix amb el sistema previst per a les universitats privades quan se subjecta a autorització l'inici d'activitats de la UOC. En canvi, s'afegeixen d'altres tècniques de control que superen aquest marc, una d'elles totalment inèdita pel subjecte que l'efectua, i amb la qual no és possible trobar cap analogia: un control de caràcter genèric i indeterminat sobre les activitats de la UOC atribuït al Parlament de Catalunya. L'atribució expressa d'aquest control sembla significar que es tracta d'una funció específica en el marc de la

funció de control que en general correspon al Parlament, d'acord amb l'art. 30.1 de l'EAC: «impulsa i controla l'acció política i de govern». Deixant de banda la polèmica sobre el significat de la funció de control en el parlamentarisme modern,⁴⁰ resulta sorprenent l'atribució concreta que fa la UOC, atès que en el sistema parlamentari aquella és una funció que s'exerceix sobre el Govern i no tan directament sobre l'Administració i d'altra banda constitueix un control de caràcter polític, no jurídic. Encara que el Parlament fiscalitzi i valori l'activitat que desenvolupi l'Administració, el seu interlocutor en aquest ordre d'activitats parlamentàries és sempre el Govern. Els instruments d'informació (preguntes, interpellacions, compareixences d'autoritats i funcionaris, comissions d'investigació) de què disposa el Parlament (els quals, des de determinat plantejament doctrinal, avui bastant minoritari, es consideren com a actes de control mentre puguin incorporar una pressió crítica o de fiscalització) s'adrezen al Govern, encara que es refereixin a actuacions d'òrgans administratius, atesa la relació entre el Govern i l'Administració,⁴¹ i la funció de direcció que correspon a aquell.

Altres formes d'activitat parlamentària, que per a part de la doctrina⁴² s'inscriuen dins la funció de direcció o impuls de l'acció de Govern, com les propostes de resolució, proposicions no de llei i mocions, també s'expressen com a mandats adreçats al Govern, encara que continguin propostes relatives a actuacions administratives. Resulta, per tant, difícilment encaixable dins el marc de la funció de control del Parlament una potestat específica com l'establerta a l'art. 8.1 de la Llei 3/1995 a exercir directament sobre la UOC. Però, a més, si la naturalesa de la UOC és la d'una persona jurídica privada, i no la d'un organisme dependent de l'Administració, encara resulta més difícil encaixar aquesta funció de control específic atribuïda al Parlament en l'esquema tradicional de la divisió de poders en un Estat de dret, en el qual el Parlament no disposa (excepte respecte als integrats en la seva organització interna, amb relació als quals actua com a Administració, com és el cas dels funcionaris parlamentaris) de funcions executives directes sobre els particulars. Cal afegir que si es pretengués donar a aquest control parlamentari específic el significat que habitualment té el control administratiu sobre l'activitat dels particulars, obtindríem la conseqüència que contra els actes parlamentaris a través dels quals s'expressés aquest control no hi hauria possibilitat d'interposar cap recurs, ni administratiu, ni jurisdiccional, violentant l'esquema estatutari i constitucional de

40. Cf. Santaolalla, F., *Derecho parlamentario español*, Espasa-Calpe, Madrid, 1990, pàg. 240, i la bibliografia citada allà, entre la qual destaca com a exposició que conté una revisió crítica del concepte de control el treball de Rubio Llorente, «El control parlamentario», avui recollit a *La forma del Poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pàg. 241 i ss.; també resulta interessant, del mateix autor, «Relaciones del Gobierno y la Administración con las Cortes», recollit en la mateixa obra, pàg. 265 i ss.

41. Cf. Porras Nadales, J., «La función de gobierno y la dialéctica entre política y administración», a *Gobierno y Administración en la Constitución*, Dirección General de lo Contencioso del Estado, Madrid, 1986, pàg. 1486; López Guerra, L., «Funciones del Gobierno y dirección política», a *Documentación administrativa*, núm. 215 (1988); Parejo Alfonso, L., *Estado social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Civitas, Madrid, 1983.

