

 MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES	SECRETARÍA DE ESTADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL
	DIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

LA CONFIGURACIÓN DE LOS SERVICIOS SOCIALES COMO SERVICIO PÚBLICO. DERECHO SUBJETIVO DE LOS CIUDADANOS A LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO

**RESPONSABLE: DR. JOAQUÍN TORNOS MAS
DR. ALFREDO GALÁN GALÁN**

Investigación financiada mediante subvención recibida de acuerdo con lo previsto en la Orden TAS/1051/2005, de 12 de abril (subvenciones para el Fomento de la Investigación de la Protección Social –FIPROS-)

La Seguridad Social no se identifica con el contenido y/o conclusiones de esta investigación, cuya total responsabilidad corresponde a sus autores.

**LA CONFIGURACIÓN DE LOS SERVICIOS SOCIALES
COMO SERVICIO PÚBLICO**

**DERECHO SUBJETIVO DE LOS CIUDADANOS A LA
PRESTACIÓN DEL SERVICIO**

Dr. Joaquín Tornos Mas

Catedrático de Derecho Administrativo – Universidad de Barcelona

Dr. Alfredo Galán Galán

Profesor Titular de Derecho Administrativo – Universidad de Barcelona

Enero de 2007

PRESENTACIÓN

El trabajo que aquí se presenta ha sido realizado en el marco del Proyecto “La configuración de los servicios sociales como servicio público. Derecho subjetivo de los ciudadanos a la prestación del servicio”, financiado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (AEIS – Actividades de Estudio e Investigación en el ámbito de la Protección Social; FIPROS 2005-132).

Como resultado de las diversas actividades realizadas durante la vida del Proyecto se han elaborado dos documentos en los que se recogen los resultados de la investigación: “Significación y consecuencias jurídicas de la consideración de los servicios sociales como servicio público” y “Efectividad de los derechos y exigibilidad de los servicios sociales”. Ambos se reproducen seguidamente como parte primera y parte segunda del trabajo.

LA CONFIGURACIÓN DE LOS SERVICIOS SOCIALES COMO SERVICIO PÚBLICO. DERECHO SUBJETIVO DE LOS CIUDADANOS A LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO

SUMARIO:

PRIMERA PARTE: SIGNIFICACIÓN Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA CONSIDERACIÓN DE LOS SERVICIOS SOCIALES COMO SERVICIO PÚBLICO

I. Introducción

II. Delimitación conceptual: servicios sociales y servicio público

1. Los servicios sociales o la acción social. Contenido material
2. El concepto de servicio público
3. Los servicios sociales como servicio público

III. Los servicios sociales como servicios públicos. Consecuencias

1. Servicios sociales y derecho de la competencia
2. Los modos de gestión
3. La exigibilidad de las prestaciones
 - 3.1. ¿Existen vías jurídicas para exigir una concreta prestación?
 - 3.2. ¿Es posible acudir a la acción por inactividad introducida en la ley jurisdiccional de 1998?
 - 3.3. ¿Qué otras vías pueden ser útiles para reforzar la posición de los ciudadanos?

SEGUNDA PARTE: EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS Y EXIGIBILIDAD DE LOS SERVICIOS SOCIALES

I. Introducción

II. Marco normativo actual. Inexistencia de exigibilidad de las prestaciones de los servicios sociales

III. El inicio de una nueva tendencia. La configuración como verdaderos derechos subjetivos de determinadas prestaciones en materia de servicios sociales

IV. Consecuencias derivadas de la configuración de las prestaciones como derechos subjetivos

1. El derecho del ciudadano de acceder a una prestación y los derechos del usuario dentro del sistema
 - 1.1. El derecho de acceso al servicio
 - a. Los sujetos titulares del derecho subjetivo
 - b. Requisitos objetivos de acceso
 - c. La cartera de servicios
 - d. Carácter o no gratuito
 - 1.2. Los otros derechos
2. Las garantías
 - 2.1. El derecho a la creación del servicio obligatorio
 - 2.2. El derecho a exigir el acceso al servicio
 - 2.3. El derecho a una determinada calidad

PRIMERA PARTE:

SIGNIFICACIÓN Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA CONSIDERACIÓN DE LOS SERVICIOS SOCIALES COMO SERVICIO PÚBLICO

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objeto reflexionar sobre las consecuencias que se derivan de la afirmación según la cual los servicios sociales son servicios públicos. Para poder llevar a cabo esta reflexión es imprescindible precisar en primer lugar qué entendemos por servicios sociales, qué entendemos por servicio público, y por qué creemos que los servicios sociales son un servicio público.

II. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL: SERVICIOS SOCIALES Y SERVICIO PÚBLICO

1. LOS SERVICIOS SOCIALES O LA ACCIÓN SOCIAL. CONTENIDO MATERIAL

La actividad administrativa que hoy denominamos servicios sociales o acción social tiene sus antecedentes en la llamada actividad de beneficencia. Frente a esta inicial actividad de ayuda social de carácter graciable, los servicios sociales supusieron la creación de un aparato administrativo con fines prestacionales que se regía en su actuación por normas previas y, por tanto, sujeto en su actividad al control de los tribunales.

La creciente importancia en la vida pública de la “cuestión social” llevó al surgimiento y desarrollo del modelo de previsión social, lo que comportó que la asistencia social pasara a tener un carácter en cierto modo subsidiario, como actividad dirigida a cubrir las necesidades de los no asegurados. Esta evolución ha tenido su reflejo en la Constitución de 1978 y en los Estatutos de Autonomía, ya que en el momento de proceder al reparto de competencias se identifican dos ámbitos materiales diversos. La Seguridad Social es competencia del Estado (legislación básica y régimen económico, artículo 149,1.17 CE), y la asistencia social o servicios sociales, son competencia autonómica (artículo 148,1-20 CE y en el caso de Cataluña artículo 9,25 EAC).

Esta distinción de contenidos materiales no tiene, sin embargo, una clara diferenciación en la realidad jurídica previa, lo que ha generado importantes debates y conflictos. Lo cierto es que desde que la Seguridad Social deja de estar limitada a las prestaciones contributivas, los ámbitos de la Seguridad Social y de la asistencia social tienden a confundirse¹.

¹ Sobre esta cuestión, vid. BELTRÁN AGUIRRE, JL, Los servicios sociales, Revista Vasca de Administración Pública, 57, 2000, MORENO REBATO, M. Régimen jurídico de la asistencia social, Ministerio de trabajo y asuntos sociales, Madrid 2002, pág. 37 y ss, y VAQUER CABALLERIA, M, La acción social, Tirant lo blanch, Valencia 2002, pág. 23 a 60. La discusión sobre los conceptos de seguridad social y asistencia social ha tenido recientemente una especial relevancia dado el conflicto surgido entre el Estado y algunas Comunidades Autónomas sobre la cuestión de las prestaciones económicas complementarias a las de la Seguridad Social. Sobre este punto deben recordarse la sentencias del Tribunal Constitucional 76/1986, 171/1998 y 239/2002, la reciente ley 52/2003 de 10 de diciembre que introduce un nuevo apartado cuarto en el artículo 38 de la LGSS y el Dictamen del Consell Consultiu 248/2004.

Un criterio de distinción podría ser el que se atuviera al tipo de prestaciones, de modo que formaran parte de la Seguridad Social las prestaciones económicas, contributivas y no contributivas, mientras que las prestaciones técnicas serían las propias de la asistencia social o servicios sociales.

Este criterio no responde, sin embargo, a la realidad, ya que el Estado lleva a cabo también prestaciones técnicas y las Comunidades Autónomas incluyen dentro de la asistencia social prestaciones económicas. Por ello se ha tenido que recurrir a otros criterios, como el subjetivo (la asistencia social se dirigiría a los colectivos excluidos y marginados) o a la idea de complementariedad (la asistencia social ocupa el espacio que no cubre la Seguridad Social)².

Tratando también de buscar un criterio de distinción VAQUER CABALLERÍA³ ha recurrido a la funcionalidad de las prestaciones, señalando que mientras las prestaciones de la Seguridad Social “se han construido históricamente sobre la noción de riesgo y siguen en buena medida pivotando sobre ella, para la prevención y aseguramiento de dicho riesgo a partir de las contribuciones de los propios beneficiarios del seguro, que son los trabajadores y sus familias, las segundas (las prestaciones de asistencia social) se erigen sobre la noción de necesidad, tiene por destinatario a los individuos en general, no son contributivas y, por tanto, constituyen una forma de solidaridad plena”.

No obstante la importancia de encontrar un criterio claro de delimitación de contenidos, ya que estamos ante dos materias competenciales atribuidas a entes

² Vid. al respecto BELTRÁN AGUIRRE, JL, Los servicios sociales, en Revista Vasca de Administración pública, 57, 2000.

³ Op.cit. pág. 164.

distintos, lo cierto es que en el plano jurídico-positivo la distinción no es clara. Teniendo en cuenta esta realidad, nos parece necesario en todo caso ofrecer un concepto delimitador de lo que entendemos por asistencia social. Con este fin tomamos prestada la definición de VAQUER CABALLERÍA⁴ : “conjunto de prestaciones públicas gratuitas, o no contributivas, ofrecidas a la persona bien sea para atender su especial intensidad de necesidades comunes, no cubierta por los servicios públicos tradicionales (como la educación, la sanidad, la seguridad social o la cultura), bien sea en razón de una situación de necesidad particular o diferencial”.

Dentro de esta concepto pueden incluirse la pluralidad de prestaciones propias de la asistencia social, la económicas o dinerarias y las prestaciones técnicas o de servicios⁵.

En el presente trabajo centramos nuestra atención en las prestaciones llamadas técnicas o de servicio, ya que son estas la que requieren un aparato organizativo prestacional y pueden identificarse con la noción tradicional de servicio público. Si bien la actividad consistente en otorgar prestaciones dinerarias también puede formar parte de la asistencia social, no nos referimos a esta temática ya que entendemos que esta actividad prestacional no formará parte del concepto de servicio público.

Tratando de avanzar algo más en la exposición de nuestro concepto de la asistencia social como servicio público señalaremos que nos identificamos plenamente

⁴ Op.cit. pág. 169.

⁵ Una relación de esta diversidad de prestaciones puede encontrarse en los trabajos de VAQUER CABALLERÍA, op.cit. pág. 171 y ss, BELTRÁN AGUIRRE, JL. Op. Cit. Pág. 130 y ss, MORENO REBATO, Régimen jurídico de la asistencia social, Ministerio de trabajo y asuntos sociales, Madrid 2002, pág.144 y ss.

con el reciente trabajo del profesor VAQUER CABALLERÍA⁶ en el que sitúa a la acción social dentro del concepto de servicios atinentes a la persona, servicios que diferencian de los servicios vinculados al territorio. Para el citado autor “evidentemente todos los servicios públicos son servicios a la persona, pues sólo la persona es sujeto de derecho y destinatario último de la actividad del Estado. Pero no es menos cierto que algunos de dichos servicios tienen un carácter logístico, por lo que sirven a la persona de forma mediata, y lo hacen territorialmente porque el territorio es el medio de la persona (transportes y gestión de sus infraestructuras, tales como carreteras, puertos y aeropuertos, telecomunicaciones, gestión urbanística, transporte, distribución y suministro energéticos; o abastecimiento , evacuación y depuración de aguas, por ejemplo); mientras que otros la sirven inmediatamente (educación, sanidad, cultura deportes, acción social y seguridad social, empleo y defensa de los consumidores y usuarios, por ejemplo). Pues bien, los servicios sociales en su más amplio sentido son precisamente los servicios que la sociedad (personificada en el Estado) presta a la persona en tanto que miembro de la misma; los servicios, en definitiva, que aquí llamamos atinentes a la persona”⁷.

