

Consideración de la educación como servicio público en la legislación española

/

Consideration of education as a public service in spanish legislation

Francisco Javier Galicia Mangas

Doctor en Derecho

Profesor de enseñanza secundaria

Profesor asociado de Derecho Administrativo UNIZAR

DOI

<https://doi.org/10.23824/ase.v0i34.695>

Resumen

Tras una breve introducción, en la que se refieren algunas de las dificultades existentes para integrar la educación dentro de la compleja categoría de los servicios públicos, el presente estudio intenta hacer una somera referencia al concepto de servicio público, a su evolución, y a su aplicación al ámbito educativo.

En segundo lugar, se hace un rápido estudio del principio de subsidiariedad para recordar, con apoyo jurisprudencial, que nuestro sistema vigente no se sustenta en la pugna entre lo público y lo privado, sino que el servicio educativo es prestado por tres clases de centros: centros públicos, centros privados y centros privados concertados.

El bloque principal o central del trabajo aborda, de manera destacada, el estudio de la educación como servicio público en la legislación española, partiendo de la Ley de Instrucción Pública de 1857 y de la Ley General de Educación de 1970, para llegar, con ayuda de los planteamientos doctrinales, a las leyes posteriores a la CE de

1978, y en especial a lo dispuesto en este sentido en la LODE, la LOCE y la vigente LOE, modificada por la LOMCE.

Por último, se hace una somera referencia a algunas circunstancias excepcionales que han rodeado el ejercicio del derecho a la educación en los tiempos de pandemia que vivimos en la actualidad.

Palabras clave: educación, servicio público, legislación, pandemia.

Abstract

After a brief introduction in which some of the difficulties in integrating education into the complex category of public services are referred to, this study attempts to make a brief reference to the concept of public service, its evolution, and its application to the educational field.

Secondly, a quick study of the principle of subsidiarity is made to recall, with jurisprudential support, that our current system is not based on the struggle between public and private, but rather that the educational service is provided by three types of centres: public schools, private schools and subsidized private schools.

The main or central block of the work deals, in an outstanding way, with the study of education as a public service in Spanish legislation, starting from the Law of Public Instruction of 1857 and the General Law of Education of 1970, to arrive, with help of doctrinal approaches, to laws subsequent to the CE of 1978, and especially to the provisions in this regard in the LODE, the LOCE and the current LOE, modified by LOMCE.

Finally, a brief reference is made to some exceptional circumstances that surrounded the exercise of the right to education in the times of pandemic that we live today.

Finally, a brief reference is made to some exceptional circumstances surrounding the exercise of the right to education in the times of pandemic that we live in today.

Key words: education, public service, legislation, pandemic.

ÍNDICE

- I. Introducción.
- II. Sobre el concepto de servicio público y su aplicación al ámbito educativo.
- III. Aplicabilidad del principio de subsidiariedad a la educación como servicio público.
- IV. La educación como servicio público en la legislación española.
 1. Ley de Instrucción Pública de 1857 (Ley Moyano).
 2. Ley General de Educación y Financiamiento de la Reforma educativa de 1970 (LGE).
 3. Las Leyes de Educación posteriores a la Constitución española de 1978.
 - a) Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación (LODE).
 - b) Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE).
 - c) Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación (LOCE).
 - d) Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE) y su modificación por Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE).
 - e) Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOMLOE).
- V. Breve referencia a la educación en tiempos de pandemia.
- VI. Conclusiones.
- VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN.

Parece evidente que el derecho a la educación, garantizado en el artículo 27 de la CE, se configura, y permítaseme utilizar la expresión sin prejuzgar por ahora sus consecuencias jurídicas, como un “servicio público universal”, prestado por tres clases de centros: centros públicos, centros privados y centros privados concertados¹.

Pero la consideración de la educación como un servicio público no es, ni mucho menos, una cuestión legal ni doctrinalmente pacífica, según las consecuencias que de la misma pretendan extraerse por los diferentes intérpretes.

La declaración de una actividad como servicio público suele ser el producto de una pluralidad de factores de diversa índole, no sólo ideológicos, sino también económicos, tecnológicos, o sociales. Pero, ante todo, debemos tener claro que dicha declaración no constituye una verdad inmutable.

Quizás, la imprecisión terminológica con la que suele utilizarse el concepto de servicio público, o la propia voluntad política y jurídica de no ceñirlo a límites excesivamente angostos, contribuyan a crear o alimentar en gran medida una confusión, aún mayor si cabe, también en este caso.

Así pues, la polémica no es nueva, ni se ha desatado a partir de la promulgación de las últimas normas educativas como la LODE, o la LOE, modificada esta última por la LOMCE. La derogada Ley General de Educación de 1970 definía la educación como un servicio público fundamental, y esta declaración ya fue susceptible de interpretaciones diversas.

II. SOBRE EL CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO Y SU APLICACIÓN AL ÁMBITO EDUCATIVO.

Basten unas breves consideraciones iniciales sobre el concepto de servicio público y su conexión, siquiera tangencial, con el ámbito educativo, antes de abordar de forma más detallada su tratamiento en nuestra legislación.

¹Vid. art. 108 LOE.

Desde que León DUGUIT formulara su concepto de servicio público², ha transcurrido más de un siglo, y se ha producido una importante evolución del mismo, pero sigue suscitando igualmente una viva polémica³.

DUGUIT entendía por servicio público *“toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y fiscalizado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esa actividad es indispensable para la realización y desenvolvimiento de la interdependencia social y de tal naturaleza que no puede ser asegurada completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante”*⁴.

Vemos pues que DUGUIT pone el foco de atención en el elemento objetivo del servicio público como función social de los gobernantes, y en el material o funcional referido a *“toda actividad (...) indispensable para la realización y desenvolvimiento de la interdependencia social”*.

Presenta esta definición indudables puntos de conexión con el servicio de la educación como actividad necesaria para el desarrollo personal y social, incluso, al menos parcialmente, con su caracterización como función social de los gobernantes, pero bien debemos recordar que ni el Estado ha sido históricamente el único garante de la prestación de este servicio, ni, en la actualidad, lo presta en régimen de exclusividad o monopolístico.

Sin embargo, en nuestro Ordenamiento parece que ha tenido más predicamento la concepción que suele denominarse como subjetiva, del servicio público.

Así, por ejemplo, SANTAMARÍA PASTOR⁵, al referirse a los servicios públicos, considera que *“el Estado (u otro ente territorial) asume el deber y la responsabilidad de garantizar su prestación, regular y correcta a los ciudadanos, bien realizándola por si o asegurando su realización por tercero; un acto de asunción que suele ser conocido con el nombre de publicatio”*.

² DUGUIT, Léon (1913). *Les transformations du Droit Public*. París. Librairie Armand Colin.

³ Así refiere Tomás-Ramón Fernández, citando a ALESSI, COUZINET y WALINE, que *“del servicio público hay tantas definiciones como autores y que esa multiplicidad de acepciones ha terminado por convertir el concepto en una expresión equívoca, con la que se arriesga a engendrar las peores confusiones, que no tiene más valor que el de una simple etiqueta”*. Vid. FERNÁNDEZ, T-R (1999: 58).

