

# UNA NUEVA APLICACIÓN DE LAS FORMAS PRIVADAS DE PERSONIFICACIÓN EN LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN: FUNDACIONES Y UNIVERSIDADES PRIVADAS. EL CASO DE LA UNIVERSIDAD ABIERTA DE CATALUÑA

Xavier Muro i Bas

Letrado del Parlamento de Cataluña

## I. Introducción

La irrupción en los últimos años de nuevas formas de institucionalización de la Administración pública, respecto a las tradicionalmente descritas en las tipologías recogidas en los manuales de derecho administrativo, es una realidad evidente. La categoría de Administración institucional<sup>1</sup> es ya insuficiente para dar cuenta de toda la variada gama de entes o formas organizativas, por lo menos de manera que constituya un concepto riguroso con la suficiente capacidad explicativa. La combinación de elementos característicos, hasta ahora, de las personas jurídicas privadas con los que eran tradicionales de las administraciones, en una hibridación que innova unas y otras, está dando lugar a una diversidad de organizaciones bastante extensa. Parece que hasta la categoría de las administraciones independientes (de la cual obviamente aún no hay una formulación doctrinal acabada) tampoco es adecuada para englobar entes que escapan a su vez del concepto de Administración institucional. La descentralización política operada en nuestro Estado amplifica esta capacidad de innovación organizativa que está demostrando la Administración pública.

Un ejemplo reciente se encuentra en la Universidad Abierta de Cataluña (UOC), reconocida por la Ley 3/1995, de 6 de abril. El proceso seguido para la creación de la UOC, así como la fórmula jurídica utilizada para su personificación, con un régimen jurídico atípico, llevan a preguntarnos si nos encontramos en presencia de un ente instrumental de la Administración, o si se trata de un *tertium genus*, o de un híbrido, si es posible o una persona jurídica privada. La peculiaridad, que provoca el interés, y los interrogantes sobre la naturaleza y admisibilidad en nuestro ordenamiento de esta Universidad, radica en las características de su titular y la particular ordenación de la institución que deriva de esta circunstancia. El titular o entidad promotora de la UOC es una fundación privada (por cuanto se crea al amparo de la Ley catalana de fundaciones privadas, que, por otro lado, sólo permite que sean creadas por perso-

---

1. Véase el rechazo de Santamaría Pastor a esta expresión, que prefiere la de «personificaciones instrumentales de los entes públicos», en su manual *Fundamentos de derecho administrativo I*, Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, primera reimpresión, enero de 1991. Resulta imprescindible tener en cuenta las distintas reflexiones contenidas en la obra colectiva *Administración Instrumental. Libro homenaje a M. F. Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, 1994, en el que se ponen de manifiesto las dificultades conceptuales y clasificatorias, además de la variedad y relevancia de los problemas originados por la extensísima gama de entidades y la diversidad de sus regímenes jurídicos.

nas privadas),<sup>2</sup> constituida por dos entidades privadas (la Federación Catalana de Cajas de Ahorros y la Cámara de Comercio, Industria y Navegación) y dos sociedades anónimas de capital público (Televisión de Cataluña, S. A., y Cataluña Radio, Servicio de Radiodifusión de la Generalidad, S. A.), es decir, dos entidades instrumentales, dos empresas de la Generalidad de Cataluña; además, en los estatutos de la Fundación se incluye una cláusula que permite la incorporación de la Administración de la Generalidad como patrón, directamente por sí misma sin personas instrumentales interpuestas, posibilidad que la Ley 3/1995 obliga a hacer efectiva (art. 8.3). Esta diferente naturaleza de los fundadores determina las características de la UOC, de manera que si por un lado se configura como universidad privada (ya que su titular, la Fundación, se configura como entidad privada, por lo que la Universidad es «reconocida», como se hace con las privadas, por la Ley que la dota de un estatuto jurídico similar, en gran parte, al propio de las universidades privadas), la presencia, o participación, de personas jurídicas derivadas de la Administración pública entre los fundadores, así como el hecho de estar sostenida, en parte, por fondos públicos, determina que su ordenamiento contenga elementos característicos de las universidades públicas, especialmente instrumentos de control e intervención públicos que, a priori, parecen difícilmente compatibles con el concepto de universidad privada. El resultado, no previsto en el sistema universitario articulado en la Ley orgánica de reforma universitaria (LRU), es el establecimiento de una universidad formalmente privada, pero con un régimen jurídico mixto o híbrido; se crea, pues, una universidad que no coincide con ninguno de los modelos definidos en la LRU y nace bajo el impulso de una fundación en la que participan entes instrumentales de los poderes públicos, a la que, además, se puede incorporar en cualquier momento la Administración pública territorial. La utilización de estas técnicas organizativas plantea distintas cuestiones, debido a su falta de encaje con las fórmulas tradicionalmente utilizadas por la Administración.

Una primera cuestión a plantear se refiere a la posibilidad de que en el actual marco jurídico las administraciones públicas puedan crear fundaciones privadas, o cuando menos participar en su creación. La respuesta podría no ser inequívoca, o absoluta, sino admitir distintos matices, como sostener que lo pueden hacer si cumplen determinadas condiciones o considerar que la única posibilidad válida sería que lo hiciesen a través de entes instrumentales o empresas públicas; es posible, también, admitirlo sin paliativos y advirtiendo, sin embargo, de las dificultades o disfunciones que una normativa concebida para las personas jurídicas privadas puede producir en su aplicación a personas públicas. Otro orden de cuestiones se refiere a la posibilidad de que la Administración pueda crear o ser titular de una universidad privada; o si se considera que, a pesar de que aparezca como universidad privada, en realidad constituye un nuevo tipo de universidad estructurada bajo una mixtificación de principios propios de las universidades públicas y privadas; también tenemos que preguntarnos si esta tercera categoría de universidad mixta es

---

2. A pesar de que la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de fundaciones y de incentivos fiscales, ya hubiese entrado en vigor y fuese aplicable, y pudiese considerarse, como se verá más adelante, la norma que posibilita sin ningún género de duda la creación de una fundación privada por entidades dependientes de la Administración.

posible en el marco normativo actual, si la vía escogida para la creación es adecuada y si cabe dentro de la competencia autonómica.

La regulación de la UOC puede plantear, además, otras cuestiones ulteriores relativas a aspectos más concretos. Pero antes se deberán analizar los interrogantes previos sobre su naturaleza.

## II. La creación de fundaciones privadas por administraciones públicas y entidades dependientes

No existe una opinión unánime entre la doctrina civilista sobre la posibilidad de que la Administración pública cree fundaciones privadas. Algunos autores no se plantean la cuestión.<sup>3</sup> Castán tampoco se la plantea abiertamente, a pesar de que trata las «instituciones públicas» como una categoría específica diferenciada de las formas de personificación privadas, en la que se incluyen entes similares a las fundaciones, remitiéndose al estudio que se hace de todas ellas desde el derecho público.<sup>4</sup> Espín considera que las fundaciones privadas son «aquellas creadas por una persona privada»,<sup>5</sup> a pesar de que más adelante admite que pueda haber fundaciones creadas por el Estado u otros entes públicos, «[...] que se estudian en derecho administrativo», de lo que se podría deducir que estas últimas no son propiamente fundaciones privadas. Otros estudios más recientes, en cambio, se inclinan por admitirlo con algún matiz, como García Valdecasas,<sup>6</sup> o sin ninguno, como Lasarte.<sup>7</sup> La posición más elaborada, y a mi entender más consistente, en los manuales al uso, corresponde a Lacruz y Luna,<sup>8</sup> que rechazan la posibilidad con las palabras siguientes:

«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.»<sup>9</sup>

3. Díez-Picazo, L., y Gullón Ballesteros, *Sistema de derecho civil*, Tecnos, Madrid, 1983, 4ª ed., vol. 1, pág. 670 y ss. El primero, en cambio, se muestra contrario al reconocimiento de capacidad a los entes públicos para crear fundaciones en *Derecho de fundaciones en España*.

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

5. Espín Cánovas, D., *Derecho civil español*, vol. 1, Revista de Derecho Privado, Madrid, 7ª ed., pág. 408.

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

7. Lasarte, C., *Principios de derecho civil*, Trivium, Madrid, 1993, pág. 344. Es preciso decir que se refiere a la cuestión a la vista del proyecto de ley que daría lugar a la Ley 30/1994. También Puig Salellas, más recientemente, reformulando el concepto de fundación a la vista de la evolución sufrida por la institución en la práctica; véase «Sobre el concepto de fundación», *Autonomías*, núm. 21.

