

REVISTA DE DERECHO ADMINISTRATIVO N°22

CÍRCULO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Andrés Devoto Ykeho – Alberto Palomar Olmeda – Gina Magnolia Riaño Barón – Iván Ortiz Sánchez – Jaime Rodríguez-Arana Muñoz – María Lidón Lara Ortiz – María Remedios Zamora Roselló – Ximena Vilchez Vargas



Círculo de Derecho
Administrativo



Círculo de Derecho Administrativo

Revista de Derecho Administrativo N° 22

La Revista de Derecho Administrativo (RDA) es editada por la Comisión de Publicaciones del Círculo de Derecho Administrativo - CDA. Es la primera revista especializada en Derecho Administrativo del Perú, sus números de publicación semestral han alcanzado amplio reconocimiento por parte de los más destacados especialistas en la materia; en virtud del quehacer académico en el que alumnos y profesores aportan con la difusión del Derecho administrativo. A la fecha, han sido publicados 21 números de la RDA, cada una con una temática especializada en las distintas ramas del Derecho administrativo. Desde el número 18, todo artículo de la sección Doctrina es objeto, al menos, de dos revisiones por pares a doble ciego.

La versión digital de la revista está disponible en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo>

Editorial: Asociación Civil Revista de Derecho Administrativo - CDA

Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Segundo piso
Av. Universitaria 1801, San Miguel – Lima, Perú.

Teléfono: 626-2000 Anexo 5625

publicaciones@cda.org.pe

<http://prometheo.pe/>

Diagramación:

Corporación Yachay SAC

Coordinador Académico: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz

Publicado en septiembre 2023. Lima – Perú.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2019-12741

ISSN: 2074-0956

eISSN: 2708-9886

El contenido de los artículos publicados en la RDA es responsabilidad exclusiva de los autores.

Está permitida la reproducción del contenido para fines no comerciales y con la referencia explícita a la editorial y los autores.

Cada artículo puede ser referenciado como:

Nombre del autor. (2023). Título del artículo. *Revista de Derecho Administrativo – CDA*, 22, pp. inicio-fin.



Consejo Editorial

Cortés Campos, Josefina (Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey)

De la Cruz Ferrer, Juan (Universidad Complutense de Madrid)

Díaz Bravo, Enrique (Universidad Santo Tomás)

Hernández-Mendible, Víctor (Universidad Monteávila)

Huergo Lora, Alejandro (Universidad de Oviedo)

Mondéjar Jiménez, José (Universidad Castilla-La Mancha)

Moreno Molina, José Antonio (Universidad Castilla-La Mancha)

Radovic Córdova, Marcela (Universidad de Chile)

Razquin Lizarraga, Martín María (Universidad Pública de Navarra)

Rivero Ortega, Ricardo (Universidad de Salamanca)

Consejo Consultivo

Baca Oneto, Víctor Sebastián (Universidad de Piura)

Boyer Carrera, Janeiry Elizabeth (Pontificia Universidad Católica del Perú)

Cairampoma Arroyo, Vicente Alberto (Pontificia Universidad Católica del Perú)

Danós Ordóñez, Jorge Elías (Pontificia Universidad Católica del Perú)

Huapaya Tapia, Ramón Alberto (Pontificia Universidad Católica del Perú)

Morón Urbina, Juan Carlos (Pontificia Universidad Católica del Perú)

Sánchez Povis, Lucio (Pontificia Universidad Católica del Perú)

Zegarra Valdivia, Diego Hernando (Pontificia Universidad Católica del Perú)

Zúñiga Fernández, Tania (Pontificia Universidad Católica del Perú)

Coordinador Académico

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
(Universidad de La Coruña)

Editores Generales

Ana Lucía Franca Angulo Santos
(Pontificia Universidad Católica del Perú)

Marcos Enrique Villalta Sandoval
(Alumno, Pontificia Universidad Católica del Perú)

Consejo Ejecutivo

Enith Milagros Camero Acuña
(Alumna, Pontificia Universidad Católica del Perú)

Kassandra Suset Nolazco Rosales
(Alumna, Pontificia Universidad Católica del Perú)

Míael Jesús León de la Cruz
(Alumno, Pontificia Universidad Católica del Perú)

Luis Antonio Salvador Azabache
(Alumno, Pontificia Universidad Católica del Perú)

Robin Alonso Moscoso Enríquez
(Alumno, Pontificia Universidad Católica del Perú)