Los servicios a la persona poseen unas notas propias. Tradicionalmente se han prestado en concurrencia con la iniciativa privada, poseen ciertamente un contenido económico, pero los fallos del mercado los aleja de la competencia perfecta, el factor del trato personal con el usuario es de vital importancia – lo que incide en los modos de gestión-y el principio de solidaridad impone garantizar la prestación de dichos servicios en condiciones tendencialmente universales y gratuitas.

⁶ Op.cit. in totum.

⁷ VAQUER CABALLERÍA, op.cit. pág, 113 y 114.

En definitiva, si bien dentro de la materia asistencia social podemos incluir un amplio contenido prestacional, tanto económico como técnico o de servicios, la asistencia social como servicio público debe quedar limitada a las actividades prestacionales materiales que, por razones de solidaridad, tratan de conseguir la superación de situaciones de necesidad y la procura del bienestar de la persona, más allá de los servicios públicos tradicionales como la educación, la sanidad o la seguridad social.

2. EL CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO

La fijación del concepto de servicio público es una tarea que desborda el objetivo de este trabajo. Nos limitaremos a apuntar una serie de consideraciones generales sobre esta cuestión que nos parecen de interés en relación al tema que nos ocupa.

1. En nuestro sistema jurídico el concepto de servicio público se ha identificado tradicionalmente con la idea de monopolio o reserva de actividad prestacional de contenido económico al sector público. Esta reserva garantizaba una esfera de actuación al empresario privado con el fin de atraer su capital para la realización de grandes obras públicas o prestación de servicios públicos necesarios para el desarrollo de un Estado moderno (ferrocarriles, electricidad, teléfono, gas, etc). Los particulares interesados podían acceder a estas actividades mediante un título concesional.

Algunos autores (Garrido Falla) apuntaron ya desde hace tiempo la existencia de otros servicios públicos sin monopolio, prestados desde sus orígenes en concurrencia con el sector privado (educación y sanidad).

Con la aprobación de la Constitución de 1978 el debate siguió centrado en un primer momento en la idea de monopolio y en la interpretación de los artículos 38 y 128,2 de la Constitución.

2. En el ámbito local el concepto de servicio público nació vinculado a la asunción de responsabilidades de los entes locales frente a su población⁸, y tendió a confundirse con la idea de competencia local (artículo 85 de la LBRL, en su redacción inicial, “ son servicios públicos cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las entidades locales”, y en su redacción actual tras la ley 57/2003 de 16 de diciembre, “son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias”)⁹. No obstante, también se recurre a la idea de reserva para identificar los servicios esenciales, que en su caso podrán prestarse además en régimen de monopolio.

3. El derecho comunitario, y su decidida apuesta por la construcción de un mercado unitario en el que fuera realidad el principio de libre prestación de servicios, impuso un proceso de liberalización en el ámbito de los servicios de contenido económico que acabó con el régimen tradicional de muchos de estos servicios. Se impuso la concurrencia, se acabó con los monopolios o ámbitos reservados en exclusiva, se sustituyó la concesión por la autorización, y se impuso a los Estados miembros una nueva función reguladora y garante de las reglas del mercado. El servicio

⁸ Vid. MUÑOZ MACHADO, Tratado de derecho administrativo y derecho público general, Tomo I, Civitas, Madrid 2004, pág. 923.

⁹ Mayor trascendencia tiene la reforma de los servicios locales en lo relativo a sus modos de gestión, ya que la ley 57/2003 impone los modos de gestión existentes en el ámbito estatal, tanto en la LOFAGE para la gestión directa, como en la ley de contratos de las administraciones públicas para la gestión indirecta. Así se hace en la nueva redacción del artículo 85,2, y en los nuevos artículos 85 bis y ter.

público o los servicios públicos económicos de interés general, quedan reducidos en un primer momento a una categoría residual y transitoria, ya que se confiaba en que el mercado estaba llamado a ir ocupando la ordenación de todo el ámbito de las actividades prestacionales¹⁰.

4. El concepto de servicio público adquiere en los últimos años un nuevo protagonismo y una pluralidad de contenidos. Se advierte la necesidad de diferenciar entre servicios públicos de contenido económico y no económico¹¹, y, por otra parte se recupera de alguna forma el contenido político que siempre ha estado presente en este concepto desde la clásica definición de DUGUIT: “es servicio público toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y controlado por los gobernantes, porque es indispensable para la realización y desarrollo de la interdependencia social y porque es de tal naturaleza que no puede ser asegurada completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante”.

Es decir, son servicio público aquellas actividades prestacionales necesarias para la cohesión social, y lo que sea necesario para tal cohesión no lo puede determinar el mercado, sino la propia sociedad a través de sus normas de máxima relevancia, la Constitución y las leyes. Como ha señalado MUÑOZ MACHADO “ de este gran movimiento de liberalización se han librado sin embargo los servicios sociales tradicionales que, aunque afectados por una gran crisis financiera evidente en el último tercio del siglo XX, se han enrocado y resistido como prestaciones a las que los Estados

¹⁰ En nuestro país se llegó a afirmar la muerte del servicio público y la necesidad de organizarle un buen entierro.

¹¹ Vid. al respecto recientemente MUÑOZ MACHADO, op.cit, capítulo IV y MALARET, Servicio público, actividad económica y competencia ¿presenta especificades la esfera local?, en REAL291, 2003, pág. 584.

Europeos están obligados. El mantenimiento de dichos servicios se ha enraizado en la cultura europea de un modo tan profundo que parece inconcebible la existencia misma del Estado si dichos servicios desaparecieran”¹².

Desde este planteamiento¹³ se reivindica el valor político del concepto servicio público, ya que será la ley la que determine qué prestaciones son responsabilidad del poder público con el fin de garantizar la cohesión social, lo que en último término significa determinar el alcance de la dimensión del Estado en su función prestacional dentro de las sociedades modernas.

Desde esta perspectiva es irrelevante que estas prestaciones puedan también llevarse a cabo por el sector privado, ya que no se trata de garantizar ámbitos de exclusividad para atraer capital privado, sino asumir frente a la sociedad la responsabilidad de que determinadas prestaciones materiales se llevaran a cabo en condiciones de igualdad y gratuidad.

Este nuevo concepto de hecho hace también su aparición en la propia normativa y documentos comunitarios, más allá de la inicial referencia limitada a obligaciones de servicio público dentro de la prestación de los servicios económicos de interés general. Así, el artículo 16 del actual Tratado de la Unión establece que “sin perjuicio de los artículos 73, 86 y 87, y a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Comunidad y los Estados miembros,

¹² MUÑOZ MACHADO, op.cit. pág. 90.

¹³ En este sentido son de interés las intervenciones de VAQUER CABALLERIA y BELTRAN AGUIRRE en el libro colectivo “La pluralitat i diversitat en la gestió dels serveis públics locals”, Fundació PI i SUNYER, Barcelona 2003, pág. 31 a 44.

con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación del presente Tratado, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido”.

De especial importancia son igualmente las Comunicaciones de la Comisión, la primera denominada “Los servicios de interés económico general en Europa”, 96/C 281/03, y la posterior, “Los servicios de interés general en Europa”, de 29 de septiembre de 2000, en donde se establece ya la distinción entre servicios de contenido económico y servicios de autoridad y solidaridad¹⁴.

Más recientemente en el Libro Verde sobre los servicios de interés general, presentado por la Comisión el 21 de mayo de 2003, se afirma que “los servicios de interés general ocupan un lugar destacado en el debate político. En efecto, atañen a una cuestión crucial, la de determinar el papel que corresponde a los poderes públicos en una economía de mercado para garantizar, por una parte, el buen funcionamiento del mercado y el respeto de las reglas del juego por parte de todos los agentes implicados y, por otra, para salvaguardar el interés general, especialmente la satisfacción de las necesidades esenciales de los ciudadanos y la preservación de los bienes públicos, cuando el mercado, por si sólo, no puede asegurar estos aspectos”.

El mismo texto reconoce más adelante que dentro del concepto de servicios de interés general se incluyen los de naturaleza económica y no económica, incluyendo dentro de los no económicos los servicios sociales, y se aconseja no recurrir al concepto de servicio público. Sobre la determinación y prestación de estos servicios de interés general se apela al principio de subsidiariedad, y se afirma que estos servicios,

¹⁴ Vid. al respecto SENDÍN GARCÍA, Hacia un servicio público europeo, Comares, Granada 2003, pág. 283.

“relacionados con el bienestar y la protección social son indiscutiblemente competencia de las autoridades nacionales, regionales y locales”.

5. Lo expuesto nos permite concluir lo siguiente: el concepto tradicional de servicio público como actividad prestacional de contenido económico reservada en su titularidad a la Administración debe ser reemplazado por un nuevo concepto en el que la idea central sea la de asunción por las Administraciones de la responsabilidad de la garantía de determinadas prestaciones técnicas. La actividad prestacional podrá ser llevada a cabo en concurrencia con el sector privado, y este sector podrá integrarse en el sistema público para prestar la actividad que se califica de servicio público a través de alguna de las formas de gestión indirecta del servicio.

Dentro de un concepto amplio de servicio público deberán diferenciarse los servicios llamados económicos (o territoriales, según preferimos nosotros siguiendo a VAQUER CABALLERIA) de los personales, ya que la determinación de unos y otros parte de postulados diversos (en el caso de los económicos en principio debe estarse a lo que pueda garantizar el mercado, y el servicio público sólo se justifica para cubrir los fallos del mercado, mientras que en los personales debe partirse de una decisión política que fija lo que el Estado asume como responsabilidad ante la sociedad), y las formas de prestación también serán diversas, pues en los personales la relación con el usuario es determinante del cómo prestar el servicio.

El concepto de servicio público comporta un deber de prestación y una responsabilidad pública. Pero dentro de este deber general de prestación se incluyen dos niveles diferenciados de responsabilidad. La Administración puede asumir un contenido prestacional de forma generalizada, pero sin llegar a crear verdaderos derechos subjetivos. Así, como veremos, la Administración puede identificar los servicios

sociales a prestar y puede organizar su aparato administrativo para hacer frente a estas prestaciones. Pero la creación concreta de los servicios y el acceso a los mismos puede quedar condicionada a decisiones discrecionales o a las posibilidades económicas. Esta actividad puede clasificarse de servicio público, pero debe diferenciarse de aquellas prestaciones materiales configuradas como verdaderos derechos subjetivos.

Por otra parte el servicio público debe prestarse en principio en condiciones de gratuidad, universalidad y mutabilidad, si bien estos principios pueden ser modulados para dirigir las prestaciones hacia los colectivos más necesitados¹⁵.

3. LOS SERVICIOS SOCIALES COMO SERVICIO PÚBLICO

La actividad de asistencia social consistente en prestaciones técnicas a colectivos necesitados podemos definirla como actividad de servicios sociales. Esta actividad ha tendido en los últimos años a irse configurando paulatinamente como verdadera actividad de servicio público¹⁶. Las leyes autonómicas marcan claramente esta

¹⁵ Esto lleva a que se cuestione la obligatoriedad de respetar el principio de gratuidad, reclamando la introducción de fórmulas de copago o de contribución de las familias (el contrato asistencial), así como la posibilidad de entender que el principio de universalidad se refiere a determinados colectivos. Sobre esto último se plantea a su vez el debate de hasta que punto debe negarse el acceso a los servicios a personas con niveles de renta relativamente altos, pero que son las que en su día satisficieron los impuestos que permiten prestar los servicios. Al respecto son de interés las recientes consideraciones del Sindic de Greuges en su “Informe extraordinari sobre l’atenció a la gent gran depenent a Catalunya”, presentado en el Parlamento de Cataluña el 4 de marzo de 2004, en el que se plantea qué criterios deben determinar qué personas son las que tienen derecho a recibir las prestaciones de atención a la tercera edad.

