

Los servicios atinentes a la persona en el Estado social

Marcos Vaquer Caballería
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: 1. OBJETO Y FUNDAMENTO DE LA DISTINCIÓN ENTRE SERVICIOS ATINENTES A LA PERSONA Y SERVICIOS ATINENTES AL TERRITORIO. —2. APUNTES PARA UNA CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DE LOS SERVICIOS ATINENTES A LA PERSONA. A) *Comunidad de orígenes y desarrollo en el Estado moderno y el liberal.* B) *Inmediatez a la dignidad del hombre (i): Su servicialidad al principio de solidaridad social.* C) *Inmediatez a la dignidad del hombre (ii): Su afectación a derechos fundamentales de libertad y su consistencia en derechos constitucionales de prestación. En particular, la libertad de su prestación privada.* D) *Interconexión propia de los elementos de un sistema.* E) *Los servicios a la persona como bienes económicos: La dificultad de su organización en mercados y la subsistencia posible del servicio público en sentido institucional u orgánico en este ámbito.* F) *Tradicional cierre de las formas de gestión del servicio público: la alternativa entre gestión directa y gestión indirecta por concierto.* G) *Los servicios a la persona como actos de empatía: dificultad de su programación normativa sustantiva y de su prestación burocrática. Protagonismo de lo organizativo, donde abunda la autonomía funcional, la participación experta y la presencia del tercer sector.* H) *Dificultad para su reparto competencial. Equilibrio entre descentralización territorial y cohesión social, a la luz del principio de solidaridad.*—3. CONSIDERACIÓN FINAL.—BIBLIOGRAFÍA.

1. OBJETO Y FUNDAMENTO DE LA DISTINCIÓN ENTRE SERVICIOS ATINENTES A LA PERSONA Y SERVICIOS ATINENTES AL TERRITORIO

La cláusula de Estado social es de sobra conocido que atraviesa una larga crisis de crecimiento, por la pesada carga financiera que ha generado y por el auge del paradigma de lo «privado» como modelo de eficiencia que domina en nuestros días. Dicha crisis se ha instalado también, lógicamente, en una institución y forma de actividad administrativa concebida durante el periodo liberal pero típica del Estado social: el *servicio público* (entendiendo esta categoría en el sentido orgánico o institucional, como prestación *uti sin-*

guli cuya titularidad o responsabilidad asume el poder público), que ha sufrido los embates del *mercado* impulsado desde la Comunidad Europea. En este contexto, unos autores proclaman sin más la muerte del servicio público y proponen darle «un digno entierro» (ARIÑO, en ARIÑO, DE LA CUÉTARA y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ: 23), mientras otros —los más— sostienen su pervivencia y la necesidad de su reelaboración en el nuevo contexto generado desde nuestra adhesión a las Comunidades Europeas (BELTRÁN DE FELIPE: 35-47; Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, 1996: 47-48, más extensamente en 1999: 59 y ss.; MUÑOZ MACHADO, 1998: 27; PAREJO ALFONSO, 1998, y DE LA QUADRA-SALCEDO, 1998, ambos *in toto*; SOSA WAGNER: 60-63, SOUVIRÓN MORENILLA: 5, 149).

Y es que acaso la crisis de que hablamos no conduzca hacia la extinción sino hacia la mutación del Estado social, hacia su depuración y madurez. Pero para el caso de que esto sea así, parece necesario hacer un esfuerzo previo de discernimiento, para valorar de qué forma, en qué ámbitos y con qué límites el mercado está sustituyendo al servicio público; dónde éste resiste, pero se transforma; y el porqué de todo ello.

A nuestro juicio, un punto de partida útil para este rearme científico puede encontrarse en una distinción a la que GIANNINI acudió hace décadas en un trabajo sobre «el reordenamiento normativo de la asistencia». Allí es utilizada de forma un tanto incidental, pero tiene, creemos, una fuerza sintética y explicativa enormes. Nos referimos a la distinción entre servicios «atinentes al territorio» y servicios «atinentes a la persona» que el ilustre autor toma de la Comisión Redcliffe-Maud¹⁻², precisamente a los efectos que aquí nos convocan de definir y ubicar a los servicios asistenciales.

Evidentemente, todos los servicios públicos son servicios a la persona, pues sólo la persona es sujeto de Derecho y destinatario último de la activi-

¹ La Comisión a que se refiere es la *Royal Commission on Local Government in England, 1966-1969*, cuyo informe publicó la H.M.S.O. en 1969. Este informe es calificado por el maestro italiano como «el estudio quizás más importante que hayamos tenido en Europa en materia de servicios provistos por los poderes locales» (GIANNINI: 153). Lord Redcliffe-Maud dirigió en realidad más de un estudio oficial en materia local, ya que presidió también la Comisión sobre «reglas de conducta del Gobierno local» constituida por el Primer Ministro Británico (*Prime Minister's Committee on Local Government Rules of Conduct*) que publicó en 1974 (Londres, H.M.S.O.) su informe. También dedicó a la materia la monografía *English Local Government Reformed* (en coautoría con Bruce Wood, Oxford University Press, 1974), donde (*vid.* págs. 15-19) adopta la misma clasificación de los servicios que primero había utilizado la Comisión por él presidida.

² El entero informe se vertebra en torno a la clasificación de los servicios públicos en dos grupos: *personal services* y *environmental services* (como vemos, es GIANNINI quien traduce libremente «ambiente» por «territorio», con criterio a nuestro juicio acertado), a los que alude reiteradamente. Ya en los principios generales que anticipa entre sus conclusiones en el párrafo 9, el informe distingue entre «*all services concerned with the physical environment (planning, transportation and major development)*», de un lado, y de otro «*all personal services (education, personal social services, health and housing)*» (ROYAL COMMISSION ...: 3). Y, si bien el informe observa también vínculos intergrupales (por ejemplo, entre suministro de agua y sanidad (40-41), ello no le impide concluir que, en cualquier caso, es esencial que los servicios personales provistos por las autoridades locales (que son el único objeto de su estudio) sean tratados como un todo («*it is in any case essential that the personal services provided by local authorities should be handled as a whole*»: 66).

dad 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 consumidores y usuarios, por ejemplo)³. 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».

Como trataremos de demostrar, (i) el sustrato objetivo y (ii) el fundamento teórico de esta clasificación es superior al que presenta la distinción doctrinal entre servicios económicos y servicios asistenciales ó sociales, tradicional en España⁴, con la que sin embargo guarda estrecha relación. Es, por

³ Existen, por último, determinados servicios que son clasificables, en una primera lectura, como servicios al territorio, y que sin embargo se aproximan mucho a los servicios a la persona por la íntima conexión que su objeto tiene con la personalidad, hasta el punto de serles aplicables muchas de las características de éstos. Son los casos de los servicios públicos de vivienda y medioambientales, que pueden ser considerados como un subconjunto de intersección de los dos grandes conjuntos aquí manejados. La vivienda, en primer lugar, constituye el primer círculo ambiental de la persona, en el que ésta proyecta su personalidad. En términos similares se ha expresado Tomás-Ramón FERNÁNDEZ cuando la califica como «un espacio vital que comprende, más allá de sus muros, el entorno circundante inmediato» (en MUÑOZ MACHADO, GARCÍA DELGADO y GONZÁLEZ SEARA: 466). Lo pone de manifiesto el hecho de que la Constitución proclame la inviolabilidad del domicilio como una de las consecuencias o dimensiones del derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.2 CE) y que consagre asimismo un derecho no a cualquier forma de vivienda, sino justamente a una vivienda «digna» y adecuada (art. 47 CE), lo que la conecta semántica y lógicamente con el valor mismo de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE). La propia Comisión Redcliffe-Maud constató esta posición equidistante de los servicios de vivienda cuando, después de afirmar su relación estrecha con los servicios al territorio, advirtió que sus vínculos con los servicios a la persona son igualmente fuertes (ROYAL COMMISSION ...: 67). El que denominamos «medio ambiente», por su parte, constituye un segundo círculo ambiental, un entorno más amplio de la persona que sin embargo es igualmente determinante de su calidad de vida y aun de la vida misma (como ha destacado LOPERENA ROTA: 99, «la vida, primero, y la vida humana, después, son una consecuencia de determinadas condiciones ambientales»). Por ello la Constitución garantiza no cualquier medio ambiente, sino precisamente el «adecuado para el desarrollo de la persona» (art. 45.1 CE). De ahí, en definitiva, que uno y otro suelen citarse junto a los servicios a la persona *stricto sensu* como servicios sociales en sentido amplio o de bienestar, y que, como aquéllos, sean también objeto de derechos constitucionales de tercera generación.

⁴ La distinción entre servicios públicos «asistenciales» (beneficencia, sanidad y educación) y «económicos» es habitual en la obra de GARRIDO FALLA (por todas, *vid.* 1991: 301-303). También GÓMEZ-FERRER (23) ha aludido, si bien sea incidentalmente, a la distinción entre el «campo asistencial» (con mención de la educación y la beneficencia) y el «campo económico». VILLAR EZCURRA (1999: 272 y ss.), MUÑOZ MACHADO (1998: 27 y 132) y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ (1999: 60), por ejemplo, han diferenciado en sentido análogo entre servicios «sociales» y «económicos». Y BERMEJO VERA incluye en la *Parte especial* de su *Derecho administrativo* el tratamiento diferenciado de lo que llama el «Derecho administrativo social», en el que incluye la educación, la sanidad, la acción social, el deporte, el consumo y la cultura y los espectáculos. Dichos autores, en todo caso, han extraído diversas consecuencias sobre el diverso régimen jurídico de estos servicios «sociales» o «asistenciales», o han recurrido a la diferenciación a efectos expositivos, pero no han teorizado el objeto, alcance y criterio discriminador de la clasificación en sí, que parecen darse por supuestos.

ello, menos contingente, más sólida, porque ni los servicios sociales *lato sensu* siguen siendo hoy meramente «asistenciales», ni lo social se opone —semántica, lógica ni jurídicamente— a lo económico⁵.

(i) En cuanto a su sustrato objetivo, la distinción entre servicios atinentes a la persona y al territorio es tan cartesiana como pueda serlo nuestro ordenamiento jurídico. En él, todo lo existente, si es jurídicamente relevante, se distingue en dos grandes y únicas categorías: personas y cosas. Si esto es así, la misma *summa divisio* habrá de poder servir para clasificar a las prestaciones del Estado según su objeto: prestaciones sobre las personas y prestaciones sobre las cosas, que son las que llamamos atinentes al territorio, pues el territorio es soporte de todas las cosas y, por ende, puede ser tomado como síntesis de todas ellas.

(ii) En cuanto a su fundamento teórico, es fácil observar en esta distinción la visible huella de la dogmática iuspublicista alemana según la cual los elementos esenciales de todo Estado son territorio y población, además de la organización o el poder mismos. La influencia ejercida por esta doctrina en España es manifiesta⁶. Pues bien, la función que territorio y población cumplen para el Estado no se agota en ser elementos constitutivos y

⁵ Si tomamos una definición tan clásica de economía como la que proponen SAMUELSON y NORDHAUS (4), ésta consiste en «la manera en que las sociedades utilizan los recursos escasos para producir mercancías valiosas y distribuir las entre los diferentes individuos». La noción de escasez es por ello la que permite identificar a los «bienes económicos» y contraponerlos a los «bienes gratuitos». Pues bien, según esta concepción, también los servicios sanitarios o educativos, por ejemplo, son «bienes» o servicios económicos pues consumen recursos escasos.

Incluso si se acoge una acepción reduccionista de bien o servicio «económico» como el «lucrativo» o susceptible de proveerse por el mercado, para afirmar que los servicios «sociales» no son «económicos» porque en ellos el mercado da lugar a una distribución de la renta política o éticamente inaceptable, que obliga a los poderes públicos a asumir su financiación y hacerlos gratuitos al usuario, deberemos entonces observar que habría que excluir de tal consideración a parte de dichos servicios (los que se prestan bajo precio, algunos incluso libremente a precio de mercado) e incluir, por el contrario, a otros como el de la recogida de basuras, que sin embargo no suele incluirse entre los servicios «sociales» o «asistenciales».

Los servicios «sociales» son económicos del mismo modo que los servicios «económicos» revisten, cada día más, una dimensión social. Como ya he afirmado en otro lugar (VAQUER CABALLERÍA, 1999: 157), en el *magma* socioeconómico del Estado social, los perfiles entre lo social y lo económico se desdibujan, pues también la telefonía vocal o el suministro de energía eléctrica son servicios básicos para la «procura existencial», de modo que su provisión es concebida como un derecho social, un instrumento de solidaridad, allí donde no son rentables.

Incluso en nuestro ordenamiento jurídico hay huellas de la economicidad de los servicios a la persona: de siempre los servicios públicos sanitarios y educativos han sido concertados por la Administración con empresarios privados, siendo así que la legislación de contratos (hoy, el art. 155.1 TRLCAP) exige para los contratos de gestión indirecta de los servicios públicos que se trate de «servicios (...) que tengan un *contenido económico* que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares» (la cursiva es nuestra).

⁶ Ya Adolfo POSADA distinguía entre un «Estado espacial» y un «Estado social», pues «la observación directa de los Estados reales descubre en todo Estado una combinación sintética, un verdadero equilibrio de elementos físicos y síquicos, todos naturales pero dados, los primeros por el medio geográfico, los otros por el grupo humano que forma el núcleo del Estado», donde «la concurrencia de los factores físicos que sirven de soporte al Estado, constituyendo su medio geográfico, se concreta en el espacio o territorio que el Estado ocupa» mientras que «el conjunto humano que forma el medio social del Estado, la sociedad política en sentido propio, se concreta en esta masa de población sobre la que el Estado actúa con su energía propia» (POSADA, 1929: 80-81, en francés en el original).

definitorios del mismo. En las autorizadas palabras de JELLINEK escritas a propósito del segundo de ambos —la población— en su *Teoría general del Estado* (398), «al igual que el territorio, tiene el pueblo en el Estado una doble función: de un lado, es un *elemento* de la asociación estatista, al formar parte de ésta, en cuanto el Estado es sujeto del poder público. Designaremos al pueblo, desde este punto de vista, como pueblo en su aspecto subjetivo. En otro sentido, es el pueblo *objeto de la actividad* del Estado, es decir, pueblo en cuanto objeto» (la cursiva es mía). Precisamente la dimensión de la clasificación que a nosotros interesa es la segunda: territorio y población como objetos de la actividad del Estado.

Por lo demás, la diferenciación que defendemos no es una pura entelequia teórica, sino que puede tener, y tiene, traducción positiva. En Italia, el importante Decreto Legislativo n° 112 de 1998, de articulación de la Ley n° 59 de 1997 (más conocida como *Bassanini 1*), por el que se ha producido el último impulso descentralizador del Estado italiano hasta hoy, adopta una sistemática que recuerda poderosamente a los criterios clasificatorios aquí seguidos. En efecto, el Decreto se estructura en cinco Títulos, de los cuales el primero se dedica a «disposiciones generales». De los tres restantes, el primero y el último se refieren respectivamente al «desarrollo económico y actividades productivas» y a la «policía administrativa regional y local y régimen autorizador», esto es, a actividades las primeras (artesanado, industria, energía, turismo, etc.) de naturaleza privada, sin perjuicio de la eventual iniciativa de los poderes públicos y sus diversas competencias de intervención y fomento; mientras que las del Título V son actividades de policía o intervención administrativa. Quedan, pues, dos títulos, los dos intermedios, dedicados específicamente a los servicios públicos o actividad prestacional del Estado: y se titulan, precisamente, «territorio, ambiente e infraestructuras» y «servicios a la persona y a la comunidad», es decir, servicios atinentes al territorio y a la persona, respectivamente, en la terminología que aquí hemos adoptado. Más recientemente todavía, la expresión «servicios a la persona» ha vuelto a hacer aparición en el ordenamiento italiano, concretamente en la Ley marco para la Realización del Sistema Integrado de Intervenciones y Servicios Sociales (Ley de 8 de noviembre del 2000, n. 328, *G.U.* n. 265 de 13 de noviembre), cuyo artículo 5.3 manda a las Regiones reglamentar las relaciones entre entes locales y tercer sector, «con particular referencia a los sistemas de provisión de los servicios a la persona».

