

Efectividad de los derechos y exigibilidad de los servicios sociales

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. MARCO NORMATIVO ACTUAL. INEXISTENCIA DE EXIGIBILIDAD DE LAS PRESTACIONES DE LOS SERVICIOS SOCIALES. III. EL INICIO DE UNA NUEVA TENDENCIA. LA CONFIGURACIÓN COMO VERDADEROS DERECHOS SUBJETIVOS DE DETERMINADAS PRESTACIONES EN MATERIA DE SERVICIOS SOCIALES. IV. CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA CONFIGURACIÓN DE LAS PRESTACIONES COMO DERECHOS SUBJETIVOS: 1. EL DERECHO DEL CIUDADANO A ACCEDER A UNA PRESTACIÓN Y LOS DERECHOS DEL USUARIO DENTRO DEL SISTEMA DE SERVICIOS SOCIALES. 2. LAS GARANTÍAS.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo es tratar de determinar en qué supuestos y bajo qué condiciones las prestaciones propias de los servicios sociales pueden configurarse como verdaderos derechos subjetivos y qué consecuencias jurídicas se desprenden de esta calificación. Este objeto requiere previamente precisar qué entendemos por servicios sociales y qué prestaciones forman parte de los mismos.

En términos generales puede afirmarse que la actividad administrativa que hoy denominamos servicios sociales o acción social tiene su antecedente inmediato en la llamada actividad de beneficencia. Frente a esta activi-

dad de ayuda social de carácter graciable, los servicios sociales supusieron la creación de un aparato administrativo con fines prestacionales que se regía en su actuación por normas previas y, por tanto, sujeto en su actividad al control de los tribunales. Pero al mismo tiempo que se producía una cierta juridificación de la asistencia social, la creciente importancia en la vida pública de la «cuestión social» llevó paralelamente al surgimiento y desarrollo del modelo de previsión social. Este hecho comportó a su vez que la asistencia social pasara a tener un carácter en cierto modo subsidiario, como actividad dirigida a cubrir las necesidades de los no asegurados. De esta forma nos encontramos con la existencia de dos tipos de ayuda social, la que se sitúa en la órbita de la Seguridad Social y que incluye prestaciones que se configuran como verdaderos derechos subjetivos, y la asistencia social o servicios sociales, actividad prestacional hasta hace muy poco en todo caso complementaria y graciable.

Esta diferencia material tiene su reflejo en la Constitución española de 1978, la cual distingue dos tipos de materias diversas a efectos competenciales. La Seguridad Social es competencia del Estado (legislación básica y régimen económico, artículo 149,1.17 CE), y la asistencia social o servicios sociales, es materia autonómica (artículo 148,1-20 CE y en la actualidad materia autonómica según la establecido en los diferentes Estatutos de Autonomía).

La distinción de estas dos materias no es, sin embargo, fácil¹. Un criterio de distinción podría ser el que se atuviera al tipo de prestaciones, de modo que formarían parte de la Seguridad Social las prestaciones económicas, contributivas y no contributivas, mientras que las prestaciones técnicas o materiales serían las propias de la asistencia social o servicios sociales.

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

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

complementariedad (la asistencia social ocupa el espacio que no cubre la Seguridad Social)².

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

No nos corresponde avanzar más en esta compleja cuestión, y nos remitimos a los trabajos que dentro de este mismo número monográfico se ocupan de esta temática. En todo caso señalaremos que por nuestra parte aceptamos plenamente la definición que VAQUER CABALLERÍA da de la acción social o servicios sociales⁴: «conjunto de prestaciones públicas gratuitas, o no contributivas, ofrecidas a la persona bien sea para atender su especial intensidad de necesidades comunes, no cubierta por los servicios públicos tradicionales (como la educación, la sanidad, la seguridad social o la cultura), bien sea en razón de una situación de necesidad particular o diferencial».