¹⁶ Sobre la creación y evolución de los servicios públicos sociales puede consultarse MUÑOZ MACHADO, op.cit. pág. 724 y ss.

tendencia, si bien por lo general se recurre al concepto de servicio de responsabilidad pública. Así, por ejemplo, la ley catalana 4/1994 de 20 de abril establece en su exposición de motivos que “la garantía de la universalización de la atención social a la población de Cataluña pasa por la articulación y la consolidación de la Red Básica de Servicios Sociales de Responsabilidad Pública”, y su artículo primero, apartado b) determina que la ley tiene por objeto “definir la Red Básica de Servicios Sociales de Responsabilidad Pública”¹⁷.

Estas mismas leyes autonómicas han tratado de forma principal de organizar un conjunto de actividades prestacionales diversas, de distribuir las competencias entre los niveles territoriales en razón de su capacidad técnica, y de establecer las relaciones con

¹⁷ Esta misma referencia a la idea de responsabilidad pública la encontramos en las siguientes recientes leyes de servicios sociales: Asturias, ley 1/2003 de 24 de febrero, art.5,a: “el sistema público de servicios sociales se regirá por los siguientes principios ...a) responsabilidad pública, que constituye la garantía del derecho de las ciudadanas y ciudadanos al acceso a dichos servicios. Los poderes públicos deberán proveer los recursos financieros, técnicos y humanos que permitan la promoción y eficaz funcionamiento de los servicios sociales, dando prioridad en cualquier caso a la cobertura de las necesidades más urgentes. Para la prestación de los servicios sociales los poderes públicos contarán con la iniciativa privada a efectos subsidiarios de la iniciativa pública en los términos previstos en esta Ley, correspondiéndoles promover y fomentar la participación de las entidades sin ánimo de lucro en el ámbito de la acción social”; Murcia, ley 3/2003 de 10 de abril, artículo 5,1 “ el sistema público de servicios sociales se inspira en los contenidos fundamentales de la Constitución Española y se regirá por los siguientes principios generales...a)Responsabilidad pública. Es responsabilidad de los poderes públicos garantizar el derecho de los ciudadanos a los servicios sociales, disponiendo para ello de los medios financieros, técnicos y humanos necesarios”; Madrid, ley 11/2003 de 27 de marzo, artículo 3”los servicios sociales se regirán por los siguientes principios....a) Responsabilidad pública en la promoción, planificación, coordinación, control, ejecución y evaluación de los servicios sociales para dar respuesta a las necesidades detectadas, a través de análisis objetivos, conforme a criterios de equidad y justicia social”.

el sector privado tanto para la prestación de servicios dentro del sistema público como fuera de dicho sistema.

Por lo que se refiere al contenido de la actividad prestacional se acostumbra a diferenciar entre diversos niveles prestacionales, (así, por ejemplo , la ley catalana diferencia entre los servicios básicos, de atención especializada y de atención especializada de alcance superior), y se atribuye a la Administración una amplia discrecionalidad en la determinación de los servicios a crear y en el reconocimiento de los servicios a prestar. Así, recurriendo de nuevo a la ley catalana, el artículo 6,1 establece que “cualquier persona tiene derecho de acceso a los servicios de atención primaria y a los servicios especializados, de acuerdo con las condiciones que se determinen por reglamento”, añadiendo el párrafo tercero que “el acceso a la red básica de servicios sociales se produce, en cualquier caso, en condiciones de igualdad y atendiendo a las necesidades de los beneficiarios”. Es decir, el acceso a las prestaciones no se configura por lo general como un verdadero derecho subjetivo, sino como un interés legítimo que da derecho a solicitar la prestación y a obtener una respuesta razonada sobre el cómo y cuando de la misma, siendo el criterio de la no disponibilidad de medios económicos suficientes argumento bastante para denegar lo que se pide. Diversa es la situación una vez obtenido el derecho al ingreso en un centro de atención, en cuyo caso sí que existen unos derechos previamente establecidos sobre el trato que debe recibirse en el mismo¹⁸.

Recientemente la Comunidad Autónoma de Asturias ha reconocido ya el derecho subjetivo a determinadas prestaciones. La ley 1/2003 de 24 de febrero de

¹⁸ Con carácter general, vid. el RD 1259/1999 de 16 de julio que regula las cartas de servicios y los premios. También puede consultarse al respecto a modo de ejemplo la reciente ley de Murcia de servicios sociales 3/2003, artículo 32.

servicios sociales en su preámbulo establece que “el núcleo esencial del sistema público de servicios sociales lo constituyen sin duda sus prestaciones, que se establecen en el título IV, constituidas por el conjunto de servicios, intervenciones técnicas, programas y ayudas destinadas al cumplimiento de los fines del mismo, que no son otros que la mejora de la calidad de vida y del bienestar social. En este sentido, la ley obliga a la aprobación, en un plazo de dos años, de un catálogo de prestaciones que contendrá el conjunto de prestaciones del sistema público de servicios sociales. Constituye uno de los aspectos esenciales de la ley el reconocimiento a través del referido catálogo de aquellas prestaciones que tendrán el carácter de fundamentales y que serán exigibles como derecho subjetivo”¹⁹.

En general, pues, las leyes autonómicas determinan su oferta, ordenan la demanda (por petición espontánea o por convocatoria), establecen criterios generales de adjudicación, pero no reconocen derechos subjetivos.

En todo caso, debe reconocerse que los servicios de responsabilidad pública en materia de asistencia social o servicios sociales que crean las Comunidades Autónomas son servicios públicos, en la medida en que constituyen la organización de actividades prestacionales de carácter técnico y de responsabilidad pública (sistema), que con el fin de favorecer la cohesión social trata de dar respuesta a necesidades sociales no cubiertas por el mercado.

¹⁹ El principio se concreta en el artículo 20 de la ley: “el catálogo de prestaciones distinguirá como fundamentales aquellas que serán exigibles como derecho subjetivo en los términos establecidos en el mismo directamente o previa indicación técnica y prueba objetiva de su necesidad, con independencia, en todo caso, de la situación económica de los beneficiarios”.

Estos servicios públicos se prestan en concurrencia con la actividad privada y no crean, por lo general, derechos subjetivos a prestaciones concretas²⁰.

III. LOS SERVICIOS SOCIALES COMO SERVICIOS PÚBLICOS. CONSECUENCIAS

La calificación de una actividad prestacional como servicio público ha comportado tradicionalmente la reserva de dicha actividad al sector público. Esta actividad reservada podía abrirse en su prestación al particular a través de las formas de gestión indirecta, dentro de las cuales la concesión era la técnica principal. Lo esencial era garantizar que la prestación se llevara a cabo en condiciones de continuidad y mutabilidad, siendo la administración la responsable última de las condiciones en que se debía prestar el servicio.

En el caso de los servicios personales, y en concreto de los servicios sociales, la calificación de la actividad como servicio público posee otras consecuencias. Como ya hemos dicho, esta actividad se ha prestado desde sus orígenes en concurrencia con el sector privado. Público y privado concurren, pero no compiten.

La calificación de los servicios sociales como servicio público no pretende, por tanto, imponer reserva alguna. La funcionalidad del recurso a la categoría jurídica trata en este caso de delimitar el ámbito prestacional que la Administración asume como

²⁰ Con carácter general, son de especial interés las reflexiones de MALARET, E, Administración pública y servicios públicos: la creación de una red de servicios sociales a los ancianos en la transformación del Estado del bienestar, en el libro colectivo coordinado por J, Tornos, Los servicios sociales de atención a la tercera edad. El caso de Cataluña, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, pág. 265.

responsabilidad propia, aunque como ya hemos apuntado esta responsabilidad no se traduce por lo general en la creación de verdaderos derechos subjetivos. La Administración define su campo de actuación y deberá organizar sus servicios (o buscar formas de gestión indirectas) de forma tal que se pueda dar cobertura de forma eficaz y con mínimas condiciones de calidad a las demandas de prestaciones concretas que planteen los usuarios.

Con relación a las actividades privadas que materialmente tengan también un contenido asistencial la Administración ejercerá un poder regulador más o menos intenso, utilizando por lo general la técnica de la autorización reglamentada, pero se trata de actividades prestacionales que no son responsabilidad de la Administración.

Por tanto, entendemos que los servicios sociales son servicio público cuando se trata de las actividades prestacionales que la Administración se compromete a organizar y a prestar de forma directa o indirecta, incluyéndolas dentro del sistema público. Las actividades reglamentadas serán las prestaciones sociales que realice el sector privado fuera del sistema de responsabilidad pública, en virtud de autorización y bajo la inspección administrativa²¹ .

Los servicios sociales, en tanto servicio público, no responden por tanto a la concepción tradicional de esta figura, lo que se pone de manifiesto al examinar la problemática específica de estos servicios públicos. Nos referiremos a continuación a algunas de estas cuestiones.

²¹ No compartimos la tesis de CARRILLO DONAIRE, El derecho de la seguridad y de la calidad industrial, Marcial Pons, Madrid 2000, según la cual los servicios sociales son en todo caso actividades reglamentadas al no existir una publicatio del sector.

1. SERVICIOS SOCIALES Y DERECHO DE LA COMPETENCIA

Como hemos reiterado, el concepto de servicio público ha estado vinculado desde sus orígenes a la idea de monopolio o reserva de actividad. En la actualidad el derecho comunitario impone la liberalización y tan sólo admite la excepción a las reglas de la competencia si se acredita que se trata de un servicio económico de interés general cuyos fines no pueden alcanzarse si se deben someter a estas reglas (artículo 86,2 TUE: “las empresas encargadas de la gestión de los servicios de interés económico general o que tengan en carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas de competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada”).

En el caso de los servicios sociales la aplicación de este capital precepto del derecho comunitario presenta algunas modulaciones.

Una primera cuestión es la relativa a si las entidades privadas que llevan a cabo prestaciones de asistencia social ejercen o no actividad económica y si, en consecuencia, deben o no considerarse empresa.

Sobre este tema podría afirmarse con carácter general que las prestaciones de asistencia social no tienen contenido económico. A partir de la distinción entre servicios económicos y personales se llegaría a la conclusión de que los servicios sociales no son nunca servicios de contenido económico. Esta conclusión , no obstante, respondería a un planteamiento simplista. No cabe duda de que estas prestaciones tienen contenido económico, y están en la base de saneados negocios privados. Basta pensar en la actividad económica vinculada a las residencias de la tercera edad.

Ante la dificultad de fijar apriorísticamente la delimitación entre actividades con o sin contenido económico, la Comisión Europea ha dejado que sea la jurisprudencia comunitaria la que se ocupe mediante el análisis de casos concretos de esta cuestión. El TJCE ha fijado ya algunos criterios²².

Así, en la sentencia del TJCE de 17 de febrero de 1993, *Poucet*, el Tribunal estimó que una entidad dedicada a la gestión del régimen de la seguridad social no era una empresa y no estaba sujeta a las reglas de la competencia en la medida en que no poseía ánimo de lucro y perseguía un fin de solidaridad social²³.

No obstante, la sentencia del mismo Tribunal de 16 de noviembre de 1995, *Federation Française des sociétés d'assurance*, matiza la doctrina anterior. En este caso se afirma que una entidad sin ánimo de lucro, destinada a completar pensiones de vejez con carácter voluntario, sí es empresa, ya que ejerce una actividad económica, y está sujeta a las reglas de la concurrencia con relación a otras empresas de seguros de vida. La no existencia de lucro y el tratarse de una empresa que actúa según criterios de solidaridad, si bien limitados, no justifica que se pueda evitar la aplicación de las reglas generales del derecho comunitario.