ASAMBLEA 2023 – 1

Consejo Directivo

Revoredo Loayza, Diana Valeria
Directora Ejecutiva

Santiago Rimari, Rosa Susana
**Directora de Investigación
y Actualidad Jurídica**

Rivas Sú, Leonardo Alfredo
**Director de Eventos
y Cursos Académicos**

Villalta Sandoval, Marcos Enrique
Director de Publicaciones

Ato Sullón, Marco Alonso
**Director de Recursos Humanos
e Imagen institucional**

Díaz Díaz, Ana Paola
**Directora de Economía
y Financiamiento**

Comisión de Publicaciones

Villalta Sandoval, Marcos Enrique

León de la Cruz, Mijael Jesús

Moscoso Enríquez, Robin Alonso

Camero Acuña, Enith Milagros

Salvador Azabache, Luis Antonio

Nolazco Rosales, Kassandra Suset

Comisión de Investigación y Actualidad Jurídica

Santiago Rimari, Rosa Susana

Ambulay Vásquez, Jessy Isabel

Díaz Pérez, Christiam Jesús

Astorima Huanca, Keisy Dajanna

Charcape Castro, Esther Anabeli

Paredes Medina, Rodrigo Jesús

Yapuchura Apaza, Lilian

Atahui Cervantes, Ronald Augusto

Comisión de Economía y Financiamiento

Ramírez Nuñez, Eduardo Facundo
Flores Cadillo, Stephanie Leticia

Díaz Díaz, Ana Paola
Porras Charca, Rubí

Comisión de Eventos y Cursos Académicos

Rivas Sú, Leonardo Alfredo	Loyaga Cerna, Celeste Janine
Chaca Tauma, César	Velapatiño Flores, Gabriel
Tipismaná Zapata, Allison Zue	Huancachoque Mamani, Iosev
Ortiz Pastor, Juan Rodrigo	Quispe Herrera, Claudia Valeria
Pavio Correa, Avedis Victor	Quintanilla Cruz, Carlos

Comisión de Recursos Humanos e Imagen Institucional

Ato Sullón, Marco Alonso	Requena Vidal, Fabiola Yamillé
Mosquera Ramos, Gabriel Omar	Chacón Chacón, Edwin John
Quispe Martínez, Margaret Victoria	Melgar García, Marina Fernanda
Jiménez Arrieta, Yoel Josafat	Moscol Choquerunta, Cristian
Ortiz de Orue Riquelme, Marcela	Pastor Quispe, Graciella Aracelli

ASAMBLEA 2022–2

Consejo Directivo

Gastañeta Bastidas, Adria Directora Ejecutiva	Camero Acuña, Enith Milagros Directora de Publicaciones
Quispe Vera, Erick Director de Investigación y Actualidad Jurídica	Requena Vidal, Fabiola Yamillé Directora de Recursos Humanos e Imagen Institucional
Castillo Santillana, Nicol Brigit Directora de Cursos y Eventos Académicos	Abarca Cusimayta, Almendra Directora de Economía y Financiamiento

Comisión de Publicaciones

Camero Acuña, Enith Milagros	Cortez Medina, María Julia
Espinoza Escobar, Joaquín Patricio	Ramírez Llerena, Julio
Burga Moreno, Alice	Salvador Azabache, Luis Antonio
Cabrera Rivera, Jhoan	Villalta Sandoval, Marcos Enrique

Comisión de Investigación y Actualidad Jurídica

Quispe Vera, Erick	Santiago Rimari, Rosa Susana
Pahuacho Camarena, Milagros	Ventura Ferro, Leonardo
Charcape Castro, Esther Anabeli	Paredes Medina, Rodrigo Jesús
Ambulay Vásquez, Jessy Isabel	Díaz Pérez, Christiam Jesús

Comisión de Economía y Financiamiento

Abarca Cusimayta, Almendra	Díaz Díaz, Ana Paola
Ramírez Nuñez, Eduardo Facundo	Flores Cadillo, Stephany Leticia

Comisión de Eventos y Cursos Académicos

Castillo Santillana, Nicol Brigit	Supo Gavancho, Luis Roberto
Ramírez Camaná, Valeria Liz	Rivas Sú, Leonardo Alfredo
Chaca Tauma, César	Moscoso Enríquez, Robin Alonso
Velapatiño Flores, Gabriel Alonso	Ortiz Pastor, Juan Rodrigo
Tipismaná Zapata, Allison Zue	Loyaga Cerna, Celeste Janine