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

9. Lacruz matizaría su posición (la primera edición de la obra citada en la nota anterior es de 1974), admitiendo que por ley se pudiesen crear, y regular, fundaciones privadas en una Administra-

La conclusión es que la fundación, desde que existe legalmente, no depende del fundador; es una organización al servicio de una finalidad, expresada en la voluntad fundacional, sobre una base patrimonial, que no puede ser instrumento de nadie, sólo de ella misma. La doctrina más especializada en el estudio de las fundaciones, por su lado, rechaza, en general, que se puedan crear por personas jurídicas públicas, o cuando menos considera que existe una diferencia substancial entre las fundaciones privadas, reservadas a los particulares, y las organizaciones de estructura aparentemente similar creadas por los poderes públicos. Así se pronuncian Badenes Gasset,<sup>10</sup> de Lorenzo García,<sup>11</sup> Alda Morales,<sup>12</sup> de Prada,<sup>13</sup> Vilaseca i Marçet<sup>14</sup> y también algunos administrativistas.<sup>15</sup> Sin embargo, es preciso indicar que la doctrina habitualmente toma como referencia a las fundaciones culturales y benéficas reguladas, en el momento en que los distintos autores se pronuncian, por una normativa dispersa y normalmente de talante reglamentario, en parte dictada durante el siglo pasado. Se podría pensar, pues, que es este modelo de fundación, que por otro lado constituye el molde clásico de la institución, el que parece excluir su creación por las personas públicas, lo cual no impide que pueda crearse un tipo específico de fundación a la cual se incorporen las mismas o que puedan llegar a crearlas. Así lo admite también algún autor, entendiendo que esta modalidad de fundación exigiría su reconocimiento por ley que debería establecer un régimen específico para esta institución.<sup>16</sup>

Una de las razones desde el punto de vista jurídico para oponerse a las fundaciones privadas como instrumento de la Administración se puede encontrar en la configuración que la Constitución española hace del derecho de fundación como derecho fundamental. A pesar de que la jurisprudencia constitucional haya reconocido a las personas públicas la titularidad de un derecho fundamental como es el del art. 24 CE,<sup>17</sup> la opinión más extendida entre la doctrina es que sólo los particulares pueden ser titulares de derechos fundamentales, a pesar de que empieza a matizarse en el sentido de admitirlo en casos concretos. Se podría pensar que las

---

ción pública, pero con un régimen jurídico diferenciado. Cf. *Hacia un nuevo estatuto de las fundaciones*, Centro de Fundaciones, Madrid, 1979, pág. 113.

10. *La fundación en derecho privado*, Bosch, Barcelona, 1986, pág. 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, 384.

12. En la obra colectiva *Las fundaciones y los protectorados*, Centro de Fundaciones, Madrid, 1986, pág. 167.

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

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

15. Albi, *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Aguilar, Madrid, 1969, pág. 329 y ss. Menéndez Reixach, a propósito de la fundación pública contemplada en el Reglamento de servicios de las corporaciones locales, de 17 de junio de 1995, afirma que no se puede identificar con las fundaciones civiles privadas debido a la existencia de diferencias sustanciales; cf. voz «fundación pública», *Enciclopedia Jurídica Civitas*, Madrid, 1995, pág. 3204 y ss.

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

17. Vide STC 64/1988, de 12 de 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», en *Estudios sobre la Constitución española*, Civitas, 1991, Madrid, pág. 651 y ss.

personas jurídicas públicas también ejercen otro derecho fundamental, el de asociación (art. 22 CE), cuando constituyen sociedades mercantiles. Pero es dudoso que estas últimas figuren entre las asociaciones a las que se refiere el art. 22 CE.<sup>18</sup> Sin embargo, tampoco obstaculiza que se pueda reconocer capacidad a las administraciones públicas para crear fundaciones, de la misma manera que pueden crear asociaciones, no tanto como reconocimiento o extensión de un derecho fundamental, sino como ordenación de la potestad organizativa, a través de la ley, lo cual no priva de sentido al reconocimiento que como derecho fundamental figura en el art. 34 CE a favor de las personas privadas.

La posible discusión sobre la creación de fundaciones privadas por las administraciones públicas se convierte en gran parte en estéril después de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de fundaciones y de incentivos fiscales. Su art. 6.1 dispone: «Podrán constituir fundaciones las personas físicas y las personas jurídicas, sean éstas públicas o privadas.»

La innovación normativa de este precepto, puesta en relieve por la doctrina,<sup>19</sup> radica precisamente en la admisión expresa de la posibilidad de creación de fundaciones por las personas jurídicas públicas, cuestión objeto de polémica durante la tramitación del proyecto de ley.<sup>20</sup>

Sin embargo, el reconocimiento recogido en este precepto no resuelve definitivamente la cuestión, sino que la polémica se reabre en otra dirección, que es la de su adecuación al sistema de distribución de competencias en nuestro Estado. Son distintas las comunidades autónomas que han legislado sobre fundaciones, «privadas» en su mayoría, legislación que en algún caso contradice la Ley 30/1994, como pasa en la Ley catalana de fundaciones privadas, cuyo art. 1, sobre la cuestión que nos interesa dice que:

«Se rigen por la presente Ley las fundaciones privadas a las cuales se refiere el artículo 9, apartado 24, del Estatuto de autonomía de Cataluña, constituidas en el ejercicio del derecho de fundación reconocido en la Constitución por las personas naturales o jurídicas y privadas que afecten un patrimonio en la realización, sin afán de lucro, de finalidades de interés general y que ejerzan sus funciones principalmente en Cataluña.»

La disposición final primera de la Ley de fundaciones y de incentivos fiscales establece que el art. 6.1 de la Ley es «de aplicación plena» en virtud de la competencia reservada al Estado en el art. 149.1.1 CE.

Antes de la promulgación de esta Ley, voces significadas<sup>21</sup> ya habían justificado en este título la viabilidad de una norma de estas características, que permitiese

18. Fernández Ferreres, 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-Fundación ONCE, Madrid, 1995; comentario al art. 6, pág. 48-50.

20. Los grupos parlamentarios Popular y de Convergència i Unió presentaron enmiendas al Proyecto de ley en este aspecto concreto, basándose en la consideración de que las personas jurídicas públicas no podían crear fundaciones privadas.

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

sortear el obstáculo que representan las previsiones competenciales estatutarias específicas sobre fundaciones.

Nos podríamos preguntar si el encuadre competencial en el art. 149.1.1 CE es el correcto cuando se refiere al reconocimiento de capacidad a las personas jurídicas públicas para crear fundaciones, puesto que en este caso no se hace una regulación de las condiciones básicas de un derecho fundamental, sino del alcance de la potestad de autoorganización de la Administración, por lo que parecería mejor in-cardinar esta regulación en el art. 149.1.18; o incluso, en legislación civil, si se cree que debe contemplarse desde la perspectiva del tráfico jurídico privado, por cuanto puede incidir en el mismo.

Es preciso remarcar que ninguna comunidad autónoma ha discutido en vía de recurso la Ley 30/1994, aceptando, en consecuencia, la afectación que ésta produce sobre su propio ordenamiento.

Desde una posición positivista, la innovación introducida por la legislación estatal demostraría que la no inclusión de las personas jurídicas públicas en el art. 1 de la Ley catalana de fundaciones privadas constituiría una opción coyuntural del legislador, no exigida ni por la Constitución ni por la naturaleza de la institución, modificable en el futuro.

Parece más consistente basar las objeciones al uso por las administraciones públicas del derecho de fundación en la dificultad de encajar las reglas o principios de la organización y de la actividad administrativa con algunos de los rasgos característicos de la fundación en la construcción tradicional que de ella se ha hecho, y que se mantienen en la Ley 30/1994, rasgos que la doctrina ha tratado como esenciales, de manera que su supresión desvirtuaría totalmente la imagen de la institución. Esto obligaría a que la ley estableciese un régimen especial para las fundaciones de creación pública, o al menos una adaptación de las normas generales de las fundaciones a las características de la Administración. Pero el caso es que la Ley 30/1994 no contempla la adaptación o modulación de sus reglas por tal razón en ningún momento de su articulado. Es preciso añadir que el establecimiento de un régimen diferenciado para las fundaciones públicas hubiese suscitado, de haberse producido, la pregunta de si esta figura entrañaba una naturaleza distinta y, por tanto, se trataba de una fundación *sui generis*, sustancialmente diferente de las fundaciones privadas.

La adaptación es precisa, por ejemplo, en la figura del protectorado, institución pública de control de la fundación. No tiene sentido que la Administración utilice esta técnica de control para saber si la fundación pública se desvía de las finalidades para las que ella misma la creó, ya que en el orden administrativo interno el control está instrumentado por otros medios o técnicas. La segunda característica de las fundaciones privadas aún más difícilmente compatible con la titularidad pública de éstas es que, mientras el negocio jurídico de creación de la fundación es irrevocable, por lo que es preciso controlar que no se produzcan desviaciones respecto a él, en cambio, en el ámbito administrativo, no existen afectaciones permanentes del patrimonio, sino que el destino de éste y la forma de gestionarlo puede variar, siempre que se adecue al interés público y se efectúe de acuerdo con las normas legales. Tampoco tiene sentido en relación con las fundaciones creadas por administraciones públicas, o requiere algún tipo de modulación, la posibilidad de intervención administrativa temporal de la gestión (art. 34), la gratuidad de los cargos (art.

13.4) o las limitaciones sobre disposición de bienes (art. 19), o las normas sobre responsabilidad de la fundación (art. 15).

Podríamos también interrogarnos sobre la justificación de la necesidad de utilizar otras fórmulas organizativas diferentes de las existentes si éstas, en la diversidad actual, son ya suficientes para garantizar la satisfacción de los intereses públicos, interrogante de alcance mucho más general que el caso al que nos limitamos en este trabajo, ya que se ha abordado por la doctrina más autorizada en distintas ocasiones.

Debe recordarse que la Administración ya dispone de una forma organizativa que tiene el mismo origen que las fundaciones (la idea de *universitas rerum*), como son los organismos autónomos, cuya organización además confiere un margen de libertad, en el momento de configurar su organización, más amplio que el que permite la figura de la fundación y, por otro lado, la afectación del patrimonio no resulta tan rígida. Por tanto, podríamos pensar que, como criterio general, ni resulta útil ni tiene interés para la Administración acudir a la figura de la fundación privada.