²² Vid. al respecto MENICHETTI, E, *I servizi sociali nlee'ordinamento comunitario*, en la obra dirigida por Albanese y Marzuoli, *Servizi di assistenza e sussidiarietà*, Il Mulino, Bologna, 2003; MALARET, *Servizio pubblico e attività económica*, en la obra dirigida por Brancasi, *Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici*, Il Mulino, Bologna 2003, pag. 287, y SENDIN GARCIA, *op.cit.*

²³ Posteriormente, en esta misma línea, la sentencia de 22 de enero de 2002, *INAIL*, en la que se reitera que una entidad creada para asegurar frente a los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, sometida a control estatal y de afiliación obligatoria, y que presta un servicio de solidaridad, no ejerce una actividad económica.

Por tanto, no parece que el criterio del contenido económico de la actividad, considerado en abstracto, sea determinante para aplicar o no las reglas del derecho comunitario sobre competencia. En materia de asistencia social pueden existir empresas, incluso sin ánimo de lucro, que deben sujetarse a los principios de concurrencia, porque de hecho ejercen una actividad económica en competencia.

El planteamiento parece que debe ser otro. Para no tener que sujetarse a las reglas de la competencia habrá que demostrar que el sistema de asistencia social que trata de implantarse requiere un régimen jurídico singular, no sujeto a las reglas de la competencia. De esta forma las excepciones serán admitidas. En definitiva, deberá acreditarse que los servicios prestacionales vinculados a servicios sociales forman parte de un servicio público, entendido como sistema de responsabilidad pública que se sitúa fuera del mercado. En esta línea, mientras la prueba de la necesidad de no sujeción a las reglas del mercado es difícil cuando se trata de servicios económicos, esta prueba es más fácil, y el Tribunal menos exigente, cuando se trata de servicios de carácter personal.

El derecho comunitario admite, pues, que los Estados miembros puedan crear sistemas de asistencia social que se opongan a las reglas de la libre competencia, pero para ello deberá justificarse que la propia subsistencia de estos sistemas de responsabilidad pública exige este régimen exonerado de sujeción al derecho comunitario.

Así se reconoce por el TJCE en la sentencia *Sodemare* de 17 de junio de 1997. La cuestión prejudicial planteada tenía como objeto el conocer si una ley regional italiana podía exigir que la prestación del servicio público de residencias de ancianos por cuenta de la Administración se limitara a las entidades sin ánimo de lucro.

El Tribunal resuelve lo siguiente: “nº 27. *El derecho comunitario no restringe la competencia de los Estados miembros para ordenar sus sistemas de Seguridad Social. Nº 31. Según el gobierno italiano, el requisito de la inexistencia de ánimo de lucro resulta ser el medio más coherente teniendo en cuenta las finalidades exclusivamente sociales del sistema de que se trata en el procedimiento principal. Las decisiones tomadas en el ámbito de la organización y de la prestación de asistencia por parte de los operadores privados que no persiguen un fin lucrativo no están influidas por la exigencia de obtener beneficios de la prestación de servicios, para que estos operadores persigan con carácter prioritario las finalidades sociales. Nº 32. A este respecto, procede hacer constar que en el estado actual del derecho comunitario un Estado miembro puede, en el marco de la competencia que conserva para ordenar su sistema de Seguridad Social, considerar que un sistema de asistencia social como aquel de que se trata en el procedimiento principal, implica necesariamente para alcanzar sus objetivos que la admisión en dicho sistema de operadores privados en calidad de prestadores de servicios de asistencia social esté supeditada al requisito de que no persigan ningún fin lucrativo”.*

En definitiva, cuando se trate de servicios públicos de asistencia social podrá establecerse un régimen especial para la prestación de dichos servicios (en el caso de la sentencia, podrá limitarse el acceso al sistema publico a las entidades privadas sin ánimo de lucro) . El criterio determinante no es el carácter o no económico de estos servicios, sino el hecho de que la prestación que se realiza se integra dentro del sistema de responsabilidad pública. En este caso podrán darse ayudas o favorecerse determinado tipo de entidades, sin que ello vulnere las reglas de la competencia. Esto será así ya que otras entidades privadas que ejerzan la misma actividad concurrirán con las empresas del sistema público, pero no competirán entre sí. No están todas en el mercado y, por

tanto, las que se integran en el sistema de responsabilidad pública pueden gozar de un régimen especial.

Cuestión ya diversa es que en el acceso al sistema público deban respetarse las reglas de concurrencia. Y también es cuestión diversa, que las empresas de capital público que presten el servicio público deban en todo caso sujetarse a la legislación de contratos, al no ejercer una actividad industrial o mercantil. Tanto si se trata de empresas de forma jurídico pública como de forma privada²⁴.

2. LOS MODOS DE GESTIÓN

La actividad de prestación material de los servicios sociales presenta también unas notas singulares que deben ser destacadas. Gestionar servicios personales requiere adoptar formas jurídicas singulares, como ya nos lo advertía el viejo artículo 43,2 del RSCL de 1955 : “los servicios relacionados con las actividades benéficas podrán prestarse por gestión directa o por concierto”.

El precepto citado nos pone de manifiesto como para la gestión indirecta se impone la figura del concierto y se olvida el recurso tradicional a la figura concesional. Las razones pueden ser varias²⁵ :

²⁴ En la actualidad la nueva redacción de la LCAP impone la sujeción a la normativa de contratos públicos de todas las entidades de capital público, o controladas por una administración, aún si poseen forma privada. Artículo 67 de la ley 62/2003 de 30 de diciembre que da nueva redacción al apartado 1 del artículo dos y la disposición adicional sexta de la LCAP.

²⁵ Vid. sobre este punto VAQUER CABALLERIA, op.cit. pág. 136 y ss.

a/ El concesionario gestiona un servicio a riesgo y ventura, mientras que en el caso de los servicios personales la prestación, por lo general, no comporta remuneración y quien presta el servicio no cobra tarifa sino que recibe sus ingresos directamente de la Administración.

b/ La concesión supone el acceso a una actividad previamente reservada a la Administración, mientras que en los servicios sociales la actividad siempre ha podido llevarse a cabo en régimen de libre concurrencia. Este hecho es el que explica que existan entidades que prestan los mismos servicios que la Administración debe prestar como responsabilidad suya, y que ésta última pueda estar interesada en acudir a las entidades privadas para que lleven a cabo por cuenta suya estas prestaciones que forman parte del servicio público.

c/ La extinción de la concesión conlleva la reversión de las obras e instalaciones ya que el concesionario no tiene título para seguir prestando esta actividad. Como no puede ejercer la actividad no tiene sentido que el concesionario mantenga la propiedad de unos bienes afectos a algo que no puede llevar a cabo. La situación es diversa en el caso de los servicios sociales, ya que el particular podrá continuar ejerciendo la misma actividad, si bien ya no dentro del sistema público.

Por otra parte debe recordarse que el artículo 155,1 de la LCAP parece limitar la gestión indirecta a los casos en los que el servicio a prestar tenga contenido económico que lo haga susceptible de ser prestado por particulares.

Todo ello no excluye la gestión indirecta de los servicios sociales. Por un lado porque como ya vimos, si bien forman parte de los servicios llamados personales poseen un contenido económico innegable. Por otro, porque lo que se desprende de la

singularidad de estos servicios es que deba acudir a otras formas de gestión indirecta, pero no que la misma no sea posible.

Por estas razones, para la gestión indirecta de los servicios sociales no se acude a la concesión, sino a la figura del concierto o del convenio con entidades sin ánimo de lucro. El artículo 26 de la ley catalana 4/1994 de 20 de abril es un claro ejemplo: “1. *Las administraciones públicas promoverán e impulsarán las entidades de iniciativa social, las cuales pueden recibir financiación pública y deben sujetar su actividad en el campo de los servicios sociales a las determinaciones del Plan de actuación social y al contenido de los convenios formalizados.*

2. *Las administraciones públicas actuantes en el ámbito de la presente Ley pueden concertar la gestión de servicios sobre los cuales tengan la competencia, de acuerdo con lo establecido en la normativa reguladora de la gestión de los servicios públicos, con entidades privadas, preferentemente de iniciativa social debidamente acreditadas, las cuales quedarían vinculadas a las determinaciones del Plan de actuación social y a los requisitos que se fijen por la normativa y, en su caso, a los planes o programas de la administración que promueva el concierto.*

3. *Corresponde a la administración concertante la función de control, seguimiento y coordinación de los conciertos establecidos, sin perjuicio de las competencias asignadas al Gobierno de la Generalidad en esta materia.*

4. *Las administraciones públicas actuantes en el ámbito de la presente Ley pueden establecer convenios de colaboración con las entidades privadas.”*

El recurso a estas otras formas permite a la Administración aprovechar la experiencia, y la mayor adecuación al tipo de prestación, que poseen las entidades privadas que ya actúan en el mercado en el ámbito de los servicios personales. El concierto o el convenio permitirán la financiación administrativa de estas actividades, y la prestación de los servicios públicos por encargo, encomienda o delegación de la administración, una administración que es la responsable de estas prestaciones²⁶.

Otra singularidad relativa a las formas de gestión es la que se deriva de la conexión íntima de la prestación con la persona que la recibe, lo que se ha llevado a calificar los servicios sociales como “actos de empatía”²⁷. La subjetividad y la interactividad son elementos muy relevantes en este tipo de actuaciones, y por ello el recurso a las instancias burocráticas tradicionales no son la mejor respuesta. Quien presta el servicio no sólo debe poseer los conocimientos necesarios, debe saber relacionarse con las personas, debe poseer una especial vocación, debe formar parte de una organización próxima al usuario del servicio, debe conocer sus costumbres, su lengua.

Es por ello que el recurso a las entidades sin ánimo de lucro posee una especial justificación²⁸. Las leyes autonómicas en materia de asistencia social o servicios

²⁶ Vid. sobre este punto , MALARET, E, op.ult.cit. pág. 325.

²⁷ VAQUER CABALLERÍA, op.cit. pág. 139.

²⁸ Cabe recordar aquí que la sentencia del TJCE Sodemare de 17 de junio de 1997 antes citada reconocía como un argumento razonable para admitir una excepción a las reglas de la competencia el que se estableciera que los convenios con la Administración responsable de los servicios sociales se limitarían a las entidades sin ánimo de lucro.

sociales reconocen a las entidades sin ánimo de lucro un papel privilegiado o exclusivo en la colaboración con la Administración²⁹.

3. LA EXIGIBILIDAD DE LAS PRESTACIONES

Como también hemos expuesto, la normativa reguladora de los servicios sociales no acostumbra a configurar las prestaciones que prevé como verdaderos derechos subjetivos de los ciudadanos. En la creación y establecimiento de servicios sociales las Administraciones suelen atribuirse un amplio margen de discrecionalidad.

En todo caso debe diferenciarse en este punto la exigibilidad del acceso al servicio público, esto es, la admisión al servicio, de los derechos del usuario ya admitido al servicio, una vez formaliza una relación jurídica con la institución prestadora del servicio³⁰.

Nos interesa ahora apuntar algunas ideas sobre la primera de las cuestiones, el acceso al servicio. Sobre este punto debe reconocerse que el procedimiento lógico a seguir es determinar primero la oferta y, en función de la misma, ordenar la demanda. Una vez efectuado este proceso el potencial usuario se situará en una posición activa de pretensión concreta y frente a la denegación de acceso al servicio podrá interponer los correspondientes recursos.

²⁹ Un completo examen de la legislación autonómica en relación a este punto se encuentra en VAQUER CABALLERÍA, op.cit. pág. 228.

³⁰ Vid. con carácter general sobre este tema, FONT LLOVET, T, Los derechos de los usuarios en los servicios sociales de atención a la tercera edad, en la obra colectiva coordinada por J.Tornos, op. Cit. Pág. 333 y ss.

Llegados a este punto cabe plantear:

3.1. ¿Existen vías jurídicas para exigir una concreta prestación?