Dentro de este concepto pueden incluirse la pluralidad de prestaciones propias de la asistencia social, las económicas o dinerarias y las prestaciones técnicas o de servicios⁵, y cabe añadir que estos servicios forman parte de los llamados servicios atinentes a la persona. De nuevo nos remitimos en este punto a VAQUER CABALLERÍA, quien afirma que «evidentemente todos los servicios públicos son servicios a la persona, pues sólo la persona es sujeto de derecho y destinatario último de la actividad del Estado. Pero no es menos cierto que algunos de dichos servicios tienen un carácter logístico, por lo que sirven a la persona de forma mediata, y lo hacen territorialmente porque el territorio es el medio de la persona (transportes y gestión de sus infraestructuras, tales como carreteras, puertos y aeropuer-

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

³ *Op. cit.*, p. 164.

⁴ *Op. cit.*, p. 169.

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

tos, telecomunicaciones, gestión urbanística, transporte, distribución y suministro energéticos; o abastecimiento, evacuación y depuración de aguas, por ejemplo); mientras que otros la sirven inmediatamente (educación, sanidad, cultura deportes, acción social y seguridad social, empleo y defensa de los consumidores y usuarios, por ejemplo). Pues bien, los servicios sociales en su más amplio sentido son precisamente los servicios que la sociedad (personificada en el Estado) presta a la persona en tanto que miembro de la misma; los servicios, en definitiva, que aquí llamamos atinentes a la persona»⁶.

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

Dentro de esta categoría general de servicios a la persona, los servicios sociales se caracterizan hasta el presente por no configurar las prestaciones como verdaderos derechos subjetivos, frente a lo que ocurre en los otros servicios personales. En la actualidad, el acceso a una plaza escolar en el período de enseñanza obligatoria se configura como un verdadero derecho subjetivo, y lo mismo ocurre con relación a las prestaciones sanitarias incluidas dentro de las relaciones de prestaciones garantizadas⁷ o en el caso de las pensiones a la vejez e invalidez.

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

En este sentido, en el documento «Bases per a una nova llei de serveis socials de Catalunya. Un document per al debat»⁸, en el apartado relativo al preámbulo (página 24) se afirma que «los servicios sociales en Cataluña

⁶ VAQUER CABALLERÍA, *op. cit.*, pp. 113 y 114.

⁷ La relación de los derechos subjetivos en materia sanitaria se contiene en la actualidad a nivel estatal en la ley 6/2003 de 28 de mayo de cohesión y calidad del sistema nacional de salud y en el catálogo de prestaciones y cartera de servicios. Vid. al respecto, VIDA FERNÁNDEZ, J., «Las prestaciones sanitarias del SNS: catálogo de prestaciones y cartera de servicios», en el libro colectivo coordinado por PAREJO-PALOMAR-VAQUER, *La reforma del sistema nacional de salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 37 y ss.

⁸ Documento elaborado por una Comisión de expertos nombrada por el Departamento de Bienestar y Familia de la Generalidad de Cataluña y publicado con fecha la noviembre de 2004.

están formados por servicios, establecimientos, prestaciones económicas, programas y actividades de prevención, atención y promoción social. Constituyen un sistema aún débil por la falta de cobertura universal y del reconocimiento específico del derecho subjetivo a su utilización. Es lo que se ha denominado *derecho debilitado* por los recursos limitados establecidos para su elección. Por otra parte, lo que hace *fuerte* a un derecho es el sistema de garantías que lo acompaña». Poco después el mismo Documento afirma que «cuando el derecho a la educación y a la salud no eran derechos universales reconocidos por las leyes, había pocas escuelas y pocos servicios de sanidad pública, y eran utilizados sólo por los sectores más débiles de la sociedad. Es evidente el cambio cualitativo que para los servicios de salud y educación ha supuesto el reconocimiento del derecho universal a disponer y hacer uso de los mismos. Los servicios sociales también están siguiendo el mismo recorrido, si bien con unos años de retraso. Y, como sucede en la sanidad y en la educación pública, los sectores con unos niveles de renta altos utilizan poco los servicios sociales, pero los sectores de rentas medias ya los reclaman. No obstante, a los servicios sociales les falta el reconocimiento del derecho a reclamarlos para que puedan emprender el tramo final hacia su configuración como sistema público, como la cuarta columna del bienestar social, al lado de las pensiones, la salud y la educación».