⁴ Traducción del concepto de servicio público extraída de FERNÁNDEZ, T-R (1999: 57).

⁵ Vid. SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2009). *Principios de Derecho Administrativo I*, (2ª Ed.). Madrid. Iustel. Pág. 304.

Por su parte, SANCHEZ MORÓN⁶, formula una concepción más restringida del servicio público al cual identifica con “*las actividades de titularidad pública que tienen como objeto directo la prestación material de un servicio a los ciudadanos, servicio de los que éstos pueden beneficiarse normalmente uti singuli, como usuarios (la enseñanza pública, la sanidad pública...)*”.

Nos encontramos, efectivamente, ante un servicio cuya competencia es asumida, por la Administración Pública, fundamentalmente por las CCAA, no en régimen de monopolio, sino en competencia con la iniciativa privada, por mandato constitucional.

Esta actividad prestacional de la Administración se constituye como un derecho fundamental de los ciudadanos (art. 27 CE), lo que a su vez la convierte en una obligación del ente administrativo, que tiene como objetivo principal garantizar una educación básica en condiciones de igualdad y de equidad para todos.

Pero, se trata sobre todo de servicios en los que prevalece claramente el elemento personal sobre el económico, lo que nos permite ponerlo asimismo en conexión con el enfoque de Derecho europeo y su reconocimiento en el art. 14 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2010. En este ámbito se distingue entre “servicios de interés general” (SIG); “servicios de interés económico general” (SIEG); y “servicios de interés general no económicos” (SIGNE).

Pues bien, los servicios considerados de interés general implican especiales obligaciones de servicio público, y abarcan actividades de muy diverso tipo. SIEG y SIGNE son, por su parte, dos tipologías de la categoría general de los SIG. Pero la característica esencial de los SIGNE, entre los cuales se encuentran la educación, la sanidad o los servicios sociales, es que son lo que se ha venido a denominar “servicios de solidaridad”⁷, en los que la competencia para su satisfacción es propia de cada Estado y no de la UE⁸, y que no quedan sujetos a las estrictas reglas de la competencia, por no tener carácter económico.

Así pues, estos denominados servicios públicos de solidaridad, y de carácter personal como la educación, pueden asimilarse a los SIGNE en Derecho europeo.

⁶Vid. SANCHEZ MORÓN, M. (2019). *Derecho Administrativo. Parte General* (15ª ed.). Madrid Tecnos. Pág. 790.

⁷Vid. TORNOS MÁS, J. (2016: 207).

⁸Vid. art. 2º del Protocolo nº 26 al TFUE que establece que “*las disposiciones de los Tratados no afectarán en modo alguno a la competencia de los Estados miembros para prestar, encargar y organizar servicios de interés general que no tengan carácter económico*”.

Su no sujeción a las reglas de la competencia no implica que no se presten, como así sucede en nuestro caso, en régimen de concurrencia con la iniciativa privada, y el Derecho de la UE es meramente subsidiario del de cada Estado.

En conclusión, y para cerrar este primer apartado, podemos decir, siguiendo las tesis de T-R FERNÁNDEZ⁹ que, en el ámbito de la enseñanza *“la declaración de servicio público sirve sólo para explicar y dar cobertura a la actividad prestacional directa de la Administración, pero nada más, porque esa declaración ha sido siempre compatible con el ejercicio por los particulares de idéntica actividad al amparo de una libertad que ni de iure ni de facto podían desconocer los gobernantes”*.

III. APLICABILIDAD DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD A LA EDUCACIÓN COMO SERVICIO PÚBLICO.

El principio de subsidiariedad, en el ámbito jurídico, es susceptible de ser aplicado con carácter general a aquellas situaciones en las que se ofrecen, como mínimo, dos alternativas, de manera que sólo se aplica una de ellas en defecto de la otra. Trasladado de manera extrema al ámbito educativo sería, educación pública *versus* educación privada. Normalmente este asunto se ha tratado en relación con los conciertos educativos.

Históricamente, y así se reconoce en el propio preámbulo de la LODE, *“por las insuficiencias de su desarrollo económico y los avatares de su desarrollo político, en diversas épocas, el Estado hizo dejación de sus responsabilidades en este ámbito, abandonándolas en manos de particulares o de instituciones privadas, en aras del llamado principio de subsidiariedad”*.

Visto así, el principio de subsidiariedad llevaría a la poco deseable situación de que la educación estuviese básicamente en manos privadas, dejando a la Administración una intervención meramente residual, normalmente para casos y situaciones de necesidad, y de clases desfavorecidas. No es éste, evidentemente, el planteamiento que impera en nuestros textos legales, y mucho menos en la CE de 1978.

⁹Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T-R (1999: 60).

Pero tampoco lo es el planteamiento contrario, aquel que nos conduce a considerar que la enseñanza privada concertada sólo debe intervenir cuando la pública no alcance la plena y completa escolarización. Dicha afirmación, según reiterada jurisprudencia, también es contraria a nuestra legislación y a lo dispuesto en la CE de 1978. Veamos pues, brevemente, algunas de sus manifestaciones.

En lo que al principio de subsidiariedad se refiere, la jurisprudencia del TS parece decantarse por una interpretación del mismo que lo excluye (o al menos su interpretación radical), es decir, descarta la opción que establecería que *“solamente ha de acudir al régimen de conciertos cuando la necesidad educativa no resulta satisfecha por los centros públicos”*¹⁰. Llevado al extremo, este principio de subsidiariedad permitiría, como bien comenta alguna de las sentencias citadas, *“una interpretación totalmente contradictoria con nuestra CE, pues supondría que en el momento en que los poderes públicos pudiesen disponer de puestos escolares para cubrir todas las necesidades educativas estaría proscrita en nuestro país la libertad de elección de centro docente sancionada por las leyes”*.

Pero esta postura del TS no es pacífica, y en algún caso se ha aceptado el principio de subsidiariedad¹¹ al no existir un número suficiente o razonable de alumnos/as para completar más de una vía (grupo) en algún nivel educativo, y haber vacantes en centro público de la zona.

IV. LA EDUCACIÓN COMO SERVICIO PÚBLICO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.

Veíamos, al hablar del principio de subsidiariedad, que en ciertos momentos de nuestra historia la educación quedó en manos privadas por “dejación” de las responsabilidades del Estado en este ámbito.

Efectivamente, la educación, al igual que la sanidad, no se convirtió en nuestro país en lo que actualmente entendemos por servicio público hasta la segunda mitad del siglo XX, hito que evidentemente se consideró como un factor de progreso decisivo.

Pero, veamos cómo se ha producido esta evolución, y cuál es el tratamiento actual de la cuestión.

¹⁰ Vid. SSTS de 6 de noviembre de 2008; 18 de enero de 2010, y de 25 de mayo de 2016.

¹¹ Vid. STS de 7 de febrero de 2018, con voto particular discrepante incluido.

1. Ley de Instrucción Pública de 1857 (Ley Moyano).

La Ley de Instrucción Pública de 1857, conocida popularmente como Ley Moyano, fue de alguna manera el fruto del complejo debate entre la estatalización de la enseñanza, defendido por el sector progresista, y el deseo de inhibirse de tal tarea y responsabilidad, sostenido por el sector conservador.