La respuesta a esta primera pregunta exige diferenciar dos posibles puntos de partida. Si las prestaciones se hubieran configurado normativamente como verdaderos derechos subjetivos sería posible ejercitar una acción judicial de condena, de forma que la pretensión consistiera en la declaración de nulidad del acto denegatorio y la condena a la Administración de proceder a otorgar en un plazo predeterminado la prestación solicitada.

Si no existe tal derecho subjetivo, la única acción posible sería la prevista en la legislación local a partir de lo establecido en el artículo 18,g de la LBRL y 151,2 de la LHL, teniendo además en cuenta que según el artículo 26,1-c de la misma ley la prestación de servicios sociales es un servicio obligatorio en municipios de más de 20.000 habitantes³¹.

3.2. ¿Es posible acudir a la acción por inactividad introducida en la ley jurisdiccional de 1998?

Por lo general, como hemos venido diciendo, cuando se determinan las prestaciones propias de un determinado sistema de responsabilidad pública se impone a la Administración el deber de satisfacer determinadas prestaciones, pero no se le

³¹ Sobre el recurso a esta vía legal puede verse BELTRÁN AGUIRRE, op.,cit. Pág. 139, y VAQUER CABALLERIA, op.cit. pág. 182 y ss. Ambos autores citan como ejemplo de este proceder la sentencia del TS de 9 de mayo de 1986, Ar. 4396, por la que se condenó a un municipio a instalar las rampas para favorecer la movilidad de los minusválidos que estos reclamaban.

imponen unas obligaciones concretas. Situados entonces dentro de la acción por inactividad del artículo 29 de la ley 29/1998 surge la pregunta ¿puede el ciudadano acudir a esta vía para exigir unas prestaciones concretas a las que cree tiene derecho? A nuestro juicio, en principio, no. Esto es, si la norma que crea el deber prestacional se limita a imponer un deber genérico de prestación, no se dan los presupuestos legales del artículo 29, ya que no existe la obligación de llevar a cabo una prestación concreta a favor de una o varias personas determinadas.

La norma creadora del servicio generalmente determina los servicios que deben prestarse, atribuye las responsabilidades entre las diversas administraciones, prevé la colaboración del sector privado en las tareas prestacionales, regula el procedimiento de acceso al servicio, fija el régimen económico del mismo, pero no crea derechos exigibles ni establece concretas obligaciones. Entre la norma que crea el deber prestacional y el derecho a una prestación concreta, debe aparecer la norma que configura un verdadero derecho subjetivo o bien el acto administrativo que concreta el deber y establece una relación jurídica singular. Es en el seno de esta relación concreta donde surge el derecho del particular a una prestación concreta que se corresponderá con la obligación de la Administración de satisfacer dicha prestación.

Un ejemplo puede ilustrar esta argumentación. Tomaremos para ello lo establecido en la legislación catalana (Decreto-Legislativo 17/1994 de 16 de noviembre y Decreto 284/1996 de 23 de julio modificado en parte por el Decreto 176/2000 de 15 de mayo).

La ley reconoce a favor de los ciudadanos determinados derechos prestacionales, pero al configurar el derecho de acceso, el derecho a obtener una determinada

prestación, se imponen unos condicionamientos generales. Así el artículo 7 del DL 17/1994 dispone que “toda persona tiene derecho de acceso a los servicios de atención primaria y a los servicios especializados, de acuerdo con las condiciones que sean determinadas por el Reglamento”. La prestación solicitada se reconocerá en función de los recursos existentes, y de las condiciones del solicitante. El deber prestacional se ha de concretar en función de los medios existentes y de la situación concreta del solicitante³². Así, el artículo 30,1 del Reglamento que desarrolla la Ley, Decreto 17/1994, establece que “cualquier persona tiene derecho, en condiciones de igualdad, al acceso a los servicios de la red básica de servicios sociales de responsabilidad pública, ya sean de atención primaria, ya sean servicios especializados, así como a los servicios sociales que no forman parte de ésta pero que son financiados con recursos públicos, siempre y cuando se cumplan las condiciones que se determinen en la reglamentación para cada prestación en atención a las necesidades de los beneficiarios y a los recursos existentes”. Como vemos, la necesaria concreción del derecho a una determinada prestación, en función del estudio del caso concreto y de los recursos disponibles, se lleva a cabo a través del acto administrativo de reconocimiento de acceso al servicio, acto del que surge la obligación prestacional y el derecho a su exigencia.

En consecuencia, a partir del simple contenido de la norma que crea el servicio no creemos posible acudir a la vía del artículo 29 para exigir una prestación, ya que no existe la obligación de prestación concreta a persona determinada. La situación será diversa una vez que la Administración reconozca el derecho a una prestación concreta a favor de persona determinada, y dicha prestación no se lleve a efecto. En este caso si podrá acudirse a la acción del artículo 29, aunque tendrá que acreditarse la existencia de un acto que reconoce el derecho subjetivo a una prestación determinada (también se

³² Vid. sobre esta cuestión, FONT LLOVET, T. pág. 333 y ss.

podrá en este caso acudir al artículo 29.2 una vez se estime concurra la firmeza del acto que reconoce el derecho).

La norma que crea un servicio público impone a la Administración un deber prestacional, pero razonablemente deja a la misma Administración un margen de decisión para concretar el alcance de la prestación y la determinación de los sujetos beneficiarios. Este margen de apreciación, no reductible a una única solución justa a través de los mecanismos de control de la discrecionalidad, supone reconocer a la Administración la facultad de diseñar políticas asistenciales en función de los recursos disponibles y de las varias medidas aplicables para dar satisfacción a las necesidades de los usuarios del servicio. Por ejemplo, en el caso de un anciano sin recursos propios ¿debe dársele plaza en una residencia, establecer un sistema de asistencia domiciliaria, puede exigirse a la familia determinada prestación económica? La norma impone el deber de dar asistencia al anciano, pero no concreta qué prestación.

Por ello, no parece posible que con este marco normativo pueda acudirse a la acción del artículo 29 para que sea el poder judicial el que determine el alcance y contenido de la prestación. Ello sólo será posible una vez exista el acto que haya concretado el deber de prestación reconociendo el derecho a una prestación concreta. Existiendo sólo el deber de prestar, la decisión judicial que reconociera el derecho a una prestación concreta sustituiría la competencia propia de la Administración y distorsionaría la determinación de una política pública asistencial. El poder judicial podrá, en este caso, controlar la inactividad por la vía ordinaria, anulando el acto presunto denegatorio de lo solicitado y condenando a la Administración a establecer el derecho a una prestación, en el marco de la norma aplicable, y dentro de un plazo concreto.

Dos sentencias, una de primera instancia y otra de casación que casa la sentencia recurrida ilustran la problemática descrita³³.

En la sentencia de primera instancia se estimó el recurso interpuesto por una señora de 85 años de edad frente a la denegación expresa de la petición de ser ingresada en una residencia geriátrica. La denegación se fundamentó en la apreciación de las circunstancias personales de la solicitante de la prestación. La sentencia del Juzgado nº 1 de lo Contencioso-Administrativo de Barcelona, de fecha de 5 de febrero de 2000, estimó el recurso al entender que no se tuvieron en cuenta todos los elementos concurrentes, y en el fallo dispuso la anulación del acto por no conforme a derecho “ordenando a la Administración la sustitución del mismo por otro que, valorando conveniente los aspectos de toda índole concurrentes en la actora, facilite su ingreso en un centro residencial adecuado a sus necesidades y circunstancias”. En definitiva, condena a la Administración a una prestación concreta, el ingreso en una residencia geriátrica.

Recurrida la sentencia mediante un recurso de casación en interés de la Ley, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, mediante sentencia de 20 de octubre de 2000, casó la sentencia de primera instancia. Para el TSJ, la normativa aplicable “no es un modelo de claridad”, pero reconoce en todo caso a la Administración un margen de apreciación. Por ello, entiende que debe atenderse a la problemática que trata de regular el legislador y la finalidad perseguida por dicha normativa.

Siguiendo esta línea de razonamiento, afirma:

³³ Bien es verdad que las sentencias se dictaron en base a la ley jurisdiccional de 1956, pero su razonamiento tiene igualmente interés.

“la problemática, en este caso, no es otra que la que ofrece la sociedad actual: aumento de la esperanza de vida con el consiguiente envejecimiento de la población que, a menudo, carece de autonomía para atender sus necesidades primarias; inexistencia o debilitamiento de las relaciones familiares y falta, en el sector público, de plazas suficientes para atender todos los peticionarios.

Ha de observarse que se prevén toda una serie de servicios y programas para cada una de las situaciones de los solicitantes (ingreso en centros residenciales, ayuda a las familias con una persona discapacitada, centros de día, servicios de teleasistencia, etc.) y se establece, lógicamente, un perfil de acceso a cada uno de ellos, siendo razonable que este perfil sea valorado, previamente, al resto de circunstancias apreciables en el peticionario, que sólo serán objeto de consideración si se cumple este perfil, sin perjuicio, naturalmente, que, de interesar al afectado, le sea concedido otro de los servicios sociales recogidos en la citada normativa”.

En base a este razonamiento, se estima el recurso de casación y se declara como doctrina correcta (estamos en un recurso de casación en interés de la ley) que la interpretación de la norma aplicable “consistente en la valoración de las circunstancias personales de los solicitantes de los servicios de atención a las personas mayores, comporta la elaboración de un perfil individualizado del estado de necesidad que determina el servicio adecuado con respecto, en cada caso, de los perfiles de acceso descritos en el apartado B) del Anexo de la orden citada”.

En definitiva, la sentencia del TSJ, aún sin decirlo expresamente, reconoce a la Administración un margen de apreciación (“...se prevén toda una serie de servicios y programas para cada una de las situaciones de los solicitantes”), por lo que no le parece

conforme a derecho que sea el juzgado el que determine el perfil de acceso del solicitante y reconozca el derecho a una prestación concreta. A ello, añadimos nosotros, que la sentencia de primera instancia pudo anular el acto denegatorio de asistencia, y condenar a la Administración a que adoptara una prestación concreta en aplicación del marco normativo que regula los servicios sociales. Ciertamente es también que en el caso concreto, una anciana que pide a los 85 años una determinada prestación, la remisión de nuevo a la Administración de la solución del caso concreto genera una clara insatisfacción desde la perspectiva de la justicia material. Pero estimamos que esta debió ser la solución, exigir a la Administración el cumplimiento de un deber, y no condenar al cumplimiento de una obligación concreta que no existía³⁴.

³⁴ Sobre esta cuestión, vid. AGIRREAZKUENAGA, I, Inactividad en la prestación de servicios públicos y control jurisdiccional, RVAP, nº 57, 2000; VADRI, T. “La posición jurídica de los usuarios ante el establecimiento y la prestación de los servicios públicos”, RAAP nº 20, junio 2002, pág. 363 y ss. La autora afirma que “nos parece sorprendente que el legislador, al reformar en 1998 la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa perdiera la oportunidad de ofrecer mecanismos de control más eficaces frente a la inactividad administrativa”. Añade no obstante, más adelante, que esto no significa que frente a las prestaciones de servicios no llevadas a cabo no pueda acudir a la vía ordinaria. En este caso, dice la autora citada, “interpuesto el recurso se trataría de obtener una sentencia estimatoria en la que, de acuerdo con el artículo 71,1-c LJCA, el Tribunal condenase a la Administración al suministro de la prestación jurídicamente obligatoria, pudiendo, incluso, de acuerdo con el precepto, establecer un plazo concreto de cumplimiento del fallo. Debe remarcar, en este punto, y haciendo referencia a un tema que ha sido objeto de un importante debate doctrinal, que en ningún caso se trata de obtener una sentencia sustitutoria de la decisión administrativa, sino tan sólo un fallo de los Tribunales contencioso-administrativos en el que se condene a la Administración a cumplir con su obligación legal, un deber de actuación que impone el ordenamiento”. En la misma línea, MORENO BEATO, M. *Régimen jurídico de la asistencia social*, ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 2002, págs. 50 y 51.