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

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

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

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

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

Este último precepto constitucional precisa el valor jurídico de estos principios rectores. No carecen de fuerza jurídica ni se trata de normas sin contenido, pero no configuran verdaderos derechos exigibles directamente ante los Tribunales. Como ha dicho el Tribunal Constitucional su verdadero contenido impone tenerlos presentes «en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes» (STC 19/1982, de 5 de mayo, FJ 6). O como ha dicho el Tribunal Supremo, en la sentencia de 9 de mayo de 1986, Ar. 4396, «...a la misma conclusión hay que llegar si se trae a colación el artículo 49 de la vigente Constitución española, conforme al cual “los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este título otorga a todos los ciudadanos”, derechos entre los que se encuentra, por ejemplo, el de circulación (artículo 19), debiendo recordarse que este mandato del artículo 49, pese a estar incluido bajo la rúbrica “de los principios rectores de la política social y económica”, no es una mera norma programática, que limite su eficacia al campo de la retórica política o de la estéril semántica de una declaración demagógica. Porque como ya precisó hace años el Tribunal Supremo norteamericano, en el caso *Trop versus Duller*, “las declaraciones de la Constitución no son adagios gastados por el tiempo; ni una contraseña vacía de sentido. Son principios vitales, vivos, que otorgan y limitan los poderes del Gobierno de nuestra Nación. Son regulaciones de Gobierno”. Y esta doctrina, aunque establecida por un Tribunal extranjero con referencia a la Constitución de su país es perfectamente trasladable a nuestro ámbito para subrayar el sentido de los artículos 9,1 y número 3 de la Disposición Derogatoria de la Constitución española. De manera que ese artículo 49, como los demás de esa misma rúbrica, como la totalidad de los que integran la Constitución, tienen valor normativo y vinculan a los poderes públicos, cada uno en su respectiva esfera, a hacerlos eficazmente operativos».

En definitiva, los principios rectores permiten interpretar el alcance de los restantes preceptos constitucionales y son mandatos dirigidos al legislador, pero no configuran verdaderos derechos subjetivos exigibles frente

a las Administraciones públicas. Para que surjan estos derechos debe existir una norma con rango legal que los reconozca y ampare. Esta norma se dictará en ejercicio de la libertad de opción política del legislador estatal o autonómico, y concretará el mandato constitucional.

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

De acuerdo con este planteamiento, si acudimos a la legislación autonómica, nos encontramos con que hasta fecha muy reciente la legislación de las Comunidades Autónomas en materia de servicios sociales o asistencia social no ha reconocido verdaderos derechos subjetivos a prestaciones concretas. Nos puede servir de ejemplo de este planteamiento común la legislación catalana. El Decreto legislativo 4/1994 de 20 de abril de la Generalidad de Cataluña establece en su artículo 6 que *«cualquier persona tiene derecho de acceso a los servicios de atención primaria y a los servicios especializados, de acuerdo con las condiciones que se determinen por reglamento»*. Si acudimos al reglamento, Decreto 248/1996, nos encontramos con la siguiente regulación: *«5.2. Toda persona tiene derecho de acceso a los servicios que integran la Red Básica de Servicios Sociales de Responsabilidad Pública en condiciones de igualdad teniendo en cuenta su estado de necesidad»*.