Comisión de Recursos Humanos e Imagen Institucional

Requena Vidal, Fabiola Yamillé	Galarreta Cuadra, Mauricio
Revoredo Loayza, Diana Valeria	Jiménez Arrieta, Yoel Josafat
Chacón Chacón, Edwin John	Ato Sullen, Marco Alonso
Mosquera Ramos, Gabriel Omar	García Belli, Samantha Gabriela

ASAMBLEA 2022–1

Consejo Directivo

Supo Gavancho, Luis Roberto
Director Ejecutivo

Gastañeta Bastidas, Adria
Directora de Investigación y Actualidad Jurídica

Ramírez Camaná, Valeria Liz
Directora de Cursos y Eventos Académicos

Angulo Remuzgo, Angélica Mireli
Directora de Publicaciones

Revoredo Loayza, Diana Valeria
Directora de Recursos Humanos e Imagen Institucional

Huaroc Huallanca, Ingrid Jazmín
Directora de Economía y Financiamiento

Comisión de Publicaciones

Angulo Remuzgo, Angélica Mireli

Espinoza Escobar, Joaquín Patricio

Angulo Santos, Ana Lucía Franca

Prieto La Noire, Valeria

Burga Moreno, Alice

Cortez Medina, María Julia

Cabrera Rivera, Jhoan

Camero Acuña, Enith Milagros

Comisión de Investigación y Actualidad Jurídica

Gastañeta Bastidas, Adria

Palomino Díaz, Xenia

Solís De La Cruz, Valeria Victoria

Santiago Rimari, Rosa Susana

Maita Uría, Dionel

Quispe Vera, Erick

Pahuacho Camarena, Milagros

Ventura Ferro, Leonardo

Charcape Castro, Esther Anabeli

Ramos Huamaní, Jennifer Alexandra

Comisión de Economía y Financiamiento

Huaroc Huallanca, Ingrid Jazmín

Sulca Marro, Edgar Antonio

Gamarra Aliaga, Nicole Adriana

Díaz Díaz, Ana Paola

Gambini Rojas, Meicy Shessira

Abarca Cusimayta, Almendra

Comisión de Eventos y Cursos Académicos

Ramírez Camaná, Valeria Liz
Castillo Santillana, Nicol Brigit
Manrique Kukurelo, Diana Lucía
Chaca Tauma, César
Velapatiño Flores, Gabriel Alonso

Nolasco Sánchez, Lei-ly Angell Valery
Rivas Sú, Leonardo Alfredo
Moscoso Enríquez, Robin Alonso
Ortiz Pastor, Juan Rodrigo
Lapoint Castillo, Andrea

Comisión de Recursos Humanos

Revoredo Loayza, Diana Valeria
Ramos Maldonado, Jacqueline
Ricapa Yaipén, Karla Zenaida
Verástegui Payehuanca, Lucero

Chacón Chacón, Edwin John
Requena Vidal, Fabiola Yamillé
Galarreta Cuadra, Mauricio
Jiménez Arrieta, Yoel Josafat

PARES REVISORES

Dedicamos esta sección para expresar nuestros mayores agradecimientos a los(as) especialistas que gentilmente apoyaron como árbitros(as) académicos(as) en el proceso de revisión a doble ciego.

Así, a continuación, la lista de pares revisores que, con benemérito rigor, contribuyeron en la selección de artículos publicables en el número 22 de la Revista de Derecho Administrativo:

- | | |
|--|---------------------------------------|
| 1. Acosta Gallo, Pablo | 11. Garrido Gómez, María Isabel |
| 2. Agudo González, Jorge | 12. Goerlich Peset, José María |
| 3. Briones Morey, Diana | 13. González Bustos, María Ángeles |
| 4. Chinchilla Peinado, Juan Antonio | 14. Herce Maza, José Ignacio |
| 5. Cierco Seira, César | 15. Pacheco Zerga, Luz |
| 6. Domínguez Álvarez, José Luis | 16. Palau Navarro, José Manuel |
| 7. Durán López, Federico | 17. Rodríguez-Chaves Mimbrero, Blanca |
| 8. Fernández Carballal, María Almudena | 18. Sanz Larruga, Francisco Javier |
| 9. Fernando Pablo, Marcos Matías | 19. Verona Bajadoz, Ricardo Aarón |
| 10. Fita Ortega, Fernando Luis | |