El resultado final fue la plasmación de la secularización de la enseñanza y la intervención de la Administración en dicho ámbito, (aunque no una completa estatalización)¹², y el ejercicio de un cierto control sobre la enseñanza privada, mediante fórmulas autorizatorias.

En la época en la que se promulga la Ley Moyano, en un país con más de quince millones de habitantes, difícilmente otra institución que no sea el Estado es capaz de disponer los medios necesarios para educar a una población tan amplia, aunque todavía nos encontramos con un sistema educativo bastante clasista, distante del actual generalizado, y mucho más igualitario.

No obstante, la configuración de la educación como servicio público ya se atisba en la referencia realizada en su DT 7ª en la que se afirma que *“el Gobierno podrá aumentar, disminuir ó suprimir los derechos de matrícula señalados en la tarifa que acompaña a esta Ley, teniendo para ello en cuenta la conveniencia del servicio público, y oyendo al Real Consejo de Instrucción Pública”*.

Curiosamente, esta referencia a la cuestión tarifaria, acerca este servicio público de naturaleza social de la enseñanza a una de las características apuntadas por la doctrina en relación con los servicios públicos económicos, como es la potestad tarifaria de la Administración, a la que se unen la igualdad, y la continuidad en la prestación¹³.

Así apunta FRAGA IRIBARNE¹⁴ que la Ley Moyano *“concibe ya la enseñanza como un servicio público, aunque el Estado no se haga cargo de la totalidad (prácticamente) de la carga financiera hasta 1901”*.

¹² La estatalización se limitó a universidades, escuelas superiores y profesionales. Vid. GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (1973:11).

¹³ Vid. VILLAR EZCURRA, J.L. (1979:158).

¹⁴ Vid. FRAGA IRIBARNE, M. (1957:18, nota 28).

2. Ley General de Educación y Financiamiento de la Reforma educativa de 1970.

El art. 3.1 de la ya derogada Ley General de Educación de 1970¹⁵ contemplaba en su contenido la caracterización de la educación como un servicio público fundamental:

*“3. 1. La educación que a todos los efectos tendrá la consideración de **servicio público fundamental**, exige a los Centros docentes, a los Profesores y a los alumnos la máxima colaboración en la continuidad, dedicación, perfeccionamiento y eficacia de sus correspondientes actividades, con arreglo a las singularidades que comportan las diversas funciones que les atribuye la presente Ley y sus respectivos estatutos.”*

La interpretación de este precepto bien podía ofrecer dos vertientes: considerar la expresión “servicio público” desde un punto de vista jurídico estricto, o bien como una simple fórmula de redacción, vacía de contenido y sin efectos jurídicos. Sólo parecía existir acuerdo en el sentido de que tal manifestación no suponía la “estatalización de la enseñanza”.

Pero, en buena medida, la inclusión de manifestaciones de este género casi nunca es inocente o descuidada. Por eso, aunque no se pretendiera dar a la educación el calificativo estricto de servicio público, sí se pretendió considerarla como un servicio de interés público, lo que se confirmó a través del Decreto 1855/1974 de 7 de junio, sobre régimen jurídico de las autorizaciones de centros no estatales de enseñanza.

La doctrina, también parecía moverse entre las dos posturas contrapuestas anteriormente citadas.

Así, para GÓMEZ-FERRER MORANT¹⁶, el art. 3.1 parecía incorporar a nuestro Derecho un concepto objetivo del servicio público basado en el modelo italiano que, de acuerdo con el art. 43 de su Constitución, diferenciaba entre servicios públicos esenciales, asumidos por el Estado, y servicios públicos no esenciales, que no necesariamente habían de ser asumidos por el Estado para su gestión directa, sino que podrían ser gestionados a través de fórmulas de concesión o concierto.

¹⁵Ley 14/1970, de 4 de agosto, General de Educación y Financiamiento de la Reforma Educativa, modificada por Ley 30/1976, de 2 de agosto.

¹⁶Vid. GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (1973: 15 y 25).

Para VILLAR EZCURRA¹⁷, sin embargo, el citado art. 3.1 dio al servicio público un significado más subjetivo u orgánico, a partir del cual se podía identificar el mismo con el simple ejercicio de funciones públicas.

Pero en su planteamiento, VILLAR EZCURRA¹⁸ destaca la reserva otorgada legalmente a la Administración Pública para la expedición de títulos oficiales y reconoce la existencia de amplias facultades de intervención a favor de dicha Administración, en el ámbito educativo. Por eso, parece referir el carácter de servicio público tan sólo a los casos de impartición de la enseñanza a efectos oficiales, de forma tal que podrían crearse libremente centros de enseñanza, siempre que no pretendan el reconocimiento oficial de sus enseñanzas y titulaciones.

Explica precisamente este autor, cómo la calificación de la enseñanza como una “*función estatal*”, cobra especial fuerza en la doctrina y en la legislación por ser una manifestación más de la secularización de ciertos servicios que, hasta entonces, se habían prestado por la Iglesia¹⁹.

Para MARTÍN REBOLLO²⁰, la tesis objetiva o el concepto objetivo del servicio público anteriormente apuntados, sirven para identificar el servicio público educativo. Y ello es así porque, siguiendo el modelo del art. 43 de la Constitución italiana, nuestro legislador pareció aceptar la existencia de servicios de interés público o servicios públicos impropios, que podían ser prestados, bien por sujetos privados sometidos a control y vigilancia, bien por el Estado, en régimen de concurrencia y, por tanto, sin poder asumir la titularidad de los mismos en régimen de monopolio.

En esta misma idea insiste también EMBID IRUJO²¹, con anterioridad a la promulgación de la LODE.

Partiendo de la tesis de GÓMEZ-FERRER MORANT, el profesor EMBID pone de manifiesto que el art. 3.1 de la Ley General de Educación de 1970 “...*continúa siendo un islote aislado dentro de una doctrina que a veces habla del servicio público de la enseñanza, pero, sin duda, con lenguajes que exigirían una codificación para llegar a la unidad.*”²² De la misma forma insiste en la tesis de que la

¹⁷ Vid. VILLAR EZCURRA, J. L. (1979: 160 y ss.).

¹⁸ Vid. VILLAR EZCURRA, J. L. (1979:166).

¹⁹ Vid. VILLAR EZCURRA, J.L. (1979:158).

²⁰ Vid. MARTÍN REBOLLO, L. (1983:2529 y 2530).

²¹ Vid. EMBID IRUJO, A. (1983:335 y ss.).

²² Vid. EMBID IRUJO, A. (1983: 337).

caracterización de la creación de centros docentes como una libertad pública, impide integrar el servicio educativo dentro de los servicios públicos esenciales regulados en el art. 128 de la CE, no siendo posible, por tanto, su reserva al sector público mediante ley.

En resumen, pues, podemos decir que la inclusión en el art. 3.1 de la Ley General de Educación de 1970, del inciso que consideraba a la educación como un “*servicio público fundamental*”, pretendía acercar el régimen jurídico de los centros privados de enseñanza al de los centros estatales.