En España, aunque presenten menor nitidez y centralidad, muchos son los indicios legislativos de la inserción de los diversos servicios atinentes a la persona —o «sociales» en sentido amplio— en un sistema común. Es muy sintomático el ejemplo de los artículos 32 y 33 de la Ley 9/1987, de 11 de febrero, de Acción Social de Baleares, que obligan a destinar un 6 % de los Presupuestos de los Consejos Insulares y los Ayuntamientos a la atención de los fines de la Ley, porcentaje «en el que no podrán computarse en modo al-

guno las cantidades destinadas a la atención, mantenimiento y prestación de *otras atenciones sociales*, como las sanitarias, culturales, educativas y similares, debiendo computarse exclusivamente las relativas a Servicios sociales y asistencia social propiamente dichos regulados en esta Ley». Similar es el caso de los artículos 1.3 de la Ley 8/1985, de 9 de diciembre, de Servicios Sociales de la Región de Murcia, y 1.2.e) de la Ley 9/1987, de 28 de abril, de Servicios Sociales de Canarias, cuando proclaman, en los términos de la segunda, el principio de «coordinación de la gestión administrativa de los Servicios sociales y de éstos con otras áreas de bienestar social, tendente a una intervención integral y globalizada respecto de las necesidades sociales». Incluso nuestra Constitución establece, como más adelante se verá, una regla especial de participación para los servicios de «bienestar» de la persona. Me refiero a su artículo 129.1. Luego, el sistema existe, aunque está huérfano de una teorización y tratamiento igualmente sistemáticos.

2. APUNTES PARA UNA CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DE LOS SERVICIOS ATINENTES A LA PERSONA

Pero acaso lo más relevante sean las consecuencias jurídicas que quepa extraer de esta clasificación, para que la misma no quede en un ejercicio de virtuosismo taxonómico. Como veremos, los regímenes jurídicos de los diversos servicios que hemos llamado «atinentes a la persona» (educación, cultura ⁷, sanidad y el tándem seguridad social-acción social son los principales o más representativos, en los que centraremos nuestro estudio para no prolongarlo más de lo debido, pero también podría incluirse a otros, según se ha dicho) presentan importantes analogías, que no son en modo alguno fortuitas. Me detendré en las que creo más significativas:

A) *Comunidad de orígenes y desarrollo en el Estado moderno y el liberal*

Importa observar, ante todo, que tanto la asistencia sanitaria como buena parte de los servicios educativos nacieron al Derecho como formas de be-

⁷ En el campo temático «cultura», en el que los poderes públicos tienen atribuida una función de promoción del acceso a la misma (art. 44 CE), se incluyen dos perspectivas con tratamiento jurídico diferenciado: la cultura como proceso o creación cultural [objeto de la libertad del art. 20.1.b) CE] y la cultura como resultado o patrimonio cultural (objeto del art. 46 CE). Interesa aquí sobre todo la primera, cuya actividad prestacional constituye netamente un servicio atinente a la persona, pues la segunda tiene una dimensión territorial clara, que hace variar el régimen de su tutela jurídica. De ahí, precisamente, su diferenciación en la Constitución y el resto de nuestro ordenamiento.

neficencia, esto es, integrados en los que hoy llamamos acción social o servicios sociales.

Como decimos, hasta bien entrado el siglo XX, la política sanitaria se encontraba reducida prácticamente a dos clases de acción administrativa: ante todo, actividad de policía en sentido estricto (para la prevención de epidemias y otros problemas de salud pública: *vid.* el Título XL del Libro VII *Nov. Rec.*, dedicado al «resguardo de la salud pública», además de los cuerpos legales decimonónicos a que se hará alusión de inmediato), pero también otra incipiente de carácter prestacional o asistencial incluida en el ramo de la beneficencia pública. Los hospitales de enfermos eran, en efecto, uno de los «establecimientos de beneficencia» de que se ocupó, por ejemplo, el Reglamento de 14 de mayo de 1852 para la ejecución de la Ley de Beneficencia de 1849, y la Ley sobre el Servicio General de Sanidad de 28 de noviembre de 1855 no contemplaba más servicios sanitarios obligatorios que la vacunación de todos los niños y «la asistencia de las familias pobres» a que se referían sus artículos 64 y 65⁸.

Aunque desde sus orígenes se ha tenido en la instrucción pública a una rama autónoma de la Administración pública, no muy diferente es el caso de la enseñanza de primeras letras, que se organiza en el Estado moderno como una forma de asistencia gratuita a los hijos de las familias pobres (*vid.* las Leyes XI y X del Libro VIII, Tít. I *Nov. Rec.*; así como la Ley V de su Libro VII, Título XXXVIII, por la que se manda dotar de escuela de primeras letras a los hospicios), función que la primera Ley decimonónica general de beneficencia todavía atribuye a la Administración de este ramo (*vid.* art. 21 de la Ley de 23 de enero-6 de febrero 1822)⁹. Ciertamente que la concepción ilustrada de la instrucción pública no respondía sólo a propósitos benéficos o asistenciales, sino también al interés por la formación de una conciencia cívica general consistente con las doctrinas regalistas, pero lo segundo no debe hacernos olvidar lo primero.

⁸ Sobre esta incardinación original de la asistencia sanitaria en la beneficencia pueden verse PE-MÁN GAVÍN, 1998: 63-64, BELTRÁN AGUIRRE, 1992: 81 y ss., y la restante bibliografía en ellos citada.

⁹ Manuel COLMEIRO deja testimonio patente de esta función de la enseñanza primaria en las palabras con que abre el Capítulo correspondiente de su *Derecho administrativo general* (487): «La instrucción primaria merece considerarse en el día como una verdadera necesidad social o el complemento de la libertad obtenida por las clases inferiores del Estado». De ahí que deba ser enteramente gratuita para los niños pobres (489). También OLIVÁN considera la función asistencial de la enseñanza pública primaria: «La enseñanza primaria es indispensable a todos: nadie debe carecer de ella, al menos por culpa de la sociedad. Al pobre hay que proporcionársela gratuitamente, pues en ello no sólo se cumple con la máxima caritativa, sino que se hace mucho por la paz y por el bienestar general» (106).

La enseñanza secundaria y, sobre todo, la Universidad cumplen otra función, ya no tanto asistencial como de formación profesional y alta cultura, lo que no quiere decir que fueran ajenas al fenómeno de la pobreza ni que no arbitrasen medidas para su subvención (becas, etc.). En la Edad Moderna, cuando a los pobres sólo se les permitía pedir limosna en el pueblo «de su naturaleza», hubo de habilitarse a los estudiantes a mendigar «con licencia del Rector del Estudio donde estudiaren, y si no hubiere Rector, con licencia del Juez eclesiástico, en la diócesis y obispado donde tuviere el tal Estudio y Universidad» (Ley VII, Tít. XXXIX, Libro VII *Nov. Rec.*).

En cualquier caso, el rasgo histórico común más relevante de los principales servicios a la persona es otro: la beneficencia (inclusiva, como decimos, de la asistencia sanitaria), la educación y la cultura configuraron ya en el siglo XVIII los primeros servicios públicos en el sentido técnico o estricto del término. En un contexto histórico en el que el dogma de la libertad individual constreñía al Estado a abstenerse de las tareas de prestación en el orden socio-económico, «la educación y la beneficencia representan, sin embargo, las dos grandes excepciones a esa ideología y se presentan como los primeros servicios públicos de carácter general que pasan a la responsabilidad pública por razones diferentes» (MUÑOZ MACHADO, 1998: 61; también GÓMEZ-FERRER: 23, ha aludido a este origen común de educación y beneficencia). Y a ellos cabe añadir también los primeros servicios públicos culturales¹⁰, injustamente olvidados (excepto por VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA, 1980: 23, que añaden también el servicio postal a este grupo fundador, o MARTÍN MATEO, 1999: 81). Baste recordar, por ejemplo, que ya Felipe V mandó fundar la Real Biblioteca para que sus vasallos «tengan en ella la erudición y enseñanza que necesitan a cuyo fin se ha procurado adornarla de todos los libros más exquisitos que se han encontrado», según reza su Real Decreto de 26 de julio de 1716.

Por lo demás, el tránsito de lo que Otto MAYER llama el «Estado de policía» al «Estado de Derecho» y, sobre todo, la emergencia del Estado social de Derecho en el siglo XX, permitieron la progresiva conversión de estas primeras prestaciones del Estado a la persona, de beneficios más o menos gratificables, en derechos subjetivos de prestación y correlativos servicios públicos tal y como hoy los entendemos. Del valor de la beneficencia se ha evolucionado al principio de la solidaridad. Esta juridificación, e incluso constitucionalización de los derechos sociales, económicos y culturales nos introduce en el segundo rasgo de que nos ocupamos inmediatamente.

B) *Inmediatez a la dignidad del hombre (i): Su servicialidad al principio de solidaridad social*

Todos los servicios de que hablamos tienen en común, como se ha dicho, el tener por objeto inmediato a la persona, ya sea en su dimensión física (la sanidad, los servicios asistenciales de manutención, la educación física) o en la espiritual (la educación intelectual y la formación estética, la asistencia psicológica a personas maltratadas y los servicios asistenciales de asesoramiento, de reinserción, etc., así como los servicios de animación cultural).

¹⁰ Sobre los orígenes de los servicios públicos culturales, me permito remitir a VAQUER CABALLERÍA, 1998: 31 y ss.

Constituyen, en la clásica terminología de FORSTHOFF, una forma de «procura existencial» dirigida a subvenir a la «menesterosidad», bien de todos los individuos sin consideración de sus circunstancias personales, bien de algunos colectivos especialmente necesitados. Por esta misma razón, su prestación por los poderes públicos se erige en un factor de igualación material de las personas, en línea con el mandato general dirigido a los poderes públicos desde el artículo 9.2 CE. En otros términos, los servicios atinentes a la persona son instrumentos al servicio del principio de solidaridad.

En efecto, la conexión lógica entre el valor supremo de la dignidad de la persona y los servicios públicos a ella atinentes se produce a través del principio de la solidaridad social¹¹. La noción de solidaridad se sitúa «en una tradición cultural que arranca de la idea de dignidad humana, de los valores de libertad y de igualdad y que sostiene, con KANT, que los seres humanos todos, son seres de fines, que no pueden ser cosificados, tratados como medios o como instrumentos de otros hombres» (PECES-BARBA: 56).

Dicho principio, cuyas raíces doctrinales son muy profundas y se pierden en el ideal estoico de la amistad y la virtud cristiana de la caridad (PECES-BARBA: 17), emergió primero al sistema político con la proclamación del lema de la fraternidad en la Revolución Francesa, pero es en el contexto del Estado social donde ha cristalizado en el Derecho público positivo. El Estado absoluto o de policía se propuso promover un indefinido «bien común»; el Estado liberal de Derecho depuró sus fines ciñéndolos a la garantía de la libertad, la propiedad y la seguridad de los ciudadanos; el Estado social amplía de nuevo su misión, que no es ya sólo de promoción del todo o lo común ni de garantía de lo individual, sino también de solidaridad o balance entre lo común y lo individual. En efecto, cuando el Estado deja de ser meramente garantista de una libertad y una igualdad exclusivamente formales y compromete su acción positiva en la efectividad de dichos valores, de la igualdad material como valor nace la solidaridad como principio jurídico tal y como hoy lo entendemos¹².

Como ha recordado GALEOTTI (3), la etimología latina del término solidaridad proviene de *solidum*, *soldum*, que significa precisamente «entero», «compacto». El término saltó primero al lenguaje jurídico privado (*obligatio*

¹¹ El valor supremo de la dignidad de la persona y su conexión con el principio de solidaridad aparecen reflejados en la Constitución portuguesa de 1976 con mayor claridad que en la española. Aquel texto constitucional les dedica, en efecto, su artículo 1º en los siguientes términos: «Portugal es una República soberana, basada en la *dignidad de la persona* humana y en la voluntad popular y empeñada en la construcción de una sociedad libre, justa y *solidaria*» (la cursiva es nuestra). El artículo 63.5 alude después más específicamente a los «objetivos de solidaridad social» consignados en el propio precepto y en los artículos 67, 69, 70, 71 y 72.

¹² En la mejor teoría política y constitucional del Estado de la época se encuentran huellas de esta emergencia del valor de la solidaridad. Baste recordar aquí los casos señeros de Hermann HELLER (para quien «la política es, en el más eminente y ejemplar sentido, la organización y actuación autónoma de la cooperación social en un territorio»; 1971: 222) y Léon DUGUIT (quien afirma sin más que la «solidaridad es el verdadero fundamento del Derecho»: 11).

in solidum: aquélla en que cada uno de los deudores se hace responsable de la *entera* obligación, y por tanto también por la parte que corresponda a sus codeudores) y sólo mucho más tarde al público (principio de solidaridad, por el que los miembros de la sociedad se hacen corresponsables de sus conciudadanos, haciendo más *compacta* a dicha sociedad).

Hoy, con la noción jurídico-pública de solidaridad queremos expresar la conducta que resulta jurídicamente exigible como consecuencia del reconocimiento del valor supremo de la igual dignidad de todas las personas en sociedad.

Por su *contenido*, dicha conducta tiene un componente pasivo —el deber de ejercer los intereses propios de forma respetuosa o no obstructiva para con los de los demás— y otro activo —el deber de contribuir o favorecer al libre desenvolvimiento de dichos intereses ajenos—. Por sus *sujetos*, la solidaridad obliga a los individuos o ciudadanos entre sí, pero también a los Entes territoriales del Estado como representantes que son de los intereses de las comunidades en que aquéllos se agrupan. Por su *vigencia*, hay una solidaridad sincrónica (la que atiende a necesidades actuales con medios actuales) y otra diacrónica (que dispone medios actuales para atender necesidades futuras, incluso de futuras generaciones, o por el contrario compromete medios futuros para subvenir a necesidades actuales¹³). Por último, por su *objeto*, como el Estado mismo, la solidaridad tiene dos grandes elementos o dimensiones: (i) la territorial y (ii) la personal o social. Esta última clasificación merece mayor detenimiento.

Es obvio que la solidaridad es, en todo caso, una relación interpersonal (bien bilateral o bien multilateral grupal). Pero puede dirigirse a subvenir a las diferencias existentes entre la calidad de vida de las personas por razón de las condiciones de su lugar de residencia (niveles de infraestructuras, de servicios y de renta del municipio, la provincia o la región) o por razón de las condiciones socio-económicas o personales de su existencia (renta familiar y personal, sector de actividad y nivel del puesto de trabajo o carencia de éste, grado de alfabetización y formación en general, sexo, edad, pertenencia a una minoría étnica, cultural o religiosa, afectación por una adicción, una enfermedad crónica, una minusvalía física o psíquica, etc.). La primera es a la que denominamos aquí solidaridad territorial, y la segunda solidaridad social.

Pues bien, sólo para la primera utiliza nuestra Constitución expresamente el término «solidaridad» y, sin embargo, el dualismo de la noción de la solidaridad que maneja el texto constitucional se refleja manifiestamente

¹³ La solidaridad cuyos beneficiarios son no sólo las personas vivas sino también las generaciones futuras, inspira desde luego el Derecho medioambiental (donde podría apoyarse en la mención que de la solidaridad se hace en el art. 45.2 CE) y del patrimonio cultural. La perspectiva contraria pero igualmente diacrónica justifica, por ejemplo, el endeudamiento público para financiar obras cuyo disfrute compartirán con nosotros las generaciones venideras (en este sentido, MARTÍN MATEO, 1967: 32).

en sus artículos 40 y 131. El primero encomienda a los poderes públicos promover «las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta *regional y personal* más equitativa, ...»; el segundo habilita al Estado para planificar la actividad económica general «para atender las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo *regional y sectorial* y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución» (la cursiva es nuestra). En ambos se propugna una justa distribución de la renta y, por tanto, se trata de la solidaridad, tanto «regional» como «personal»¹⁴. En el mismo sentido apunta la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, que ha invocado el «principio de solidaridad» no sólo en su dimensión territorial¹⁵ sino también en la social¹⁶. En ambos casos, como se verá, la solidaridad es un valor de síntesis:

(i) El principio de *solidaridad territorial* (o «regional») expresa la síntesis en la tensión dialéctica existente entre los principios de *unidad* del Estado español y *autonomía* de las Comunidades Autónomas y los entes locales, ya que reconduce a la cohesión del todo desde el reconocimiento de la diferencia entre las partes¹⁷. Afirmado junto con ellos dos con carácter general en el artículo 2 CE, este principio de solidaridad territorial se contiene también en los artículos 131, 138, 156.1 y 158 CE, cuyo análisis no corresponde a esta obra¹⁸.