PRESENTACIÓN

La Revista de Derecho Administrativo N° 22 ha sido iniciativa de la comisión de Publicaciones que nace del compromiso que tiene el CDA con la difusión del conocimiento académico sobre el Derecho Administrativo que, en esta oportunidad, se encuentra enfocado en la Regulación de los Servicios Públicos Sociales. Estos servicios surgen de la proyección jurídica de la centralidad de la dignidad humana sobre el derecho público e implican, en virtud del criterio de subsidiariedad del Estado, el derecho fundamental a la buena administración como derecho básico para que estas prestaciones se realicen adecuadamente. El Estado debe asegurar la prestación de servicios sociales adecuados que permitan la cobertura de las necesidades básicas, y así garantizar la universalidad de los servicios sociales de atención primaria y unos mínimos en todo el territorio.

A través de la presente edición, buscamos sistematizar perspectivas y propuestas referentes a la Regulación de Servicios Públicos Sociales, en base al conocimiento doctrinario y experiencia práctica profesional de los autores. Para ello, se brinda un análisis de los servicios de educación, seguridad social, salud pública, alimentación y vivienda, considerando la doctrina comparada y crítica al ordenamiento jurídico actual.

Esperamos que puedan disfrutar de este producto que materializa nuestra intención de aportar a la comunidad jurídica y estudiantil. Nos complace, y es un honor poder contar con nuestro coordinador, el Dr. Jaime Rodríguez-Arana, quien muy amablemente nos acompañó para que este proyecto pueda llevarse a cabo. También ha sido muy grato poder trabajar con los autores que hoy nos acompañan. Ellos son quienes conforman y brindan el más valioso aporte al compartir sus conocimientos y experiencia profesional con nosotros.

Asimismo, es importante destacar la participación de antiguos miembros de la comisión, quienes nos legaron herramientas que nos permiten continuar e innovar con nuestros proyectos. A pesar de los constantes cambios a los que estamos expuestos, nos encaminamos a forjar una comisión compacta, y ello lo estamos construyendo gracias al gran trabajo y compromiso de nuestros comisionados.

Esperamos que este sea uno de los múltiples proyectos que, con persistencia, podremos seguir presentando ante ustedes.

Marcos Villalta
Director de la Comisión de Publicaciones 2023-1
Círculo de Derecho Administrativo

ÍNDICE

Revista de Derecho Administrativo N° 22 — CDA

Regulación de los Servicios Públicos Sociales

Prólogo

Prof. Dr. Jaime Rodríguez—Arana Muñoz

1. Interés general y Derecho Administrativo Jaime Rodríguez—Arana Muñoz	20
2. Buena administración para la efectividad de los Derechos Sociales María Lidón Lara Ortiz	38
3. Las prestaciones del sistema de seguridad social: retos de la gestión y administración Gina Magnolia Riaño Barón	70
4. El sistema de salud español: De la descentralización a la coordinación Alberto Palomar Olmeda	88
5. El Derecho a la vivienda: problemas, regulación y retos en el contexto peruano Iván Ortiz Sánchez y Ximena Vílchez Vargas	116
6. Los mercados de abastos en la legislación peruana: el caso del Área Metropolitana de Lima Andres Devoto Ykehó	140
7. Vulnerabilidad y servicios públicos en el Derecho a la educación y el Derecho al agua en España María Remedios Zamora Roselló	180



PRÓLOGO¹

"REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS SOCIALES"

La Comisión de Publicaciones del Círculo de Derecho Administrativo del Perú, asociación constituida hace más 20 años por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, me solicitó hace algún tiempo que les ayudara a coordinar un número de la Revista de Derecho Administrativo, el 22, dedicado a un tema tan relevante como el de la regulación de los servicios públicos. Ante semejante iniciativa promovida por estudiantes, les contesté afirmativamente y durante dos años hemos tratado de conformar un índice en el que se abarque las cuestiones más relevantes en la materia.

En efecto, como se puede comprobar en el índice del número de la Revista que ahora se presenta, se aborda aspectos centrales del Derecho Administrativo en su dimensión social, como el sentido del interés general en un Estado social y democrático de Derecho o la buena administración para la realización de los derechos sociales fundamentales. Además, se pasa revista al derecho al trabajo y a la seguridad social en el contexto de las nuevas tecnologías; al derecho a la salud, en su particular referencia a las barreras burocráticas; al derecho a la vivienda; a la alimentación; y al vestido. Finalmente, se estudia también, como es natural, la lógica jurídica de los servicios públicos municipales, en relación con los colectivos más frágiles y vulnerables.