3. Las Leyes de Educación posteriores a la Constitución española de 1978²³.

En España, a partir de la CE de 1978, la posible calificación de la enseñanza como servicio público tomó inicialmente un cariz más político que jurídico, al acercar la expresión “*servicio público de la educación*” hacia un modelo educativo de izquierda o estatalizado, contrapuesto a otro modelo más próximo a la libre creación y dirección de centros docentes.

En un plano más jurídico, la doctrina se ha podido plantear de qué forma quedan integrados, y en perfecta armonía, la consideración de la educación como derecho fundamental, y su declaración como servicio público. En este sentido, está claro que el respeto a la libertad de enseñanza, garantizado en el art. 27 de la CE, no es compatible, o al menos parece no serlo, con una situación de monopolio estatal o de las Administraciones públicas en la prestación del servicio educativo.

Por la misma razón, pero partiendo ahora de lo dispuesto en el art. 128.2 de la CE, la educación podría quedar integrada dentro de esa categoría de los servicios públicos no esenciales, y que, por tanto, no están sometidos a reserva estatal que determine tanto su titularidad como su gestión directa, permitiendo con ello su concesión o concierto. Así, quedaría admitido en nuestro ordenamiento, y con referencia a la educación, el concepto objetivo de servicio público formulado a partir de la doctrina italiana, por lo que no podría existir una titularidad exclusiva de la actividad prestada, pero sí una posibilidad normativa y una función administrativa de control y supervisión de la actividad de interés público, ejercitada por la iniciativa

²³ Se omiten en el estudio normas como la LOECE o la LOPEG que no realizan manifestación específica en relación con la educación como servicio público.

privada. Todo ello con la consiguiente confusión que se pueda generar en cuanto al régimen de funcionamiento de dicha actividad.

a) Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación (LODE).

La LODE calificó la educación como servicio público tanto en su preámbulo como en su articulado:

*“Preámbulo. La extensión de la educación básica, hasta alcanzar a todos y cada uno de los ciudadanos constituye, sin duda, un hito histórico en el progreso de las sociedades modernas. En efecto, el desarrollo de la educación, fundamento del progreso de la ciencia y de la técnica, es condición de bienestar social y prosperidad material, y soporte de las libertades individuales en las sociedades democráticas. No es de extrañar, por ello, que el derecho a la educación se haya ido configurando progresivamente como un derecho básico, y que los estados hayan asumido su provisión como un **servicio público prioritario.**”*

*Art. 47.1 “Para el sostenimiento de centros privados con fondos públicos se establecerá un régimen de conciertos al que podrán acogerse aquellos centros privados que, en orden a **la prestación del servicio público de la educación** en los términos previstos en esta Ley, impartan la educación básica y reúnan los requisitos previstos en este Título. A tal efecto, los citados centros deberán formalizar con la administración educativa que proceda el pertinente concierto.”*

Los estudios posteriores a la promulgación de la LODE no han variado sustancialmente los planteamientos de la doctrina.

Así, DE LOS MOZOS TOUYA²⁴, partiendo de una diferenciación entre servicios públicos en sentido estricto y servicios públicos en sentido amplio, integra la educación en esta última categoría, al considerar que la LODE habla del servicio público educativo como sinónimo de actividad de interés público, especialmente cualificada por el hecho de ser un servicio esencial para la comunidad cuya garantía permite exigir, además de la ordenación o regulación normativa necesaria, la prestación educativa por parte de la propia Administración de forma gratuita para los niveles obligatorios, así como ayudas en los demás niveles. Incluso afirma que el reconocimiento constitucional de la libertad de enseñanza en el art. 27.6 de la CE, excluye la reserva de la actividad de la enseñanza a favor de cualquier entidad pública.

Quizás con un planteamiento más sencillo y comprensible, GIMENO FELIU²⁵ integra el servicio público de la educación dentro de los llamados “servicios públicos

²⁴ Vid. DE LOS MOZOS TOUYA, I. (1995: 114 y ss.).

²⁵ Vid. GIMENO FELIU, J.M. (1994: 150 a 152).

concurrentes o compartidos”, en los que la declaración como servicio público de una actividad no comporta un régimen de monopolio a favor de la Administración. Pero de la misma forma se insiste sobre el hecho de que la declaración de una actividad como “*actividad de servicio público*” no es intrascendente, por cuanto ha de ser garantizada en todo momento por el Estado, pero sin excluir, como ya se dijo, la iniciativa privada en el sector. Así pues, el derecho a la educación se configura como un derecho individual, subjetivo, que permite obtener de los poderes públicos la protección necesaria para atender necesidades valoradas socialmente.

b) Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE).

En el caso de la LOGSE encontramos la única referencia a la educación como servicio público en su preámbulo:

*“La ley se refiere a la Ordenación General del Sistema Educativo, y, en la **provisión de la educación como servicio público**, íntegra tanto a la enseñanza pública como a la enseñanza privada y a la enseñanza privada concertada. La reforma requerirá y asegurará su participación en la necesaria programación de la enseñanza”.*

Evidentemente estamos ante la concepción que anteriormente GIMENO FELIU englobaba dentro de la categoría de “servicios públicos concurrentes o compartidos”, pues se destaca de manera relevante la ausencia de un monopolio en la prestación del servicio, al citar expresamente las tres tipologías de centros que son susceptibles de prestarlo: centros públicos, privados y privados concertados.

Pero en la acción de proveer, de suministrar o facilitar la formación o la educación necesaria para conseguir sus fines propios, se encuentra asimismo implícito su carácter de actividad de interés público, esencial para la comunidad, al que se refería DE LOS MOZOS TOUYA, lo que hace necesaria la intervención de la Administración tanto en su prestación como en su regulación.

c) Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación (LOCE).

La LOCE se refiere en su preámbulo a la compleja relación existente en la educación, entre la acción del Estado, la iniciativa privada (citando expresamente a la Iglesia Católica) y las demandas de la sociedad. Curiosamente, la manifestación más elocuente respecto de la caracterización del servicio de la educación se encuentra en el art. 75 de la LOCE, referido a los centros concertados:

*“Los centros privados que, en orden a la **prestación del servicio de interés público de la educación** y a la libertad de elección de centro, impartan las enseñanzas declaradas gratuitas en la presente Ley, podrán acogerse al régimen de conciertos siempre que así lo soliciten y reúnan los requisitos previstos en las leyes educativas.”*

Sin embargo, hemos visto que nada o casi nada es casual en este tipo de normas. La cita expresa en la exposición de motivos de la iniciativa privada (con mención específica a la Iglesia) junto con la acción del Estado, deja bien claro que la opinión del legislador, una vez más, se decanta por una opción conforme a la cual la educación ha de ser garantizada en todo momento por el Estado, pero sin excluir, como ya se dijo, la iniciativa privada en el sector.

Vuelve pues a existir un trasfondo, más o menos político, que no deja de observarse en los constantes cambios normativos producidos, en los que la pugna de los partidos alternantes en el poder intentan primar una fórmula de enseñanza, privada o pública, según su ideología.

d) Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE) y su modificación por Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE).

Por último, la LOE, nuestra norma vigente en materia educativa (modificada en 2013 por la LOMCE), realiza varias referencias a la educación como servicio público, fundamentalmente en su preámbulo.