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

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

La ley y su desarrollo reglamentario no configuran verdaderos derechos subjetivos, ya que tras la genérica afirmación del reconocimiento del derecho de acceso, su ejercicio se condiciona a unas determinadas prioridades y, lo que es más importante, a la existencia de recursos disponibles. Puede afirmarse que de acuerdo con esta normativa el ciudadano posee un derecho a solicitar la prestación y a obtener una respuesta en tiempo y motivada en relación a lo solicitado, pero no posee el derecho subjetivo a obtener una determinada prestación, ya que el desarrollo legislativo de los principios constitucionales antes citados no ha configurado verdaderos derechos de prestación. La diferencia con el supuesto del derecho a un

puesto escolar es evidente. El ciudadano si puede exigir una plaza en una escuela pública para la prestación de la enseñanza obligatoria. Pero no puede exigir una prestación que forme parte del sistema de los servicios sociales.

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

III. EL INICIO DE UNA NUEVA TENDENCIA.

LA CONFIGURACIÓN COMO VERDADEROS DERECHOS SUBJETIVOS DE DETERMINADAS PRESTACIONES EN MATERIA DE SERVICIOS SOCIALES

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

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

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

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

En sentido parecido, la ley de la Comunidad Autónoma de Madrid 11/2003 de 27 de marzo, de servicios sociales, establece en su artículo 7, apartado tercero, que uno de los principios del sistema de servicios sociales que vincula a todas las Administraciones públicas responsables es el de «reconocer derechos personales a los ciudadanos para el acceso y disfrute de dichas prestaciones». Más adelante, se diferencian las prestaciones en técnicas, económicas y materiales (artículos 15 a 18), y el artículo 19 dispone que «las prestaciones técnicas serán universales y gratuitas para toda la población».

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

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

El nuevo modelo que se apunta en estas leyes y documentos tiene como nota fundamental la conversión de la posición jurídica de los ciudadanos ante la prestación de servicios sociales. Si hasta el presente la legislación reconocía tan sólo el derecho a solicitar la prestación y obtener

una respuesta fundada a la petición, la nueva tendencia normativa trata de establecer verdaderos derechos subjetivos a la obtención de determinadas prestaciones. Con este fin la ley, o el reglamento, deberán fijar una cartera de servicios donde se identifiquen las prestaciones básicas o esenciales que constituyen un derecho del ciudadano y una obligación para la Administración. La Administración deberá establecer los medios personales y materiales para que este derecho sea efectivo, y deberán existir los medios presupuestarios suficientes para dar satisfacción a todas las peticiones⁹. En todo caso, lo esencial es que la relación ciudadano-administración se configura de modo diverso, ya que deja de estar fundada en la relación «interés legítimo del ciudadano-discrecionalidad de la Administración», para pasar a articularse en base a la relación «derecho subjetivo del ciudadano-obligación de la Administración». De esta forma los servicios sociales se equiparan a los servicios educativos y sanitarios.

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

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

En segundo lugar, la normativa jurídica debe establecer los mecanismos eficaces para hacer efectivo el contenido del derecho el derecho, así como

⁹ Cuestión diversa, que no interesa analizar en este trabajo, es la forma de provisión de estos servicios. La Administración puede prestarlos de forma directa o indirecta. En este segundo caso, puede acudir, como es normal en materia de servicios sociales, a entidades sin ánimo de lucro. Lo relevante es que la Administración es la responsable de la prestación del servicio que se ha configurado como un derecho del ciudadano y, por tanto, éste puede dirigirse a la Administración exigiendo su prestación.

para garantizar que la prestación se llevará a cabo con los requisitos de calidad exigibles.

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

a) *El derecho de acceso al servicio*

El reconocimiento de un derecho subjetivo a las prestaciones propias de los servicios sociales se construye a través de la delimitación de cuatro elementos esenciales: los sujetos titulares del derecho, los requisitos objetivos de acceso a la prestación, el contenido de las prestaciones a las que se tiene derecho, y el carácter gratuito o no de esta prestación.