(ii) El principio de *solidaridad social* (o «personal»), expresa la síntesis en la tensión dialéctica existente entre los valores superiores de *libertad* e

¹⁴ La distribución de la renta —es decir, la faceta económico-financiera— es la manifestación más habitual y conocida de la solidaridad, si se quiere la principal, pero no desde luego la única. Tanto sirven al principio de solidaridad la progresividad del IRPF y el Fondo de Compensación Territorial como una adecuada política educativa, asistencial o de ordenación del territorio, por ejemplo.

¹⁵ En este sentido, pueden consultarse las SsTC 183 y 250/1988, de 13 de octubre y 20 de diciembre, respectivamente, ambas sobre el Fondo de Compensación Territorial; la STC 150/1990, de 4 de octubre, sobre el Fondo de Solidaridad Municipal de la Comunidad de Madrid; la STC 135/1992, de 5 de octubre, a la que se volverá a aludir más adelante; o la STC 146/1992, de 16 de octubre, sobre incentivos regionales para la corrección de desequilibrios económicos interterritoriales.

¹⁶ La STC 62/1983, de 11 de julio, ya alude en su F.J. 2 A) a la «solidaridad e interrelación social, especialmente intensa en la época actual, [que] se refleja en la concepción del Estado como social y democrático de Derecho, que consagra la Constitución (art. 1.1)» a propósito de la acción pública para la defensa de «los intereses comunes, es decir, aquellos en que la satisfacción del interés común es la forma de satisfacer el de todos y cada uno de los que componen la sociedad, por lo que puede afirmarse que cuando un miembro de la sociedad defiende un interés común sostiene simultáneamente un interés personal, o, si se quiere desde otra perspectiva, que la única forma de defender el interés personal es sostener el interés común». Pero más específica, a los efectos que aquí importan, es la STC 134/1987, de 21 de julio, sobre pensiones de la Seguridad Social, cuyo F.J. 5º razona en términos «del deber de solidaridad entre todos los ciudadanos» y «del principio de solidaridad, una de cuyas exigencias esenciales es, precisamente, el sacrificio de los intereses de los más favorecidos frente a los más desamparados con independencia, incluso, de las consecuencias puramente económicas de esos sacrificios», concepto que se repite en la STC 100/1990, de 30 de mayo, F.J. 2, también en materia de pensiones.

¹⁷ En este sentido, PAREJO ALFONSO (en PAREJO, ORTEGA y JIMÉNEZ-BLANCO, I: 152) y la ya citada STC 135/1992, de 5 de octubre, según la cual (F.J. 7) «el principio de solidaridad que nuestra Constitución invoca repetidas veces ... no es sino un factor de equilibrio entre la autonomía de las nacionalidades o regiones y la indisoluble unidad de la Nación española (art. 2)».

¹⁸ Para dicho análisis, puede verse PEMÁN GAVÍN, 1992: 251-305 y la bibliografía allí citada.

igualdad. Si en el Estado liberal dicha tensión se resolvía manifiestamente a favor del primero, en el Estado social la libertad del individuo subsiste y aun se refuerza en su efectividad igualitaria, pero para ello se nos aparece mucho más condicionada socialmente por el principio de solidaridad, para hacer efectivo un mínimo de igualdad material entre todos. A diferencia de la solidaridad territorial y de cuanto ocurre en otros textos constitucionales¹⁹, este principio no encuentra una proclamación expresa en nuestra Constitución. Como ya se ha indicado, dicha solidaridad es, sin embargo, una consecuencia necesaria del reconocimiento de la igual dignidad de todas las personas, que como sabemos se proclama como «fundamento del orden político y de la paz social». Luego —como también se ha dicho—, dicha dignidad vincula tanto a los poderes públicos (dimensión política) como a los ciudadanos y las organizaciones por ellos creados (dimensión social), lo que, por otra parte, no es exclusivo de ella sino propio de toda la Constitución (art. 9.1 CE). Analicemos brevemente ambas proyecciones.

Como mandato dirigido a los ciudadanos, la solidaridad social se encuentra implícitamente reconocida en la afirmación del «respeto a los derechos de los demás» que le sigue justamente, conciliando lo individual con lo social, a la proclamación de la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes en el apartado 1º del artículo 10 CE; máxime si se tiene presente que dichos derechos no tienen sólo por objeto situaciones de libertad (cuyo respeto no exige otra cosa que una abstención) sino también de prestación (cuyo respeto requiere una acción). Del mismo modo que la persona y sus derechos (y no los poderes del Estado, que son vicarios de aquéllos) son el fundamento último del orden político, así también el respeto hacia los derechos de los demás es el fundamento último de los deberes que se le pueda imponer a cada uno para con todos, en forma de prestaciones personales o patrimoniales. Y por ello el principio de la solidaridad social permite imponer a los ciudadanos al servicio militar obligatorio o, en su caso, la prestación social sustitutiva (art. 30.2 CE); o les obliga a soportar los impuestos que gravan su renta, inspirados además en los principios de igualdad y progresividad (art. 31.1 CE); o impone la educación y el trabajo como un deber y no sólo como un derecho (arts. 27, apartados 1 y 4, y 35.1 CE, respectivamente).

Como mandato dirigido a los poderes públicos, la solidaridad social se expresa de forma general y primigenia en el artículo 9.2 CE, según el cual «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su pleni-

¹⁹ Recordemos el caso de la Constitución italiana, según cuyo artículo 2: «La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ya sea como individuo o en las formaciones sociales en que se desarrolla su personalidad, y requiere el cumplimiento de los deberes inderogables de *solidaridad política, económica y social*».

tud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». La misma idea se desagrega en los sucesivos mandatos igualmente dirigidos a los poderes públicos para que promuevan la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales de las personas contenidos en el Capítulo III del Título I de la Constitución, de algunos de los cuales nos ocuparemos más adelante en el apartado siguiente. En tercer lugar y por último, todavía reciben los poderes públicos nuevos mandatos de solidaridad en el orden económico y al margen ya de los derechos de tercera generación. Así, en el artículo 130 CE, que les llama a atender particularmente la modernización y desarrollo de la agricultura, la pesca y la artesanía «a fin de equiparar el nivel de vida de todos los españoles»; e igualmente en el artículo siguiente, el ya citado 131.1 CE, referente a la planificación de la actividad económica general.

Pues bien, así caracterizado, puede ya afirmarse que el principio de solidaridad social inspira, desde luego, a los diversos servicios que aquí denominamos atinentes a la persona, como la seguridad social²⁰ y la acción social, desde luego, pero también la educación o la sanidad²¹. Todos estos servicios, y esto es lo más importante, sirven a la idea de solidaridad no sólo en su dimensión territorial (que es inmanente a la cláusula de Estado autonómico y por tanto también está presente, e incluso de forma más evidente, en los servicios atinentes al territorio) sino también y sobre todo en la social (lo que es propio y, como tal, característico de ellos).

C) *Inmediatez a la dignidad del hombre (ii): Su afectación a derechos fundamentales de libertad y su consistencia en derechos constitucionales de prestación. En particular, la libertad de su prestación privada*

Si, como decimos, la conexión de los servicios atinentes a la persona con la dignidad de la persona es íntima, no nos puede extrañar que estos servicios se vean afectados por un conjunto de situaciones jurídicas fundamentales del individuo, que los dota de una «densidad jurídico-constitucional»

²⁰ Sobre el principio de solidaridad como fundamento de la seguridad social, pueden verse ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA: 37 y, con mayor detenimiento, ALMANSA PASTOR: 120-125. También este último autor le reconoce un influjo más amplio, cuando afirma que «en todos los tipos de asistencia late la solidaridad» (124).

²¹ En cuanto a la sanidad, resulta concluyente el artículo 3.3 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS), según el cual «la política de salud estará orientada a la superación de los desequilibrios territoriales y sociales». La función solidaria del sistema educativo es también manifiesta: aunque no se proclame con tanta generalidad en su legislación, trasluce en los derechos «a recibir las ayudas precisas para compensar posibles carencias de tipo familiar, económico y sociocultural» y a la «protección social» reconocidos a los alumnos en el artículo 6.1, letras g) y h), de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, del Derecho a la Educación (LODE) y en el Título V, «De la compensación de las desigualdades en la educación», de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE).

muy superior a la que rodea a los servicios atinentes al territorio. En efecto, la prestación en que consisten afecta en primer lugar a las libertades de la persona; no sólo a las libertades del beneficiario de la prestación, sino también —y esta perspectiva no siempre es tenida en cuenta— a las del prestador mismo. Así:

- En la educación, de la que dice la Constitución que «tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana» (art. 27.2 CE), la enseñanza pública debe ser respetuosa con las libertades ideológica, religiosa (art. 16 CE) y de estudio (modalidad de la de enseñanza en el discente: art. 27 CE) del estudiante, así como también con la libertad de cátedra del profesor [art. 20.1.c) CE].
- En los servicios públicos de creación y animación cultural (incluida la Universidad en su actividad investigadora y divulgadora), se está afectando a la libertad de creación y producción literaria, artística, científica y técnica del prestador [art. 20.1.b) CE].
- En la asistencia sanitaria y social, se ven con frecuencia comprometidos los derechos a la vida, a la integridad física o moral (art. 15 CE) y a la intimidad (art. 18 CE) del paciente o usuario, así como determinados tratamientos o servicios pueden entrar en conflicto con las citadas libertades ideológica y religiosa (art. 16 CE) tanto del médico o el trabajador social como también del paciente o usuario.

Precisamente esta conexión íntima con la persona de todos estos servicios es la que explica que para todos ellos quede garantizada la libertad de su prestación, lo que constituye una nueva analogía fundamental entre todos ellos. En efecto, el libre desenvolvimiento de la personalidad (art. 10.1 CE) exige dejar abierta la prestación privada de los servicios atinentes a la persona, en concurrencia (no necesariamente competitiva: véase la letra siguiente) con su prestación pública, pues de otro modo se estaría ahogando los comportamientos sociales solidarios y, en definitiva, negando a la persona como ser social.

A su vez, y en segundo lugar, la organización y el régimen públicos de dichos servicios vienen también impuestos en alguna medida desde la misma Constitución en el Estado social, que hace de todos ellos objetos de sendos derechos de prestación, en virtud de la conocida normalmente como «tercera generación» de derechos humanos, esto es, los derechos económicos, sociales y culturales. Llegamos así a que ambas cosas (libertad de los sujetos privados, mandato de acción a los públicos) vienen hoy demandadas desde la Constitución. Así lo prevé expresamente nuestra Constitución en las materias cultural [libertad de producción y creación del art. 20.1.b) CE, derecho a la cultura y mandato de su promoción en el art. 44 CE], educativa (libertad de enseñanza y derecho a la educación, con específicos mandatos a los poderes públicos en el art. 27 CE) y social (derecho a la Seguridad Social y libertad de la asistencia y prestaciones complementarias de aquélla del art. 41 CE).

Sólo en materia de asistencia sanitaria, el mandato constitucional de acción pública que sigue a la proclamación del derecho a la salud, no se acompaña, a su vez, específica y expresamente de la proclamación de libertad de la asistencia privada, si bien cabría inducirla de la libertad asistencial del artículo 41 CE, en lo material, y de las libertades de asociación, de fundación para fines de interés general (arts. 22 y 34 CE, respectivamente), de profesión (art. 36 CE) y de empresa (art. 38 CE), en lo institucional²².

D) *Interconexión propia de los elementos de un sistema*

Los servicios atinentes a la persona interactúan entre sí, en cuanto tienen a ésta por objeto y la personalidad es un todo único, sin perjuicio de que la taxonomía jurídica desglose sus facetas. Esta interdependencia aparece ya en la propia Constitución: así, en el artículo 43, donde se regula el derecho a la salud, la función de los poderes públicos no se agota, desde luego, en la asistencia sanitaria, sino que incluye «la educación sanitaria, la educación física y el deporte». Y de acuerdo con el artículo 50, relativo a la protección de la tercera edad, los poderes públicos deben promover «su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio».

Y es que, en relación con los derechos sociales y con los que aquí denominamos servicios atinentes a la persona, procede distinguir entre un plano *final* (la salud y la cultura, por ejemplo, son bienes en sí mismos como dimensiones de la personalidad y, como tales, fines de la actividad administrativa) y otro *modal* (la educación, la seguridad social y la acción social son medios o técnicas de acceso al disfrute de aquéllos y otros bienes). No existe una correspondencia biunívoca entre los elementos de ambos planos, sino que un mismo servicio público puede servir a varios bienes o fines, y de hecho lo hacen frecuentemente, del mismo modo que varios de estos servicios pueden combinarse en la procura de un mismo bien. Por eso habla la Constitución de la educación sanitaria en su artículo 43, por ejemplo, y de servicios sociales de salud o de cultura para la tercera edad en su artículo 50. Si descendemos al plano legislativo ordinario y de la ejecución, nos encontraremos con innumerables ejemplos de esta interacción, en los que no parece necesario extenderse aquí (piénsese en los hospitales universitarios, los servicios socio-sanitarios, la educación para la salud, la universidad para mayores, etc.), pero que aboga por la consideración conjunta de todos estos servicios, en la línea que aquí se ensaya.

²² La libertad constitucional de la asistencia sanitaria privada es pacífica en la doctrina. Pueden verse, por todos, GARRIDO FALLA (1985: 790-791), MUÑOZ MACHADO (1995: 94) y FERNÁNDEZ PASTRANA. La reconoce además la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en sus artículos 88 y 89.

E) *Los servicios a la persona como bienes económicos: La dificultad de su organización en mercados y la subsistencia posible del servicio público en sentido institucional u orgánico en este ámbito*

Los servicios atinentes al territorio son, como se ha dicho, los que tienen a cosas por objeto inmediato y, por ello, los definimos por el territorio que les da soporte. En su objeto, pues, concurre un cierto grado de escasez (pues suelen consumir tiempo y energía o utilizar recursos naturales agotables) y de objetividad, en el sentido de su sustituibilidad (el suministro de un kilowatio/hora de electricidad o un hectólitro/hora de agua, el transporte de x kilos de una mercancía por y kilómetros de carretera, etc.), que constituyen los requisitos sobre los que poder construir, respectivamente, su economicidad (pues economía es la administración de bienes escasos) y la posibilidad de configurarlos como mercado (pues no hay competencia sin un cierto factor de sustitución entre los productos de los oferentes). Por ello, puede decirse que los servicios atinentes al territorio son naturalmente servicios «de interés económico» a los efectos del Derecho de la competencia, sin perjuicio de que, en algunos casos, su configuración como un mercado requiera una segmentación vertical que ponga en mano única y neutral aquellas infraestructuras, redes o actividades que, por sus economías de escala o por cuestiones ambientales, no puedan poseerse o ejercerse competitivamente y que, por ello, fueron tradicionalmente consideradas como monopolios naturales ²³.

Diferente es la situación de los servicios atinentes a la persona. Y no porque por su propia naturaleza no puedan ser económicos ni porque, por el mismo motivo, no puedan erigirse «mecanismos de tipo mercado» en ellos, como a veces se pretende apriorísticamente. En el sector sanitario, en el social, en el cultural y en el educativo, con el servicio público coexisten servicios privados en los que compiten algunos ofertantes entre sí (los de ánimo lucrativo) y que prestan servicios iguales o complementarios a los del servicio público, de su misma naturaleza ²⁴. De donde se sigue que la natu-

²³ Pero, como ha razonado DE LA QUADRA-SALCEDO (2000: 35), «la informática y las nuevas tecnologías han hecho saltar los conceptos tradicionales acerca del monopolio natural» haciendo posible que, donde antes había un servicio público monopolístico, hoy existan actividades liberalizadas, esto es, prestadas en régimen de libre competencia aunque con definición de un «servicio universal «que no es sino el trasplante a un escenario de competencia de los objetivos que perseguía el servicio público y que ahora de una forma u otra —de forma espontánea o con intervenciones— se trata de que satisfaga el mercado» (*ibidem*: 42).