En unos casos, como en su preámbulo, lo hace como referencia histórica, para advertir que, tanto la Ley General de Educación de 1970 como la LODE, declaraban ya la educación como servicio público. Vemos pues que esta idea está totalmente asentada y aceptada, al menos en un sentido amplio o genérico sin estrictas precisiones jurídicas, aunque no exenta de matices ideológicos.

Se considera del mismo modo un servicio esencial de la comunidad, lo que nos conduce, como ya manifestaba la doctrina en relación con normas anteriores, a la existencia de una garantía en la prestación por parte de las Administraciones Públicas, si bien la misma no puede producirse en régimen de monopolio, lo que sería contrario a nuestra CE.

Se vincula asimismo la prestación como servicio público de la educación a la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos y a la libertad de

enseñanza, y se reconoce el sistema de conciertos educativos como una manera de conseguir que la prestación del mismo, de carácter fundamentalmente social, sea efectiva, gratuita al menos en los niveles obligatorios, que se preste en condiciones de igualdad, sin exclusiones, y en el marco de la programación general desarrollado normativamente.

Se pone el acento, desde su redacción original anterior a la LOMCE, en el carácter complementario de la red pública y de la red privada, aunque sin perder, cada una de ellas, su singularidad.

No obstante, y ya he advertido que casi ningún matiz es inocente o intrascendente, la única referencia realizada en el articulado de la LOE, concretamente en su art. 108, al referirse a la clasificación de los centros especifica lo siguiente:

Artículo 108. Clasificación de los centros.

- 1. Los centros docentes se clasifican en públicos y privados.*
- 2. Son centros públicos aquellos cuyo titular sea una administración pública.*
- 3. Son centros privados aquellos cuyo titular sea una persona física o jurídica de carácter privado y son centros privados concertados los centros privados acogidos al régimen de conciertos legalmente establecido. Se entiende por titular de un centro privado la persona física o jurídica que conste como tal en el Registro de centros de la correspondiente Administración educativa.*
- 4. La prestación del **servicio público de la educación** se realizará, a través de los centros públicos y privados concertados.*

Es decir, que sólo integra dentro del ámbito del servicio público educativo la prestación realizada en centros públicos o en centros privados concertados, pero no en los privados, a pesar de que estos últimos desarrollen en esencia unos contenidos formativos establecidos por el currículo, necesarios para la obtención de las correspondientes titulaciones homologadas.

Dicho artículo no ha sido modificado por la LOMCE, que lo mantiene en su integridad, pero que intenta reforzar esa vía de reconocimiento de la prestación del servicio educativo tanto a través de los centros públicos como de los privados, principalmente concertados, mediante la introducción de un nuevo artículo 2 bis que se expresa en los siguientes términos:

Artículo 2 bis. Sistema Educativo Español.

- 1. A efectos de esta Ley Orgánica, se entiende por Sistema Educativo Español el conjunto de Administraciones educativas, **profesionales de la educación y otros agentes, públicos y privados, que desarrollan funciones de regulación, de financiación o de prestación de servicios para el ejercicio del derecho a la educación en España**, y los titulares de este derecho, así como el conjunto de relaciones, estructuras, medidas y acciones que se implementan para prestarlo.*

2. Las Administraciones educativas son los órganos de la Administración General del Estado y de las Administraciones de las Comunidades Autónomas competentes en materia educativa.

3. Para la consecución de los fines previstos en el artículo 2, el Sistema Educativo Español contará, entre otros, con los siguientes instrumentos:

a) El Consejo Escolar del Estado, como órgano de participación de la comunidad educativa en la programación general de la enseñanza y de asesoramiento al Gobierno.

b) La Conferencia Sectorial de Educación, como órgano de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

c) Las **mesas sectoriales de negociación de la enseñanza pública y de la enseñanza concertada** que se constituyan.

d) El Sistema de Información Educativa.

e) El Sistema Estatal de Becas y Ayudas al Estudio, como garantía de la igualdad de oportunidades en el acceso a la educación.

4. El funcionamiento del Sistema Educativo Español se rige por los principios de calidad, cooperación, equidad, **libertad de enseñanza**, mérito, igualdad de oportunidades, no discriminación, **eficiencia en la asignación de recursos públicos**, transparencia y rendición de cuentas.

A través de los apartados resaltados en negrita se observa esa voluntad de equipar el ámbito de lo público y lo privado en la prestación del servicio educativo.

De manera destacada, en la mención de la libertad de enseñanza y de la eficiencia en la asignación de recursos públicos, se incorpora el eterno debate sin duda interesante, sobre la libertad de elección entre centros públicos y privados, y los criterios para la programación de la red de centros, cuestión esta última que se observa de manera más nítida, si cabe, a través de las modificaciones introducidas por la LOMCE en el art. 109 de la LOE²⁶:

Art. 109 LOE (texto original)	Art. 109 LOE (modificado por la LOMCE)
<p>1. En la programación de la oferta de plazas, las Administraciones educativas armonizarán las exigencias derivadas de la obligación que tienen los poderes públicos de garantizar el derecho de todos a la educación y los derechos individuales de alumnos, padres y tutores.</p> <p>2. Las Administraciones educativas programarán la oferta educativa de las enseñanzas que en esta Ley se declaran gratuitas teniendo en cuenta la oferta existente de centros públicos y privados concertados y, como garantía de la calidad de la enseñanza, una adecuada y equilibrada escolarización de los alumnos con necesidad específica de apoyo educativo. Asimismo, las Administraciones educativas garantizarán la</p>	<p>1. En la programación de la oferta de plazas, las Administraciones educativas armonizarán las exigencias derivadas de la obligación que tienen los poderes públicos de garantizar el derecho de todos a la educación y los derechos individuales de alumnos y alumnas, padres, madres y tutores legales.</p> <p>2. Las Administraciones educativas programarán la oferta educativa de las enseñanzas que en esta Ley se declaran gratuitas, teniendo en cuenta la programación general de la enseñanza, las consignaciones presupuestarias existentes y el principio de economía y eficiencia en el uso de los recursos públicos y, como garantía de la calidad de la enseñanza, una adecuada y equilibrada</p>

²⁶ Se destacan en negrita las nuevas menciones o incorporaciones, y se tachan los párrafos suprimidos, si bien no todas las novedades tienen la misma relevancia.

<p>existencia de plazas (públicas) suficientes (especialmente en las zonas de nueva población).</p> <p>(3. Las Administraciones educativas deberán tener en cuenta las consignaciones presupuestarias existentes y el principio de economía y eficiencia en el uso de los recursos públicos).</p>	<p>escolarización de los alumnos y alumnas con necesidad específica de apoyo educativo, tomando en consideración la oferta existente de centros públicos y privados concertados y la demanda social. Asimismo, las Administraciones educativas garantizarán la existencia de plazas suficientes.</p>
--	---

Tanto los suprimidos como los añadidos del citado precepto buscan una mayor concurrencia entre lo público y lo privado, opción tan respetable desde el punto de vista ideológico, social, y político como su contraria, pero lo que en ningún caso debería producirse es una lucha o una rivalidad desmedida entre sistemas cuya convivencia está garantizada, y que deben ser complementarios.

e) Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOMLOE).