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

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

El artículo citado da respuesta al problema y pone de relieve las diversas cuestiones que suscita la determinación del ámbito subjetivo de un derecho prestacional que se configura por el legislador autonómico. Por ello recurre en primer lugar al dato del empadronamiento en los Concejos de Asturias, lo que supone reconocer el derecho a quien tenga vecindad política de asturiano. Pero a continuación debe atender a dos cuestiones complejas. Por un lado el problema de los desplazados de otras Comu-

nidades Autónomas, cuestión esta cuya solución remite al desarrollo reglamentario¹⁰. Por otro, el problema de los derechos de los emigrantes, cuestión que en último término remite también al reglamento¹¹.

a.2. Requisitos objetivos de acceso. Si bien el derecho subjetivo se formula como un derecho universal, esto es, reconocido a todos los sujetos a que antes nos hemos referido sin introducción de discriminación alguna, lo cierto es que las normas suelen después condicionar el reconocimiento concreto del derecho al cumplimiento de determinadas condiciones.

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

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

a.3. La cartera de servicios. Elemento fundamental para identificar el contenido real del derecho subjetivo es fijar qué prestaciones entran a formar parte de las prestaciones debidas, es decir, qué prestaciones se

¹⁰ Esta cuestión puede ser especialmente compleja en una materia como la de los servicios sociales en la que no existe un catálogo de prestaciones básicas a nivel de Estado. Por ello, si una Comunidad Autónoma lleva a cabo una política favorable al desarrollo y garantía de estas prestaciones, puede verse afectada por un «efecto llamada» hacia los ciudadanos de otras Comunidades Autónomas, sin que existan mecanismos legales para dar respuesta a esta cuestión, como sí ocurre, por ejemplo, en materia sanitaria, al menos en relación con el tratamiento de la movilidad en relación a los servicios garantizados. Vid. a este respecto PAREJO-PALOMAR-VAQUER, *La reforma del sistema nacional de salud, cohesión, calidad y estatutos profesionales*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 31 a 34 y 98 a 101.

¹¹ Sobre esta cuestión me remito al trabajo que se contiene en esta misma revista y número dedicado específicamente a esta problemática.

configuran como derecho subjetivo. En este sentido la Administración debe proceder en primer lugar a identificar las prestaciones que forman parte de los servicios sociales, prestaciones que pueden ser de diverso tipo. Así, prestaciones técnicas (servicios) y económicas, y dentro de las técnicas prestaciones básicas (información, orientación), de asistencia domiciliaria, teleasistencia, asistencia diurna o residencial. Pero lo relevante, a los efectos de fijar el contenido del derecho subjetivo, es determinar qué prestaciones concretas dentro de las prestaciones propias de los servicios sociales se consideran esenciales y se configuran como verdaderos derechos subjetivos. Para ello, dentro de la cartera de servicios generales será necesario identificar las prestaciones esenciales (derecho subjetivo) y las complementarias (aquellas que se ofrecerán en razón de criterios de oportunidad y en función de la disponibilidad de recursos financieros, sin que su prestación pueda ser exigida por el ciudadano).

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

a.4. **Carácter o no gratuito.** El derecho de acceso a la prestación de los servicios esenciales debería reconocerse como un derecho gratuito. No obstante, en determinados supuestos, puede condicionarse el acceso a la prestación al pago de una parte del servicio o «copago».

En relación al copago de los servicios sociales la cuestión más compleja es determinar si este copago debe ser general, es decir, para todo usuario, o bien debe ponderarse en función de la renta de quien pretende acceder a la prestación. En todo caso debe tenerse en cuenta que si la exigencia de un determinado pago no es general, se estará incidiendo en la determinación de los sujetos con derecho a acceder a los servicios, ya que se establece una discriminación de carácter económico. La discriminación puede ser en principio razonable (el nivel de renta), pero ello no deja de plantear problemas. Así, si se discrimina por la renta, puede objetarse que muchos ciudadanos de clases medias que han sufragado con el pago de sus impuestos el establecimiento de los servicios sociales quedaran fuera del acceso gratuito (y tal vez por ello no podrán disfrutar del servicio), en beneficio

de ciudadanos que no han contribuido o han contribuido en mucha menor medida a su financiación.