42. Cf. Moles, I., i Pitarch, I., *Las Cortes Generales en el sistema parlamentario de gobierno*, Tecnos, Madrid, 1988, pàg. 30 i ss.; Santaolalla, F., *Manual de derecho parlamentario*, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1991, 2a ed., pàg. 245.

divisió de funcions⁴³ i privant la UOC del dret a la tutela judicial efectiva. Cal entendre, per tant, que el control parlamentari només pot ser un control polític, malgrat la redacció en termes absoluts de l'art. 8.1 («El Parlament exerceix el control [...]»), que no substitueix el control administratiu, com d'altra banda resulta de la mateixa Llei 3/1995, en preveure's controls concrets al llarg de l'articulat, i del reconeixement d'una competència de supervisió general de l'activitat de la UOC en favor de l'Administració de la Generalitat en l'art. 9.1: «Als efectes del que estableix l'article 27.8 de la Constitució, l'òrgan competent de l'Administració de la Generalitat ha de fer el seguiment del compliment per la Universitat Oberta de Catalunya de les normes que li són aplicables i de les obligacions que té assumides.»

La potestat de control atribuïda en l'art. 8.1 al Parlament s'ha d'entendre en coherència amb les funcions i posició en el sistema constitucional i estatutari que li correspon, per la qual cosa aquest control, de naturalesa política, tan sols pot consistir bé en l'ús dels instruments d'informació a disposició del Parlament, bé en l'emissió de judicis valoratius sense efectes jurídics directes, executius, sobre la UOC. En definitiva, la funció de control s'exerceix en els mateixos termes que es fa respecte al Govern de la Generalitat (sense poder per corregir l'actuació de la UOC). Aleshores, quina és la justificació d'aquesta atribució? Crec que una raó rau en l'equívoca naturalesa de la UOC, mentre es pugui considerar com una institució no situada en l'òrbita organitzativa de l'Administració de la Generalitat i, per tant, no inclosa dins l'àmbit de la funció de control parlamentari ordinari o comú, el qual, com ja s'ha dit, s'exerceix sobre l'executiu, però no sobre els particulars (com és lògic, no s'ha establert en el cas de les altres universitats privades existents a Catalunya).

Aquesta raó, però, és insuficient per explicar per què se sotmet la UOC a un control que no existeix ni tan sols respecte de les universitats públiques. Es pot pensar que d'aquesta manera s'intenten salvar els motius de desconfiança política en una possible instrumentalització governamental de la UOC, ja que a aquesta no se li garanteix el mateix grau d'autonomia que a les universitats públiques, atès que com a universitat privada podria estar més sotmesa a la voluntat del titular, donant-se la casualitat que en el cas de la UOC el titular és la pròpia Administració. Apareix sobre la taula, doncs, una altra vegada, la dificultat de concebre que l'Administració pugui ser titular d'una universitat privada, gaudint d'una posició de superioritat o d'uns poders (més que de potestats) dels quals no gaudeix respecte de les universitats públiques.

És perfectament coherent amb aquest plantejament el fet que no s'estableixi cap instrument específic que concreti la funció de control que s'atribueix al Parlament, sinó que es remeti a l'ordenament parlamentari en general («[...] El Parlament exerceix el control [...] *d'acord amb les normes de la Cambra*», precisió inútil, però que remarca la dificultat d'articular altres mecanismes de control diferents d'aquells amb els quals ja compta la Cambra).

43. Això em pot portar al debat sobre la possible existència d'una reserva d'Administració, la reinstauració d'un concepte de llei material al nostre sistema, o la vinculatorietat jurídica del principi de la divisió de poders, proposicions que han rebut el rebuig generalitzat entre la doctrina, malgrat algunes matisacions basades principalment en els art. 14 i 24 CE. Cf. Garrido Falla, F., «Dictamen: sobre la posible inconstitucionalidad de la Ley 1/1991», a la *Revista de Administración Pública*, núm. 126 (1991), pàg. 515; Rubio Llorente, F., *op. cit.*, pàg. 359 i ss.