Esta iniciativa académica ha sido posible gracias a la constancia y tesón de los estudiantes de la Comisión de Publicaciones, a quienes felicito por su esfuerzo y entusiasmo, y, por supuesto, a todas las personas que han redactado, con brillantez y profundidad, todos y cada uno de los capítulos de este nuevo número de la Revista de Derecho Administrativo.

Como bien sabemos, la dignidad del ser humano, centro y raíz del Estado, y justificación última de la realización de las políticas públicas, reclama, cada vez con mayor intensidad, la defensa, protección y promoción de los derechos humanos. Una categoría jurídico-política que impregna el sentido y funcionalidad del quehacer de los Gobiernos y las Administraciones públicas, y que tanto en su dimensión de derechos civiles y políticos o de derechos sociales, cada vez está más presente en los instrumentos internacionales.

En efecto, desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos; pasando por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Carta de la Organización de los Estados Americanos; la Carta Democrática Americana; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y su Protocolo Facultativo en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Declaración sobre Garantías Sociales; el Código Iberoamericano de Seguridad Social y; más recientemente, la Carta Social de las Américas, la región iberoamericana se encuentra en la vanguardia internacional de la protección, defensa y promoción de los derechos sociales fundamentales.

1 Parte del contenido del presente prólogo ya ha sido publicado previamente por el autor, así como en otros espacios. Ver Rodríguez-Arana, J. (2023). Un hito en el camino hacia la consolidación de la autonomía. *Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, (110), 24-27. https://buenosaires.gob.ar/sites/default/files/2023-02/cn_pgcaba_febrero2023.pdf. Asimismo, también véase Organización Iberoamericana de Seguridad Social. (2023). Carta Iberoamericana de Derechos Sociales Fundamentales. OISS. <https://oiss.org/wp-content/uploads/2022/11/Documento-de-anexos.pdf> y Organización Iberoamericana de Seguridad Social. (2023). Anexo I. OISS. (<https://www.oiss.org/wp-content/uploads/2022/11/Anexo-I-Antecedentes.-C-OISSARTA-IBEROAMERICANA-DE-DERECHOS-SOCIALES-FUNDAMENTALES.-CON-MODIFICACIONES-EN-ROJO.pdf>)

El Pacto de San José de Costa Rica, Carta Magna de los Derechos Humanos en el continente, señala, en este sentido, que solo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos sociales fundamentales tanto como de sus derechos fundamentales de libertad.

La Declaración de Guadalajara emitida en 1991 por la I Cumbre de jefes de Estado y de Gobierno de la Comunidad Iberoamericana afirmaba ya, en su apartado 10, que "Desplegaremos todos los esfuerzos necesarios para liberar a nuestros pueblos antes del siglo XXI del flagelo de la miseria. Para ello, procuraremos el acceso general a servicios mínimos de salud, nutrición, vivienda, educación y seguridad social...". Es decir, la conciencia general de la importancia de la efectividad de los derechos sociales fundamentales está inscrita en la misma historia de las Cumbres Iberoamericanas de Jefes de Estado y de Gobierno.

La historia de los derechos sociales fundamentales está indisolublemente unida a la historia del Estado social. En efecto, surgen justo en el momento en que cobra especial relevancia el concepto y funcionalidad de los denominados derechos económicos, sociales y culturales. En este sentido, hemos de remontarnos a finales del siglo XVIII, en concreto al proyecto de Constitución francesa de 1793, artículos 17, 21 y 22, que se referían al derecho a la instrucción, a la asistencia social y al trabajo. El proyecto, impregnado de ciertos criterios sociales, establecía en su preámbulo que la sociedad debía asegurar la subsistencia de los ciudadanos menos favorecidos, a través de la garantía del trabajo y su debida educación. Sin embargo, habrá que esperar a la Constitución francesa del 4 de noviembre de 1848, la Constitución de la Segunda República, para el reconocimiento, siquiera sea de forma incipiente, de los derechos sociales. En efecto, el punto VIII del preámbulo establecía, como deberes del Estado, la protección del trabajo y la instrucción de todos los hombres y, por su parte, el artículo 13 recogía el derecho a la instrucción primaria gratuita, la igualdad de rentas entre patronos y obreros, y el deber del Estado de crear trabajos públicos para desocupados y asistir a los niños abandonados, indigentes y ancianos sin recursos. Se trataba del reconocimiento de los derechos sociales, unos derechos necesarios e imprescindibles para asegurar y garantizar los derechos civiles y políticos.