Lo que sí podría tener sentido en algún momento es que la Administración colaborase o incluso participase en alguna fundación ya creada, los fines de la cual coincidiesen con los públicos, o conviniere coadyuvar a su realización. Esta colaboración también podría realizarse a través de la financiación y la forma usual sería la subvención, que obviamente puede incluir el condicionamiento del uso de recursos entregados a la entidad privada, y de esta manera incidir en su actividad. Incluso puede haber una mayor implicación en el desarrollo de la actividad de la fundación, sin menospreciar su independencia orgánica ni distorsionar la voluntad de los fundadores, como puede ser la celebración de conciertos con la entidad o la constitución de consorcios, de manera que la actuación de aquella sea el resultado de la confluencia de voluntades con la Administración. En la realidad encontramos ejemplos de todos estos tipos de colaboración. Si existen tales fórmulas, ¿por qué se recurre a la creación de una fundación privada?

La participación de la Administración en fundaciones privadas parece no tener, pues, justificación, si ya existen fórmulas en el ordenamiento jurídico administrativo que permiten canalizar la actuación administrativa de manera análoga. También se puede plantear de forma contraria: la asociación de personas privadas en el ejercicio de competencias por parte de la Administración, para lo que existen hoy en día instrumentos o canales legales suficientes.

Puede alegarse, en contra de lo que se ha dicho hasta aquí, que existen algunos ejemplos<sup>22</sup> de fundaciones privadas en las que el patrón es la Administración del Estado. Pero son casos muy aislados, bien creados por ley o bien resultado de la intervención de fundaciones privadas existentes, para la gestión de patrimonios privados afectados, cuando su anterior titular los ha transferido al Estado para que los administre y vele por el cumplimiento de la finalidad a que están afectados<sup>23</sup> con un régimen jurídico peculiar.

---

22. Cf. Santamaría Pastor, J. A., *Fundamentos de derecho administrativo*, I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, pág. 1221. Pero, como ha recordado Puig Salellas, también hay un ejemplo de uso de la figura de la fundación privada en el caso de las creadas por las universidades públicas. *Op. cit.*, nota 7.

23. Algunos autores, entre los civilistas, citan estos supuestos como ejemplo de fundaciones privadas en mano pública, pero para negarles precisamente el carácter de fundaciones públicas, conside-

Si bien se pueden plantear dudas consistentes sobre la necesidad y legalidad de la incorporación de la Administración a una fundación en calidad de fundadora, la cuestión puede merecer otro planteamiento cuando la intervención de la Administración en estas instituciones se vehicula a través de sociedades mercantiles públicas. En este caso, la Administración adopta en su actividad la «veste» de una persona jurídica privada, sorteando, aparentemente, algunas de las dificultades de conciliación entre la legislación sobre fundaciones y las características de la Administración pública.

Y digo que se evita aparentemente porque es válido preguntarse si, a pesar de que las sociedades mercantiles de capital público aparezcan como personas jurídicas privadas, son realmente tales. Si se adopta el punto de vista expresado por García de Enterría y Ramón Fernández,<sup>24</sup> la forma de personificación y el régimen jurídico al que se somete su actividad no son elementos suficientes para desvirtuar la realidad de que se trata de entes instrumentales de la Administración pública, unidos a ésta, por tanto, a través de una relación de instrumentalidad comparable a la que es característica de los organismos autónomos. Pero la existencia de esta relación de instrumentalidad, aceptada por la generalidad de la doctrina además de los autores citados,<sup>25</sup> da pie a interrogarse sobre la naturaleza de estas entidades, incluso sobre su consideración como «poder público»<sup>26</sup> en algunos casos y sobre los problemas relativos a su control; la sumisión de su actividad, en términos generales (y a menudo se exceptúan algunos aspectos de la misma que dan lugar a regímenes híbridos),<sup>27</sup> al derecho privado no presenta dudas y no se puede pretender que en esta actividad externa se vean sujetas a las mismas limitaciones que recaen sobre las administraciones matrices, junto con los condicionamientos legales que todavía sufren las empresas mercantiles en sus distintas formas.<sup>28</sup> Por tanto, en el caso examinado, las dificultades de encaje que se pueden producir entre la regulación de

---

rando que el Estado u otros entes públicos actúan en este caso como meros ejecutores de la voluntad del fundador o fiduciario; cf. Puig Brutau, J., *Fundamentos de derecho civil*, tomo I, 2ª parte, Bosch, Barcelona, 1979, pág. 656; Puig Ferriol, L., y E. Roca Trias, *Fundamentos de derecho civil de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 1984, pág. 372.

24. Cf. *Curso de derecho administrativo*, vol. I, Civitas, 5ª ed., 1989, Madrid, pág. 417 y ss.

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

26. Vide Barnés, J., *op. cit.*, pág. 238, y Meilán Gil, *op. cit.*, págs. 986-988; Villar Palasí, J. L., *op. cit.*, pág. 162.

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

28. Sobre la valoración doctrinal más reciente de la figura del derecho administrativo, vide las posiciones más críticas en Morillo Velarde, J. L., *La huida del derecho administrativo, la personalidad jurídica de las administraciones públicas y el principio de eficacia. Reflexiones*, pág. 1008; López Menuedo, F., «El Derecho administrativo como derecho 'especial y excepcional'», en *Administración Instrumental*, *op. cit.*, pág. 566; Sala Arquer, J. A., «Huida al Derecho privado y huida del Derecho», en REDA, núm. 75, 1992, pág. 399-413. Una opción diferente, y opuesta, se podría decir, en Borrero Iniesta, I., «El intento de huir del derecho administrativo», en REDA, núm. 78, 1993, pág. 233-249.

las fundaciones privadas y su participación por administraciones públicas pueden superarse cuando esta participación se produce a través de entidades instrumentales. A pesar de todo, ante la posibilidad de la creación de fundaciones privadas por empresas públicas con la pretensión de sustraerse a controles y limitaciones sobre su actividad (podemos pensar, por ejemplo, en algunas de las prescripciones de la Ley 4/1988, del estatuto de la empresa pública catalana, y en la disposición adicional sexta de la Ley de contratos de las administraciones públicas), se deberían articular algunas cautelas.

Ahora bien, ¿se puede conjugar la participación de sociedades públicas en fundaciones con la existencia de un protectorado público? Esto supondría someterlas a otro control además de aquél al que ya están sujetas por su vinculación a la Administración. Pero por su carácter de control limitado, con una finalidad específica o puntual, parece conciliable con otro u otros que ya se les apliquen. Por lo que se refiere a la irrevocabilidad del negocio fundacional, de la declaración de voluntad inicial de crear la fundación, tampoco creo que pueda representar un obstáculo, puesto que la Ley de fundaciones y de incentivos fiscales lo que sí admite con más flexibilidad que antes es la modificación de los estatutos fundacionales, hasta llegar incluso a la extinción de la entidad. Por tanto, la sociedad pública podría incluso llegar a abandonar la fundación si cambia de criterio respecto a su interés de participar en la misma.

Las dudas serían menores cuando la Administración se incorporase a una fundación existente o cuando concurre en la creación con personas jurídicas estrictamente privadas.

Aplicando las anteriores consideraciones al caso concreto de la Fundación impulsora de la UOC, tendríamos que concluir que el uso de la vía escogida por la Generalidad, a través de sus empresas filiales, se ajusta al marco normativo vigente, a pesar de que la falta de normas que adapten el régimen jurídico de las fundaciones a la presencia entre los fundadores de entes instrumentales de la Administración podría provocar alguna distorsión en el funcionamiento de la Fundación. Otro interrogante es si existe una justificación suficiente para la elección de este modelo de gestión. La razón aducida es la de que se trata de «una formulación jurídica pensada para la especial naturaleza de la enseñanza a distancia, que le permite un funcionamiento flexible, ágil y con óptima utilización de los recursos usados» (exposición de motivos de la Ley 3/1995). Se puede suponer que existe, además, la voluntad de compartir la gestión con las entidades privadas que concurren en la Fundación. Por lo que se refiere al primer orden de razones, acostumbra a ser el argumento habitualmente invocado para utilizar las formas privadas de personificación para la actividad administrativa, de manera que aparece como una fórmula rutinaria de la que es difícil conocer hasta qué punto obedece a la realidad si no va acompañada por una información más concreta.<sup>29</sup> Por lo que se refiere a la segunda razón, tampoco parece necesario recurrir a la figura de la fundación, ya que, como se ha indicado, existían otras posibilidades.

---

29. *Vide* los comentarios respecto a la eficacia como argumento habitual para crear entidades instrumentales en Morillo Velarde, *op. cit.*, pág. 999; *vide* también la alusión de Garrido Falla, *op. cit.*, pág. 45.

### III. La creación de una universidad privada por un ente instrumental de la Administración

Establecidas las anteriores premisas, es preciso examinar la configuración institucional de la UOC para determinar si se trata realmente de una universidad privada o constituye una mixtificación entre las dos clases de universidad definidas por la Ley de reforma universitaria (LRU), y en el caso de que sea así, si encaja con ésta. También es preciso preguntarse sobre la posibilidad de que los entes públicos puedan ser titulares de universidades privadas. La reflexión sobre esta cuestión no implica prejuzgar que la UOC sea una universidad privada en sentido estricto, porque a pesar de que la fórmula utilizada para su «reconocimiento» y la configuración legal dada se adapte en términos generales al esquema utilizado hasta el momento por las universidades privadas, existen elementos diferenciales que obligan a interrogarse sobre su encasillamiento en esta clase de universidades. Antes de entrar en el examen concreto de la naturaleza de la UOC, se deberá considerar esta cuestión de carácter más general sobre la posibilidad de creación de universidades privadas por los poderes públicos.