Recientemente, se ha iniciado la tramitación parlamentaria de un nuevo proyecto de ley educativa que responde al nombre de Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación²⁷, más conocido por las siglas LOMLOE.

Sin perjuicio de las posteriores modificaciones que pueda sufrir en dicha tramitación, se observa que el preámbulo de la norma se limita a reiterar, como ya hiciera la LOE, que la LGE de 1970 y la LODE ya declaraban la educación como servicio público, si bien se asocia este contenido, a modo de referencia histórica, a la universalización y generalización de la enseñanza.

Se mantiene el art. 108, anteriormente citado, en el que se expresa que *“la prestación del servicio público de la educación se realizará, a través de los centros públicos y privados concertados”* (art. 108.4).

Se produce, no obstante, la modificación del art. 2 bis introducido por la LOMCE en los siguientes términos:

<p>Art. 2.bis LOE (texto introducido por la LOMCE)</p>	<p>Art. 2.bis LOE (modificado por la LOMLOE)</p>
--	--

²⁷ Boletín Oficial de las Cortes Generales nº 113, de 25 de noviembre de 2020.

<p>1. A efectos de esta Ley (Orgánica), se entiende por Sistema Educativo Español el conjunto de Administraciones educativas, profesionales de la educación y otros agentes, públicos y privados, que desarrollan funciones de regulación, de financiación o de prestación de servicios para el ejercicio del derecho a la educación en España, y los titulares de este derecho, así como el conjunto de relaciones, estructuras, medidas y acciones que (se implementan para prestarlo).</p> <p>2. Las Administraciones educativas son los órganos de la Administración General del Estado y de las Administraciones de las Comunidades Autónomas competentes en materia educativa.</p> <p>3. Para la consecución de los fines previstos en el artículo 2, el Sistema Educativo Español contará, (entre otros, con los siguientes instrumentos:</p> <p>a) El Consejo Escolar del Estado, como órgano de participación de la comunidad educativa en la programación general de la enseñanza y de asesoramiento al Gobierno.</p> <p>b) La Conferencia Sectorial de Educación, como órgano de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas.</p> <p>c) Las mesas sectoriales de negociación de la enseñanza pública y de la enseñanza concertada que se constituyan.</p> <p>d) El Sistema de Información Educativa.</p> <p>e) El Sistema Estatal de Becas y Ayudas al Estudio, como garantía de la igualdad de oportunidades en el acceso a la educación).</p> <p>4. El funcionamiento del Sistema Educativo Español se rige por los principios de calidad, cooperación, equidad, libertad de enseñanza, mérito, igualdad de oportunidades, no discriminación, eficiencia en la asignación de recursos públicos, transparencia y rendición de cuentas.</p>	<p>1. A los efectos de esta Ley, se entiende por Sistema Educativo Español el conjunto de Administraciones educativas, profesionales de la educación y otros agentes, públicos y privados, que desarrollan funciones de regulación, de financiación o de prestación de servicios para el ejercicio del derecho a la educación en España, y los titulares de este derecho, así como el conjunto de relaciones, estructuras, medidas y acciones que se desarrollen al efecto.</p> <p>2. Las Administraciones educativas son los órganos de la Administración General del Estado y de las Administraciones de las Comunidades Autónomas competentes en materia educativa.</p> <p>3. Para la consecución de los fines previstos en el artículo 2, el Sistema Educativo Español contará con los órganos de participación y cooperación y con los instrumentos contemplados en la normativa aplicable al efecto.</p> <p>4. El funcionamiento del Sistema Educativo Español se rige por los principios de calidad, cooperación, equidad, libertad de enseñanza, mérito, igualdad de oportunidades, no discriminación, eficiencia en la asignación de recursos públicos, transparencia y rendición de cuentas.</p>
--	--

Vemos que se realizan remisiones relevantes, sin mayor precisión, a otras normas jurídicas que abordarán, *a posteriori*, las cuestiones relativas a las “*relaciones, estructuras, medidas y acciones*” necesarias para prestar el servicio público educativo.

Lo mismo sucede con los órganos de participación y cooperación y con otros instrumentos, lo que puede permitir la adopción de medidas a través de otras normas, bien con rango de ley ordinaria, que no exija las mayorías de una ley orgánica, bien reglamentarias, para cuestiones de mero desarrollo y detalle.

Y, como no podía ser de otra manera, en este constante movimiento pendular de las leyes educativas en función de la ideología de los partidos de gobierno y mayorías parlamentarias, se vuelve modificar el art. 109 de la LOE, relativo a la programación de la red de centros, en los siguientes términos:

Art. 109 LOE (modificado por la LOMCE)	Art. 109 LOE (modificado por la LOMLOE)
<p>1. En la programación de la oferta de plazas, las Administraciones educativas armonizarán las exigencias derivadas de la obligación que tienen los poderes públicos de garantizar el derecho de todos a la educación y los derechos individuales de alumnos y alumnas, padres, madres y tutores legales.</p> <p>(2. Las Administraciones educativas programarán la oferta educativa de las enseñanzas que en esta Ley se declaran gratuitas, teniendo en cuenta la programación general de la enseñanza, las consignaciones presupuestarias existentes y el principio de economía y eficiencia en el uso de los recursos públicos y, como garantía de la calidad de la enseñanza, una adecuada y equilibrada escolarización de los alumnos y alumnas con necesidad específica de apoyo educativo, tomando en consideración la oferta existente de centros públicos y privados concertados y la demanda social. Asimismo, las Administraciones educativas garantizarán la existencia de plazas suficientes).</p>	<p>1. En la programación de la oferta de plazas, las Administraciones educativas armonizarán las exigencias derivadas de la obligación que tienen los poderes públicos de garantizar el derecho de todos a la educación, mediante una oferta suficiente de plazas públicas, en condiciones de igualdad y los derechos individuales de alumnos y alumnas, padres, madres y tutores legales.</p> <p>En todo caso, se perseguirá el objetivo de cohesión social y la consideración de la heterogeneidad de alumnado como oportunidad educativa.</p> <p>2. Las enseñanzas reguladas en esta Ley se programarán por las Administraciones educativas teniendo en cuenta la oferta existente de centros públicos y la autorizada en los centros privados concertados, asegurando el derecho a la educación y articulando el principio de participación efectiva de los sectores afectados como mecanismo idóneo para atender adecuadamente los derechos y libertades y la elección de todos los interesados. Los principios de programación y participación son correlativos y cooperantes en la elaboración de la oferta que conllevará una adecuada y equilibrada escolarización del alumnado con necesidad específica de apoyo educativo, como garantía de la equidad y calidad de la enseñanza.</p> <p>3. En el marco de la programación general de la red de centros de acuerdo con los principios anteriores, <u>las Administraciones educativas programarán la oferta educativa de modo que</u></p>

	<p><u>garanticen la existencia de plazas públicas suficientes, especialmente en las zonas de nueva población.</u></p> <p>4. Las Administraciones educativas deberán tener en cuenta las consignaciones presupuestarias existentes y el principio de economía y eficiencia en el uso de los recursos públicos.</p> <p>5. <u>Las Administraciones educativas promoverán un incremento progresivo de puestos escolares en la red de centros de titularidad pública.»</u></p>
--	---

En este caso, vemos como, por un lado, se recuperan parte de los contenidos originales de la LOE promulgada en 2006 y, por otro, se hace una apuesta decidida por la red pública de centros (*vid.* párrafos subrayados) frente a la postura decantada por la LOMCE, que intentaba tomar en consideración como factor relevante para la elección de centro docente, el de la demanda social.

