

Significación y consecuencias jurídicas de la consideración de los servicios sociales como servicio público

Joaquín Tornos Mas
Catedrático de Derecho Administrativo

1. Introducción.
 - 1.1. Los servicios sociales o la acción social. Contenido material.
 - 1.2. El concepto de servicio público.
 - 1.3. Los servicios sociales como servicio público.
2. Los servicios sociales como servicios públicos. Consecuencias.
 - 2.1. Servicios sociales y derecho de la competencia.
 - 2.2. Los modos de gestión.
 - 2.3. La exigibilidad de las prestaciones.

1. 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.

1.1. 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 de la CE), y la asistencia social o servicios sociales, son competencia autonómica (artículo 148.1.20 de la CE y en el caso de Cataluña artículo 9.25 del 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 confundirse.¹

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, tienen 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 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 Caballería:⁴ "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 este concepto pueden incluirse la pluralidad de prestaciones propias de la asistencia social, las

1. Sobre esta cuestión, *vid.* BELTRÁN AGUIRRE, J. L., "Los servicios sociales", en *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 CABALLERÍA, M., *La acción social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 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

se las 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.

2. *Vid.* al respecto BELTRÁN AGUIRRE, J. L., "Los servicios sociales", en *Revista Vasca de Administración Pública*, 57, 2000.

3. *Op. cit.*, pág. 164.

4. *Op. cit.*, pág. 169.

económicas o dinerarias y las prestaciones técnicas o de servicios.⁵

En el presente trabajo centramos nuestra atención en las prestaciones llamadas técnicas o de servicio, ya que son éstas las 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 con el reciente trabajo del profesor Vaquer Caballería,⁶ 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 alejan 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.

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.

1.2. El concepto de servicio público

La fijación del concepto de servicio público es una tarea que desborda el objetivo de este trabajo. Me limitaré a apuntar una serie de consideraciones generales sobre esta cuestión que me parecen de interés en relación con el 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 población,⁸ 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

5. Una relación de esta diversidad de prestaciones puede encontrarse en los trabajos de VAQUER CABALLERÍA, *op. cit.*, pág. 171 y ss., BELTRÁN AGUIRRE, J. L., *op. cit.*, pág. 130 y ss., MORENO REBATO, M., *Régimen jurídico de la asistencia social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2002, pág. 144 y ss.

6. *Op. cit. in totum.*

7. VAQUER CABALLERÍA, *op. cit.*, págs. 113 y 114.

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.

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 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 prestacionales.¹⁰

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 económico,¹¹ 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 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 llevarán 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, 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 solidaridad.¹⁴

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

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 especificidades la esfera local?", en REAL, 291, 2003, pág. 584.

12. MUÑOZ MACHADO, *op. cit.*, pág. 90.

13. En este sentido son de interés las intervenciones de VAQUER CABALLERIA y BELTRÁN AGUIRRE en el libro colectivo *La pluralitat i diversitat en la gestió dels serveis públics locals*, Fundació Pi i Sunyer, Barcelona, 2003, págs. 31 a 44.

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

los bienes públicos, cuando el mercado, por sí solo, 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, “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 Caballería) 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 den-

tro 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 pueden quedar condicionados 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 necesitados.¹⁵

1.3. 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 público.¹⁶ Las leyes autonómicas marcan claramente esta 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 pres-

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 qué 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 Síndic de Greuges en su “Informe extraordinari sobre l’atenció a la gent gran dependent 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.

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, artículo 5.a): “El sistema público de servicios socia-

les 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,

tacionales diversas, de distribuir las competencias entre los niveles territoriales en razón de su capacidad técnica, y de establecer las relaciones con 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 cuándo 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 mismo.¹⁸

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

Estos servicios públicos se prestan en concurrencia con la actividad privada y no crean, por lo general, derechos subjetivos a prestaciones concretas.²⁰

2. 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 responsabilidad propia, aunque como ya hemos apuntado esta responsabilidad

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."

18. Con carácter general, *vid.* el Real decreto 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.

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."

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.

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 administrativa.²¹

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.

2.1. 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 del 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 criterios.²²

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 social.²³

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.

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

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.

22. *Vid.* al respecto MENICETTI, E., "I servizi sociali nell'ordinamento comunitario", en la obra dirigida por Albanese y Marzuoli, *Servizi di assistenza e sussidiarietà*, Il Mulino, Bologna, 2003; MALARET, "Servizio pubblico e attività economica", en la obra, dirigida por Brancasi, *Liberalizzazione del trasporto*

terrestre e servizi pubblici economici, Il Mulino, Bologna, 2003, pág. 287, y SENDIN GARCÍA, *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.

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: "N.º 27. El Derecho comunitario no restringe la competencia de los estados miembros para ordenar sus sistemas de Seguridad Social. N.º 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. N.º 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 público 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 privada.²⁴

2.2. 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 cómo para la gestión indirecta se impone la figura del concierto y se olvida el recurso tradicional a la figura concesional. Las razones pueden ser varias:²⁵

—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.

—La concesión supone el acceso a una actividad previamente reservada a la Administración, mientras que en los servicios sociales la actividad siempre ha podido

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, aun 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 CABALLERÍA, *op. cit.*, pág. 136 y ss.

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 esta 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.

–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 un 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 prestaciones.²⁶

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 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 es 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 justificación.²⁸ Las leyes autonómicas en materia de asistencia social o servicios sociales reconocen a las entidades sin ánimo de lucro un papel privilegiado o exclusivo en la colaboración con la Administración.²⁹

2.3. 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

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 Sodemar, 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.

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

al servicio, una vez formaliza una relación jurídica con la institución prestadora del servicio.³⁰

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.

Llegados a este punto cabe plantear:

1. *¿Existen vías jurídicas para exigir una concreta prestación?*

La respuesta a esta primera pregunta exige diferencias 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 habitantes.³¹

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 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 res-

ponsabilidades 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 Decreto legislativo 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 solicitante.³² 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.

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.

31. Sobre el recurso a esta vía legal puede verse BELTRÁN AGUIRRE, *op. cit.*, pág. 139, y VAQUER CABALLERÍA, *op. cit.*, pág. 182 y ss. Ambos autores citan como

ejemplo de este proceder la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1986, Aranzadi 4396, por la que se condenó a un municipio a instalar las rampas para favorecer la movilidad de los minusválidos que éstos reclamaban.

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

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 una persona determinada. La situación será diversa una vez que la Administración reconozca el derecho a una prestación concreta a favor de una persona determinada, y dicha prestación no se lleve a efecto. En este caso sí 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 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 descrita.³³

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 número 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 Tribunal Superior de Justicia, 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:

“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.”

Basándose en 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

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

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 Tribunal Superior de Justicia, aun 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 ésta debió ser la solución, exigir a la Administración el cumplimiento de un deber, y no condenar al cumplimiento de una obligación concreta que no existía.³⁴

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 cuál 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. ¿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. ■

34. Sobre esta cuestión, *vid.* AGIRREAZKUEENAGA, I., “Inactividad en la prestación de servicios públicos y control jurisdiccional”, en *RVAP*, 57, 2000; VADRI, T., “La posición jurídica de los usuarios ante el establecimiento y la prestación de los servicios públicos”, en *RAAP*, 20, junio de 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) de la LJCA, el Tribunal condenase a la Administración al sumi-

nistro 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*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2002, págs. 50 y 51.

35. FONT LLOVET, *op. cit.*, pág. 343.