Una primera constatación que tiene que hacerse a partir de la ordenación establecida por la LRU es que las dos clases de universidad son excluyentes y se someten a regímenes jurídicos diferentes aunque tengan algunos elementos en común.

En principio, las universidades privadas se rigen por lo que dispone el título VIII de la LRU, según su art. 57. Sin embargo, de acuerdo con Souvirón,<sup>30</sup> otras disposiciones de la LRU también son aplicables, concretamente las contenidas en el título preliminar, salvo que entren en contradicción con lo que expresamente se establece en el título VIII. En cambio, no lo son las relativas a organización, profesorado y financiación, aspectos que quedarían a la libre disponibilidad de la universidad privada; es decir, en este caso el titular respectivo actuaría en un marco de libertad, concretamente la libertad de creación de centros docentes. Las universidades privadas no tienen que imitar, por tanto, la organización establecida respecto a las públicas en la LRU y, en consecuencia, su relación con el titular no tiene que ser la misma que existe entre las universidades públicas y el poder territorial titular. Pero, además, la diferencia no se halla sólo en la posición que el titular de una universidad privada puede adoptar respecto a ésta (el alcance de los poderes de aquél y correlativas obligaciones o sujeciones de ésta), sino en la relación de unas y otras universidades con la Administración. El reconocimiento de la autonomía universitaria conlleva un determinado régimen organizativo para las universidades públicas, cuya definición está reservada a la ley y sustraído, por tanto, de su determinación por decisiones administrativas individuales del ente titular, como podría suceder si la Administración fuese *dominus* de una universidad privada. Por lo

---

30. Cf. *La Universidad española. Claves de su definición y régimen jurídico institucional*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1988, pág. 194. Parece que Climent tiene una opinión diferente, en tanto que no reconoce a las universidades privadas el derecho a la autonomía; cf. «La libertad de creación de centros docentes en la enseñanza superior», en *Diez años de régimen constitucional*, Tecnos, Madrid, 1989, pág. 210.

tanto, la Administración no puede eludir el marco de sus relaciones con la universidad fijado por la LRU. En definitiva, la titularidad de la universidad determina la condición de ésta y su régimen jurídico. La LRU no tiene una definición del carácter público o privado de los centros universitarios como la del 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 sido interpretado como «[...] la imposibilidad, a diferencia de la regulación de la LOECE, de que las personas jurídicas públicas puedan fundar centros privados»,<sup>31</sup> pero se puede considerar implícita en el diseño de la LRU.<sup>32</sup> Este planteamiento sería coherente con la idea de que la Administración, cuando crea un centro docente, no actúa en ejercicio de la libertad de creación de centros docentes (derecho fundamental), o de una iniciativa económica, sino ejerciendo una competencia educativa en las condiciones que fija la Ley.

En las universidades públicas se da, por otro lado, la peculiaridad de la participación de la sociedad a través de un órgano de representación, el Consejo Social, el cual no existe en las privadas. Por tanto, el marco legal ciñe tanto a la universidad como a la Administración de manera que ésta sólo puede tener los poderes que la ley le reconoce sobre las universidades públicas, así como respecto a las privadas, aunque en este caso para no afectar a la libertad de enseñanza. Al contrario, no puede renunciar a los poderes que le reconoce la Ley respecto a la universidad pública, porque se trata de funciones o competencias obligatorias e irrenunciables. Este régimen organizativo no es modificable, disponible, ni por la Administración titular ni por la universidad. En cambio, el poder de organización del titular, en las universidades privadas, no está sujeto a límites por la LRU, sin perjuicio de que se exijan unas condiciones materiales y un número de profesores mínimos para obtener el reconocimiento como universidad, condicionamiento que no afecta al posterior desarrollo del poder de decisión autónomo. Si la Administración pudiese crear también universidades privadas, además de la confusión que produciría en los ciudadanos,<sup>33</sup> estaría en disposición de situarlas en un régimen de dependencia más acentuado que el que tienen respecto a ella misma las universidades públicas, desdibujando o alterando sustancialmente el papel que corresponde a la Administración respecto a las universidades. No se puede considerar ni una laguna ni una imprevisión de la LRU, sino una posibilidad que ésta no contempla porque no quiere. La autonomía universitaria obliga a configurar a las universidades públicas como entes institucionales con un régimen peculiar, que conlleva un grado de dependencia inferior al que es característico de los organismos autónomos respecto a las administraciones a la que están adscritos. Pero, como ya sabemos, la autonomía es siempre limitada y subsisten poderes en manos de la Administración respecto a las universidades, así como queda reservada a la ley la configuración de la organización de la universidad (en dos niveles, como universidad pública en ge-

---

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

32. Climent parte de estos supuestos; *vide op. cit.*, pág. 206. Souvirón, también; *vide op. cit.*, pág. 199.

33. *Vide Garrido Falla, op. cit.*, pág. 45.

neral, de acuerdo con la LRU, y como universidad concreta, según la Ley de creación). Por tanto, ni el Estado ni la comunidad autónoma pueden ser titulares de las universidades que la LRU califica como privadas o, en otras palabras, no pueden utilizar esta vía para sustraerse al régimen propio de las universidades públicas.

Por otro lado, la creación de universidades públicas debe ajustarse necesariamente a la programación general de la enseñanza superior; no obedece a una decisión incondicionada de ejercer una iniciativa en la actividad económica, al amparo del artículo 128 CE, como si se tratase de una empresa de mercado (caso en el que el Estado, o la comunidad autónoma, podría disponer de margen de libertad para escoger la forma de ejercicio); ni se trata de un servicio público en sentido estricto, con libertad de elección de las formas de prestación, a la vista del diseño de la LRU.<sup>34</sup>

El planteamiento puede ser diferente cuando el Estado o la comunidad autónoma participa en la creación de una universidad privada, sin ser ellos los titulares exclusivos, como es el caso de la UOC. Entonces, si el Estado o la comunidad autónoma no tienen capacidad para determinar las decisiones que el titular adopte, sino que su participación es sólo minoritaria, la valoración no es la misma. Pero es preciso que la compartimentación de la titularidad de una universidad privada con un ente público no otorgue a éste ninguna posición predominante. La admisibilidad de este supuesto no deja de ser problemática, pero sería aceptable, a pesar de que no tiene mucho sentido. La situación sería equivalente a la de subvención pública de una universidad privada (no contemplada por la LRU), con la consiguiente capacidad de controlar el uso de los fondos atribuidos. No parece que éste sea el caso de la UOC, según el artículo 8.3: «El Gobierno de la Generalidad tiene que designar a sus representantes en el Patronato de la Fundación para la Universidad Abierta de Cataluña. Esta representación tiene que ser en todo momento mayoritaria.»

Por tanto, la Ley obliga al Gobierno a ejercer la facultad que le reconocen los estatutos de la Fundación e incorporarse al Patronato, por sí mismo, y sin perjuicio de la continuidad de las entidades instrumentales fundadoras. Pero no resulta claro cómo tiene que entenderse la exigencia de que «esta representación» sea mayoritaria. ¿Se refiere sólo a la del Gobierno directamente? ¿O se puede suponer válidamente que se refiere a la representación pública en conjunto, incluyendo por tanto la representación indirecta que se produce a través de las entidades instrumentales? ¿No afecta al carácter público o privado de la Universidad esta representación mayoritaria de la Administración, situación diferente en el momento de promover la UOC? Según mi parecer, la titularidad pública y en consecuencia el carácter

---

34. Souviron niega el carácter de servicio público a la enseñanza superior, a pesar del art. 1 de la LRU, de redacción equívoca, y de la opinión del Tribunal Constitucional en la Sentencia 26/1987, de 27 de febrero (FJ 4, *in fine*), considerando que de lo que en realidad se trata es de una reserva legal para la institucionalización de la universidad y otra para la validación oficial de los títulos, que se traducen en títulos de intervención para reglamentar, por un lado, y para controlar el cumplimiento de las normas, por otro. La coexistencia con universidades y centros privados, y la posibilidad de que todas las universidades, públicas y privadas, puedan impartir estudios no reglamentados y no acreditables con títulos oficiales, lo llevan a esta conclusión; *op. cit.* pág. 190 y 200. Climent sostiene la posición contraria, considerando que sí que se trata de servicio público; *cf. op. cit.*, pág. 202-203.

público de la Universidad queda entonces más en evidencia, poniendo en crisis el ordenamiento establecido en la misma Ley 3/1995.

#### IV. La configuración institucional de la UOC

Con independencia del debate sobre la naturaleza, o el encuadramiento, público o privado, de la Fundación promotora, y titular, de la UOC, es preciso examinar la concreta configuración que de ésta se hace para incluirla en alguno de los tipos de universidad previstos en la LRU, o calificarla como *tertium genus*. Pero antes de entrar en un examen más pormenorizado conviene exponer cuál ha sido la génesis y justificación aducida para la creación de una universidad de estas características.

El rasgo definidor de la UOC, independientemente de su formulación jurídica, radica en que se trata de una universidad a distancia, es decir, una universidad cuyos estudios son impartidos a los alumnos sin requerir la presencia de éstos en unas instalaciones y aulas fijas concentrados en un espacio físico delimitado y exclusivo.