²⁴ Esta peculiaridad del servicio público en este ámbito ha llevado a un sector de la doctrina a calificarlo como servicio público en sentido objetivo, frente a la más tradicional concepción del servicio público en sentido subjetivo que requeriría la reserva exclusiva de la actividad al poder público, sin posible concurrencia de la iniciativa privada. *Vid.*, por todos, GÓMEZ-FERRER: 15 y 25-27; MORELL OCAÑA: 382. En la misma línea se sitúan el concepto «operativo y amplio» de servicio público defendido por DE LA CUÉYARA, que incluye los que denomina «servicios públicos compartidos» (135), la noción asimismo amplia manejada por BERMEJO VERA (66) o la de servicios públicos «no reservados» de SOUVIRÓN MORENILLA (580).

raleza de la actividad prestacional en estos sectores no es *per se* incompatible con su economicidad ni tampoco con su ejercicio competitivo. La cosa es algo más compleja:

(i) *De facto* ocurre, en primer lugar, que en los servicios atinentes a la persona se diluye mucho la transparencia en la actividad (al menos allí donde la afectación a la privacidad de la persona requiere la reserva de la información) y la objetividad o sustituibilidad entre productos o servicios que, al tener por objeto a las personas, incorporan un fuerte subjetivismo. Como es bien sabido, un mercado perfecto requiere transparencia y objetividad. Se trata, además, de servicios cuyos beneficios se dispersan a toda la sociedad: una adecuada red de servicios de asistencia sanitaria o social o de centros educativos de calidad no beneficia sólo a cada uno de sus usuarios, sino que tiene lo que los economistas denominan una fuerte *externalidad positiva* en beneficio de la sociedad entera por su evidente contribución a la salud pública, en el primer caso, y a la cohesión y la paz sociales en todo caso²⁵. Todos estos rasgos constituyen fallos del mercado que lo alejan de la competencia perfecta, desde luego. Pero ello no es un rasgo exclusivo de los servicios atinentes a la persona; bien al contrario, la existencia de fallos o deficiencias del mercado es un fenómeno generalizado, hasta el punto de que un conocido experto en economía pública ha sentenciado que «sólo en circunstancias excepcionales, el mercado resulta eficiente» (STIGLITZ: 59).

(ii) *De iure*, en segundo lugar y sobre todo, ocurre que el principio de solidaridad impone²⁶ a los poderes públicos garantizar la prestación de dichos servicios en condiciones tendencialmente universales y gratuitas, difícilmente compatibilizables con su configuración competitiva en un mercado libre. Organizar íntegra y exclusivamente la provisión de bienes tales como la educación, la seguridad y la acción sociales, la salud o la cultura en condiciones y a precios de mercado, creemos que vaciaría de contenido los derechos de prestación de los artículos 27, 41, 43, 44 y 48 a 50 CE, máxime si se interpretan a la luz del artículo 9.2 CE. Algunos de dichos precep-

²⁵ El ejemplo extremo de externalidad positiva es el que los economistas llaman el «bien público», que es aquél «en que el coste de extender el servicio a una persona adicional es cero y de cuyo disfrute es imposible excluir a nadie» (SAMUELSON y NORDHAUS: 36). Como bien público puro suele citarse el caso de la defensa. La educación y los servicios sanitarios constituyen más bien ejemplos de «bienes privados de provisión pública» porque, pese a las externalidades y demás fallos del mercado que en ellos se dan, «en principio, podrían ser —y frecuentemente son— de oferta privada» (STIGLITZ: 29).

²⁶ Los economistas utilizan al efecto la idea de la equidad, contrapuesta dialécticamente a la de eficiencia. Explican SAMUELSON y NORDHAUS (36-37) que un mercado perfecto asigna los recursos escasos de manera eficiente, pero no produce necesariamente una distribución justa de la renta y del consumo, que es a lo que responde la idea de equidad. Y ello no constituye ya un fallo del mercado [a diferencia de los que se han reseñado en el apartado (i)] porque «incluso el sistema de mercado más eficiente puede generar una gran desigualdad». Ocurre sin embargo que «la desigualdad de la renta puede ser inaceptable desde el punto de vista político o ético» y puede imponer al Estado la puesta en marcha de instrumentos redistributivos. Lo que siguen discutiendo es cuál deba ser la intensidad de esas medidas y cuál su contenido: «si para reducir la pobreza es probable que sea más eficiente dar a los pobres dinero en efectivo en lugar de bienes», por ejemplo.

tos garantizan no cualquier forma de acción pública promocional del bien protegido, sino precisamente la actividad administrativa de prestación o servicio público²⁷. Y aun para los que se considere que no es así, tratar de sustituir prestación por regulación, esto es, la prestación de titularidad pública por la regulación pública de una prestación liberalizada, choca con la dificultad de programar de forma objetiva y general en la norma los contenidos de «las obligaciones de servicio público» de esta clase de servicios, caracterizados por su subjetivismo y circunstancialidad²⁸. Por ello, en el ámbito de los servicios atinentes a la persona, los servicios privados (actividad libre y, cuando se presta con ánimo de lucro, competitiva) concurren naturalmente con otros públicos (de titularidad —o, si se quiere, responsabilidad— pública²⁹ y dotados de un régimen financiero, funcional y organizativo exorbitante o ajeno al mercado, sin perjuicio de que puedan gestionarse indirectamente por privados a través de conciertos) sin que uno y otro nivel de prestación compitan entre sí en condiciones de igualdad³⁰⁻³¹.

²⁷ Así ocurre al menos en los casos de los artículos 27.5 *in fine*, 41 (en la interpretación que le ha dado la STC 37/1994, de 10 de febrero, F.J. 4, que supone el carácter público del sistema de seguridad social) y 50 CE. En los tres casos se exige expresamente la erección de servicios públicos, esto es, de prestaciones de titularidad o responsabilidad pública, sin perjuicio de que se puedan introducir en ellos fórmulas de gestión privada (por entidades colaboradoras o concertadas, por ejemplo) ya que «el carácter público del sistema (...) no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privadas, de importancia relativa en el conjunto de la acción protectora de aquél» (STC 37/1994, cit.). En este sentido, BELTRÁN AGUIRRE, 2000: 123.

²⁸ A esta dificultad me referiré *in extenso* en la letra g). El Derecho comunitario europeo ha sustituido en muchos servicios al territorio, pero no en los atinentes a la persona, la noción orgánica o institucional de servicio público por otra de carácter material o funcional, en la que el acceso igualitario de todos a los bienes o servicios esenciales no se garantiza asumiendo el poder público su titularidad y organizando su prestación en condiciones respetuosas con los derechos del hombre (del beneficiario y del prestador), sino imponiendo desde la ley a los prestadores privados unos estándares mínimos de contenido. La protocolización de tales estándares materiales en una disposición general, con el grado de detalle y certeza requeridos para confiar a su solo efecto la garantía de la igualdad de trato, calidad y continuidad del servicio, resulta sin duda más fácil en el ámbito de los servicios atinentes al territorio (donde sólo depende de factores tecnológicos) que en el de los servicios a la persona (donde inciden importantes factores subjetivos). A ello se añade el pavor que debería producirnos el riesgo de captura del regulador por los operadores en unas prestaciones tan incisivas sobre los derechos de la persona.

²⁹ De ahí que, por ejemplo, la Ley 5/1996, de 18 de octubre, de Servicios Sociales del País Vasco, afirme en su artículo 3.1: «El sistema de servicios sociales es responsabilidad de los poderes públicos; responsabilidad que constituye la garantía del derecho de la ciudadanía a dichos servicios» y que se traduce en la provisión pública de «los recursos financieros, técnicos y humanos» necesarios, sin perjuicio de contar con la iniciativa privada. Todas las leyes de acción social o servicios sociales, de hecho, proclaman entre sus principios informadores el de la responsabilidad pública del servicio.

³⁰ Por ello afirma Tomás-Ramón FERNÁNDEZ (1999: 60) que «en este ámbito, ... la declaración de servicio público sirve sólo para explicar y dar cobertura a la actividad prestacional directa de la Administración, pero nada más», porque no impide la concurrencia privada. Este régimen viene también implicando hasta hoy la exclusión de la libre e igual competencia entre la iniciativa pública y la privada, lo que no es poco. Y ello no tanto por la declaración en sí, porque hay cierto consenso en que la cláusula de servicio público ha caído hoy en el nominalismo (MUÑOZ MACHADO, 1998: 27), dadas sus muchas acepciones, de modo que los efectos de su invocación son más bien simbólicos (CHINCHILLA: 959-962, de nuevo en MALARET: 96), cuanto por el régimen organizativo, financiero y funcional, como decimos, de que se dota a esa actividad prestacional de la Administración. Eso es lo que diferencia precisamente a esa actividad prestacional o de servicio público de la mera iniciativa pública en la actividad económica; que la primera, aunque concorra con la actividad privada, no está obligada a competir con ella en condiciones de

Como se ve, lo «no económico» (en el sentido impropio de lo no competitivo) no es tanto la actividad en sí, cuanto determinada forma de su prestación prescrita legalmente. Cuando afirmamos que determinados servicios (convencionalmente conocidos como servicios sociales o asistenciales) no son económicos, estamos formulando una proposición prescriptiva, no descriptiva. Dicho en otros términos, no se trata sólo de una cuestión fáctica, sino sobre todo axiológica o, en lo que aquí respecta, de axiología jurídica. En el marco común del valor superior de la *igualdad*, la primacía que en los servicios atinentes al territorio ocupa cada día más el principio de la *competencia* (igualdad en la confrontación), la desempeña en los servicios atinentes a la persona el principio de la *solidaridad* (igualdad en la cooperación), sin que uno y otro se excluyan³².

A tenor de lo dicho, parece excesivamente simplista el planteamiento de la Comisión de las Comunidades Europeas, según el cual la salud pública, el empleo, la protección social, la educación y formación y la cultura son *per se* actividades «no económicas» y, por ende, excluidas de plano de la aplicación del Derecho de la competencia³³. La exclusión (y no sólo la modulación a que habilitan los arts. 16 y 86.2 del Tratado en su versión consolidada) puede ser pertinente —lo es en la mayoría de casos—, pero no parece que lo sea el apriorismo sobre el que se construye su fundamento, que no aboca sino al fracaso, como ha demostrado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades. Así le ocurrió a Francia cuando intentó defender el monopolio estatal en la prestación de un seguro social de vejez «destinado a completar el régimen básico obligatorio, establecido por la ley con carácter voluntario y que funciona con sujeción a normas dictadas en ejercicio de la potestad reglamentaria, según el principio de capitalización, especialmente en lo relativo a condiciones de afiliación, cotizaciones y prestaciones». En tal caso, dice el Alto Tribunal, la entidad que lo gestiona «es una empresa» a los efectos del Dere-

mercado sino que se sujeta a un régimen exorbitante de aquél (en este sentido, SOUVIRÓN MORENILLA: 575-580).

³¹ Esta concurrencia plural puede incluso contribuir a resolver la tensión dialéctica entre eficiencia y equidad a que aludíamos tres notas más atrás. En opinión de STIGLITZ (85), «en los casos en que existen alternativas privadas a los bienes públicos, puede incluso que no haya intercambio contradictorio entre equidad y eficiencia. Los intentos de oferta de una educación excesivamente igualitaria (estatal) pueden conducir al éxodo de los acomodados de las escuelas públicas. La desigualdad puede verse, por tanto, incrementada».

³² Como decimos, la relación entre ambos principios no es, en ninguno de estos dos ámbitos, de exclusión, sino de prelación. En efecto, la noción comunitaria europea de servicio público en sentido funcional, que es propia de los servicios económicos liberalizados, sitúa a la solidaridad (mediante el «servicio universal» y las llamadas «obligaciones de servicio público») en un contexto de competencia; mientras que la noción orgánica o institucional de servicio público, que subsiste en España en la mayoría de servicios sociales en sentido amplio, o servicios atinentes a la persona, sitúa a la competencia (por ejemplo, entre empresas que prestan dichos servicios libremente, así como entre las que lo hacen en régimen de gestión indirecta) en un contexto de solidaridad (pues no otro sentido tiene aquí la asunción de la titularidad de la actividad prestacional por la Administración).

³³ Véase la Comunicación de la Comisión sobre *Los servicios de interés general en Europa* (DOCE 96/C 281/03), en particular sus párrafos 18 y 56.

cho de la competencia. Y sin embargo, sólo un año antes, dicho Tribunal había sancionado con carácter general que otras prestaciones sociales eran «una función de carácter exclusivamente social»³⁴. Luego, las prestaciones sociales pueden tener un carácter más o menos económico a efectos del Derecho de la competencia, según se hallen configuradas por el ordenamiento jurídico, o incluso cumplir exclusivamente una función de solidaridad. Se comprende así que en nuestro país, entre otros, subsista una dualidad básica de regímenes para los servicios atinentes a la persona y los atinentes al territorio.

Por lo que se refiere a los servicios públicos atinentes a la persona, sabemos ya que la Constitución española consagra en su Título I su coexistencia con servicios privados del mismo objeto. Y, sin embargo, ello no ha significado necesariamente su configuración como mercados, en el sentido de sujetar al Derecho de la competencia a todos los sujetos, públicos o privados, que concurren en su prestación. Porque una cosa es apertura a la sociedad, y otra bien distinta apertura al mercado. La sociedad adopta no sólo formas lucrativas (de interés primariamente particular), sino también solidarias (de interés general). El Estado social, en el que se produce una fuerte interacción entre lo estatal y lo social, no comparte ya la ideología liberal de desconfianza hacia los cuerpos intermedios entre individuo y Estado ni, en consecuencia, confunde al interés general (plano objetivo) con la organización estatal (plano subjetivo), como demuestra, entre nosotros, la constitucionalización del derecho de fundación para fines de interés general (art. 34 CE)³⁵. Los que llamamos servicios atinentes a la persona son en todo caso actividades de interés general (arts. 27, 41, 43, 44, etc., CE), lo que legitima, a los ojos del Derecho comunitario europeo, no ya la instauración de restricciones al mercado —para aquéllos que se configurasen económicamente, como «servicios de interés económico general»—, sino incluso la exclusión del mercado en sí para los lícitamente configurados como servicios «no económicos» de interés general, o de pura solidaridad.

En definitiva, no es que no quepa considerarlos económicamente ni instaurar en alguno de ellos «mecanismos de tipo mercado», en la terminología que emplea la O.C.D.E. Tal opción cabe y, en tal caso, les deberá ser aplicado el Derecho comunitario europeo de la competencia, aunque sea con restricciones al amparo de los artículos 16 y 86.2 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (versión consolidada). De hecho, ya existen en este ámbito mecanismos de tipo mercado, bien sean de oferta y demanda,

³⁴ Sentencias de 16 de noviembre de 1995, *Fédération Française des Sociétés d'Assurance y otros*, as. C-244/94, y de 17 de febrero de 1993, *Poucet y Pistre*, as. ac. C-158/91 y C-160/91. Para una exposición más amplia de la diferencia entre servicios económicos y sociales o de solidaridad, *vid.* VAQUER CABALLERÍA, 1999: 157-163.

³⁵ Como ha afirmado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 18/1984, de 7 de febrero, «la interacción Estado-sociedad, y la interpenetración de lo público y lo privado trasciende, ..., al campo de lo organizativo y de la calificación de los entes. ... es propia del Estado social de Derecho la existencia de entes de carácter social, no público, que cumplen fines de relevancia constitucional o de interés general».

como ha ocurrido con la liberalización de los servicios funerarios en España, o bien sólo de oferta, como ocurrió con el famoso caso del mercado interno de servicios sanitarios del Reino Unido puesto en marcha durante los primeros años de la década de los noventa, donde la autoridad pública, y no los usuarios, era la compradora de los servicios por los que competían los diversos oferentes públicos y privados. Lo que ocurre es que dichos mecanismos, además de ser dudosamente óptimos por las razones ya expuestas y otras que podrían aducirse³⁶, pueden ser obstructivos del principio de solidaridad social, para cuya efectividad se estime preciso configurar a dichos servicios atinentes a la persona como servicios «no económicos», lo que sólo a la soberanía de los Estados corresponde decidir.