Las sentencias, como dijimos, ilustran la problemática relativa a los servicios públicos, el derecho a una prestación y el ejercicio de la acción del artículo 29.

La normativa reguladora de un servicio público acostumbra a imponer deberes genéricos de prestación que imposibilitan el ejercicio de la acción del artículo 29. Sólo cuando la norma reconociera de forma directa, y sin necesidad de acto de concreción, derechos individualizados a prestaciones concretas podría acudir a la citada acción por inactividad. Y es que, como se ha dicho, al regular un servicio prestacional “nos encontramos ante una amplia capacidad organizativa de la Administración que le permite ajustar bajo el punto de vista funcional o cualitativo una oferta genérica –de varias prestaciones, servicios o programas- y una demanda que, aunque puede formularse de manera específica –por ejemplo, ingreso en centro residencial- en realidad lo es de atención genérica por el sistema, y así determinar cual es, en realidad, la prestación, es decir, el servicio o programa que corresponde al solicitante por su situación personal, que es a lo que, en definitiva, tiene derecho”.³⁵

3.3. ¿Qué otras vías pueden ser útiles para reforzar la posición de los ciudadanos?

En la medida en que la normativa que determina las prestaciones asumidas por la Administración como integrantes del sistema de responsabilidad pública sea lo más precisa posible, y en la medida en que también la determinación de las condiciones establecidas para tener acceso a las mismas sea lo más reglada posible, la posición de los ciudadanos saldrá reforzada.

³⁵ FONT LLOVET, op.cit. pág. 343.

SEGUNDA PARTE:

EFFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS Y EXIGIBILIDAD DE LOS SERVICIOS SOCIALES

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de esta parte del trabajo es tratar de determinar en qué supuestos y bajo qué condiciones las prestaciones propias de los servicios sociales pueden configurarse como verdaderos derechos subjetivos y qué consecuencias jurídicas se desprenden de esta calificación.

Los servicios sociales en su más amplio sentido son los servicios que la sociedad (personificada en el Estado) presta a la persona en tanto que miembro de la misma; los servicios, en definitiva, que aquí llamamos atinentes a la persona³⁶.

Dentro de esta categoría general de servicios a la persona, los servicios sociales se caracterizan hasta el presente por no configurar las prestaciones como verdaderos derechos subjetivos, frente a lo que ocurre en los otros servicios personales. En la actualidad, el acceso a una plaza escolar en el período de enseñanza obligatoria se configura como un verdadero derecho subjetivo, y lo mismo ocurre con relación a las

³⁶ VAQUER CABALLERÍA, *op.cit.* pág. 113 y 114.

prestaciones sanitarias incluidas dentro de las relaciones de prestaciones garantizadas³⁷ o en el caso de las pensiones a la vejez e invalidez.

Por el contrario, el acceso a las prestaciones propias de los servicios sociales se somete por lo general al cumplimiento de requisitos de apreciación discrecional o a la cláusula “siempre que exista la suficiente consignación presupuestaria”. No existe, en términos generales, ni un derecho a la creación del servicio, ni un derecho al acceso al servicio creado.

En este sentido, en el documento “Bases per a una nova llei de serveis socials de Catalunya. Un document per al debat”³⁸, en el apartado relativo al preámbulo (página 24) se afirma que “los servicios sociales en Cataluña están formados por servicios, establecimientos, prestaciones económicas, programas y actividades de prevención, atención y promoción social. Constituyen un sistema aún débil por la falta de cobertura universal y del reconocimiento específico del derecho subjetivo a su utilización. Es lo que se ha denominado *derecho debilitado* por los recursos limitados establecidos para su elección. Por otra parte, lo que hace *fuerte* a un derecho es el sistema de garantías que lo acompaña”. Poco después el mismo Documento afirma que “cuando el derecho a la educación y a la salud no eran derechos universales reconocidos por las leyes, había

³⁷ La relación de los derechos subjetivos en materia sanitaria se contiene en la actualidad a nivel estatal en la ley 6/2003 de 28 de mayo de cohesión y calidad del sistema nacional de salud y en el catálogo de prestaciones y cartera de servicios. Vid. al respecto, VIDA FERNÁNDEZ, J, Las prestaciones sanitarias del SNS: catálogo de prestaciones y cartera de servicios, en el libro colectivo coordinado por PAREJO-PALOMAR-VAQUER, La reforma del sistema nacional de salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales, ed. Marcial Pons, Madrid 2004, pág. 37 y ss.

³⁸ Documento elaborado por una Comisión de expertos nombrada por el Departamento de Bienestar y Familia de la Generalidad de Cataluña y publicado con fecha la noviembre de 2004.

pocas escuelas y pocos servicios de sanidad pública, y eran utilizados sólo por los sectores más débiles de la sociedad. Es evidente el cambio cualitativo que para los servicios de salud y educación ha supuesto el reconocimiento del derecho universal a disponer y hacer uso de los mismos. Los servicios sociales también están siguiendo el mismo recorrido, si bien con unos años de retraso. Y, como sucede en la sanidad y en la educación pública, los sectores con unos niveles de renta altos utilizan poco los servicios sociales, pero los sectores de rentas medias ya los reclaman. No obstante, a los servicios sociales les falta el reconocimiento del derecho a reclamarlos para que puedan emprender el tramo final hacia su configuración como sistema público, como la cuarta columna del bienestar social, al lado de las pensiones, la salud y la educación”.

II. MARCO NORMATIVO ACTUAL. INEXISTENCIA DE EXIGIBILIDAD DE LAS PRESTACIONES DE LOS SERVICIOS SOCIALES

La normativa actual (salvo las excepciones a las que haremos referencia en el apartado siguiente) no reconoce a los ciudadanos españoles el derecho subjetivo a unas determinadas prestaciones que formen parte de los servicios sociales.

La Constitución española de 1978 se refiere a los derechos sociales en los artículos 49 y 50, dentro por tanto del capítulo tercero del título primero, dedicado a los principios rectores de la política social y económica. El artículo 49 establece que “ los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”. El artículo 50, por su parte, nos dice que “los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y

periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio”.

De acuerdo con el artículo 53,3 de la misma Constitución, estos principios “informan la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

Este último precepto constitucional precisa el valor jurídico de estos principios rectores. No carecen de fuerza jurídica ni se trata de normas sin contenido, pero no configuran verdaderos derechos exigibles directamente ante los Tribunales. Como ha dicho el Tribunal Constitucional su verdadero contenido impone tenerlos presentes “en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes” (STC 19/1982, de 5 de mayo, FJ 6). O como ha dicho el Tribunal Supremo, en la sentencia de 9 de mayo de 1986, Ar. 4396: “...a la misma conclusión hay que llegar si se trae a colación el artículo 49 de la vigente Constitución española, conforme al cual «los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este título otorga a todos los ciudadanos», derechos entre los que se encuentra, por ejemplo, el de circulación (artículo 19), debiendo recordarse que este mandato del artículo 49, pese a estar incluido bajo la rúbrica «de los principios rectores de la política social y económica», no es una mera norma programática, que limite su eficacia al campo de la retórica política o de la estéril semántica de una

declaración demagógica. Porque como ya precisó hace años el Tribunal Supremo norteamericano, en el caso Trop versus Duller, «las declaraciones de la Constitución no son adagios gastados por el tiempo; ni una contraseña vacía de sentido. Son principios vitales, vivos, que otorgan y limitan los poderes del Gobierno de nuestra Nación. Son regulaciones de Gobierno». Y esta doctrina, aunque establecida por un Tribunal extranjero con referencia a la Constitución de su país es perfectamente trasladable a nuestro ámbito para subrayar el sentido de los artículos 9,1 y número 3 de la Disposición Derogatoria de la Constitución española. De manera que ese artículo 49, como los demás de esa misma rúbrica, como la totalidad de los que integran la Constitución, tienen valor normativo y vinculan a los poderes públicos, cada uno en su respectiva esfera, a hacerlos eficazmente operativos”.

En definitiva, los principios rectores permiten interpretar el alcance de los restantes preceptos constitucionales y son mandatos dirigidos al legislador, pero no configuran verdaderos derechos subjetivos exigibles frente a las administraciones públicas. Para que surjan estos derechos debe existir una norma con rango legal que los reconozca y ampare. Esta norma se dictará en ejercicio de la libertad de opción política del legislador estatal o autonómico, y concretará el mandato constitucional.

En consecuencia, cabe afirmar que la existencia de verdaderos derechos subjetivos a prestaciones propias de los servicios sociales deberá buscarse en la legislación ordinaria, y más en concreto en la legislación autonómica, ya que la materia servicios sociales o asistencia social forma parte del bloque de competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas.

De acuerdo con este planteamiento, si acudimos a la legislación autonómica, nos encontramos con que hasta fecha muy reciente la legislación de las Comunidades

Autónomas en materia de servicios sociales o asistencia social no ha reconocido verdaderos derechos subjetivos a prestaciones concretas. Nos puede servir de ejemplo de este planteamiento común la legislación catalana. El Decreto legislativo 4/1994 de 20 de abril de la Generalidad de Cataluña establece en su artículo 6 que *“cualquier persona tiene derecho de acceso a los servicios de atención primaria y a los servicios especializados, de acuerdo con las condiciones que se determinen por reglamento”*. Si acudimos al reglamento, Decreto 248/1996, nos encontramos con la siguiente regulación:

“5.2. Toda persona tiene derecho de acceso a los servicios que integran la Red Básica de Servicios Sociales de Responsabilidad Pública en condiciones de igualdad teniendo en cuenta su estado de necesidad.

5.3. El acceso a cada servicio de la Red Básica de Servicios Sociales de Responsabilidad Pública se efectúa respetando las prioridades determinadas por los objetivos, la dedicación, el ámbito y las características de cada entidad, servicio o establecimiento. El momento de acceso quedará condicionado a la existencia de recursos disponibles.

5.4. La reglamentación de cada área de actuación establecerá las condiciones necesarias para el acceso a las prestaciones, así como los criterios de valoración del estado de necesidad”.

La ley y su desarrollo reglamentario no configuran verdaderos derechos subjetivos, ya que tras la genérica afirmación del reconocimiento del derecho de acceso, su ejercicio se condiciona a una determinadas prioridades y, lo que es más importante, a la existencia de recursos disponibles. Puede afirmarse que de acuerdo con esta normativa el ciudadano posee un derecho a solicitar la prestación y a obtener una

respuesta en tiempo y motivada en relación a lo solicitado, pero no posee el derecho subjetivo a obtener una determinada prestación, ya que el desarrollo legislativo de los principios constitucionales antes citados no ha configurado verdaderos derechos de prestación. La diferencia con el supuesto del derecho a un puesto escolar es evidente. El ciudadano sí puede exigir una plaza en una escuela pública para la prestación de la enseñanza obligatoria. Pero no puede exigir una prestación que forme parte del sistema de los servicios sociales.

Ciertamente los servicios sociales se han juridificado, y la petición de una determinada prestación no es un acto meramente graciable. La administración está sometida a unas pautas para resolver las diversas peticiones, y debe tender a la más amplia cobertura posible en condiciones de igualdad. Pero el ciudadano no puede ejercer una acción de plena jurisdicción a través de la cual reclame de los Tribunales una acción de condena obligando a la Administración a otorgarle una prestación concreta, ya que ésta siempre podrá argumentar que no se daban las condiciones subjetivas exigibles o, en último término, que no existían las disponibilidades presupuestarias suficientes. Existe un derecho a una respuesta motivada, pero no el derecho a una prestación concreta.