La falta de acuerdo sobre el traspaso de la UNED a la Generalidad, basándose en que su ámbito de actuación se extiende por todo el territorio estatal, y la consideración de la existencia de una necesidad social de esta clase de enseñanzas llevan al Parlamento de Cataluña a adoptar una moción en la que se insta al Gobierno «a tomar las medidas pertinentes para consolidar un sistema de enseñanza universitaria a distancia propio y más adecuado a la realidad social contemporánea». Considerando que existe un vacío legal sobre la creación y regulación de universidades no presenciales en la LRU, el Gobierno de la Generalidad entiende que no hay ningún obstáculo para que la comunidad autónoma con plenas competencias en materia de enseñanza ejerza su potestad legislativa e introduzca esta regulación. Pero la opción seguida no ha sido la de establecer previamente un marco legal general propio que regule esta clase de enseñanza universitaria, sino la de una ley singular institucional que dé cobertura a la UOC, siguiendo una de las vías previstas en la LRU. La posibilidad de organizar un servicio de enseñanza a distancia para las comunidades autónomas que tienen el máximo nivel de competencias educativas ya había sido admitida en la STC 154/1985, de 12 de noviembre, sobre el Instituto Gallego de Bachillerato a Distancia, pero condicionándolo a la firma de convenios cuando la enseñanza sobrepase el ámbito territorial de la comunidad autónoma, problemática salvada en el caso de la UOC, ya que circunscribe su actuación a Cataluña. Pero es preciso no olvidar los estrechísimos márgenes que el Tribunal Constitucional deja a la potestad legislativa autonómica en materia universitaria.<sup>35</sup>

Entrando en el análisis de la Ley, es preciso señalar de entrada que ésta utiliza la fórmula de «reconocimiento» de la Universidad, que es la que se utiliza respecto a las universidades privadas, a diferencia de las públicas, que son «creadas». En ningún momento del articulado se califica expresamente a la Universidad como privada, a pesar de que la no utilización de este calificativo no es necesariamente indica-

---

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

tiva, ya que en el caso de la Universidad Ramon Llull, reconocida por la Ley 12/1991, de 10 de mayo (LRRL), tampoco se utilizaba, como tampoco se utilizaba el contrario en las leyes de creación de universidades públicas en Cataluña; cabe indicar que aquí se produce una diferencia respecto al criterio seguido en las leyes estatales de reconocimiento de universidades privadas, que las califican formalmente de tales.

Otra constatación que resulta de la inicial comparación entre la regulación de la UOC y la seguida hasta ahora con otras universidades, públicas y privadas, es la de que aquella es más extensa, al regular, por un lado, aspectos que en las universidades privadas corresponde determinar a sus titulares, u órganos de gobierno, si se da el caso, y por otro establecer técnicas de control inicialmente incompatibles con el carácter, y posición frente a la Administración, de una universidad privada; también se diferencia de la regulación característica de las leyes de creación de las universidades públicas al contemplar aspectos organizativos y de funcionamiento que aquéllas no contienen, porque lo hacen la LRU y su despliegue reglamentario. Finalmente, la Ley 3/1996 regula peculiaridades de la UOC debidas al carácter de universidad no presencial.

Veamos seguidamente los rasgos más destacados de la ordenación de la UOC.

### *Marco normativo de la UOC y régimen jurídico*

El marco normativo de la UOC, establecido en el art. 1 de la Ley 3/1995, es igual que el que se dispuso para la Universidad Ramon Llull (art. 1 LRRL). Para completar este marco legal, la Ley 3/1995 se remite a las «propias normas de organización y funcionamiento» de la UOC (el equivalente a los estatutos de las universidades públicas, los cuales, a diferencia de aquellas «normas», se encuentran más internamente determinados por la LRU, que regula, además, el procedimiento para su apropiación). La fórmula utilizada por la Ley 3/1995 para referirse a las citadas «normas» no impide que se articulen en un solo texto, ni que éste utilice la denominación de estatutos.

A lo largo del articulado no se contiene ninguna determinación sobre el régimen aplicable a aspectos concretos de la organización y medios, funcionamiento o actividades de la UOC. Cabe presumir, entonces, que, en tanto se configura como universidad privada, su patrimonio, gestión económica y contabilidad, contratación, estatuto del alumnado, profesorado y personal no docente se rigen por el derecho privado. No obstante, la Ley contiene algunas prescripciones concretas referidas a algunos de estos ámbitos, los cuales constituyen, por tanto, derogaciones particulares de las normas de derecho privado que rigen en cada uno de ellos, prescripciones que serán analizadas al tratar estos distintos aspectos.

El control jurisdiccional de los actos de la UOC corresponderá, obviamente, a la jurisdicción ordinaria, puesto que están sujetos en general al derecho privado, aunque en la Ley 3/1995 existan algunas prescripciones específicas sustantivas sobre la actividad de la UOC,<sup>36</sup> propias del derecho administrativo. Podría plantearse la duda respecto a la exigencia de responsabilidad patrimonial si se considera-

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

se que la UOC actúa como entidad prestadora de un servicio público. Pero es preciso excluir esta posibilidad en base a dos razones: por un lado, el carácter mixto de la UOC, que impide considerarla como un ente exclusivamente dependiente de la Administración. Por otro, si se entiende que la universidad no es un servicio público, a pesar del art. 1 de la LRU (siguiendo a Souviron), como ya se ha expuesto anteriormente, considerando que el uso que se hace en la LRU de la expresión «servicio público» no lo es en sentido técnico-jurídico estricto, al reconocerse el derecho de crear universidades privadas en ejercicio de la libertad de creación de centros docentes (recordemos que para Souviron no existe la reserva de la actividad de enseñanza superior al sector público, sino sólo la reserva de un poder de intervención en dos niveles: «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»,<sup>37</sup> y, en un plano formal, la ley de reconocimiento de una universidad privada no es una concesión). No obstante, esta última afirmación es discutible, ya que depende de un concepto tan polémico como el de servicio público. Existen elementos que permitirían considerar a las universidades privadas como una actividad reglamentada o un servicio público virtual o impropio.

Una vía para residenciar ante la jurisdicción contenciosa conflictos relacionados con la actividad de la UOC podría consistir en la impugnación de los actos de control administrativo del cumplimiento de la Ley 3/1995 (función recogida en el art. 9.1). Sin embargo, el hecho de que no se instrumente ninguna potestad de corrección a través de las técnicas habituales (emisión de órdenes, condicionamiento de la validez o eficacia de los actos controlados a decisiones administrativas, potestad sancionadora), es decir, que el control no concluye en ningún acto que produzca efectos sobre la UOC, quedando reducido a una mera capacidad inspectora, deja segada esta vía para conducir hacia la jurisdicción contenciosa el conocimiento de cuestiones relativas a la UOC.

La naturaleza privada de las relaciones jurídicas originadas en el seno de la UOC puede situar a los alumnos de ésta en situación más desventajosa que la de los de la universidad pública, en tanto que éstos gozan de un sistema de recursos administrativos internos que posibilitan la reconsideración de las decisiones desfavorables al interesado sin necesidad de recurrir a la jurisdicción, situación que puede resultar difícil de entender sabiendo que la UOC está vinculada (y uso este término impreciso jurídicamente por la dificultad o las dudas que produce calificar la relación entre la UOC y la Generalidad) a un ente público. Parecería aconsejable que, a pesar de que sea discutible el carácter público de la UOC, por la importante participación de un poder público, del cual se podría considerar instrumento, y por la imagen que puede ofrecer al alumnado, se dotase de un estatuto parecido, en cuanto a derechos y deberes, al de los alumnos de las universidades públicas.

### *Organización*

La determinación normativa de la organización de las universidades diferencia claramente las públicas de las privadas. Mientras éstas últimas, al actuar en base a la

---

37. *Vide* nota 34.

libertad de enseñanza, disponen de total autodeterminación a este respecto, por lo cual las leyes de reconocimiento, siguiendo la LRU, se remiten siempre a las normas de organización y funcionamiento que establezca libremente la universidad, lo cual delimita un ámbito de autonomía del fundador o titular promotor, en cambio, en las públicas la autonomía se ejerce en el marco definido por la LRU, completada por las leyes de creación respectivas (que acostumbran a regular la existencia de órganos provisionales hasta la constitución definitiva de los propios de la universidad establecidos por la LRU y la aprobación de los estatutos respectivos). Se trata de una diferencia sustancial, ya que responde al carácter diferente de una y otra clase de universidad. En un caso actúa en ejercicio de una libertad pública y en el otro el poder público, por medio de determinaciones legales primero y a través de decisiones administrativas después, organiza una entidad administrativa a pesar de que el reconocimiento de su autonomía por la Constitución española modula el alcance de la intervención<sup>38</sup> de las administraciones territoriales y asegura una capacidad de autoorganización a la comunidad universitaria (que no son *dominus* de la universidad).

La mixtificación de elementos públicos y privados en el caso de la UOC se manifiesta claramente en el aspecto organizativo, en el cual, si bien inicialmente se sigue el modelo propio de las universidades privadas —remisión a las propias normas de organización (art. 4.1) y, por tanto, la ausencia de regulación y establecimiento de órganos provisionales en la Ley 3/1995—, se contienen a lo largo del articulado distintas prescripciones que condicionan el modelo organizativo y también técnicas de intervención impropias respecto a una universidad privada, ya que son incompatibles con el ámbito de libertad de que disponen.

Por otro lado, encontramos en el art. 4.1 una prescripción sobre la «planta» territorial de la UOC:

«La Universidad Abierta de Cataluña, para el desarrollo de su labor, se dota de la estructura docente, de investigación y de gestión necesaria adecuada a la enseñanza no presencial, de acuerdo con lo que sus normas de organización y funcionamiento establezcan. Esta estructura tiene que organizarse por medio de una sede central y una red de centros de apoyo en las comarcas de Cataluña, que tiene que asegurar la atención imprescindible a los estudiantes de estas enseñanzas en el conjunto del territorio catalán.»