Los factores se invierten en la configuración de los servicios atinentes al territorio. Si los atinentes a la persona eran necesariamente de interés general, pudiendo configurarse de forma «económica» (léase competitiva) o exclusivamente solidaria, éstos son «económicos» por naturaleza, sin perjuicio de que puedan ser de interés general y ello legitime determinadas restricciones al libre mercado. Luego a ellos es plenamente aplicable el orden económico de nuestra Constitución, que garantiza de un lado la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (art. 38 CE), pero de otro también legitima no sólo la iniciativa pública, sino también la reserva al sector público de los que sean esenciales, incluso en régimen de monopolio (art. 128.2 CE). Por eso el fundamento normativo de la apertura de estos servicios no se encuentra ya en la parte dogmática de nuestra Constitución —que vemos que conjuga libertad privada con apoderamiento para la iniciativa y la reserva pública en términos muy abiertos— sino en el Derecho de la competencia del Tratado de la Comunidad Europea o, si se quiere, en aquélla interpretada a la luz de éste. Y por ello, a su vez, aquí la apertura a la sociedad sí implica necesariamente apertura al mercado, aunque sea con restricciones cuando revistan «interés económico general».

F) *Tradicional cierre de las formas de gestión del servicio público: la alternativa entre gestión directa y gestión indirecta por concierto*

Acabamos de observar que, en los servicios atinentes a la persona, subsiste con normalidad la actividad administrativa en forma de servicio públi-

³⁶ La propia OCDE ha cuestionado estas reformas desde la doble perspectiva de la eficiencia y de la equidad. Respecto de lo primero, «se ha demostrado que había cierta ingenuidad en la creencia de que las fórmulas inspiradas en el mercado eran intrínsecamente más eficientes que las fórmulas externas al mismo»; y, respecto de la equidad del servicio, advierte que «resulta difícil apreciar si los temores que la expansión de la mayoría de los mecanismos de tipo mercado origina en materia de reparto tienen una importancia real o simbólica» (OCDE: 239-241). En el caso citado del mercado interior de servicios sanitarios implantado en los años 90 en Gran Bretaña, ha sido posteriormente desmantelado sobre la base de un *Libro blanco* de 1997 titulado *The new NHS: modern, dependable*, que denuncia los enormes gastos administrativos y la fragmentación (obstructiva de la necesaria cooperación en el sistema) que generaba dicho mercado.

co en el sentido orgánico o institucional que es tradicional en nuestro ordenamiento. Ahora bien, ya el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 (en adelante, RSCL) afirma en su artículo 43.2 que «los servicios relacionados con las actividades benéficas podrán prestarse por gestión directa o por concierto». Dicha disyuntiva, que excluye *per se* otras formas de gestión indirecta de los servicios públicos, en particular la de la concesión tan común en otros campos, nunca ha vuelto a ser repetida con tanta rotundidad en nuestro ordenamiento positivo y, sin embargo, parece seguir inspirando su espíritu no ya sólo en lo que toca a la beneficencia o acción social³⁷, sino también a la educación³⁸ y a la sanidad³⁹, hasta el punto de poder erigirse en otra característica general—o al menos común— en los servicios atinentes a la persona y, como tal, diferencial respecto de los servicios atinentes al territorio.

La justificación de este tradicional cierre de las formas de gestión indirecta a la concesión puede encontrarse, en primer lugar, en que el concesionario se define precisamente por gestionar el servicio «a su riesgo y ventura» [art. 156 a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en adelante, TRLCAP]⁴⁰, lo que normalmente se ha articulado mediante la autorización contractual para compensar sus costes cobrando del usuario una tarifa (art. 115.6ª RSCL), mientras que muchos de los servicios de que hablamos están caracterizados por la gratuidad.

Desde una perspectiva diversa, aunque complementaria de la anterior, GARRIDO FALLA (1991: 302) afirma que es el «carácter no monopolístico del servicio el que determina que en su gestión no tenga cabida en su sentido riguroso la fórmula concesional; pues la concesión surge allí donde la Administración se reserva la titularidad de una actividad con prohibición a los particulares del libre ejercicio de la misma». Decimos que esta explicación es complementaria de la anterior porque, al fin y al cabo, el monopolio de explotación constituye precisamente «el aliciente económico que se ofrece al concesionario» (*ibidem*: 325) de modo que le resulte atractiva la gestión a su riesgo y ventura.

³⁷ En este campo, por ejemplo, la Ley 5/1997, de 25 de junio, por la que se regula el Sistema de Servicios Sociales en el ámbito de la Comunidad Valenciana, sólo contempla el concierto (que es objeto de su Tit. VI, arts. 62 a 68) como forma de gestión indirecta de los servicios que regula. Otro tanto ocurre en el artículo 20 de la Ley 9/1987, de 11 de febrero, de Acción Social de Baleares.

³⁸ El régimen de los conciertos, que es la única modalidad contemplada de integración de operadores privados en el servicio público educativo, se encuentra regulado en el Título IV de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación (LODE).

³⁹ La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, contempla sólo dos formas de inserción de centros privados en la gestión de los servicios públicos sanitarios: el convenio de vinculación a que se refieren sus artículos 66, 67 y 94.1 y el concierto regulado en el artículo 90.

⁴⁰ Diferente es el caso del concierto, donde el riesgo empresarial es posible, pero no esencial ni por tanto definitorio. Cabe recordar aquí los conciertos educativos de la LODE, para los que la STC 77/1985, de 27 de junio, afirmó en su F.J.13 que «a través del sistema de conciertos, el legislador, al mismo tiempo que garantiza que la enseñanza se imparte en condiciones de gratuidad, puede imponer el carácter no lucrativo de las actividades» concertadas.

Una tercera clave explicativa, a su vez complementaria de la anterior, se encontraría en que, al estar la concesión concebida para la gestión indirecta de servicios públicos con monopolio de titularidad, su extinción conlleva lógicamente la reversión a la Administración de las obras e instalaciones realizadas para su gestión, ya que el empresario pierde todo título para poder seguir explotándolos para el mismo fin (a ello alude el art. 164 TRLCAP, aunque sin referirlo expresamente a la concesión, lo que sí hace el art. 115.2ª RSCL). Distinto es el caso de los servicios atinentes a la persona, que concurren como sabemos con servicios privados de idéntico objeto, a los que puede por tanto reintegrarse el empresario una vez extinguido su contrato. A tal efecto parece estar concebido el contrato de concierto, definido precisamente por celebrarse «con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate» [art. 156.c) TRLCAP] y consistente por ello en utilizar los servicios que estas personas ya «tuvieran establecidos» (art. 143 RSCL).

Por todas estas razones, el concierto se ha erigido en forma tradicional y prácticamente exclusiva de gestión indirecta de los servicios a la persona, del mismo modo que la concesión es la forma de gestión indirecta por excelencia en los servicios al territorio.

Y, sin embargo, hoy este valor entendido de nuestros servicios atinentes a la persona parece empezar a ser cuestionado, al menos en materia sanitaria, donde se ha ensayado ya la fórmula concesional en el famoso y polémico caso del Hospital de Alzira, en el que la Administración contratante financia la ejecución de la obra y la prestación del servicio al concesionario y le exige mantener su gratuidad para el usuario ⁴¹. Y es que las razones que hemos visto que se oponen a ello son convencionales, no imperativas. También la gestión indirecta de servicios atinentes a la persona puede hacerse mediante concesionario «a su riesgo y ventura» si, en lugar de una tarifa del usuario, se percibe un precio de la Administración fijándose en el contrato una cuantía a tanto alzado o por unidades, en cuyo cálculo se deje lugar al beneficio empresarial (del mismo modo que se hace, por ejemplo, en la concesión del servicio público de recogida de basuras). A tal efecto, simplemente, deberá contemplarse un precio que sea suficiente, a un tiempo, (i) para compensar al concesionario de la concurrencia de gestores privados propia de esta clase de servicios y (ii) para amortizar, en su caso, las inversiones en los bienes y equipos que sean objeto de reversión a la extinción del contrato.

Otra cosa son las dificultades prácticas que pueda encontrar la Administración titular del servicio para hacer que dicho empresario cumpla las condiciones de continuidad, calidad y equidad del servicio con sacrificio de su lucro económico, si es preciso, y que, si llega el caso del conflicto entre el interés general del servicio y el interés particular del empresario (no olvide-

⁴¹ Sobre este peculiar ejemplo de concesión, *vid.* VILLAR ROJAS: 85-86.

mos que, no habiendo en estos servicios monopolio de titularidad, puede haber ejercido antes y pretender ejercer después la misma actividad por cuenta propia) dicho conflicto no se resuelva a favor del último, sobre el que debe primar en todo caso el primero. A la vista de estos peligros, la Administración suele optar por la gestión directa o, en su defecto, por otras formas de gestión indirecta cuya configuración convencional le resulte más idónea. Pero, dejando de lado tales consideraciones, el dato positivo y cierto es que tanto el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (art. 156) como la Ley de Bases de Régimen Local (art. 85.4) tratan a concesión y concierto como formas alternativas de gestión indirecta de cualesquiera servicios públicos sin distinción.

- G) *Los servicios a la persona como actos de empatía: Dificultad de su programación normativa sustantiva y de su prestación burocrática. Protagonismo de lo organizativo, donde abunda la autonomía funcional, la participación experta y la presencia del tercer sector*

La conexión íntima que la prestación tiene con la persona y, por ende, con los derechos fundamentales de libertad de los sujetos que en ella intervienen (prestador y beneficiario) peculiariza necesariamente a la prestación en sí y su régimen jurídico. Esto es algo que, de un modo u otro, ha sido muchas veces observado incidentalmente por diversos autores en varios de los sectores de que hablamos.

En el ámbito de la acción social, ya en 1850 escribía Manuel COLMEIRO que «la caridad social es de suyo inflexible porque está sujeta a reglamentos; costosa porque se convierte en un servicio administrativo; descuidada porque confunde a cada paso la verdadera con la falsa pobreza, y por último, poco benévola y afectuosa, pues para ejercerla establece el gobierno una jerarquía que se posee del cumplimiento del deber, y no simpatiza con el desgraciado», de donde concluye la necesidad del concurso de la caridad privada. Más de un siglo después, todavía MARTÍN MATEO nos advierte de que «los perennes postulados del juramento hipocrático no son desmenuzables a través de la menuda letra del Boletín Oficial» (en GARRIDO FALLA, DE LA VILLA *et al.*: 63), aludiendo a la dificultad de reglamentar el contenido de la prestación, y RUBIO NOMBELA observa que «lo que es difícil es que el Estado garantice la humanización de las prestaciones» (*ibidem*: 81) insinuando la inadaptación de las estructuras burocráticas del Estado a los servicios sociales, cosa ésta que ya afirma directamente ALONSO OLEA para la seguridad social, cuando alude a la descentralización y participación en la organización del Estado como formas de «evitar su despersonalización burocrática» (en ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA: 31). En el ámbito cultural, uno de sus máximos especialistas en Francia, pese a reaccionar calificando de «reticencias liberales» frente a las dudas que suscita en otros la categoría misma del servicio público cultural, afirma no obstante: «la cul-

tura no se da, ni mucho menos se ordena» porque no es un producto de la Administración, sino de la sociedad (MESNARD: 186) y Hermann HELLER (1971: 226), que sabemos ya que es uno de los padres del Estado social, nos dice que la política «no puede producir más que ciertos requisitos organizativos de una cultura espiritual». Es precisamente en el ámbito cultural donde mayor recelo despierta la acción administrativa.

Esta peculiar «textura» jurídica de los servicios atinentes a la persona, o servicios sociales en sentido amplio, de la que acabamos de inventariar algunas percepciones parciales, ya fue en realidad constatada y explicada globalmente por Adolfo POSADA en los albores mismos del Estado social. Tal peculiaridad le llevó a excluir incluso a la actividad social del Estado de la actividad administrativa como tal. La cita, pese a su dilatada extensión, es de todo punto pertinente:

«En efecto: según nuestro concepto, no debe considerarse como parte integrante de la actividad administrativa, por ejemplo, la educación nacional —instrucción pública—, la beneficencia, la sanidad, etc., etc. (...) esta actividad *social* del Estado, no es en sí actividad administrativa: tiene su aspecto administrativo, como lo tiene moral, jurídico, económico; en sí misma es actividad *política* general, y especialmente, por razón del contenido, es actividad educativa, benéfica, sanitaria, industrial, etc., etc. Realmente una cosa es *ejercer* la función de la enseñanza ó de la beneficencia, y otra *administrar* semejantes intereses colectivos. El médico que el Municipio paga para que preste sus servicios á los pobres gratis, ó bien asista en sus hospitales; la junta de beneficencia que el Estado promueve para llevar el socorro en dinero ó en especies al menesteroso, no *administran* la beneficencia: realizan el servicio benéfico. Un hospital no es un centro administrativo, sino benéfico. La acción de la Administración respecto de la beneficencia, revélase principalmente en todo cuanto el Estado haga, para que *haya* médicos gratuitos, hospitales, hospicios, Juntas de beneficencia, etc., etc. ¿Dónde, en verdad, habrá distinción más evidente que la que puede señalarse entre la función *educativa* con el *acto* —técnico especial— de *enseñar*, obra y tarea de la escuela ó de la Universidad, y la acción administrativa que procura las condiciones indispensables para que la función de la enseñanza se cumpla, y la cual, verbigracia, comienza por la *instalación* de la Institución —Escuela, Instituto, Universidad—, y acaba con el continuo cuidado de su conservación *económica*, facilitando de ese modo su fácil expansión y el cumplimiento de su fin? La Administración se introduce, pues, por esta nueva parte del organismo del Estado para suscitarlo, conservarlo y perfeccionarlo» (POSADA, 1897: 61-62; la cursiva en el original).

El juicio de POSADA es certero: los poderes públicos no pueden *administrar* la salud, la cultura, la educación o la integración social de las personas, bienes todos ellos cuyo contenido escapa a su capacidad de acción, pues

de lo contrario se vulneraría el libre desarrollo de la personalidad, sino todo lo más proveer y *organizar* los medios (humanos, materiales y financieros) de dichas funciones ⁴².

Este límite intrínseco y diferencial de la prestación administrativa atinente a la persona puede desglosarse o sistematizarse en dos aspectos, de los que el segundo es lógicamente consecuente y complementario del primero. Me refiero a: (1º) que la legislación propia de estos servicios tradicionalmente se ha centrado en lo organizativo, por la dificultad de la regulación de sus instituciones sustantivas, y (2º) que en dicho plano organizativo, que como decimos se revela central, se han instrumentado fórmulas ciertamente originales.

(1º) En cuanto a lo primero, esto es, el plano legislativo o de la *constitutio*, a la norma —típicamente caracterizada por los rasgos de la generalidad y la abstracción— le resulta sin duda más sencillo establecer un contenido mínimo e indisponible a los servicios de transportes, de comunicaciones o de energía, que hacerlo con la asistencia sanitaria, con los servicios sociales o con los de animación cultural, por ejemplo. Nótese que la Ley General de Sanidad sólo dedica unos preceptos iniciales, necesariamente abstractos, al contenido de los servicios en sí (de entre los que destaca su art. 10, dedicado por imperativo constitucional a establecer un elenco de derechos del usuario), estando su cuerpo central ocupado en organizar el «sistema nacional de salud» ⁴³. En materia de acción o servicios sociales, las Leyes autonómicas son una magnífica muestra de los límites del lenguaje normativo, con definiciones que nada definen y mandatos que a nada obligan. Y, en materia cultural, la misma ausencia de fuentes de rango legal es ya sintomática de cuanto decimos. Sólo en materia educativa la programación legal de los contenidos del servicio tiene cierta consistencia. Es, sin duda, el campo en el que se ha alcanzado una mayor funcionalización objetiva de la actividad, en lo que algo tiene que ver sin duda la *Kulturkampf* o lucha histórica del Estado por arrebatar a la Iglesia el control sobre los contenidos de la enseñanza, por la importancia que tienen en la formación de la conciencia cívica ⁴⁴. Y aun así, siquiera sea en el marco de la progra-

⁴² En el caso particular de la beneficencia, Adolfo POSADA da cuenta ya de las peculiaridades de la organización requeridas por la singularidad de la actividad que tienen por objeto: según el autor, «la naturaleza administrativa de las instituciones benéficas, dado su *fin*, impone en su constitución la combinación de tres elementos: 1º, el *burocrático*, administrativo, de funcionarios del Estado; 2º el *técnico*, para el desempeño del servicio particular del instituto (v. gr.: médicos, alienistas, maestros, etc.); y 3º, el *social* o representativo, que demanda la acción caritativa de la función. Estos tres elementos concurren también a formar el organismo general de la beneficencia, como dependencia nacional gubernativa» (POSADA, 1898: 373-374; la cursiva en el original).