Per tal de facilitar aquest control parlamentari s'imposa a la UOC l'obligació de subministrar directament informació al Parlament (obligació que en principi només pot recaure sobre l'executiu): «El Parlament exerceix el control de les activitats de la Universitat Oberta de Catalunya, d'acord amb les normes de la Cambra. *A aquests efectes, la Universitat ha de presentar-li anualment una memòria de les seves activitats i donar-li compte de les seves actuacions.*»

La distinció entre la presentació d'una memòria i la «dació de compte» permet suposar que amb aquesta darrera s'imposa una obligació diferent que potser podria ser la d'atendre els requeriments d'informació i documentació que directament li pugui formular el Parlament (ja que l'actual art. 40.1 del Reglament del Parlament de Catalunya, que regula aquesta facultat dels diputats, no serviria, perquè es refereix únicament a l'Administració de la Generalitat) i àdhuc la de comparèixer, per mitjà dels seus òrgans directius, davant la Comissió parlamentària competent, superant el marc actual de l'art. 40.2 del Reglament del Parlament, que el faculta tan sols per sol·licitar (però sense que impliqui cap obligació) la presència dels particulars.

Cal afegir que l'art. 6 de la Llei 3/1995 també obliga la UOC a presentar anualment a l'Administració de la Generalitat una memòria «comprehensiva de les activitats docents i investigadores portades a terme», obligació per tant duplicada respecte de la que s'estableix amb relació al Parlament i que dóna lloc al dubte sobre si ambdues memòries, la que s'acaba d'esmentar i la de l'art. 8.1, són la mateixa o poden ser-ho. La recollida a l'art. 8.1 sembla tenir un abast més gran, ja que comprèn totes les activitats de la UOC, també les no incloses a la memòria prevista a l'art. 6, com podrien ser les activitats de gestió o de projecció externa, per la qual cosa es pot pensar que formalment no han d'ésser la mateixa.

Com també s'ha assenyalat, l'art. 9 atribueix així mateix una responsabilitat a l'Administració de la Generalitat de «seguiment del compliment per la UOC de les normes que li són aplicables i de les obligacions que té assumides», malgrat que no estableix cap instrument efectiu per corregir les possibles actuacions irregulars de la UOC. La funció de control administratiu que podria deduir-se d'aquest precepte queda aleshores disminuïda en veure's privada d'una facultat usualment considerada integrada en aquesta funció.

Finançament

La Llei 3/1995 conté una regulació del finançament de la UOC, amb la qual cosa s'aparta també del que és habitual en les lleis de creació d'universitats públiques o de reconeixement de les universitats privades. En el cas de les primeres, perquè ja es troba recollit a la LRU. En el cas de les privades, perquè cal entendre que correspon a l'àmbit de lliure determinació d'aquestes. La Llei 3/1995 recull en la part essencial el sistema de finançament de les universitats públiques, encara que no sotmet la UOC a les normes sobre gestió pressupostària pròpies d'aquestes. Subjecta la UOC, no obstant això, al control financer «mitjançant l'auditoria [...]», control global i no limitat a l'ús que es pugui fer de les subvencions provinents de la Generalitat, que seria el que les normes generals permetrien respecte de les entitats privades. Una vegada més, apareix el caràcter híbrid de la UOC, i la penetració del dret públic en la seva regulació a causa de la seva connexió amb l'Administració.

Cal destacar dues notes en la regulació del finançament de la UOC, conseqüència de la seva impregnació de caràcter públic. D'una banda, l'obligació de ser subvencionada per la Generalitat (art. 7.2.c). D'altra banda, l'obligació que se li imposa que el preu de la matrícula sigui el mateix que el Govern de la Generalitat fixa per a les universitats públiques, malgrat que no pot tenir la consideració ni de taxa ni de preu públic.