En el siglo XIX, se produce la revolución industrial y en su seno se plantean las nuevas condiciones de trabajo inspiradas en las más elementales exigencias de la justicia social, conformándose una concepción más completa y abierta de la dignidad del ser humano. De manera que, además de preservarse la personalidad individual, y su libre y solidario desarrollo, se toma conciencia de la relevancia de implementación estatal de los medios y condiciones necesarios para la realización de la libertad solidaria del ser humano. La emergencia de los derechos económicos, sociales y culturales, en cuyo seno surgen los derechos sociales fundamentales, es la constatación de la necesidad de la intervención pública cuando la sociedad no es capaz de garantizar estos derechos mínimos en virtud del principio de subsidiariedad, precisamente, para garantizar un mínimo satisfactorio y necesario de dignidad a todas las personas.

La cláusula del Estado social ha significado una profunda transformación en el tradicional entendimiento de las políticas públicas. En efecto, el Estado debe promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impiden su efectividad y fomentando la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural.

Los derechos fundamentales de la persona, concebidos en su origen como derechos de libertad, derechos ante los que el Estado debía declinar toda actuación, por causa y concurso de la cláusula del Estado social y democrático de Derecho, se amplían hacia nuevos espacios, imprescindibles para una vida digna. Es el caso de los derechos sociales fundamentales, entre los que se encuentran, por ejemplo, el derecho a la alimentación, al vestido, a una vivienda digna, a la protección social, a la igualdad en el acceso al mercado de trabajo, a un trabajo en dignas y equitativas condiciones, a la

educación o a la salud. En estos casos, la sociedad y la institución estatal han de facilitar a las personas los medios necesarios para la satisfacción de estos derechos, concibiéndose como obligaciones de hacer en favor de ciudadanos. El derecho fundamental al mínimo vital o existencial debe estar cubierto en nuestras sociedades y, a partir de este suelo mínimo, a través de los principios de fomento de la progresividad y prohibición de la regresividad de las medidas sociales, se debe caminar hacia mayores cotas de dignidad en el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona.

Los derechos fundamentales sociales parten de la centralidad de la dignidad humana y, por tanto, reconocida ésta en las Constituciones de la región como piedra angular del Estado social y democrático de Derecho, bien se encuentran expresamente previstos en la Norma Fundamental o bien pueden ser deducidos por la argumentación jurídica como derechos inherentes a la persona, como derechos indisolublemente conectados a la misma esencia de la dignidad humana. No son solo metas políticas, ni solo principios rectores de la política social y económica, ni tampoco son solo mandatos generales establecidos en la Constitución política. Son, esencialmente, derechos subjetivos relevantes, los de mayor categoría o rango y, por ello, exigibles e invocables ante los Tribunales en caso de lesión o vulneración. Que los Poderes públicos deban promover los fines del Estado social y democrático de Derecho no sustituye, ni mucho menos, el reconocimiento de estos derechos fundamentales. Los refuerza desde la acción del Estado, pero, obviamente, no se pueden quedar en criterios generales o principios sin efectividad porque son, ni más ni menos, que las principales manifestaciones del gran principio jurídico del Estado: la dignidad del ser humano, que tiene tal calibre y relieve jurídico que se yergue y levante omnipotente y todopoderosa ante cualquier intento o embate del poder político o financiero por derribarla o arrumbarla.

Es en este marco en el que comienza a despertarse la conciencia de que el Estado, desde su Administración, ya no puede mantenerse ajeno ni expectante, sino que debe asumir un rol protagónico decisivo en la persecución de esos derechos sociales. La Administración, que entre nuestros pueblos solo se la concibe estatal —si es pública— tiene un rol activo a cumplir en el terreno de las políticas sociales.

En este sentido, esperamos que las siguientes reflexiones y análisis contribuyan de verdad a que las Administraciones públicas, en colaboración con la sociedad, sean capaces de alumbrar políticas en las que brille con luz propia la dignidad humana y los derechos humanos de ella derivados. Con este propósito es que hemos trabajado para hacer realidad el número 22 de la Revista de Derecho Administrativo del Círculo de Derecho Administrativo.

Ciudad de México, 20 de octubre de 2022.