III. EL INICIO DE UNA NUEVA TENDENCIA. LA CONFIGURACIÓN COMO VERDADEROS DERECHOS SUBJETIVOS DE DETERMINADAS PRESTACIONES EN MATERIA DE SERVICIOS SOCIALES

La situación anterior ha comenzado a evolucionar, y recientes leyes autonómicas han configurado algunas de las prestaciones en materia de servicios sociales como verdaderos derechos subjetivos.

La primera ley que contiene esta previsión es la ley 1/2003 de 24 de febrero del Principado de Asturias de servicios sociales. La exposición de motivos de esta ley ya nos dice que “la ley obliga a la aprobación en un plazo de dos años de un catálogo de prestaciones que contendrá el conjunto de prestaciones del sistema público de servicios sociales. Constituye uno de los aspectos esenciales de la ley el reconocimiento, a través del referido catálogo, de aquellas prestaciones que tendrán el carácter de fundamentales y que serán exigibles como derecho subjetivo”. Dentro ya del articulado de la ley, el artículo 20 establece que:

“1. El catálogo de prestaciones, que será aprobado por decreto, detallará el conjunto de prestaciones del sistema público de servicios sociales.

2. El catálogo de prestaciones distinguirá como fundamentales aquellas que serán exigibles como derecho subjetivo en los términos establecidos en el mismo directamente o previa indicación técnica y prueba objetiva de su necesidad, con independencia, en todo caso, de la situación económica de los beneficiarios.

3. El catálogo de prestaciones tendrá carácter complementario respecto de las prestaciones de la Administración General del Estado en el ámbito de la Seguridad Social y su desarrollo será progresivo”.

En sentido parecido, la ley de la Comunidad Autónoma de Madrid 11/2003 de 27 de marzo, de servicios sociales, establece en su artículo 7, apartado tercero, que uno de los principios del sistema de servicios sociales que vincula a todas las administraciones públicas responsables es el de “reconocer derechos personales a los ciudadanos para el acceso y disfrute de dichas prestaciones”. Más adelante, se diferencian las prestaciones en técnicas, económicas y materiales (artículos 15 a 18), y

el artículo 19 dispone que “las prestaciones técnicas serán universales y gratuitas para toda la población”.

Por último, en esta misma línea, es de interés hacer referencia al citado Documento elaborado en el seno del Departamento de Bienestar y familia de la Generalidad de Cataluña, con el título “Bases per a una nova llei de serveis socials de Catalunya. Un document per al debat”. Este texto, que constituye un estudio previo a la elaboración de un nuevo proyecto de ley de servicios sociales por parte de la administración catalana, insiste de forma reiterada en la necesidad de configurar las prestaciones propias de los servicios sociales como verdaderos derechos subjetivos. En este sentido, dentro de la base cuarta, referida al derecho a los servicios sociales, se afirma que “a pesar de que los servicios sociales constituyen uno de los elementos del Estado de Bienestar social, se constata una debilidad grave en el derecho de acceso a estos servicios. Es preciso que, al igual que ocurre en el derecho a la educación o a la salud, estos servicios sean reconocidos como verdadero derecho subjetivo y, por tanto, que el Parlamento de Cataluña determine qué servicios son exigibles y establezca las asignaciones presupuestarias correspondientes para hacerlos efectivos”.

Con este fin el mismo documento, en su base séptima, establece que corresponde a la ley fijar la tabla de prestaciones técnicas y económicas que se incluyen dentro del sistema de servicios sociales, diferenciando dentro de ambas las esenciales de las restantes. Las esenciales son las que tendrán la consideración de derecho subjetivo. Con el fin de reforzar la garantía de la prestación, se añade que “será el Parlamento el que fijará, en los presupuestos anuales, la cartera de servicios sociales (que incluirá todas las prestaciones esenciales), las condiciones de acceso y las dotaciones económicas suficientes para garantizarlas”.

El nuevo modelo que se apunta en estas leyes y documentos tiene como nota fundamental la conversión de la posición jurídica de los ciudadanos ante la prestación de servicios sociales. Si hasta el presente la legislación reconocía tan sólo el derecho a solicitar la prestación y obtener una respuesta fundada a la petición, la nueva tendencia normativa trata de establecer verdaderos derechos subjetivos a la obtención de determinadas prestaciones. Con este fin la ley, o el reglamento, deberán fijar una cartera de servicios donde se identifiquen las prestaciones básicas o esenciales que constituyen un derecho del ciudadano y una obligación para la administración. La administración deberá establecer los medios personales y materiales para que este derecho sea efectivo, y deberán existir los medios presupuestarios suficientes para dar satisfacción a todas las peticiones³⁹. En todo caso, lo esencial es que la relación ciudadano-administración se configura de modo diverso, ya que deja de estar fundada en la relación “interés legítimo del ciudadano-discrecionalidad de la Administración”, para pasar a articularse en base a la relación “derecho subjetivo del ciudadano-obligación de la Administración”. De esta forma los servicios sociales se equiparan a los servicios educativos y sanitarios.

IV. CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA CONFIGURACIÓN DE LAS PRESTACIONES COMO DERECHOS SUBJETIVOS

La configuración de las prestaciones básicas o esenciales como derechos subjetivos tiene unas importantes consecuencias jurídicas. El reconocimiento de un

³⁹ Cuestión diversa, que no interesa analizar ahora, es la forma de provisión de estos servicios. La administración puede prestarlos de forma directa o indirecta. En este segundo caso, puede acudir, como es normal en materia de servicios sociales, a entidades sin ánimo de lucro. Lo relevante es que la administración es la responsable de la prestación del servicio que se ha configurado como un derecho del ciudadano y, por tanto, éste puede dirigirse a la administración exigiendo su prestación.

derecho subjetivo comporta atribuir a su titular una acción frente al sujeto obligado a la prestación. Por ello, en primer lugar, la norma jurídica debe precisar qué sujetos son los titulares del derecho y qué sujetos son los obligados a realizar la prestación. A continuación la norma debe determinar el exacto alcance del derecho subjetivo, es decir, qué condiciones se requieren para que se reconozca el derecho y a qué prestaciones en concreto se tiene derecho. Cuestión diversa, a la que también nos referiremos brevemente, es la relativa a los derechos del usuario, es decir, los derechos de la persona a la que se ha reconocido ya una determinada prestación. En este caso lo que importa son las condiciones de la prestación. Dado que se trata de un servicio personal, la forma en la que se lleve a cabo la prestación tiene una gran importancia.

En segundo lugar, la normativa jurídica debe establecer los mecanismos eficaces para hacer efectivo el contenido del derecho el derecho, así como para garantizar que la prestación de llevará a cabo con los requisitos de calidad exigibles.

1. EL DERECHO DEL CIUDADANO DE ACCEDER A UNA PRESTACIÓN, Y LOS DERECHOS DEL USUARIO DENTRO DEL SISTEMA

1.1. El derecho de acceso al servicio

El reconocimiento de un derecho subjetivo a las prestaciones propias de los servicios sociales se construye a través de la delimitación de cuatro elementos

esenciales: los sujetos titulares del derecho, los requisitos objetivos de acceso a la prestación, el contenido de las prestaciones a las que se tiene derecho, y el carácter gratuito o no de esta prestación.

a. *Los sujetos titulares del derecho subjetivo*

Lo primero que debe determinar la norma es qué sujetos son titulares del derecho subjetivo a la prestación. En este sentido el artículo 4 de la ley asturiana 1/2003 es un buen ejemplo de la problemática vinculada a esta cuestión.

El citado precepto determina que *“son titulares del derecho a acceder al sistema público de servicios sociales regulado en la presente Ley los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea empadronados en cualesquiera de los concejos de Asturias, así como los transeúntes en las condiciones que reglamentariamente se establezcan, atendiendo siempre las situaciones de emergencia social. Asimismo gozarán de tal derecho los emigrantes asturianos y sus descendientes en los términos establecidos en el Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias. 2. También se beneficiarán de dichos servicios quienes no siendo nacionales de ningún Estado miembro de la Unión Europea se encuentren en el Principado de Asturias, así como los refugiados apátridas de acuerdo con lo que se disponga al respecto en los tratados internacionales y en la legislación sobre derechos y deberes de los extranjeros, atendiendo en su defecto al principio de reciprocidad, sin perjuicio de lo que se establezca reglamentariamente para aquellas personas que se encuentren en reconocido estado de necesidad”*.

El artículo citado da respuesta al problema y pone de relieve las diversas cuestiones que suscita la determinación del ámbito subjetivo de un derecho prestacional que se configura por el legislador autonómico. Por ello recurre en primer lugar al dato

del empadronamiento en los Concejos de Asturias, lo que supone reconocer el derecho a quien tenga vecindad política de asturiano. Pero a continuación debe atender a dos cuestiones complejas. Por un lado el problema de los desplazados de otras Comunidades Autónomas, cuestión esta cuya solución remite al desarrollo reglamentario⁴⁰. Por otro, el problema de los derechos de los emigrantes, cuestión que en último término remite también al reglamento.

b. Requisitos objetivos de acceso

Si bien el derecho subjetivo se formula como un derecho universal, esto es, reconocido a todos los sujetos a que antes nos hemos referido sin introducción de discriminación alguna, lo cierto es que las normas suelen después condicionar el reconocimiento concreto del derecho al cumplimiento de determinadas condiciones.

Estas condiciones acostumbran a vincularse al tipo de prestación. Para que surja el derecho a una determinada prestación deberá acreditarse que concurren en el solicitante determinadas condiciones físicas, económicas o familiares.

⁴⁰ Esta cuestión puede ser especialmente compleja en una materia como la de los servicios sociales en la que no existe un catálogo de prestaciones básicas a nivel de Estado. Por ello, si una Comunidad Autónoma lleva a cabo una política favorable al desarrollo y garantía de estas prestaciones, puede verse afectada por un “efecto llamada” hacia los ciudadanos de otras Comunidades Autónomas, sin que existan mecanismos legales para dar respuesta a esta cuestión, como sí ocurre, por ejemplo, en materia sanitaria, al menos en relación con el tratamiento de la movilidad en relación a los servicios garantizados. Vid. a este respecto PAREJO-PALOMAR-VAQUER, La reforma del sistema nacional de salud, cohesión, calidad y estatutos profesionales, ed. Marcial Pons, Madrid 2004, págs.31 a 34 y 98 a 101.

La imposición de estos requisitos previos no desnaturaliza la existencia de un derecho subjetivo a la prestación siempre que los mismos se establezcan de forma previa y precisa, y puedan ser acreditados por el solicitante sin especial complejidad. De esta forma se puede seguir afirmando que se posee un derecho subjetivo a la prestación, lo que no sería posible si la administración posee un margen interpretativo amplio sobre la forma en que debe acreditarse el cumplimiento de los requisitos. En este segundo caso, la posición de quien pretende acceder a un servicio social se convertiría en la de titular de un mero interés legítimo a obtener una respuesta fundada sobre la solicitud que se formula. Importa, por tanto, que la norma que fije las condiciones para el reconocimiento del derecho lo haga en términos precisos que no den margen a juicios de oportunidad por parte de la Administración.

c. La cartera de servicios

Elemento fundamental para identificar el contenido real del derecho subjetivo es fijar qué prestaciones entran a formar parte de las prestaciones debidas, es decir, qué prestaciones se configuran como derecho subjetivo. En este sentido la administración debe proceder en primer lugar a identificar las prestaciones que forman parte de los servicios sociales, prestaciones que pueden ser de diverso tipo. Así, prestaciones técnicas (servicios) y económicas, y dentro de las técnicas, prestaciones básicas (información, orientación), de asistencia domiciliaria, teleasistencia, asistencia diurna o residencial. Pero lo relevante, a los efectos de fijar el contenido del derecho subjetivo, es determinar qué prestaciones concretas dentro de las prestaciones propias de los servicios sociales se consideran esenciales y se configuran como verdaderos derechos subjetivos. Para ello, dentro de la cartera de servicios generales será necesario

identificar las prestaciones esenciales (derecho subjetivo) y las complementarias (aquellas que se ofrecerán en razón de criterios de oportunidad y en función de la disponibilidad de recursos financieros, sin que su prestación pueda ser exigida por el ciudadano).