Esta formulación parece justificada teniendo en cuenta el tipo de universidad no presencial que es la UOC y, vistos los términos genéricos utilizados, podría no considerarse contradictoria con el carácter de una universidad privada (a pesar de la libertad organizativa propia de ésta, que le permitiría organizarse territorialmente sin ningún condicionamiento), ya que no concretan ni la intensidad de la descentralización ni prevén ningún control para valorar el cumplimiento de la organización establecida, ni tampoco afectaría a la autonomía universitaria si se considerase, en el fondo, una universidad pública. Además, la formulación aparece incardinada en un sentido finalista (tiene que ser la organización necesaria para «asegurarse la atención imprescindible a los estudiantes [...]»).

---

38. Vide Climent, *op. cit.*, pág. 209.

Mucho más significativa, en cambio, es la precisión introducida en el último inciso del apartado 6 del artículo 8, en el que con ocasión de obligar a que las normas de organización y funcionamiento regulen «la participación de alumnos y profesores en los órganos de programación académica de sus actividades» (constatando la equívoca situación de la UOC, ya que, por un lado, esta prescripción es innecesaria cuando se crea una universidad pública, porque ya lo dispone la LRU, y, por otro, cuando se trata de una privada, como pretende serlo la UOC, es incompatible con la libertad organizativa de su titular) se establece a continuación: «Estas normas tienen que ser ratificadas por el Gobierno de la Generalidad».

Está claro que este control afecta al núcleo esencial de la potestad de autoorganización de una universidad inicialmente, o aparentemente, privada. Podría sostenerse que el uso del verbo «ratificar» reduce en gran manera la intensidad del control, puesto que parece excluir cualquier posibilidad de discrecionalidad o valoración de oportunidad sobre el contenido de estas normas de organización o hasta podría pensarse que el uso de este término obedece a la intención de configurarlo como un acto debido. Pero en este último caso no tendría sentido la obligación y sería más apropiado establecer un depósito obligatorio ante la Administración. Es más lógico considerar, por tanto, que se trata de un acto de control, equivalente a una aprobación, el cual debería limitarse a un examen de la legalidad, para no situar a la UOC en peores condiciones, a este respecto, que las universidades públicas (recordemos que en las STC 55/1989, de 23 de febrero, y 130/1991, de 6 de junio, se establece la doctrina de que el control de los estatutos de universidad por la Administración sólo puede ser de legalidad).

Pero el hecho que es preciso remarcar y que el debate sobre el alcance menor o mayor del acto no desvirtúa es que se trata de un acto de control inadmisibles desde la perspectiva de una universidad privada. Curiosamente, las modificaciones de las normas de organización y funcionamiento no se someten al mismo régimen de «ratificación», sino que sólo se obliga a «comunicarlas» (art. 9.3).

Pero no se acaban aquí las prescripciones sobre organización, sino que llegan a establecer algún condicionamiento concreto sobre la organización de la UOC.

Así, se establece la existencia de un órgano, el Consejo de la Fundación, no previsto en la legislación de fundaciones privadas (lo que no impide que en sus estatutos éstas lo puedan establecer, sin perjuicio de la existencia necesaria del patronato de la fundación y de sus funciones), el cual, por composición y funciones, aparece como un cierto equivalente al consejo social de las universidades públicas (órgano que no es obligatorio en las universidades privadas). Concretamente, el art. 8.4 dispone: «Han de formar parte del Consejo de la Fundación para la Universidad Abierta de Cataluña, de acuerdo con sus estatutos, representantes de las universidades públicas catalanas, de los agentes económicos y sociales, del ámbito de la investigación y la cultura y del Parlamento. La composición y las funciones del Consejo tienen que ser aprobadas por el Gobierno de la Generalidad, a propuesta del Patronato de la Fundación. El Consejo tiene que informar sobre el presupuesto y la programación de la Universidad Abierta de Cataluña, antes de que sean aprobados.»

Finalmente, la determinación de la organización en un aspecto específico llega a un punto que somete a la UOC a una sujeción incompatible con su pretendido

carácter privado y que la asimila a las universidades públicas: «el nombramiento y cese del rector, máxima autoridad académica de la universidad» (estableciendo, por tanto, la existencia de este órgano y su rango interno) «tienen que ser ratificados a instancias del Patronato de la Fundación y una vez escuchado el Consejo, por el Gobierno de la Generalidad». La interpretación correcta de este acto de «ratificación» en este caso tiene que ser la de considerarlo un «acto debido», ya que en caso contrario tendría la UOC un grado de autonomía inferior al de las universidades públicas, lo cual no parece ni lógico ni admisible en el marco de la configuración de la autonomía universitaria definido por la LRU, el cual, en este punto, es preciso considerar como traducción necesaria del art. 27.10 CE (es decir, como parte del contenido mínimo de la autonomía universitaria tal como ésta se ha tradicionalmente entendido).

Como se ve, las prescripciones de carácter organizativo de la Ley de la UOC son variadas y condicionan y limitan su potestad de autoorganización, lo cual es contradictorio con el carácter privado que se pretende de la UOC. No llega, sin embargo, a desplegarse en bloque el régimen organizativo de las universidades públicas, que hubiese puesto de manifiesto la vacuidad de la calificación como privada, sino que se acaba configurando un modelo híbrido que no encaja en ninguna de las categorías legales.

### *Profesorado*

Tanto las leyes de creación de universidades públicas como las de reconocimiento de las privadas no acostumbran a incluir la regulación del profesorado, en el primer caso porque ya está contemplado en la LRU, completado por la legislación sobre funcionarios públicos, y en el otro porque queda dentro del ámbito de libre determinación del titular del centro, de acuerdo con las normas que sean aplicables del derecho privado.

En el caso de la UOC, es evidente que el personal no puede estar sujeto a una relación funcionarial o estatutaria al no tratarse de una Administración pública, o al menos que actúa como tal. Por consiguiente, tanto en lo referente al personal docente como al no docente, la contratación será laboral o, según los casos, civil. A pesar de esto, la Ley de la UOC contiene algunas determinaciones concretas que ponen de relieve, una vez más, la presencia de una persona pública detrás de la institución.

Partiendo de una inicial remisión a lo que establecen las propias normas de organización y funcionamiento (art. 4.1) respecto a «la estructura docente, de investigación y de gestión», más abajo se establece una doble clasificación del personal docente: «El personal docente de la Universidad Abierta se compone de profesorado propio, en número y categorías adecuadas a las necesidades docentes y de investigación de la universidad, y de personal docente colaborador, para el que se tienen que establecer los convenios correspondientes y acuerdos específicos de colaboración. El sistema de selección del profesorado propio tiene que basarse en criterios de publicidad, capacidad, idoneidad y méritos científicos y académicos.»

Se aplican, por tanto, los mismos principios del art. 103 CE, a los que debe ajustarse la Administración pública en la selección de su personal, con la peculiari-

dad de exigir la «idoneidad», término utilizado en la LRU (disposición transitoria 9). Nos podríamos preguntar si será necesario crear en el seno de la UOC un equivalente a las comisiones de reclamaciones, consideradas por el Tribunal Constitucional como «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 noviembre).

No se obliga a ajustarse a los mismos principios en lo que se refiere al resto del profesorado ni al personal no docente. La cuestión a plantearse es si la exigencia establecida respecto al profesorado «propio» es necesaria o no, es decir, si la presencia institucional de la Administración en el Patronato condiciona el sistema de selección del profesorado, de manera que la cláusula del art. 4.3 resulta obligada por derivar del art. 130.3 CE.

Parece que la sumisión de la UOC al derecho privado exime de esta obligación, además de su carácter inicialmente privado. No puede constituir, en cambio, causa para excluir la aplicación del principio de igualdad (y la correlativa prohibición de discriminación) en virtud de la vinculación del art. 14 CE también sobre las relaciones privadas.<sup>39</sup> Naturalmente, la libertad de cátedra es un derecho del que goza el profesorado de la UOC, en los mismos términos que la universidad pública, pero no en los propios de la universidad privada, en la que puede estar modulada por el derecho del titular del centro para establecer un ideario, derecho que en el caso de la UOC no puede tener el Patronato de la Fundación promotora como consecuencia de la obligada neutralidad ideológica de la Administración.

### *Alumnado*

Las leyes de reconocimiento de las universidades privadas no incorporan ninguna prescripción relativa al estatuto del estudiante, puesto que esto forma parte del núcleo de la potestad de autoorganización del centro. A diferencia de las universidades públicas, en las que la situación del alumnado se ha configurado como estatutaria, la relación entre el estudiante y la universidad en el caso de las privadas se ordena bajo un régimen de derecho privado. En definitiva, el acceso y permanencia de los estudiantes en la universidad puede ser regulado libremente por el titular de la universidad, sin perjuicio de que se trate de una relación en la que rige también el art. 14 CE.

En el caso de la UOC, la Ley 3/1995 establece algunas prescripciones en su art. 3. Su apartado 3 recoge la concreta aplicación del art. 14 CE en este sector: «La Universidad Abierta tiene que velar porque, tanto en la regulación como en la situación práctica, se reconozca el derecho de acceso y de permanencia a los alumnos sin ningún tipo de discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, disminución física o sensorial, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.»

---

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

Entiendo que esta cláusula podría considerarse innecesaria por implícita, también para las universidades privadas, por lo que no se puede considerar una peculiaridad de la UOC.