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
Catedrático-Director del Grupo de Investigación de Derecho Público
Global de la Universidad de A Coruña (España)
Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo



INTERÉS GENERAL Y DERECHO ADMINISTRATIVO¹

GENERAL INTEREST AND ADMINISTRATIVE LAW

JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ²

RESUMEN

El interés general en el Estado social y democrático de Derecho es la clave para entender el Derecho Administrativo de nuestro tiempo. El interés general se caracteriza por ser un concepto concreto, motivado, vinculado a la defensa, protección y promoción de la dignidad humana y los derechos fundamentales de ella derivados y participado.

PALABRAS CLAVE

Interés general | Derecho Administrativo | Estado social y democrático de Derecho | Dignidad humana | Derechos fundamentales | Motivación | Participación

SOBRE EL ARTÍCULO

El presente artículo fue recibido por la Comisión de Publicaciones el 31 de julio de 2021 y aprobado para su publicación el 01 de agosto de 2022.

CONTENIDO

1. Introducción; **2.** El Rapport del Consejo de Estado francés de 1999; **3.** La centralidad del interés general en el Derecho Administrativo; **4.** Pertinencia del interés general; **5.** Significado del interés general; **6.** Dimensiones del interés general; **7.** Caracterización del interés general; **8.** Reflexión final: la motivación del acto administrativo; **9.** Referencias Bibliográficas

ABSTRACT

Public interest in a social and democratic state based on the rule of law is the key to understand the Administrative Law of today. Public interest is a specific concept, motivated, linked to the defense, protection and promotion of human dignity and the fundamental rights that come from and takes part in it.

KEYWORDS

Public interest | Administrative Law | Social and democratic state of law | Human dignity | Fundamental rights | Motivation | Involvement

1 El presente artículo ha sido publicado con anterioridad en otras entregas; sin embargo, ha sido adecuado por el autor para la presente edición. Ver: Rodríguez-Arana, J. (2019). El interés general y el Derecho Administrativo. *Revista Federal de Derecho*, (4). https://ar.lejister.com/articulos.php?cv=1&Hash=ffa529798b936778a26a0d4599683ba9&hash_t= y Rodríguez-Arana, J. (2022). Interés general y Derecho Administrativo. *El Constituyente*, (5), 22 – 44. https://www.drcarloscabrera.com/_files/ugd/3815d2_4cf923f407d34151812d73b878934cd1.pdf

2 Catedrático-Director del Grupo de Investigación de Derecho Público Global de la Universidad de A Coruña. Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado.

1. INTRODUCCIÓN

El tema del interés general es, desde luego, una cuestión crucial del Derecho Administrativo y, por tanto, afecta sobremanera las cuestiones de regulación, en este caso de los servicios públicos de naturaleza social, tema del presente número de la Revista del Círculo de Derecho Administrativo que tengo el gusto, y el honor, de coordinar. En efecto, en la medida en que esta rama del Derecho Público disciplina jurídicamente asuntos supraindividuales, colectivos, comunitarios, o públicos, estamos trabajando en el campo, de alguna manera, de los intereses generales que en el ámbito de los servicios sociales alcanzan probablemente su máxima intensidad.

En realidad, el concepto del interés general se refiere al interés social, al interés de todos y cada uno de los ciudadanos como miembros de la comunidad, al bien de todos cuantos integran el pueblo, la comunidad. En cualquier caso, doctrina y jurisprudencia no siempre distinguen, por ejemplo, interés público e interés general, lo que en ocasiones conduce a confusiones que afectan al corazón y al alma de lo que es el Derecho Administrativo en el Estado social y democrático de Derecho. En Brasil, por ejemplo, la mejor doctrina ha podido diferenciar juiciosamente la diferencia entre interés público primario (Bandeira de Mello), que sería el interés general a que acabamos de aludir, el interés social, e intereses públicos secundarios, entre los que podemos encontrar los intereses de colectivos determinados, de instituciones públicas o, también, aunque en menor medida, de los agentes públicos.

2. EL RAPPORT DEL CONSEJO DE ESTADO FRANCÉS DE 1999

El propio Consejo de Estado de Francia, la casa madre del Derecho Administrativo continental europeo, dedicó el *Rapport* del año de 1999 precisamente a reflexionar acerca del concepto del interés general. Un concepto, como reconoce el *Conseil d'Etat*, que doscientos años después, seguía, y sigue, ocupando un lugar central en el pensamiento jurídico francés, especialmente en el Derecho Público. Es más, para el Consejo de Estado galo, el interés general es la finalidad última de la acción pública. Lo que significa, ni más ni menos, que el sentido y la esencia de la acción del Estado está enraizada indisolublemente con este místico y complejo concepto que siempre está en la base y en la finalidad del entero quehacer del Estado y de la Administración pública, no digamos de los servicios públicos de naturaleza social. Un concepto difícil de definir en términos cartesianos, y que no por ello deja de tener una relevancia cardinal para comprender mejor el alcance y sentido que tiene, en este tiempo de tantos cambios y transformaciones, el moderno Derecho Administrativo.