⁴³ De ahí que se haya concluido justamente que la LGS «es principalmente organizativa» (MUÑOZ MACHADO, 2000: 49). No constituye además una excepción, pues también se ha dicho que «la historia de la sanidad española es la historia de la organización» (VILLAR ROJAS: 74, nota 3).

⁴⁴ Como ha observado GÓMEZ-FERRER (10), entre las principales razones para la intervención educativa del Estado durante el siglo XVIII, además de la defensa de las prerrogativas de la Corona (que

mación administrativa, el docente tiene garantizada al máximo nivel su libertad de cátedra [art. 20.1.c) CE].

Y es que la programación legal de los contenidos de los servicios atinentes a la persona choca con la subjetividad que es consustancial a ellos, donde el objeto del servicio es un individuo y el agente de la Administración que los presta, individuo también, implica necesariamente en su actividad aspectos psicológicos no programables objetivamente, no ya sólo porque es fácticamente imposible, sino porque es además jurídicamente imposible, en algunos casos, por afectar a sus derechos fundamentales de libertad.

(2º) En cuanto a lo segundo, es decir, el plano administrativo o de la *actio*, importa volver a destacar que los servicios a la persona constituyen relaciones de comunicación interpersonal o intersubjetiva entre prestador y beneficiario. De donde se siguen las notas de (i) la subjetividad y (ii) la interactividad.

(i) Las estructuras administrativas clásicas no siempre se adaptan a tales clases de relación: la Administración en sí está concebida como «persona» jurídica que sirve *con objetividad* a los intereses generales —art. 103.1 CE— y se encuentra, en consecuencia, conminada a ser un sujeto *sin subjetividad*; y los individuos que en ella prestan servicios, imputándole su actividad, se encuentran vinculados por una relación burocrática o de función pública construida sobre bases igualmente objetivizantes, desde su selección conforme a los principios de mérito y capacidad, hasta su actividad regida por los principios de jerarquía —art. 103.1 CE— e imparcialidad —art. 103.3 CE—. Se comprende que dichas estructuras, que hacen de la Administración un *Deus ex machina* secularizado, no han sido concebidas para emocionar al público con una representación de *Madre coraje*, para transmitir a un alumno los arcanos de una ciencia y, de paso, formarle en ciertos valores cívicos, para comunicarle a la familia de un enfermo terminal la situación de éste y asesorarla en la adopción de las decisiones que requiera el tratamiento más indicado, ni para asistir a una mujer maltratada. Todos estos son, sin embargo, servicios públicos, esto es, prestaciones de la Administración pública en el Estado social, para las que precisa dotarse de medios adecuados. Porque no sólo la calidad, sino incluso la *eficacia* (art. 103.1 CE) misma de los servicios públicos atinentes a la persona pasa necesariamente por la *empatía* ⁴⁵ del servidor público

se sentían atacadas por la doctrina del regicidio y tiranicidio), se encuentra «el divorcio entre la Iglesia y las llamadas «ciencias útiles», producto del racionalismo y del empirismo», que provoca que «para promover la enseñanza de las ciencias útiles se intentará intervenir en los planes de estudio». He aquí una cabal explicación histórica de la programación pública de los contenidos de la enseñanza, que hoy garantiza el artículo 27.5 CE.

⁴⁵ El *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española (21ª ed., Madrid, 1992, p. 571) define la voz empatía como «participación afectiva, y por lo común emotiva, de un sujeto en una realidad ajena».

con el usuario del servicio, lo que difícilmente puede obtenerse con la organización y los medios comunes de la Administración.

(ii) Tampoco la caracterización de los servicios atinentes a la persona como actividades de comunicación intersubjetiva y, por tanto, necesariamente interactivas entre sus agentes o prestadores y sus usuarios, es una mera construcción teórica. Porque sólo desde ella se explica cabalmente que la Constitución haya garantizado específicamente el principio de participación administrativa en la gestión de estos servicios. En efecto, en primer lugar, el artículo 27 CE llama primero a los poderes públicos a garantizar el derecho de todos a la educación mediante una programación general de la enseñanza, «con participación efectiva de todos los sectores afectados», y después prescribe que «los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca». El artículo 129 CE, en segundo lugar, generaliza el mandato de participación a todos los servicios aquí denominados atinentes a la persona, cuando establece que «la ley establecerá las formas de participación de los interesados en la Seguridad Social y en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de la vida o al bienestar general». Parece necesario concluir que el principio de participación tiene una especial legitimidad constitucional en el ámbito de los servicios a la persona, puesto que, para el resto de la acción administrativa, dicho principio sólo tiene el tímido reflejo, parcial y formalizado, del artículo 105 CE.

La conjunción de estas dos notas ha dado lugar históricamente a diversas peculiaridades organizativas. No puede pasarnos desapercibido, en primer lugar, que las primeras Administraciones «independientes» (fenómeno éste que se estudia casi exclusivamente en el campo económico) fueran las Universidades y las Academias, situadas bajo la égida del poder público (en origen, el patronato real) pero organizadas en régimen de autoadministración de los propios agentes de la actividad. El Estado se ve compelido a respetar la autonomía y la participación experta en los centros de educación superior y de alta cultura (hoy, además de las Academias, también el Instituto Cervantes, por ejemplo). Y en el ámbito sanitario, donde ha sido también tradicional la reserva de la función directiva de los centros a los profesionales de la medicina, las últimas reformas organizativas postulan la autonomía de gestión de los centros dotándolos de personalidad propia y dando un lugar preeminente a la participación de los profesionales y los usuarios en su gestión.

Si pasamos del sistema público al privado constatamos que, sin perjuicio de la existencia de empresas, concurre en su prestación un elevado número de entidades sin ánimo de lucro o del tercer sector. En efecto, el campo

propio de la acción del tercer sector es el de los servicios atinentes a la persona ⁴⁶.

Ya en el Estado moderno y liberal estos servicios escapaban a la dicotomía sector público-sector privado (términos que utilizamos de forma conscientemente anacrónica), por la importante presencia de un *tertium genus*, la Iglesia, frente a cuya acción se afirmó precisamente la del Estado, sin dejar por ello de confiarle funciones públicas durante siglos. La presencia histórica de la Iglesia en los servicios atinentes a la persona y no en los atinentes al territorio, asumidos como propios de los poderes públicos, se explica fácilmente porque «falta en ella la función territorial que es necesaria al Estado; es esencialmente una agrupación personal y no una organización territorial» (HELLER, 1971: 227).

Los servicios educativos, los culturales, los sociales y los sanitarios o socio-sanitarios son hoy objetos típicos y tradicionales de las fundaciones constituidas por los particulares; en estos sectores prolifera la actividad de voluntariado; la acción social, tanto interior como exterior, se soporta además en buena parte en la gestión de ONG; y son multitud las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales constituidas como asociaciones empresariales sin ánimo de lucro para colaborar en la gestión de la Seguridad Social ⁴⁷. El tercer sector ocupa hoy un lugar similar, *mutatis mutandis*, al que históricamente tuvo la Iglesia en la prestación de los servicios atinentes a la persona, ya que no sólo concurre en la prestación libre de los servicios, sino que se erige en colaborador privilegiado del Estado, que le confía el ejercicio de actividades de titularidad pública. Esta «sustitución» de Iglesia por tercer sector como principal catalizador de los impulsos altruistas de la persona y colaborador privilegiado de la Administración (proceso en el que no ha desaparecido la Iglesia, si bien ahora ya no interviene revestida de privilegios exclusivos, sino como un titular más de organizaciones sociales sin ánimo de lucro) ha venido determinada por la aconfesionalización del Estado contemporáneo. La fundamentación de la presencia de Iglesia y tercer sector en los servicios a la persona es, por ello,

⁴⁶ En la fase II del conocido estudio de SALAMON y ANHEIER sobre el tercer sector, que lo analiza en un total de 22 países incluida España, «se pone de manifiesto que dos terceras partes del empleo del sector no lucrativo están concentrados en los tres ámbitos tradicionales de servicios de bienestar social: educación, con el 30 % del total; sanidad, con el 20 %; y servicios sociales, con el 18 %», a los que siguen precisamente las actividades recreativas y culturales con el 14 % (SALAMON y ANHEIER: 7). Lo que no excluye que algunas ONG actúen en otros campos, como la protección medioambiental o de los derechos humanos. Ello, en primer lugar, no invalida la percepción de que la presencia del tercer sector es mucho más amplia en los servicios a la persona que en los atinentes al territorio, por no decir que está ausente de estos últimos.

⁴⁷ El papel de estas Mutuas en la gestión de la Seguridad Social se encuentra regulado en el Texto Refundido de su Ley General. En cuanto a la sanidad, también su Ley General prioriza claramente al tercer sector en la colaboración de la iniciativa privada con el sistema sanitario público (véanse los arts. 90.2 y 92 de la LGS). Y por lo que hace a la acción social, la práctica totalidad de las leyes del sector dedica un entero capítulo a ordenar la «colaboración» de la Administración con las entidades del tercer sector.

bien diversa. A diferencia de aquélla, las organizaciones del tercer sector sí pueden tener carácter territorial. Su legitimidad, además, no es trascendente, sino inmanente al hombre. No buscan su salvación, sino su dignificación. Pero coinciden con ella en carecer de ánimo de lucro, en constituir fórmulas organizadas de asistencia interpersonal no mediatizada, donde la actividad en sí, la prestación, constituye —así debiera ser al menos— un fin y no un medio de obtener una remuneración o contraprestación.

Pues bien, como decimos, cada día más, el Estado repliega la gestión directa en estos sectores articulando en su lugar fórmulas de fomento o de gestión indirecta de los servicios, preferentemente a favor de estas organizaciones del tercer sector.

Pero es que además, volviendo a la gestión pública directa, conviene destacar que los sectores que nos ocupan coinciden con aquéllos en que más ha cundido en las últimas décadas el ejemplo de descentralizar la gestión pública acudiendo a la forma de la fundación. En los últimos años, los poderes públicos han constituido un buen número de fundaciones culturales (la conocida Fundación Thyssen Bornemisza, la Fundación Teatro Lírico y la del Gran Teatro del Liceo, por ejemplo) o educativo-culturales (las fundaciones de las Universidades públicas) y, por último, sanitarias (las fundaciones Hospital Verín, Hospital Manacor, Hospital Alcorcón y Hospital Calahorra, por ejemplo). Y es que se trata, como decimos, de sectores en que la gestión por el tercer sector o sector privado no lucrativo (del que la fundación es la institución más arraigada en nuestro ordenamiento) cuenta con una larga tradición y un fuerte prestigio, en el que parece querer cobijarse ahora el Estado social en su búsqueda de legitimación de ejercicio, cuando las formas ordinarias de gestión pública son cuestionadas.

Por último, la concepción de los servicios atinentes a la persona como formas de comunicación intersubjetiva entre prestador y usuario obliga, hoy por hoy ⁴⁸, a postular el principio de su proximidad al ciudadano ⁴⁹ y organizar, en consecuencia, su provisión mediante redes más o menos complejas de centros incluidos en un sistema que incluya desde grandes establecimientos de servicios especializados (v. gr. las universidades, en el sistema educativo; los hospitales generales en el sistema nacional de salud) hasta pequeñas unidades capilares (escuelas y centros de salud, respectivamente). El funcionamiento en red no es exclusivo de algunos servicios atinentes al territorio (como las telecomunicaciones o el sector eléctrico) con los que suele ser asociado. Si a ello se añaden los centros privados, ya estén vinculados al sistema público (centros concertados), ya meramente yuxtapuestos al

⁴⁸ Las nuevas tecnologías de la comunicación permiten concebir y ensayar nuevas formas de prestación «virtual» o a distancia de estos servicios, pero tales ensayos distan todavía de ser generalizados.

⁴⁹ Principio enunciado, por ejemplo, en el artículo 1.2.g) de la Ley 9/1987, de 28 de abril, de Servicios Sociales de Canarias, que preconiza la «proximidad al ciudadano en su propio entorno, garantizándose la efectiva desconcentración y adecuada territorialización de los mismos».

mismo, resulta que uno de los principales retos de la organización de los servicios públicos atinentes a la persona es el de su coordinación para resultar eficaces conforme al principio constitucional del artículo 103.1 CE. Me refiero, por supuesto, a la coordinación *interna* (de los centros públicos entre sí) y *externa* (de aquéllos con los privados), que ya postuló GARRIDO FALLA para los servicios de «beneficencia»⁵⁰ y cabe predicar también de los restantes servicios a la persona; pero me refiero además a la coordinación *sistémica* de todos ellos entre sí⁵¹.

H) *Dificultad para su reparto competencial. Equilibrio entre descentralización territorial y cohesión social, a la luz del principio de solidaridad*

Si la característica definitoria de los servicios atinentes a la persona es su proximidad a ésta, parece lógico concluir *prima facie* en la pertinencia de su prestación por los entes locales, que se caracterizan precisamente por su mayor proximidad al ciudadano.

Precisamente, la clasificación general que nos ocupa de los servicios públicos en «atinentes al territorio» y «atinentes a la persona» ha sido traída aquí a colación con cita de GIANNINI (153), quien la invoca, apoyándose en las conclusiones de la Comisión Redcliffe-Maud para la reorganización de los poderes locales en Inglaterra, justamente para defender que, si bien los servicios atinentes al territorio pueden ser confiados a entes de ámbito superior, los servicios a la persona se prestan óptimamente por los entes de ámbito territorial local. Ya hemos caracterizado más atrás a estos servicios como una forma de relación o comunicación intersubjetiva entre prestador y usuario, de donde se sigue la aplicación a los mismos del principio de máxima proximidad al ciudadano.

En el caso español, donde es bien sabido que la competencia del ámbito local se apoya sobre el reconocimiento de un derecho a participar en los

⁵⁰ Vid. GARRIDO FALLA, DE LA VILLA, *et al.*: 27-31.

⁵¹ Así, por ejemplo, el artículo 1.2.e) de la ya citada Ley 9/1987, de 28 de abril, de Servicios Sociales de Canarias, proclama el principio de «coordinación de la gestión administrativa de los Servicios sociales y de éstos con otras áreas de bienestar social, tendente a una intervención integral y globalizada respecto de las necesidades sociales». Dicho principio general se traduce en mandatos de coordinación a las diversas Administraciones competentes en los artículos 10.1.f) y 13.1.i) de la Ley. El primero de ellos enuncia los servicios afectados por dicho mandato de coordinación con los servicios sociales. Son los de cultura, salud, vivienda, trabajo y educación. También la Ley 8/1985, de 9 de diciembre, de Servicios Sociales de la Región de Murcia, enuncia en su artículo 1º el principio de coordinación del «sistema de Servicios sociales (...) con los recursos que, integrados en otros sistemas (pensiones, subsidios, sanidad y educación principalmente), tienen por objeto satisfacer niveles básicos de la calidad de vida y el bienestar social». La legislación sanitaria, por último, también deslinda sus prestaciones de las de acción social en la disposición adicional cuarta del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, de Ordenación de Prestaciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud, pero de inmediato garantiza «en todo caso la continuidad del servicio a través de la adecuada coordinación por las Administraciones públicas correspondientes de los servicios sanitarios y sociales».

campos de su interés más que en la reserva de ámbitos exclusivos, sin embargo esta tendencia hacia la descentralización de los servicios atinentes a la persona se ha visto confirmada en dos aspectos:

(1º) Porque los Municipios tienen atribuidas competencias en todos ellos sin excepción, cosa que no ocurre desde luego con los servicios atinentes al territorio. Es significativo de ello el listado de materias en que habrán de tener competencias los Municipios del artículo 25.2 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local, y más aún el listado con el que se ejemplifica la competencia residual y complementaria de su artículo 28. De ambos preceptos se infiere, sin más, que los servicios a la persona son consustanciales a los intereses propios de las corporaciones locales, que habrán de participar en alguna medida en su gestión.