IV. Consideracions finals sobre la configuració legal de la UOC

Com hem pogut veure, en l'ordenació de la UOC conflueixen dues perspectives que podrien ser contradictòries. Es presenta, s'institucionalitza formalment, com a universitat privada, però s'aparta del model propi d'aquesta, atès que el seu *dominus* és una persona jurídica en l'òrgan rector de la qual la participació pública és majoritària. La UOC es crea perquè hi ha un interès públic en la seva existència i respon a una necessitat social; no es crea, per contra, per oferir uns ensenyaments sota el prisma d'unes determinades conviccions o creences religioses o filosòfiques (l'«ideari»), finalitat incompatible amb la participació pública en la titularitat de la institució, ni per afany de lucre, ja que la limitació que recau sobre els preus de les matrícules el fa pràcticament il·lusori. A més, i com a conseqüència, el seu finançament es fa, en part, amb recursos públics. El resultat és una universitat que no pot ser considerada estrictament privada, tant per la presència de l'Administració al seu darrere, com per l'ordenació que s'estableix. La conseqüència és que el règim jurídic de la UOC apareix impregnat de normes de dret públic i s'instrumenten (amb imprecisions i deficiències, ja que no se'n determinen els efectes) controls o intervencions públiques sobre la seva organització i activitat.

Però tampoc no constitueix una universitat pública en els termes en què aquesta es configura a la LRU, i que són els únics possibles, ja que a través d'aquesta es fixa el marc general i es determina l'abast de l'autonomia universitària per imperatiu constitucional. És possible que l'autonomia universitària en la UOC resti intacta, perquè la Llei per ella mateixa, directament, no la disminueix, però depèn excessivament del posterior desplegament reglamentari organitzatiu (utilitzant aquest terme en sentit no estricte, ja que es tracta de «normes» internes del patronat, no d'un reglament de l'Administració) la preservació de l'autonomia universitària.

La UOC es troba en una situació diferent de la de les universitats públiques respecte de l'Administració, i si resulta discutible qualificar la seva posició com de més subordinació pel que fa als mecanismes de control o «tutela» establerts, és a dir, en relació amb l'Administració com a organització «externa» a la UOC, en canvi, no hi ha ni regulació legal, ni garanties d'un àmbit d'autonomia respecte de l'Administració com a *dominus*, com a titular d'una universitat privada. L'autoorganització de la comunitat universitària, l'àmbit d'autodeterminació que li correspon en una universitat pública, no apareix garantit, en aquest cas, en l'àmbit legal.

No hagués estat més respectuós amb el marc normatiu vigent crear-la com a universitat pública? O regular prèviament, per llei òbviament, atesa la llacuna de la LRU, l'ensenyament universitari no presencial? La major flexibilitat o agilitat en el funcionament que apareix com a argument per justificar la fórmula de personifica-

ció utilitzada pot afectar aspectes que són ordenats en la LRU, la qual configura bé un estatut determinat (professorat, alumnat), bé un règim organitzatiu concret, per raó de l'autonomia universitària; el condicionament, i rigidesa, que pot resultar d'aquesta ordenació per a una universitat pública resulta necessari per preservar aquest «dret fonamental» (segons el Tribunal Constitucional), o garantia de la institució (per a una part de la doctrina). En altres aspectes (patrimoni, contractació, gestió pressupostària), el grau de flexibilitat de les universitats públiques és bastant alt, per la qual cosa sembla que la flexibilitat es reivindica en aquells altres aspectes en els quals la rigidesa o condicionament és superior, però que precisament han d'ésser més «resistents» a la supressió dels límits legals per la seva vinculació a l'autonomia universitària, que no pot quedar a l'arbitri de decisions singulars.

La mixtificació o hibridació entre formes d'activitat pública i formes privades en el cas de les universitats és més difícil tant per l'existència d'una llei general que determina, i constreny, les competències públiques (i la forma, i organització, del seu exercici), com per la possible afectació a un dret fonamental (o una garantia institucional, segons la posició que s'adopti) de característiques molt determinades, per la qual cosa la via utilitzada no pot quedar exempta de dubtes sobre la seva correcció, llevat que es consideri que la UOC, malgrat que apareix com a «reconeguda», i no creada, i malgrat l'afirmació contrària de la seva exposició de motius, no és una universitat privada, qualificatiu que d'altra banda no s'utilitza a l'articulat de la Llei 3/1995, sinó pública.