En cambio, sí que puede constituir una muestra más de la especial configuración de la UOC la previsión contenida en el apartado 2 del mismo artículo: «De acuerdo con el objetivo de satisfacer plenamente el derecho a la educación superior, la Universidad Abierta ha de regular, en el ámbito de sus atribuciones, el régimen de acceso y permanencia de los alumnos en los diferentes estudios. En el supuesto de exceso de demanda, para preservar la calidad de las enseñanzas, la Universidad puede establecer limitaciones y pruebas de acceso basadas esencialmente en criterios académicos. Estos criterios y las pruebas de acceso tienen que ser autorizados por los órganos competentes.»

La inicial remisión a las propias normas de funcionamiento y organización es, una vez más, coherente con el carácter de universidad privada, a pesar de que esta regulación queda afectada «[al] objetivo de satisfacer plenamente el derecho a la educación superior», vinculación de ambigua o equívoca significación. Si se trata de hacer posible el acceso a la UOC a todos aquellos ciudadanos que, cumpliendo con los requisitos de carácter general para acceder a la enseñanza superior, lo soliciten, puede considerarse una redundancia de la prohibición de discriminación recogida más adelante. La redundancia se puede salvar entendiendo que la voluntad del precepto se extiende más allá de la necesaria prohibición de discriminaciones, obviamente, y se dirige (porque tiene un carácter más bien finalista) a asegurar el acceso disponiendo de los medios económicos necesarios, si es preciso. En otras palabras, el acceso se considera desde la perspectiva de la educación superior como derecho prestacional que el poder público está obligado a satisfacer. No es ésta la función, o la finalidad, a la que responde la creación de universidades por los particulares, para los cuales es la libertad de enseñanza, la que fomenta su actuación, a diferencia de la enseñanza organizada por los poderes públicos, que se justifica en la necesidad de atender, satisfacer, un derecho de carácter prestacional. Son las dos dimensiones del derecho a la educación, como derecho de libertad y como derecho de prestación, la primera desplegada por los particulares y la segunda por los poderes públicos, a las que se refería la STC 5/1981.

El título que sirve para justificar la actuación de unos y otros en cada caso es diferente sustancialmente. Si la UOC aparece y actúa como universidad privada, responde a una lógica diferente de la que corresponde a una universidad pública. Por esto, en esta última la creación queda condicionada no sólo al cumplimiento de las condiciones técnicas y materiales establecidas, sino a la programación general de la enseñanza pública. Si el inciso primero del art. 3.2 responde a la finalidad indicada, se introduce una previsión más propia de una universidad pública e innecesaria en una universidad privada. La continuación del apartado comentado también puede parecer difícil de entender en la perspectiva de una universidad privada, que no necesita que se la habilite para establecer pruebas de acceso como mecanismo regulador de la demanda.

Que las pruebas de acceso tengan que basarse en criterios «esencialmente académicos» permite que puedan intervenir, también, «accidentalmente», otros criterios, con lo que podría entenderse que se contempla la posibilidad de incorporar

criterios como la residencia. La referencia a los «órganos competentes» tampoco es coherente con el carácter privado de la UOC, porque hasta ahora los que pueden tener algún tipo de competencia, dentro de la Administración (porque pienso que para no ser una norma inútil tiene que referirse a la Administración y no sólo a las de la propia UOC), sólo la tienen respecto a las universidades públicas.

### *Funcionamiento y control*

La Ley 3/1995 establece alguna regulación concreta sobre el funcionamiento y actividad de la UOC que no difiere mucho (salvo el último punto que se cita) de lo que establecen las leyes de reconocimiento de las universidades privadas:

1. Obliga a mantenerla en funcionamiento el plazo necesario para que sea posible «finalizar los estudios a los alumnos que, habiéndolos iniciado, tengan un rendimiento académico normal» (art. 5.2).
2. Se determinan los estudios que tiene que ofrecer (art. 4.4 y 4.6).
3. Establece un objeto específico para el desarrollo de su actividad (art. 2.2).

La Ley 3/1995 contiene un precepto específico con el objeto de establecer y regular el control al que queda sometida la UOC, control que va más allá, como ya se ha dicho y se ha analizado al tratar de la regulación de la organización y el profesorado, de lo que correspondería respecto a una universidad estrictamente privada.

Con todo, no se reconocen a la Administración potestades sobre la UOC que supongan la sumisión de ésta a una actividad de control o intervención equivalente, cuantitativa y cualitativamente, a la subordinación o dependencia que tienen las universidades públicas. Por un lado, coincide con el sistema previsto para las universidades privadas cuando está sujeto a autorización el inicio de actividades de la UOC. En cambio, se añaden otras técnicas de control que superan este marco, una de ellas totalmente inédita por el sujeto que la efectúa y con la que no es posible encontrar ninguna analogía: un control de carácter genérico e indeterminado sobre las actividades de la UOC atribuido al Parlamento de Cataluña. La atribución expresa de este control parece significar que se trata de una función específica en el marco de la función de control que en general corresponde al Parlamento, de acuerdo con el art. 30.1 del EAC: «impulsa y controla la acción política y de gobierno». Dejando de lado la polémica sobre el significado de la función de control en el parlamentarismo moderno,<sup>40</sup> resulta sorprendente la atribución concreta que realiza la UOC, puesto que en el sistema parlamentario aquélla es una función que se ejerce sobre el Gobierno y no tan directamente sobre la Administración y, por otro lado, constituye un control de carácter político, no jurídico. Aunque el Parla-

---

40. Cf. Santaolalla, F., *Derecho parlamentario español*, Espasa-Calpe, Madrid, 1990, pág. 240, y la bibliografía citada allí, entre la que destaca como exposición que contiene una revisión crítica del concepto de control el trabajo de Rubio Llorente, «El control parlamentario», ahora recogido en *La forma del Poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 241 y ss.; también resulta interesante, del mismo autor, «Relaciones del Gobierno y la Administración con las Cortes», recogido en la misma obra, pág. 265 y ss.

mento fiscalice y valore la actividad que desarrolle la Administración, su interlocutor en este orden de actividades parlamentarias es siempre el Gobierno. Los instrumentos de información (preguntas, interpelaciones, comparencias de autoridades y funcionarios, comisiones de investigación) de que dispone el Parlamento (los cuales, desde determinado planteamiento doctrinal, hoy bastante minoritario, se consideran como actos de control en tanto que pueden incorporar una presión crítica o fiscalización) se dirigen al Gobierno, aunque se refieran a actuaciones de órganos administrativos, dada la relación entre el Gobierno y la Administración,<sup>41</sup> y la función de dirección que corresponde a aquél.

Otras formas de actividad parlamentaria, que por parte de la doctrina<sup>42</sup> se inscriben dentro de la función de dirección o impulso de la acción de gobierno, como las propuestas de resolución, proposiciones no de ley y mociones, también se expresan como mandatos dirigidos al Gobierno, aunque contengan propuestas relativas a actuaciones administrativas. Resulta, por tanto, difícilmente encajable dentro del marco de la función de control del Parlamento una potestad específica como la establecida en el art. 8.1 de la Ley 3/1995 a ejercer directamente sobre la UOC. Pero, además, si la naturaleza de la UOC es la de una persona jurídica privada, y no la de un organismo dependiente de la Administración, aún resulta más difícil encajar esta función de control específico atribuida al Parlamento con el esquema tradicional de la división de poderes en un Estado de derecho, en el que el Parlamento no dispone (excepto respecto a los integrados en su organización interna, en relación con los que actúa como Administración, como se da el caso con los funcionarios parlamentarios) de funciones ejecutivas directas sobre los particulares. Es preciso añadir que si se pretendiese dar a este control parlamentario específico el significado que habitualmente tiene el control administrativo sobre la actividad de los particulares, obtendríamos la consecuencia de que contra los actos parlamentarios a través de los que se expresase este control no habría posibilidad de interponer ningún recurso, ni administrativo, ni jurisdiccional, violentando el esquema estatutario y constitucional de división de funciones,<sup>43</sup> y privando a la UOC del derecho a la tutela judicial efectiva. Cabe entender, por tanto, que el control parlamentario sólo puede ser un control político, a pesar de la redacción en términos absolutos del art. 8.1 («El Parlamento ejerce *el* control [...]»), que no sustituye al control administrativo, como por otro lado resulta de la misma Ley 3/1995, al

41. Cf. Porras Nadales, J., «La función de gobierno y la dialéctica entre política y administración», en *Gobierno y Administración en la Constitución*, Dirección General de lo Contencioso del Estado, Madrid, 1986, pág. 146; López Guerra, L., «Funciones del Gobierno y dirección política», en *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., y Pitarch, I., *Las Cortes Generales en el sistema parlamentario de gobierno*, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 30 y ss.; Santaolalla, F., *Manual de derecho parlamentario*, Espasa Calpe, Madrid, 1991, 2ª ed., pág. 245.

43. Esto me puede llevar al debate sobre la posible existencia de una reserva de Administración, la reinstauración de un concepto de ley material en nuestro sistema o la vinculatoriedad jurídica del principio de la división de poderes, proposiciones que han recibido el rechazo generalizado entre la doctrina, a pesar de algunos matices basados principalmente en los art. 14 y 24 CE. Cf. Garrido Falla, F., «Dicramen sobre la posible inconstitucionalidad de la Ley 1/1991», en *Revista de Administración Pública*, núm. 126 (1991), pág. 515; Rubio Llorente, F., *op. cit.*, pág. 359 y ss.

prever controles concretos a lo largo del articulado, y del reconocimiento de una competencia de supervisión general de la actividad de la UOC a favor de la Administración de la Generalidad en el art. 9.1: «A los efectos de lo que establece el artículo 27.8 de la Constitución, el órgano competente de la Administración de la Generalidad tiene que realizar el seguimiento del cumplimiento por la Universidad Abierta de Cataluña de las normas que le son aplicables y de las obligaciones que tiene asumidas.»