En este sentido, el documento Bases per una nova llei de serveis socials de Catalunya (pág. 52), establece que “la cartera de servicios sociales estará constituida por el conjunto de las prestaciones esenciales aprobada por el Parlamento y que la Administración ofrece a la ciudadanía que tiene necesidades sociales objetivas, en la cual constarán los requisitos y las características de cada una, así como también las condiciones de acceso y los compromisos (incluyendo los plazos) para su ejecución. La cartera de servicios sociales debe ser un instrumento para poder determinar las respuestas, establecer los costes, diseñar el modelo y concretar el derecho de acceso de los ciudadanos y de las ciudadanas”.

d. Carácter o no gratuito

El derecho de acceso a la prestación de los servicios esenciales debería reconocerse como un derecho gratuito. No obstante, en determinados supuestos, puede condicionarse el acceso a la prestación al pago de una parte del servicio o “copago”.

En relación al copago de los servicios sociales la cuestión más compleja es determinar si este copago debe ser general, es decir, para todo usuario, o bien debe ponderarse en función de la renta de quien pretende acceder a la prestación. En todo caso debe tenerse en cuenta que si la exigencia de un determinado pago no es general, se estará incidiendo en la determinación de los sujetos con derecho a acceder a los

servicios, ya que se establece una discriminación de carácter económico. La discriminación puede ser en principio razonable (el nivel de renta), pero ello no deja de plantear problemas. Así, si se discrimina por la renta, puede objetarse que muchos ciudadanos de clases medias que han sufragado con el pago de sus impuestos el establecimiento de los servicios sociales quedaran fuera del acceso gratuito (y tal vez por ello no podrán disfrutar del servicio), en beneficio de ciudadanos que no han contribuido o han contribuido en mucha menor medida a su financiación.

En todo caso, parece necesario avanzar hacia un sistema en el que se abandone el principio asistencialista (para acceder a los servicios se ha de demostrar la falta de recursos), y se imponga como objetivo la gratuidad de los servicios básicos para todo ciudadano que tenga una necesidad, aunque de forma excepcional se pueda exigir una participación en el pago del servicio a determinados usuarios con rentas propias o familiares altas.

1.2. Los otros derechos

Las leyes de servicios sociales suelen reconocer en su articulado una larga serie de derechos que dicen reconocer a los usuarios de los servicios. En términos generales, dentro de estos listados de derechos, podemos diferenciar unos derechos propios de todos los ciudadanos en sus relaciones con la Administración (derecho a ser informado, a recibir una respuesta fundada a la solicitud) y otros derechos propios del usuario propiamente dicho, esto es, de la persona a la que se ha reconocido el derecho a una prestación determinada y se encuentra en una relación de sujeción especial con respecto a la Administración prestadora del servicio (derecho a un servicio de calidad, al secreto de comunicaciones, a la libertad

ideológica, a recibir visitas, a la intimidad y protección de datos personales...). Como vemos, se trata de derechos diferentes al derecho subjetivo de acceso a una determinada prestación. Deben diferenciarse, por tanto, los derechos generales del ciudadano en su relación con la Administración pública, el derecho de acceso al servicio público, esto es, la admisión al servicio, y los derechos del usuario ya admitido al servicio, una vez se formaliza una relación jurídica con la institución prestadora del servicio⁴¹.

Las leyes autonómicas han incorporado en un mismo precepto los derechos generales del ciudadano frente a la Administración y los derechos del usuario ya incorporado al servicio, añadiendo además unos deberes propios de dicho usuario. Así, por ejemplo, la ley de la Comunidad Autónoma de Madrid, ley 11/2003 de 27 de marzo, establece en su artículo 4 una serie de derechos a la persona “que acceda” a los servicios sociales. Y a esta misma persona se le imponen unos deberes, artículo 5, propios de la relación especial de sujeción en la que se encuentra. Lo mismo ocurre en la ley asturiana 1/2003 de 24 de febrero, la cual en su artículo 39 se refiere a los derechos de los usuarios de los servicios sociales, y en su artículo 40 a los deberes de los mismos, o en la ley de la Comunidad Autónoma de Murcia 3/2003 de 10 de abril, cuyo artículo 32 se refiere a los derechos del usuario, el artículo 33 a los derechos en el caso de ingreso, permanencia y salida de centros, mientras que el artículo 34 hace referencia a las obligaciones del usuario en los centros sociales. También es de especial interés sobre este punto la Carta de derechos y obligaciones de las personas usuarias y profesionales de los servicios sociales del País Vasco, Decreto 64/2004 de 6 de abril.

⁴¹ Vid. con carácter general sobre este tema, FONT LLOVET, T, Los derechos de los usuarios en los servicios sociales de atención a la tercera edad, en la obra colectiva coordinada por J.Tornos, op. Cit. Pág. 333 y ss.

2. LAS GARANTÍAS

El reconocimiento de derechos debe ir acompañado de mecanismos de garantía eficaces para hacerlos efectivos. Estos mecanismos serán diferentes en razón del derecho que trata de ejercerse. Así, podemos diferenciar el derecho a la creación del servicio, el derecho a exigir el acceso al servicio, y el derecho a exigir unas determinadas condiciones en la prestación del servicio.

2.1. El derecho a la creación del servicio obligatorio

Si la ley no ha configurado una determinada prestación como un verdadero derecho subjetivo, no existe una acción eficaz para imponer la creación de este servicio. Los ciudadanos no pueden imponer su criterio a la Administración, la cual posee un amplio margen de discrecionalidad para determinar qué servicios se prestan con carácter obligatorio, esto es, constituyendo verdaderos derechos subjetivos, y cuales se configuran como servicios a los que se podrá acceder en función de determinadas circunstancias de apreciación discrecional y en razón de las disponibilidades presupuestarias. No corresponde al poder judicial determinar, a través de una resolución judicial, qué concretos servicios deben o no existir.

No obstante, en el ámbito local, podría acudirse a lo dispuesto en el artículo 18,g de la ley de bases del régimen local y 151,2 de la LHL, teniendo además en cuenta que

según el artículo 26,1-c de la misma ley la prestación de servicios sociales es un servicio obligatorio en municipios de más de 20.000 habitantes⁴².

2.2. El derecho a exigir el acceso al servicio

La situación es distinta si la ley ha reconocido una determinada prestación como un derecho subjetivo. En este caso sería posible ejercitar una acción judicial de condena, de forma que la pretensión consistiera en la declaración de nulidad del acto denegatorio y la condena a la Administración de proceder a otorgar en un plazo determinado la prestación solicitada.

Por esta razón adquiere una gran importancia la configuración de los derechos sociales como verdaderos derechos subjetivos, ya que ello comporta el nacimiento de una acción judicial en la que la pretensión es el reconocimiento del derecho a una concreta prestación.

Con el fin de reforzar la posición del ciudadano frente a este tipo de prestaciones esenciales, es necesario que la ley de servicios sociales establezca también un procedimiento específico dentro del cual se resolverán las peticiones de acceso. Este procedimiento debería articularse sobre conceptos reglados, que eviten márgenes de discrecionalidad en las respuestas. Además, debería establecer unos plazos razonables de resolución, establecer que el silencio es positivo, y prever un mecanismo administrativo de resolución de conflictos ante un órgano plural e independiente para

⁴² Sobre el recurso a esta vía legal puede verse BELTRÁN AGUIRRE, op.,cit. Pág. 139, y VAQUER CABALLERIA, op.cit. pág. 182 y ss.

los casos en los que el acceso al servicio fuera denegado. Esta vía previa administrativa podría contenerse en las Cartas de Servicios relativas a las diversas prestaciones.

La eficacia del derecho requiere también una previa y clara delimitación de responsabilidades entre las diversas Administraciones con competencias en la materia, de forma que se evite una posible derivación de las reclamaciones al amparo de una imprecisa atribución de las obligaciones públicas.

En todo caso, en último término, es fundamental la existencia de un mecanismo de tutela judicial efectivo mediante el que pueda exigirse el derecho a una prestación que la ley reconoce como derecho subjetivo.

Como hemos apuntado, la existencia de un derecho subjetivo permite ejercitar una acción de condena ante la Administración en la que se exija la nulidad del acto denegatorio de la prestación y la condena a la prestación solicitada. En la actualidad, será también posible acudir a la acción por inactividad si la Administración ha reconocido de forma expresa, o presunta, el derecho de acceso, pero no materializa la prestación reconocida.

El artículo 29 de la ley jurisdiccional reconoce el derecho a la acción por inactividad en los términos siguientes: “cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta a favor de una o varias personas determinadas, quines tuvieren derecho a ellas pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación”.

Del citado precepto se deduce que si no existe un reconocimiento expreso del derecho a la prestación que se deduzca de forma directa de la norma, no será posible

ejercer la acción por inactividad. Sí que será posible en los casos en que la prestación se haya reconocido como derecho subjetivo de forma precisa en la ley o reglamento, ya que nos encontraremos ante el supuesto previsto en el citado artículo 29,1. Lo mismo ocurrirá si la Administración ha reconocido de forma expresa el derecho a la prestación, pero con posterioridad no lo hace efectivo de forma material, aduciendo, por ejemplo, falta de recursos suficientes. Igualmente podrá acudirse a la acción por inactividad prevista en el artículo 29,2 (ejecución de acto firme), si la Administración ha reconocido de forma expresa o presunta el derecho a la prestación y con posterioridad no presta el servicio. Podrá aducirse que existe un acto firme de reconocimiento del derecho, sin que la Administración haya cumplido con su obligación. El recurso a la vía del artículo 29,2 es más breve y permite acudir al procedimiento abreviado.

En definitiva, el reconocimiento de derechos subjetivos en materia de servicios sociales comporta un cambio radical en la forma de hacerlos efectivos. Ciertamente , como se ha dicho, al regular un servicio prestacional “nos encontramos ante una amplia capacidad organizativa de la Administración que le permite ajustar bajo el punto de vista funcional o cualitativo una oferta genérica –de varias prestaciones, servicios o programas- y una demanda que, aunque puede formularse de manera específica –por ejemplo, ingreso en centro residencial- en realidad lo es de atención genérica por el sistema, y así determinar cual es, en realidad, la prestación, es decir, el servicio o programa que corresponde al solicitante por su situación personal, que es a lo que, en definitiva, tiene derecho”.⁴³ Pero la situación es diversa cuando la propia Administración ha decidido fijar en una norma general los servicios esenciales que configura como verdaderos derechos subjetivos de los ciudadanos. En este caso surge una relación de derecho-obligación que puede hacerse efectiva por las vías jurídicas

⁴³ FONT LLOVET, op.cit. pág. 343.,

tradicionales. La Administración ya no puede optar, y debe conceder lo que el ciudadano le reclama de conformidad con la norma previa que ella misma ha aprobado.

2.3. El derecho a una determinada calidad

Por último, como hemos visto, la normativa sobre servicios sociales reconoce una serie de derechos dentro de la relación prestacional (los relativos a la forma en que debe hacerse efectiva la prestación). Estos derechos es conveniente que se precisen en las llamadas Cartas de Servicios, y que las mismas prevean formas de garantía. En este caso creemos más eficaces las vías administrativas previas, creando órganos de control y garantía relativos a la forma en qué se presta el servicio. Control que debe extenderse a las entidades privadas colaboradoras. Por ello, el usuario debe poder en todo caso reclamar a la Administración responsable del servicio un determinado nivel de calidad en la prestación del servicio, aún cuando quien lo presta es una entidad privada.

Finalmente, no debe olvidarse el importante papel que en este tema pueden jugar el Defensor del Pueblo y los Defensores del Pueblo autonómicos y locales.