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

b) *Los otros derechos*

Las leyes de servicios sociales suelen reconocer en su articulado una larga serie de derechos que dicen reconocer a los usuarios de los servicios. En términos generales, dentro de estos listados de derechos, podemos diferenciar unos derechos propios de todos los ciudadanos en sus relaciones con la Administración (derecho a ser informado, a recibir una respuesta fundada a la solicitud) y otros derechos propios del usuario propiamente dicho, esto es, de la persona a la que se ha reconocido el derecho a una prestación determinada y se encuentra en una relación de sujeción especial con respecto a la Administración prestadora del servicio (derecho a un servicio de calidad, al secreto de comunicaciones, a la libertad ideológica, a recibir visitas, a la intimidad y protección de datos personales...). Como vemos, se trata de derechos diferentes al derecho subjetivo de acceso a una determinada prestación. Deben diferenciarse, por tanto, los derechos generales del ciudadano en su relación con la Administración pública, el derecho de acceso al servicio público, esto es, la admisión al servicio, y los derechos del usuario ya admitido al servicio, una vez se formaliza una relación jurídica con la institución prestadora del servicio¹².

Las leyes autonómicas han incorporado en un mismo precepto los derechos generales del ciudadano frente a la Administración y los derechos del usuario ya incorporado al servicio, añadiendo además unos deberes propios de dicho usuario. Así, por ejemplo, la ley de la Comunidad Autónoma de Madrid, ley 11/2003 de 27 de marzo, establece en su artículo 4 una serie de derechos a la persona «que acceda» a los servicios sociales. Y a esta misma persona se le imponen unos deberes, artículo 5, propios de la relación especial de sujeción en la que se encuentra. Lo mismo ocurre en la ley asturiana 1/2003 de 24 de febrero, la cual en su

¹² Vid. con carácter general sobre este tema, FONT LLOVET, T., «Los derechos de los usuarios en los servicios sociales de atención a la tercera edad», en la obra colectiva coordinada por J. Tornos, *op. cit.*, pp. 333 y ss.

artículo 39 se refiere a los derechos de los usuarios de los servicios sociales, y en su artículo 40 a los deberes de los mismos, o en la ley de la Comunidad Autónoma de Murcia 3/2003 de 10 de abril, cuyo artículo 32 se refiere a los derechos del usuario, el artículo 33 a los derechos en el caso de ingreso, permanencia y salida de centros, mientras que el artículo 34 hace referencia a las obligaciones del usuario en los centros sociales. También es de especial interés sobre este punto la Carta de derechos y obligaciones de las personas usuarias y profesionales de los servicios sociales del País Vasco, Decreto 64/2004 de 6 de abril.

2. LAS GARANTÍAS

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

a) *El derecho a la creación del servicio obligatorio*

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

No obstante, en el ámbito local, podría acudir a lo dispuesto en el artículo 18, g de la Ley de Bases del Régimen Local y 151,2 de la LHL, teniendo además en cuenta que según el artículo 26,1-c de la misma ley la prestación de servicios sociales es un servicio obligatorio en municipios de más de 20.000 habitantes¹³.

¹³ Sobre el recurso a esta vía legal puede verse BELTRÁN AGUIRRE, *op. cit.*, p. 139, y VAQUER CABALLERÍA, *op. cit.*, pp. 182 y ss. Ambos autores citan como ejemplo de este proceder la sentencia del TS de 9 de mayo de 1986, Ar. 4396, por la que se condenó a un municipio a instalar las rampas para favorecer la movilidad de los minusválidos que estos reclamaban.

b) *El derecho a exigir el acceso al servicio*

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

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

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

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

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

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

El artículo 29 de la ley jurisdiccional reconoce el derecho a la acción por inactividad en los términos siguientes: «cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o

en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta a favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieren derecho a ellas pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación».