La potestad de control atribuida en el art. 8.1 al Parlamento debe entenderse en coherencia con las funciones y la posición en el sistema constitucional y estatutario que corresponde a éste, con lo que este control, de naturaleza política, sólo puede consistir, o bien en el uso de los instrumentos de información a disposición del Parlamento, o bien en la emisión de juicios valorativos sin efectos jurídicos directos, ejecutivos, sobre la UOC. En definitiva, la función de control se ejerce en los mismos términos que se realiza respecto al Gobierno de la Generalidad (sin poder para corregir la actuación de la UOC). Entonces, ¿cuál es la justificación de esta atribución? Creo que una razón radica en la equívoca naturaleza de la UOC, en tanto se pudiese considerar como una institución no situada en la órbita organizativa de la Administración de la Generalidad y, por tanto, no incluida dentro del ámbito de la función de control parlamentario ordinario o común, el cual, como ya se ha dicho, se ejerce sobre el ejecutivo, pero no sobre los particulares (como es lógico, no se ha establecido en el caso de las otras universidades privadas existentes en Cataluña).

Pero esta razón es insuficiente para explicar por qué se somete a la UOC a un control que no existe ni siquiera respecto a las universidades públicas. Se puede pensar que de esta manera se intentan salvar los motivos de desconfianza política sobre una posible instrumentalización gubernamental de la UOC, y que a ésta no se le garantiza el mismo grado de autonomía que a las universidades públicas, puesto que como universidad privada está más sometida a la voluntad del titular que aquéllas, dándose la casualidad de que en el caso de la UOC el titular es la propia Administración. Aparece sobre la mesa, pues, otra vez, la dificultad de concebir que la Administración pueda ser titular de una universidad privada, disfrutando de una posición de superioridad o de unos poderes —además de potestades— de los que no disfruta respecto a las universidades públicas.

Es perfectamente coherente con este planteamiento que no se establezca ningún instrumento específico que concrete la función de control que se atribuye al Parlamento, sino que se remita al ordenamiento parlamentario en general («[...] El Parlamento ejerce el control [...] *de acuerdo con las normas de la Cámara*», precisión inútil, pero que da cuenta de la dificultad de articular otros mecanismos de control diferentes de aquéllos con los que ya cuenta la cámara).

A fin de facilitar este control parlamentario, se impone a la UOC la obligación de suministrar directamente información al Parlamento (obligación que en principio sólo puede corresponder al ejecutivo): «El Parlamento ejerce el control de las actividades de la Universidad Abierta de Cataluña, de acuerdo con las normas de la Cámara. *A estos efectos, la Universidad tiene que presentarle anualmente una memoria de sus actividades y dar cuenta de sus actuaciones.*»

La distinción entre la presentación de una memoria y «dar cuenta» permite

suponer que con esta última se impone una obligación diferente que quizás podría ser la de atender a los requerimientos de información y documentación que directamente le pueda formular el Parlamento (ya que el actual art. 40.1 del Reglamento del Parlamento de Cataluña, que regula esta facultad de los diputados, no serviría, puesto que se refiere únicamente a la Administración de la Generalidad) y hasta la de comparecer, por medio de sus órganos directivos, ante la comisión parlamentaria competente, superando el marco actual del art. 40.2 del Reglamento del Parlamento que lo faculta sólo para solicitar (pero sin que implique ninguna obligación) la presencia de los particulares.

Es preciso añadir que el art. 6 de la Ley 3/1995 también obliga a la UOC a presentar anualmente a la Administración de la Generalidad una memoria «comprehensiva de las actividades docentes e investigadoras llevadas a cabo», obligación por tanto duplicada respecto a la que se establece en relación con el Parlamento y que da lugar a la duda sobre si ambas memorias, la que se acaba de citar y la del art. 8.1, son la misma o pueden serlo. La última aludida parece tener un mayor alcance, ya que comprende todas las actividades de la UOC y, por tanto, las no incluidas en la memoria contemplada en el art. 6, como podrían ser las actividades de gestión o de proyección externa, con lo que se puede pensar que formalmente no tiene que ser la misma.

### *Financiación*

La Ley 3/1995 contiene una regulación de la financiación de la UOC, con lo que se aparta también de lo que es habitual en las leyes de creación de universidades públicas o de reconocimientos de las universidades privadas. En el caso de las primeras, puesto que ya se encuentra recogido en la LRU. En el caso de las privadas, porque es preciso entender que corresponde al ámbito de libre determinación de éstas. La Ley 3/1995 recoge en la parte esencial el sistema de financiación de las universidades públicas, aunque no somete a la UOC a las normas sobre gestión presupuestaria propias de éstas. Pero, a pesar de esto, sujeta a la UOC al control financiero «por medio de la auditoría [...]», control global y no limitado al uso que se pueda hacer de las subvenciones provenientes de la Generalidad, que sería el que las normas generales permitirían respecto a las entidades privadas. Una vez más, aparece el carácter híbrido de la UOC y la penetración del derecho público en la regulación de ésta, debido a su conexión con la Administración.

Es preciso destacar dos notas en la regulación de la financiación de la UOC, consecuencia de la impregnación de carácter público en ella. Por un lado, la obligación de que el precio de la matrícula sea el mismo que el Gobierno de la Generalidad fija para las universidades públicas, a pesar de que ése no puede tener la consideración ni de tasa ni de precio público.

## **IV. Consideraciones finales sobre la configuración legal de la UOC**

Como hemos podido ver, en la ordenación de la UOC confluyen dos perspectivas que podrían ser contradictorias. Se presenta, se institucionaliza formalmente,

como universidad privada, pero se aparta del modelo propio de ésta, por cuanto su *dominus* es una persona jurídica en cuyo órgano rector la participación pública es mayoritaria. La UOC se crea porque hay un interés público en su existencia y responde a una necesidad social; no se crea, por contra, para ofrecer unas enseñanzas bajo el prisma de unas determinadas convicciones o creencias religiosas o filosóficas (el «ideario»), finalidad incompatible con la participación pública en la titularidad de la institución, ni por afán de lucro, ya que la limitación que recae sobre los precios de las matrículas lo hace prácticamente ilusorio. Además, y como consecuencia, su financiación se hace, en parte, con recursos públicos. El resultado es una universidad que no puede ser considerada estrictamente privada, tanto por la presencia de la Administración detrás de ella, como por el ordenamiento que se establece. La consecuencia es que el régimen jurídico de la UOC aparece impregnado de normas de derecho público y se instrumentan (con imprecisiones y deficiencias, ya que no se determinan sus efectos) controles o intervenciones públicas sobre su organización y actividad.

Pero tampoco constituye una universidad pública en los términos en que ésta se configura en la LRU y que son los únicos posibles, en tanto que a través de ésta se fija el marco general y se determina el alcance de la autonomía universitaria por imperativo constitucional. Es posible que la autonomía universitaria en la UOC quede intacta, porque la Ley por sí misma, directamente, no la disminuye, pero depende excesivamente del posterior desarrollo reglamentario organizativo (utilizado este término en sentido no estricto, ya que se trata de «normas» internas del patronato, no de un reglamento de la Administración) la preservación de la autonomía universitaria.

La UOC se encuentra en una situación diferente a la de las universidades públicas respecto a la Administración, y si resulta discutible calificar su posición como de mayor subordinación en lo que se refiere a los mecanismos de control o «tutela» establecidos, es decir, en relación con la Administración como organización «externa» a la UOC, en cambio no existen ni regulación legal ni garantías de un ámbito de autonomía respecto a la Administración como *dominus*, como titular de una universidad privada. La autoorganización de la comunidad universitaria, el ámbito de autodeterminación que le corresponde en una universidad pública, no aparece garantizado, en este caso, a nivel legal.

¿No hubiese sido más respetuoso con el marco normativo vigente crearla como universidad pública? ¿O regular previamente, por ley obviamente, dada la laguna de la LRU, la enseñanza no presencial? La mayor flexibilidad o agilidad en el funcionamiento que aparece como argumento para justificar la fórmula de personificación utilizada puede afectar a aspectos que están ordenados en la LRU, la cual configura o bien un estatuto determinado (profesorado, alumnado), o bien un régimen organizativo concreto, por razón de la autonomía universitaria; el condicionamiento, y la rigidez, que puede resultar de este ordenamiento para una universidad pública resulta necesario para preservar este «derecho fundamental» (según el Tribunal Constitucional) o garantía de la institución (por parte de la doctrina). En otros aspectos (patrimonio, contratación, gestión presupuestaria), el grado de flexibilidad de las universidades públicas es bastante alto, por lo cual parece que la flexibilidad se reivindica en aquellos aspectos en los que la rigidez o

condicionamiento es superior, pero que precisamente tienen que ser más «resistentes» a la supresión de los límites legales por su vinculación a la autonomía universitaria, que no puede quedar al arbitrio de decisiones singulares.

La mixtificación o hibridación entre formas de actividad pública y formas privadas en el caso de las universidades es más difícil tanto por la existencia de una ley general que determina, y coarta, las competencias públicas (y la forma, y organización, de su ejercicio), como por la posible afectación a un derecho fundamental (o una garantía institucional, según la posición que se adopte) de características muy determinadas, por lo que la vía utilizada no puede quedar exenta de dudas sobre su corrección, salvo que se considere que la UOC, a pesar de que aparezca como «reconocida», y no creada, y a pesar de la afirmación contraria de su exposición de motivos, no es una universidad privada, calificativo que, por otro lado, no se utiliza en el articulado de la Ley 3/1995, sino pública.