(2º) Porque en lo restante, también a diferencia de cuanto ocurre con algunos servicios al territorio, las competencias ejecutivas o de gestión están completamente asumidas por las Comunidades Autónomas, aunque en algunos casos esté pendiente de culminar el proceso de su transferencia. Son las Comunidades Autónomas (y las corporaciones locales, como se ha dicho) las llamadas por el bloque de la constitucionalidad a gestionar la sanidad (excepto la exterior, evidentemente), la educación, la seguridad social (excepto en su régimen económico, garantía última de solidaridad del entero sistema) y la acción social. Sólo la promoción de la cultura escapa a este esquema general, y ello no porque no tengan la competencia ejecutiva las CC.AA. (*vid.* art. 148.1.17ª CE), sino porque la comparten en régimen de concurrencia perfecta o paralela con el Estado (art. 149.2 CE)⁵². Rige para la promoción cultural la filosofía del «cuanto más, mejor», lo que puede explicarse sobre la base de que, al no ocupar o administrar recursos físicos escasos (sólo lo son los recursos financieros), la acción de un ente territorial puede concurrir con la de otro —cada uno desde la perspectiva de su interés respectivo— de forma no conflictiva o no excluyente. Pero, como se ve, también este planteamiento puede extrapolarse y ser visto como propio de otros servicios atinentes a la persona y, de hecho, ya lo ha dejado entrever nuestro Tribunal Constitucional para el de la asistencia o acción social, pese a que en él sí existe reparto de competencias en términos exclusivos y, por tanto, supuestamente excluyentes.

En efecto, pese a ser exclusiva de las Comunidades Autónomas la competencia de asistencia social, la Sentencia 146/1986, de 25 de noviembre, del Alto Tribunal (que expresa además el parecer del pleno con la sola discrepancia del magistrado Leguina Villa), afirma que «*la promoción de igualdad sustancial puede justificar el empleo a este fin de fondos públicos estatales*» al amparo del artículo 9.2 CE, si bien, no siendo este precepto atributivo de competencias y «en un caso de atribución en exclusiva de competencia,

⁵² Pueden verse al respecto las SsTC 84/1983, 49/1984, 153/1985, 157/1987 y 17/1991.

como sucede en éste, el Estado tiene que actuar teniendo en cuenta que hay competencias de otros entes que han de respetarse, actuando desde el exterior, coordinando, fomentando o potenciando la actividad autonómica, usando las técnicas que para este fin habilita la Constitución» (F.J. 4). Hasta aquí, una doctrina reconducible a la general y consolidada sobre el poder financiero del Estado⁵³.

Lo llamativo es la aplicación que de ella se hace a la concreta materia en el fundamento siguiente, que en cierto modo altera la premisa sentada: «Pero en una materia como la objeto de este conflicto —afirma el Tribunal Constitucional—, *las medidas públicas de acción y protección social no pueden suponer colisiones de intereses, que siempre serán coincidentes*» pese a que «podrá haber problemas en el momento de la distribución interregional de los recursos, siempre escasos e insuficientes en este campo», como también «podrá haber discrepancias en la elección de objetivos y políticas, por la diversa orientación política que puedan asumir los gestores de una Comunidad Autónoma frente a los del Estado Central, pero, en este caso, al tratarse de competencias exclusivas, la dirección política de la Comunidad Autónoma es la que en principio debe estimarse prevalente». Tales extremos limitan la acción estatal, para que no cancele el título exclusivo de la Comunidad Autónoma, pero no la invalidan a juicio del Tribunal, pese a que el Estado carece a su vez de título competencial en la materia, porque su intervención no puede suponer «colisiones de intereses, que siempre serán coincidentes».

¿Cómo es posible tal cosa? En opinión del Alto Tribunal, «*en una materia compleja, como la acción y protección social, tan central además en un Estado social (...), las competencias exclusivas no pueden entenderse en un sentido estricto de exclusión de actuación en el campo de lo social, ni de otros entes públicos —tal como sucede en particular con los entes locales—, ni por parte de entidades privadas, que gozan además al respecto de una esfera específica de libertad que consagra el inciso final del art. 41 de la Constitución, ni tampoco por parte del Estado, respecto de aquellos problemas específicos que requieran para su adecuado estudio y tratamiento un ámbito más amplio que el de la Comunidad Autónoma y que presupongan en su concepción, e incluso en su gestión*⁵⁴, un ámbito supracomunitario, que puede corresponder al Estado» (la cursiva es mía).

⁵³ La jurisprudencia constitucional sobre el «*spending power*» estatal se encuentra resumida en la STC 13/1992, de 6 de febrero, FF.JJ. 2, 4 y 6.

⁵⁴ Tratándose en el caso objeto de conflicto de «planes de acción social de ámbito supracomunitario, en los que la acción como tal, y las ayudas correspondientes no podrían residenciarse en las Comunidades Autónomas», entiende el Tribunal que el Estado puede no sólo financiar la acción, sino también «regular detalladamente» las ayudas, e incluso gestionarlas. A este último respecto, recuerda su doctrina según la cual la gestión estatal sólo es legítima «en la medida que los programas correspondientes, por su carácter estatal, no pudieron «regionalizarse» en su gestión», pero también que una de las razones para hacer imprescindible la gestión centralizada es la de «lograr así la igualdad para todos los beneficiarios últimos de estos programas específicos» y «distribuir globalmente, de forma solidaria y equitativa, unos fon-

Como se observa, en definitiva, el Alto Tribunal erige a la parte dogmática de la Constitución (aquí, su art. 9.2 CE) en parámetro privilegiado de interpretación de su parte organizativa (aquí, el art. 148.1.20^a CE) de forma que, si la limitación territorial de la competencia frustra a su juicio el fin al que sirve, está legitimada la acción del ente territorial superior. Pero para ello no invoca ningún título competencial del Estado, lo que permite su crítica por basarse, aparentemente, en consideraciones finalistas rechazadas por el propio Tribunal como criterio distribuidor de competencias⁵⁵.

La solución la aporta una Sentencia posterior, la ya citada 13/1992, de 6 de febrero, cuya fundamentación ha reiterado después la STC 16/1996, de 1 de febrero. En la primera, donde se desarrolla la doctrina a que remite la posterior, se resuelven sendos recursos de inconstitucionalidad contra diversos preceptos de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para 1988 y 1989. En lo que aquí interesa, había sido impugnado el artículo regulador de unas pensiones asistenciales sobre la base de la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma en materia de «asistencia social», título en el que el Tribunal encuentra efectivamente subsumible este objeto del recurso. Y, sin embargo, observa también en su F.J. 14 que dichas pensiones cumplen la función de promoción de la igualdad sustancial a que se refiere el artículo 9.2 CE, y no sólo ello, sino que además se trata «de medidas prestacionales tendentes a asegurar un «mínimo vital» para los ciudadanos que garantice la uniformidad de las condiciones de vida, lo que se inserta lógicamente en las condiciones básicas de la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales, que el artículo 149.1.1 atribuye al Estado como competencia exclusiva» y que trae el Tribunal a colación «en conexión con el art. 50».

Tenemos ya un título que otorga «claro apoyo competencial» al Estado en «las facultades normativas en materia de pensiones asistenciales» a los efectos de asegurar «una pensión asistencial mínima e idéntica para todos, lo que se justifica, además, por las propias limitaciones económicas que harían inviable, desde la consideración misma del principio de solidaridad, una configuración diversificada de las condiciones de edad de los beneficiarios y de la cuantía de tales pensiones asistenciales en el territorio nacional». Cosa distinta será la gestión de la prestación, que corresponderá en principio a las Comunidades Autónomas, pues son las competentes en la materia

dos en función de las necesidades respectivas sentidas por unos determinados grupos o individuos, sea cual sea el territorio de la Comunidad Autónoma en el que residan» (F.J. 7).

⁵⁵ La crítica que formula el magistrado Leguina Villa a la sentencia en su voto particular se sitúa en esta línea: «La sentencia —afirma— no invoca precepto constitucional alguno y tampoco dice con claridad cuál sea el título competencial del Estado en virtud del cual éste puede intervenir ... Con ello, aunque no se diga expresamente, la Sentencia viene a sostener que el interés general, entendido como interés estatal, es un criterio suficiente para abrir a la disponibilidad e intervención unilateral del Estado aquellas materias (como es el caso de la que ahora nos ocupa) que la Constitución y los Estatutos han entregado a las Comunidades Autónomas, sin reserva o excepción alguna a favor del Estado». Y ello, a su juicio, «es mantener por inercia prácticas centralizadoras, incompatibles con el modelo constitucional».

de asistencia social. Así lo afirma de forma taxativa el Alto Tribunal en este caso, si bien debe recordarse una vez más su propia doctrina sobre el poder de gasto del Estado, reiterada en el F.J. 8 d) de la misma Sentencia, por la que cabría admitir excepcionalmente la gestión centralizada sólo cuando ello sea preciso «para asegurar la plena efectividad de las medidas» y «para garantizar las mismas posibilidades de obtención y disfrute por parte de sus potenciales destinatarios en todo el territorio nacional».

Pues bien, estas conclusiones pueden generalizarse a todos los servicios atinentes a la persona. Siendo todos ellos objeto de diversos derechos constitucionales, como se ha demostrado más atrás, a todos cabría extender la aplicación del artículo 149.1.1^a CE para reglamentar prestaciones del Estado de alcance supraautonómico y propósito igualador, esto es, al servicio de la igualdad efectiva postulada en el artículo 9.2 CE, correspondiendo su gestión normalmente a las Comunidades Autónomas, en los términos comentados.

¿Qué ocurre por último con la función legislativa en estas materias, entendiéndose por tal no ya la regulación «reflexiva» de una determinada prestación o subvención pública del ente regulador, en los limitados términos de que se ha hablado, sino la regulación del entero sector, incluyendo toda la actividad pública y la privada? Encontramos de nuevo que el principio de autonomía se conjuga aquí con el de unidad para lograr un resultado de cohesión o solidaridad en los servicios atinentes a la persona. El reparto competencial en materia de educación, por ejemplo, no puede seguir un deslinde linealmente vertical como el que opera en materia de puertos, aeropuertos, carreteras o transportes, donde determinadas cosas o actividades son de competencia plena autonómica, y otras de competencia plena estatal. Porque la educación es objeto de un entramado de derechos de libertad y de prestación de la persona, cuya gestión debe aproximarse al individuo, pero cuya configuración legal debe distanciarse de él, al menos en su nivel básico, para garantizar una mínima igualdad en el goce de tales derechos.

Y por ello, en primer lugar, el Estado tiene reservadas funciones legislativas básicas en la citada materia de educación, en la de sanidad o en la de seguridad social, por ejemplo; en segundo lugar, incluso en las materias donde no hay tal reserva específica cabe insistir sobre lo dicho: que los servicios públicos atinentes a la persona afectan a derechos constitucionales de ésta, por lo que habrá que volver a tener presente la reserva genérica a la competencia del Estado de la regulación de las condiciones básicas de la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1^a CE) ⁵⁶, que es «un título competencial con

⁵⁶ Quizás cabría invocar también aquí la reserva del artículo 81 CE a Ley Orgánica del desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas, si fuera el caso (así, en la enseñanza). Pero como el concepto estricto de desarrollo de un derecho no incluye cualquier afectación al mismo, no parece que quepa incluir en él las reglas de organización de un servicio o prestación que puede afectar al goce de dicho derecho. Tales reglas estarían afectadas, todo lo más, por la reserva de ley del artículo 53 CE, no por la de ley orgánica del artículo 81 CE, y por tanto estarían a disposición de la capacidad legislativa de las Comunidades Autónomas.

contenido propio, no residual» (STC 173/1998, de 23 de julio, F.J. 9). Sabemos ya, por las citadas SsTC 13/1992, y 16/1996, que a estos efectos también son derechos y deberes constitucionales los del Capítulo III del Título I de la Constitución. Entre ellos se encuentran el deber de los padres de prestar asistencia a sus hijos del artículo 39.3 CE, el derecho a la seguridad social del artículo 41 CE, el derecho a la protección de la salud del artículo 43 CE, el derecho de acceso a la cultura del artículo 44 CE, el derecho a la vivienda del artículo 47 CE y los derechos a una especial atención de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos y de la tercera edad de los artículos 49 y 50 CE, respectivamente. Precisamente, las citadas sentencias aplican, como se ha visto, el título del artículo 149.1.1ª CE al último de los derechos citados, el del artículo 50 CE, del mismo modo que la STC 32/1983, de 28 de abril (FF.JJ. 2 a 4) lo trae a colación a propósito del derecho a la salud (art. 43 CE) y las SsTC 124/1989, de 7 de julio (F.J. 3) y 195/1996, de 28 de noviembre (F.J. 6) lo hacen en materia de seguridad social (art. 41 CE), lo que parece despejar, siempre según la jurisprudencia constitucional, toda duda sobre su aplicabilidad a los derechos sociales del Capítulo III⁵⁷.

En mi opinión, no sólo tiene sentido aplicar el título competencial del artículo 149.1.1ª CE al Capítulo III, sino que acaso sea donde más sentido tenga dicha aplicación para preservar el principio constitucional de unidad. Los «derechos» del Capítulo III son principios constitucionales objetivos llamados a informar la legislación positiva (art. 53.3 CE) que tienen por objeto situaciones jurídicas subjetivas del tipo de los derechos de prestación. Dichas situaciones son de configuración legal, ciertamente, pero vienen proclamadas, como «derechos» por la misma Constitución para todo el Estado. Sin embargo, no les alcanza ni la reserva de ley orgánica del artículo 81 CE, ni la reserva de ley ordinaria con garantía de su contenido esencial del artículo 53.1 CE. La única garantía de un mínimo de univocidad de tales derechos se encuentra, por tanto, en el artículo 149.1.1ª CE, allí donde el Estado no tenga reservada competencia, como ocurre con la acción social en relación con los artículos 48 a 50 CE, por ejemplo. Si ese título para regular las condiciones básicas de la igualdad en el ejercicio de tales derechos no les fuera aplicable, la proclamación de los mismos por la norma de cabecera del entero sistema u ordena-

⁵⁷ Dichas dudas han sido históricamente alimentadas por la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que ha vacilado a la hora de conectar el artículo 149.1.1ª CE con los derechos del Capítulo III, por ejemplo en sus Sentencias 152/1988, de 20 de julio, y 15/1989, de 26 de enero. Sobre dichas vacilaciones jurisprudenciales y los votos particulares que las denuncian, véanse TUDELA ARANDA: 202-217 y 348-349 y PEMÁN GAVÍN, 1992: 236-237, quienes, en palabras del último, concluían en su momento que «en modo alguno parece que el tema pueda considerarse asentado y definitivamente cerrado». Pero, como el propio PEMÁN advierte, ninguna de dichas resoluciones contiene un pronunciamiento explícito y general de inaplicabilidad del artículo 149.1.1ª CE al Capítulo III del Título I. Las omisiones son siempre difícilmente interpretables, porque obligan a juicios de intenciones. De donde cabe inferir que son menos concluyentes que las sentencias que sí invocan y aplican dicho título en tal contexto, entre las cuales sabemos además que hay alguna posterior, que además no lo aplica como mero refuerzo sino como título bastante, por sí solo, para legitimar la acción estatal cuestionada.

miento español —y, por tanto, para todo él— quedaría vacía de contenido sustantivo, ya que cada subsistema u ordenamiento autonómico podría configurar en su desarrollo (o, lo que es peor, dejar de hacerlo) prestaciones totalmente diversas, que no guardasen entre sí ningún tipo de identidad.