Del citado precepto se deduce que si no existe un reconocimiento expreso del derecho a la prestación que se deduzca de forma directa de la norma, no será posible ejercer la acción por inactividad¹⁴. Sí que será posible en los casos en que la prestación se haya reconocido como derecho subjetivo de forma precisa en la ley o reglamento, ya que nos encontraremos ante el supuesto previsto en el citado artículo 29,1. Lo mismo ocurrirá si la Administración ha reconocido de forma expresa el derecho a la prestación, pero con posterioridad no lo hace efectivo de forma material, aduciendo, por ejemplo, falta de recursos suficientes. Igualmente podrá aducirse a la acción por inactividad prevista en el artículo 29,2 (ejecución de acto firme), si la Administración ha reconocido de forma expresa o presunta el derecho a la prestación y con posterioridad no presta el servicio. Podrá aducirse que existe un acto firme de reconocimiento del derecho, sin que la Administración haya cumplido con su obligación. El recurso a la vía del artículo 29,2 es más breve y permite acudir al procedimiento abreviado¹⁵.

En definitiva, el reconocimiento de derechos subjetivos en materia de servicios sociales comporta un cambio radical en la forma de hacerlos efectivos. Ciertamente, como se ha dicho, al regular un servicio presta-

¹⁴ En este sentido, mi trabajo «Significación y consecuencias jurídicas de la consideración de los servicios sociales como servicio público», ponencia presentada en los seminarios de la Federación de Municipios de Cataluña, 2004.

¹⁵ Sobre esta cuestión, vid. AGIRREAZKUENAGA, I., «Inactividad en la prestación de servicios públicos y control jurisdiccional», *RVAP*, núm. 57, 2000; VADRI, T., «La posición jurídica de los usuarios ante el establecimiento y la prestación de los servicios públicos», *RAAP*, núm. 20, junio 2002, pp. 363 y ss. La autora afirma que «nos parece sorprendente que el legislador, al reformar en 1998 la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa perdiera la oportunidad de ofrecer mecanismos de control más eficaces frente a la inactividad administrativa». Añade no obstante, más adelante, que esto no significa que frente a las prestaciones de servicios no llevadas a cabo no pueda acudir a la vía ordinaria. En este caso, dice la autora citada, «interpuesto el recurso se trataría de obtener una sentencia estimatoria en la que, de acuerdo con el artículo 71,1-c LJCA, el Tribunal condenase a la Administración al suministro de la prestación jurídicamente obligatoria, pudiendo, incluso, de acuerdo con el precepto, establecer un plazo concreto de cumplimiento del fallo. Debe remarcar, en este punto, y haciendo referencia a un tema que ha sido objeto de un importante debate doctrinal, que en ningún caso se trata de obtener una sentencia sustitutoria de la decisión administrativa, sino tan sólo un fallo de los Tribunales contencioso-administrativos en el que se conmine a la Administración a cumplir con su obligación legal, un deber de actuación que impone el ordenamiento». En la misma línea, MORENO BEATO, M., *Régimen jurídico de la asistencia social*, ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2002, pp. 50 y 51.

cional «nos encontramos ante una amplia capacidad organizativa de la Administración que le permite ajustar bajo el punto de vista funcional o cualitativo una oferta genérica —de varias prestaciones, servicios o programas— y una demanda que, aunque puede formularse de manera específica —por ejemplo, ingreso en centro residencial— en realidad lo es de atención genérica por el sistema, y así determinar cuál es, en realidad, la prestación, es decir, el servicio o programa que corresponde al solicitante por su situación personal, que es a lo que, en definitiva, tiene derecho»¹⁶. Pero la situación es diversa cuando la propia Administración ha decidido fijar en una norma general los servicios esenciales que configura como verdaderos derechos subjetivos de los ciudadanos. En este caso surge una relación de derecho-obligación que puede hacerse efectiva por las vías jurídicas tradicionales. La Administración ya no puede optar, y debe conceder lo que el ciudadano le reclama de conformidad con la norma previa que ella misma ha aprobado.

c) *El derecho a una determinada calidad*

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

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

¹⁶ FONT LLOVET, *op. cit.*, p. 343.