Una vez más, el servicio público esencial de la educación se delimita en función de criterios más ideológicos, que consensuados y centrados en la verdadera calidad de la educación.

V. BREVE REFERENCIA A LA EDUCACIÓN EN TIEMPOS DE PANDEMIA.

Una buena muestra, quizás, de la instrumentalización que sufre la educación por parte de los órganos más políticos de las Administraciones Públicas se ha producido recientemente a raíz de la pandemia sufrida en nuestro país por la COVID-19.

Cierto es que la situación ha resultado absolutamente excepcional y, en buena medida imprevisible, pero en relación con la educación en tiempos de confinamiento el problema más relevante, en mi modesta opinión, ha sido el de la evaluación, promoción y titulación del alumnado. La Conferencia Sectorial de Educación llegó a una serie de acuerdos con fecha de 15 de abril de 2020, pero algunas CCAA (Andalucía, Castilla y León, Euskadi, Madrid y Murcia) ya pusieron de manifiesto que iban a aplicar criterios diferentes. De los acuerdos de la Conferencia Sectorial parecía deducirse una gran flexibilidad para la evaluación, promoción y titulación del alumnado (se cuidaba mucho el documento de formular propuestas concretas e imperativas manifiestamente contrarias a la LOE), pero las competencias educativas

fueron asumidas por las CCAA, y la LOE es clara en lo que a promoción y titulación se refiere (*vid.* arts. 28.2 y 31 para la ESO, y 36.2 y 37 para el bachillerato). A las mismas o similares consecuencias, si no más graves todavía, podemos llegar con la promulgación del Reciente Real Decreto-Ley 31/2020, de 29 de septiembre²⁸, por el que se adoptan medidas urgentes en el ámbito de la educación no universitaria, y en virtud del cual se pone en manos de las Comunidades Autónomas, la flexibilización de los criterios de evaluación, promoción y titulación en educación primaria, educación secundaria y bachillerato establecidos en la LOE²⁹, así como la exención temporal del requisito de formación pedagógica y didáctica de postgrado³⁰, o equivalente, para el nombramiento de funcionarios interinos con carácter excepcional para plazas necesarias para la atención docente originada por la pandemia.

No obstante, dada la excepcionalidad de la situación, cabe plantearse la siguiente reflexión, tanto a raíz de los citados acuerdos de la Conferencia Sectorial como de otros documentos similares³¹, y de la normativa recientemente promulgada: en estos casos, tal y como afirma A. GALIANA³², no es extraño que *“en un contexto de «crisis del Derecho» la regulación de conductas en algunas materias prescinda de los procesos de producción legislativa que han caracterizado la concepción estatista del Derecho, introduciendo en el ordenamiento jurídico normas de carácter flexible y/o blandas o de “soft law”*. Como normas de *soft law* o de Derecho no prescriptivo podemos considerar aquellos instrumentos, cualquiera que sea su denominación, que establecen reglas meramente programáticas, de carácter orientativo, flexible o suave, y que carecen de efectos jurídicos vinculantes y de naturaleza imperativa, sin descartar por ello su valor hermenéutico o interpretativo. Sin embargo, el Auto de la Sección Especial de la Sala de lo Contencioso

²⁸ BOE nº 259, de 30 de septiembre de 2020.

²⁹ Esta medida puede atentar al derecho a la igualdad de todos los ciudadanos, si las diferentes Comunidades establecen criterios de promoción y titulación diversos.

³⁰ La exigencia del requisito de formación pedagógica del profesorado de educación secundaria, bachillerato, enseñanzas artísticas, enseñanzas deportivas, profesores técnicos de formación profesional, enseñanzas musicales y de artes escénicas, de artes plásticas y diseño, y profesores de Escuelas Oficiales de Idiomas, se regula en los arts. 94, 96, 98, 100, y en la Disposición Adicional 9ª de la LOE. Esta medida, puede afectar sensiblemente a la calidad de la educación impartida al alumnado.

³¹ Entre ellos podría citarse la “Estrategia de la ANECA para el aseguramiento de la calidad en la enseñanza virtual” de 17 de abril de 2020 y el “Informe de iniciativas y herramientas de evaluación online universitaria en el contexto del Covid-19”, emitido en abril por el Ministerio de Universidades.

³² GALIANA SAURA, A. (2016). La expansión del Derecho flexible y su incidencia en la producción normativa, en Anuario de Filosofía del Derecho (AFD) 2016 (XXXII), págs. 297 a 322.

Administrativo del Tribunal Supremo, de 2 de abril 2014, parece presentar una idea francamente interesante, para situaciones claramente excepcionales, como sería la posibilidad de adoptar medidas de ajuste implementadas por las exigencias del derecho flexible («*droit souple*»; «*soft law*»), siempre y cuando dichas medidas no traten de alterar o modificar la estructura del derecho vigente (*vid.* FJ 8º *in fine*). Dicho con otras palabras, normas para casos de excepción. Pero ¿dónde estaría el límite legal a la excepcionalidad de la evaluación, promoción y titulación del alumnado para no incurrir en una flagrante injusticia por falta de respeto a la legalidad y al principio de igualdad? En mi opinión, en el respeto a los criterios establecidos por la LOE anteriormente citados. Así pues, probablemente, debería haberse puesto un mayor énfasis en la defensa de la legalidad y de la no vulneración de los criterios prescriptivos de la LOE (como los relativos a la promoción y titulación y capacitación del profesorado), antes que en la aplicación de las instrucciones dictadas por las diferentes Administraciones Públicas y, que aún en el caso de resultar bienintencionadas, no pueden vulnerar mediante simples instrumentos reglamentarios, lo determinado por una Ley Orgánica. Las consecuencias de este modo de actuar flexible de las Administraciones Públicas serán difíciles de apreciar a corto plazo, pero algunas se pueden atisbar ya tras, por ejemplo, la publicación de las notas de corte de acceso a la universidad en este nuevo curso 2020/2021³³.