El juego del título competencial del artículo 149.1.1ª CE, que habrá de utilizarse con mesura para no vaciar de contenido —a su vez— a los títulos igualmente exclusivos de las Comunidades Autónomas en las materias correspondientes⁵⁸, legitima para dictar una regulación⁵⁹ de mínimos unitarios para todo el territorio español exclusivamente en lo referente a la igualdad de los titulares de los derechos y deberes constitucionales afectados⁶⁰. Cuando, como ocurre en el ámbito de este trabajo, la actividad administrativa al servicio de dichos derechos se resuelve principalmente en una actividad promocional —prestacional y de fomento—, dicha regulación de mínimos estatal (en su caso, apoyada financieramente en el ejercicio de su capacidad de gasto o *spending power*) deberá siempre ser compatible con la mejora o el complemento autonómicos, de forma que la unidad no aboque al uniformismo.

Por lo demás, este título competencial es diverso al que rige en el reparto bases estatales-desarrollo legislativo autonómico⁶¹ y, por ello, puede

⁵⁸ Así se ha cuidado de advertirlo el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 82/1986, de 26 de junio (F.J. 4), 37/1987, de 26 de marzo (F.J. 9), 61/1997, de 20 de marzo [F.J. 7 b)] y 173/1998, de 23 de julio (F.J. 9), por ejemplo.

⁵⁹ El título competencial del artículo 149.1.1ª CE sólo habilita a «regular» y, por tanto, «para establecer *normativamente* los principios básicos que garanticen la igualdad en las posiciones jurídicas de los españoles. (...) Cosa distinta será el modo en que hayan de *ejecutarse y gestionarse* (...) que habrá de hacerse en todo caso (...) respetando las competencias autonómicas exclusivas sobre la materia» (STC 13/1992, cit., F.J. 14, la cursiva es nuestra).

⁶⁰ Lo que es distinto, por principio, de regular los sectores materiales sobre los que se proyectan dichos derechos y deberes. Y sin embargo, las condiciones básicas de la igualdad incluyen «criterios que guardan una relación necesaria e inmediata con aquéllas [las materias], tales como el objeto o ámbito material sobre el que recaen las facultades que integran el derecho ...; los deberes, requisitos o condiciones básicas en que ha de ejercerse un derecho ...; los requisitos indispensables o el marco organizativo que posibilitan el ejercicio mismo del derecho» (SsTC 61/1997, de 20 de marzo, F.J. 8, y 173/1998, de 23 de julio, F.J. 9).

⁶¹ Sobre la diferencia entre «legislación básica» o «bases» y «condiciones básicas de la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales» puede verse la famosa STC 61/1997, de 20 de marzo, reiteradamente citada, en su F.J. 7: muy sintéticamente, se afirma allí que las condiciones básicas de igualdad constituyen una «competencia exclusiva para incidir sobre los derechos y deberes constitucionales desde una concreta perspectiva, la de la garantía de la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales, dimensión que no es, en rigor, susceptible de desarrollo como si de unas bases se tratara». Esta doctrina, por su mayor precisión y por el mismo hecho de su posterioridad, parece corregir o, cuando menos, matizar otras Sentencias previas en las que el Alto Tribunal, o bien reunía ambos títulos indiferenciadamente bajo la noción de lo «básico» sin más (como se hace en la STC 32/1983, de 28 de abril, F.J. 3), o bien consideraba al título del artículo 149.1.1ª CE como más genérico que el de legislación básica en la materia, limitándose a aplicar este último como más específico y, por tanto, prevalente (así, en las SsTC 69/1988, de 19 de abril, F.J. 4, y 152/1988, de 20 de julio, F.J. 2). Las diversas competencias básicas del listado del artículo 149.1 CE son materialmente más concretas que la de su ap. 1º, es cierto, pero también lo es que son funcionalmente diversas, ya que esta última habilita a regular plena, no básicamente «desde una concreta perspectiva», la de la igualdad en el ejercicio de los derechos y deberes constitucionales. Por ello, unas y otra no están en línea de continuidad ni aquéllas guardan con ésta la relación propia de la regla especial con la regla general.

complementarse con él en las materias donde concurran ⁶². El resultado, ya se alcance por una, por otra o por ambas vías, es el de la legitimidad de una cierta densidad normativa estatal en todas las materias relativas a los servicios atinentes a la persona —en garantía de una solidaridad territorial mínima— que desarrollarán y/o completarán las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus títulos competenciales sectoriales.

3. CONSIDERACIÓN FINAL

Cuanto aquí se ha expuesto constituye un modelo explicativo y, en consecuencia, una simplificación de la realidad. Algunas de las características que aquí se han reseñado de los servicios atinentes a la persona no concurren, o al menos no lo hacen con la misma intensidad, en todos ellos, y otras pueden observarse también en otras ramas de la actividad administrativa. En las ciencias sociales, el método científico tiene tal efecto, en cuanto reduce una realidad magmática y variable a categorías racionales estancas ⁶³. Sin embargo, en la clasificación que he defendido creo que bien vale pagar dicho coste, pues el beneficio que reporta en la explicación del régimen jurídico actual de los servicios públicos en el Estado social lo supera con creces.

BIBLIOGRAFÍA

ALMANSA PASTOR, José Manuel. *Derecho de la Seguridad Social*, 7ª ed. Madrid, Tecnos, 1991.

⁶² Así ocurre por ejemplo en materia de seguridad social, en la que el Estado tiene reservados la «legislación básica y [el] régimen económico» (art. 149.1.17ª CE) y el Tribunal Constitucional tiene establecido que dicho régimen económico incluye no sólo funciones normativas sino también ejecutivas o de gestión, con el designio de preservar un régimen único y unitario de seguridad social «que garantice al tiempo la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y deberes en materia de Seguridad Social (art. 149.1.1ª de la Constitución)» (STC 124/1989, de 7 de julio, F.J. 3). También en las materias de enseñanza y sanidad, donde el Estado tiene igualmente reservada la función legislativa básica al amparo del art. 149.1 CE, aps. 30 y 16, respectivamente, el Tribunal Constitucional ha combinado este título con el del art. 149.1.1ª CE: véanse, por todas, las SsTC 5/1981, de 13 de febrero (FF.JJ. 23 y ss.), 6/1982, de 22 de febrero (F.J. 2), 32/1983, de 28 de abril (FF.JJ. 2 a 4), 77/1985, de 27 de junio (F.J. 15), etc. Sobre la base de la jurisprudencia constitucional, PEMÁN GAVÍN (1992: 235) concluye que el artículo 149.1.1ª es «un título competencial del Estado que puede aplicarse de forma complementaria con respecto a otras reglas competenciales o, incluso, de forma autónoma». En materia de servicios públicos atinentes a la persona, lo primero ocurre con la educación, la sanidad y la seguridad social, mientras que lo segundo se da, como también se ha visto, en materia de «asistencia social» o acción social (pese a que el autor citado dudaba, como ya se ha indicado dos notas atrás, en aplicar dicho título autónomamente a los derechos del Capítulo III, se ha visto que después lo hizo resueltamente la STC 13/1992).

⁶³ Ciertamente que así es en el Derecho en general y en el administrativo en particular. Piénsese en los infinitos problemas dogmáticos que plantean la clasificación de la actividad administrativa en reglamentos y actos, o la de éstos en actos favorables y desfavorables, discrecionales y reglados, etc. Y sin embargo siguen siendo categorías generales usuales y útiles tanto para el legislador como para el intérprete y para el aplicador judicial.

- ALONSO OLEA, Manuel y TORTUERO PLAZA, José Luis. *Instituciones de Seguridad Social*, 16ª ed. Madrid, Civitas, 1998.
- ARIÑO, Gaspar, DE LA CUÉTARA, Juan Miguel, y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, José Luis. *El nuevo servicio público*. Madrid, Marcial Pons, 1997.
- BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis (2000). «Los Servicios Sociales». *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 57, mayo-agosto 2000, págs. 113-139.
- (1992). *El régimen jurídico de la acción social pública*. Pról. de Francisco González Navarro. Oñati, IVAP, 1992.
- BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. *Reflexiones sobre el estado actual de algunas políticas públicas y de las formas clásicas de intervención administrativa en la economía*. Londres, Esperia, 1999.
- BERMEJO VERA, José et al. *Derecho administrativo. Parte especial*, 4ª ed. Madrid, Civitas, 1999.
- COLMEIRO, Manuel. *Derecho administrativo español*. 2 tomos y un Estudio Preliminar de Alejandro Nieto. Ed. facsímil: Santiago, Xunta de Galicia, 1995 (ed. original: Madrid, Santiago y Lima, 1850).
- CUÉTARA, Juan Miguel de la. *La actividad de la Administración: lecciones de Derecho administrativo*. Madrid, Tecnos, 1983.
- CHINCHILLA MARÍN, Carmen. «El servicio público, ¿una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales? Reflexiones sobre el caso de la televisión», en VVAA., *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo II. Madrid, Civitas, 1991.
- DUGUIT, Léon. *Manual de Derecho constitucional*. Madrid, Francisco Beltrán, 1921.
- FERNÁNDEZ PASTRANA, José María. *El servicio público de la sanidad: el marco constitucional*. Madrid, Civitas, 1984.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón (1999). «Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy». *Revista de Administración Pública*, núm. 150, septiembre-diciembre 1999, págs. 57-73.
- (1996). «Empresa pública y servicio público: el final de una época». *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 89, enero-marzo 1996, págs. 37-49.
- GALEOTTI, Serio. «Il valore della solidarietà». *Diritto e Società*, 1/1996, enero-marzo 1996, págs. 1-24.
- GARRIDO FALLA, Fernando (1991). *Tratado de Derecho administrativo*. Vol. II, *Parte general: conclusión*. 9ª ed., reimp. Madrid, Tecnos, 1991.
- (1985). *Artículo 41 y Artículo 43*, en GARRIDO FALLA, dir., *Comentarios a la Constitución*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1985.
- GARRIDO FALLA, Fernando, DE LA VILLA, Luis Enrique, MARTÍN MATEO, Ramón et al. *Problemas fundamentales de beneficencia y asistencia social*. Madrid, Ministerio de la Gobernación, 1967.
- GIANNINI, Massimo Severo. «Il riordinamento normativo dell'assistenza». *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, 1975, núm. 2, marzo-abril 1975, págs. 147-159.

- GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael. «El régimen general de los centros privados de enseñanza». *Revista de Administración Pública*, núm. 70, enero-abril 1973, págs. 7-27.
- HELLER, Hermann (1985). *Escritos políticos*. Madrid, Alianza, 1985.
- (1971). *Teoría del Estado*. Méjico, Fondo de Cultura Económica, 1971.
- JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Trad. y prol. de la 2ª ed. alemana por Fernando de los Ríos Urruti. Granada, Comares, 2000.
- LOPERENA ROTA, Demetrio. «El servicio público ambiental». *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 57, mayo-agosto 2000, págs. 99-112.
- MALARET GARCÍA, Elisenda, dir. *Régimen jurídico de los servicios públicos*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1997.
- MARTÍN MATEO, Ramón (1999). *El marco público de la economía de mercado*. Madrid, Trivium, 1999.
- (1967). «La asistencia social como servicio público», estudio preliminar a la *Guía de actividades públicas asistenciales*. Madrid, Ministerio de la Gobernación, 1967.
- MESNARD, André-Hubert. *Droit et politique de la culture*. París, PUF, 1990.
- MORELL OCAÑA, Luis. «La organización y las formas de gestión de los servicios en los últimos cincuenta años». *Revista de Administración Pública*, núm. 150, septiembre-diciembre 1999, págs. 379-411.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (2000). «La organización, las prestaciones y otros problemas jurídicos actuales de los servicios sanitarios». *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 57, mayo-agosto 2000, págs. 49-65.
- (1998). *Servicio público y mercado. I. Los fundamentos*. Madrid, Civitas, 1998.
- (1995). *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*. Madrid, Alianza, 1995.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago, GARCÍA DELGADO, José Luis y GONZÁLEZ SEARA, Luis (directores). *Las estructuras del bienestar en Europa*. Madrid, Escuela Libre/Civitas, 1999.
- O.C.D.E. *La transformación de la gestión pública. Las reformas en los países de la OCDE*. Madrid, BOE, 1997.
- OLIVÁN, Alejandro. *De la Administración pública con relación a España*. Pról. de Eduardo García de Enterría. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1954. (Ed. original: Madrid, Boix, 1843).
- PAREJO ALFONSO, Luciano (1998). «Mercado de servicios en libre competencia y servicio público en el orden comunitario europeo», en CASES, Lluís (dir.), *Anuario de la competencia 1996*. Fundación ICO/Marcial Pons, 1998.
- PAREJO, Luciano, JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio y ORTEGA, Luis. *Manual de Derecho Administrativo*. 5ª ed., 2 tomos. Barcelona, Ariel, 1998.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. «Humanismo y solidaridad social como valores de una sociedad avanzada», en LORENZO GARCÍA, Rafael de, CABRA DE LUNA, Miguel Ángel y GIMÉNEZ-REYNA, Enrique (di-

- rectores), *Las entidades no lucrativas de carácter social y humanitario*. Madrid, Fundación ONCE/ La Ley, 1991.
- PEMÁN GAVÍN, Juan (1998). «Del seguro obligatorio de enfermedad al sistema nacional de salud». *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 13, 1998, págs. 61-97.
- (1992). *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*. Madrid, Universidad de Zaragoza/Civitas, 1992.
- POSADA, Adolfo (1929). *Les fonctions sociales de l'État*. París, Marcel Giard, 1929.
- (1897-1898). *Tratado de Derecho Administrativo*. 2 tomos. Madrid, Librería de Victoriano Suárez, tomo I: 1897, tomo II: 1898.
- QUADRA-SALCEDO, Tomás de la (2000). «Constitución y modelo económico liberalizador». *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 9, enero-abril 2000, págs. 27-46.
- (1998). «Servicios públicos versus servicios de interés económico general tras el Tratado de Amsterdam». *Aranzadi Administrativo*, núm. 4, junio 1998, págs. 1-8.
- ROYAL COMMISSION ON LOCAL GOVERNMENT IN ENGLAND 1966-1969. Chairman: the Rt. Hon. Lord REDCLIFFE-MAUD. *Report presented to Parliament by command of Her Majesty, June 1969*. Vol. I. London, H.M.S.O., 1969.
- SALAMON, Lester M. y ANHEIER, Helmut K. *Nuevo estudio del sector emergente. Resumen*. Madrid, Fundación BBV, 1999.
- SAMUELSON, Paul A. y NORDHAUS, William D. *Economía*. 16ª ed. Madrid, Mc Graw Hill, 1999 (tít. original: *Economics*, Mc Graw Hill, 1998).
- SOSA WAGNER, Francisco. *La gestión de los servicios públicos locales*. Prólogo de Eduardo García de Enterría. 4ª ed. Madrid, Civitas, 1999.
- SOUVIRÓN MORENILLA, José María. *La actividad de la Administración y el servicio público*. Granada, Comares, 1998.
- STIGLITZ, Joseph E. et al. *El papel económico del Estado*. Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1993 (tít. original: *The economic role of the State*, Bank Insinger de Beaufort NV, 1989).
- TUDELA ARANDA, José. *Derechos constitucionales y autonomía política*. Pról. de Sebastián Martín-Retortillo Baquer. Madrid, IVAP/Civitas, 1994.
- VAKER CABALLERÍA, Marcos (1999). *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios*. Prólogo de Luciano Parejo Alfonso. Madrid, Marcial Pons, 1999.
- (1998). *Estado y cultura. La función cultural de los poderes públicos en la Constitución española*. Prólogo de Eduardo García de Enterría. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1998.
- VILLAR EZCURRA, José Luis (1999). *Derecho administrativo especial. Administración pública y actividad de los particulares*. Madrid, Civitas, 1999.
- (1980). *Servicio público y técnicas de conexión*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980.

VILLAR ROJAS, Francisco José. «La Ley de habilitación de nuevas formas de gestión del sistema nacional de salud: ¿hacia la desregulación de la sanidad pública?». *Derecho y Salud*, vol. 6, nº 2, 1998, págs. 74-91.