³³ Véase a modo de simple ejemplo la web de la Universidad de Zaragoza (UNIZAR) https://academico.unizar.es/sites/academico.unizar.es/files/archivos/acceso/admisgrado/corte/grados_2021j.pdf y compárese con los resultados del curso precedente 2019/20 de la misma Universidad en la [web https://academico.unizar.es/sites/academico.unizar.es/files/archivos/acceso/admisgrado/corte/grados_1920_0.pdf](https://academico.unizar.es/sites/academico.unizar.es/files/archivos/acceso/admisgrado/corte/grados_1920_0.pdf). Puede observarse como, muchas titulaciones, incluso algunas de ellas en los últimos tiempos poco demandadas, han experimentado un incremento anormal de sus notas de corte derivado muy posiblemente de la ausencia de filtro de alumnos que, en otras condiciones, no habrían titulado ni solicitado su acceso a la universidad. Esto puede provocar asimismo un déficit de calidad educativa de los alumnos que han accedido al sistema universitario. Resultan llamativos casos como los de Filosofía que eleva su nota de corte de 5,000 (en el curso 2019/20) a 8,227 (en el curso 2020/21); Ingeniería de Tecnologías Industriales que eleva su nota de corte de 5,000 (en el curso 2019/20) a 9,279 (en el curso 2020/21); Ingeniería en Tecnologías y Servicios de Telecomunicación, que eleva su nota de corte de 5,000 (en el curso 2019/20) a 9,222 (en el curso 2020/21); Ingeniería Química que eleva su nota de corte de 5,000 (en el curso 2019/20) a 9,564 (en el curso 2020/21); Lenguas Modernas, que eleva su nota de corte de 5,000 (en el curso 2019/20) a 9,133 (en el curso 2020/21); Química, que eleva su nota de corte de 7,519 (en el curso 2019/20) a 10,721 (en el curso 2020/21); o Terapia Ocupacional, que eleva su nota de corte de 5,000 (en el curso 2019/20) a 9,133 (en el curso 2020/21).

VI. CONCLUSIONES

A partir del estudio anteriormente realizado he alcanzado las siguientes conclusiones:

1. El concepto de servicio público ha manifestado una importante evolución, pero sigue suscitando igualmente una viva polémica. Tanto la concepción objetiva como la subjetiva del servicio público presentan puntos de conexión con la educación que permiten su inclusión en dicha categoría, si bien resulta complejo encontrar un encaje total o absoluto en cualquiera de las teorías formuladas. Desde el punto de vista del Derecho europeo la educación formaría parte de los denominados “servicios de interés general no económicos” (SIGNE), cuya característica esencial es que son lo que se ha venido a denominar “servicios de solidaridad”, en los que la competencia para su satisfacción es propia de cada Estado y no de la UE, y que no quedan sujetos a las estrictas reglas de la competencia por no tener carácter económico.
2. En lo que al principio de subsidiariedad se refiere no parece que tengan encaje en nuestro ordenamiento jurídico posiciones maximalistas que lleven a la exclusión o reducción significativa del ámbito privado en detrimento del público o viceversa. Cualquiera de dichas posturas llevadas al extremo supondría, como manifiesta la jurisprudencia, una interpretación totalmente contradictoria con nuestra CE que conduciría a menoscabar la libertad de elección de centro docente sancionada por las leyes.
3. La mayoría de las leyes educativas que ha tenido nuestro país desde la Ley de Instrucción pública de 1857 hasta la actualidad han recogido de una u otra forma la consideración de la educación como servicio público. No obstante, el objeto o finalidad de dicha declaración ha podido tener significados diversos que van desde lo puramente ideológico, para recalcar el papel del Estado en relación con las instituciones privadas, sobre todo de naturaleza religiosa, hasta los que se centran en el aspecto social e igualitario derivado de la prestación regular y de calidad de este servicio.
4. Así, si hemos de llegar pues a alguna conclusión que clarifique el panorama, podemos decir que, cualquiera que sea la denominación utilizada para calificar la actividad educativa, (servicio público, actividad de interés público o general...)

no existe una reserva estatal o de las Administraciones públicas españolas para la prestación exclusiva del servicio educativo. Sin embargo, bien podría darse, (y así sucede en la práctica) una intervención normativa y administrativa de control, que garantice el acceso de todos los ciudadanos a la educación en unas condiciones, siquiera mínimas de libertad y de igualdad. Pero no por ello debemos hacer derivar necesariamente de esta facultad o potestad de intervención, una completa identificación entre la prestación de un servicio público por la Administración, conforme a su propio régimen jurídico de actividad y de responsabilidad, y la prestación de ese mismo servicio por cauces derivados de la iniciativa privada, aunque esté sometida a ciertos controles.

5. La pandemia provocada por la COVID-19 ha generado situaciones de excepcionalidad en el ámbito educativo que se han pretendido salvar o solventar mediante fórmulas de legislación o normativa de emergencia. No obstante, debe aplicarse una extrema cautela en este tipo de desarrollo normativo por cuanto existen unos ciertos límites, garantizados por la LOE, que no deberían ser vulnerados en ningún caso.

Financiación

Sin financiación expresa.

Conflicto de intereses

Ninguno.

Referencias bibliográficas

COTINO HUESO, L. (2012). *El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión social prestacional*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

DE LOS MOZOS TOUYA, I. (1995). *Educación en libertad y concierto escolar*. Madrid. Montecorvo.

DÍAZ LEMA, J. M. (1992). *Los conciertos educativos en el contexto de nuestro Derecho nacional, y en el Derecho comparado*. Madrid. Marcial Pons.

EMBED IRUJO, A. (1983). *Las libertades en la enseñanza*. Madrid. Tecnos.

- EZQUERRA HUERVA, A. (2004). Hacia un concepto objetivo de servicio público en el contexto comunitario europeo. *Revista Vasca de Administración Pública (RVAP)*, nº 70. Págs. 51 a 96.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2003). El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía. Justicia Administrativa. *Revista de Derecho Administrativo*, nº 18. Págs. 7 a 21.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T-R (1999). Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy. *Revista de Administración Pública (RAP)*, nº 150. Septiembre-diciembre. Págs. 57 a 73.
- FRAGA IRIBARNE, M. (1957). La educación como servicio público. Un comentario al centenario de la Ley Moyano. *Revista de Estudios Políticos*, nº 96. Noviembre-diciembre. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Págs. 5 a 28.
- GALICIA MANGAS, F. J. (2003). *Responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito educativo*. Barcelona. Atelier.
- GARRIDO FALLA, F. (1994). El concepto de servicio público en el Derecho español. *Revista de Administración pública (RAP)*, nº 135. Septiembre-diciembre. Págs. 7 a 36.
- GIMENO FELIU, J. M. (1994). Servicio público, derechos fundamentales y Comunidad Europea. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 5. Diciembre. Págs. 127 a 166.
- GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (1973). El régimen general de los centros privados de enseñanza. *Revista de Administración Pública (RAP)*, nº 70. Págs. 7 a 27.
- MARTÍN REBOLLO, L. (1983). De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica. *Revista de Administración Pública (RAP)*, nº 100-102. Vol. III. Enero-diciembre. Págs. 2471 a 2542.
- RODRÍGUEZ AMUNÁTEGUI, C. (2004). La enseñanza como servicio público. *Revista de Derecho de la Unión Europea (REDUE)*, nº 7. Segundo semestre. Madrid. ISSN 1695-1085. Págs. 285 a 311.

TORNOS MÁS, J. (2016). El concepto de servicio público a la luz del Derecho Comunitario. *Revista de Administración Pública (RAP)*, nº 200. Mayo-agosto. Págs. 193 a 211.

VILLAR EZCURRA, J. L. (1979). El derecho a la educación como servicio público. *Revista de Administración Pública (RAP)*, nº 88. Págs. 155 a 208.

Legislación, normativa y jurisprudencia aplicables al tema.