El bicentenario del Consejo de Estado francés, no por casualidad, sirvió a la alta institución gala para preguntarse acerca de la actualidad de un concepto que sigue utilizándose en todos los Ordenamientos jurídico-administrativos del mundo y que, en nuestra opinión, debe ser replanteado a la luz del nuevo Derecho Administrativo de este tiempo, especialmente como consecuencia de su inserción en el marco del Estado social y democrático de Derecho, justamente en un momento de declive y crisis del esquema estático del Estado del bienestar. Probablemente, el sentido y la funcionalidad del interés general, tal y como se alumbró en el ambiente revolucionario de 1789, hoy estén superados. En cualquier caso, el intento de *Conseil d'Etat* por mantener, a partir de una razonable línea evolutiva, la centralidad del interés general en el moderno Derecho Administrativo demuestra los reflejos de un conjunto de grandes juristas que son conscientes de la trascendencia de la cuestión en un tiempo de la historia de la Humanidad en el que el Derecho Administrativo, el Derecho Público en general, está siendo atacado desde el poder político para convertirlo en la "justificación" de la arbitrariedad y el arbitrio, y desde el poder financiero, para evitar que el Derecho detenga la fuerza de un mercado dirigido, dominado, por su lógica interna: el lucro, que como reza el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, es todo beneficio obtenido sin contraprestación.

El interés general, señala el *Conseil d'Etat* en la introducción del *Rapport* de 1999, es la piedra angular de la acción pública y admite, fundamentalmente, dos aproximaciones distintas. La versión utilitaria,

del Estado liberal, y la versión republicana, surgida de la revolución francesa. En el primer caso, el interés general se concibe como el interés común en el sentido de suma de los intereses individuales y surge espontáneamente del juego de los agentes económicos. El Estado, en este supuesto, no es más que un árbitro que debe poner orden en un entramado de iniciativas e intereses de signo particular como si su función residiera en preservar, sin más, un interés superior, común a los ciudadanos. En esta perspectiva, el interés general no es más que la articulación de medidas regulatorias dirigidas a paliar o corregir los fallos del mercado, que se erige en la referencia y paradigma del sistema social.

En el caso del interés general de filiación francesa, de esencia voluntarista, su alumbramiento no deriva, dice el Consejo de Estado galo, de una determinada conjunción y alianza de intereses económicos incapaces de fundar establemente la vida social. El interés como expresión de esa voluntad general es la idea central. Una construcción intelectual que ya muy pronto Duguit (1913) se encargaría de desmitificar puesto que lo que existe en la realidad son intereses generales concretos, aunque partan de un aspecto amplio que conecta con los grandes principios y parámetros del Estado social y democrático de Derecho. Desde esta perspectiva, el interés general es la expresión de la voluntad general, que confiere al Estado la suprema tarea de atender el bien de todos y cada uno de los ciudadanos. Bien de todos y cada uno de los ciudadanos, miembros de la comunidad, que se refiere a aspectos tan materiales y concretos como la educación, la sanidad, la seguridad.

Desde una perspectiva equilibrada de lo que es la regulación económica, el interés general no es la última "ratio" para que el mercado camine adecuadamente. No tiene una connotación negativa. Es, como señala Larrañaga en un interesante estudio sobre interés general y regulación económica, una noción sólida e incluyente que sobrepasa esa aproximación negativa y reactiva del interés general ante los fallos del mercado. Entendido positivamente, como base y fundamento de la actividad regulatoria, nos permite comprender mejor que a su través, se puede fomentar el desarrollo económico de forma complementaria con la protección de los derechos de los ciudadanos.

El problema de la visión utilitaria del interés general reside en que no resuelve los agudos desafíos de la sociedad moderna. Es más, a juicio de no pocos analistas y académicos, precisamente esta dimensión individualista del espacio general está detrás de la profunda crisis económica y financiera que asola el mundo en este tiempo, especialmente en tiempos de emergencia sanitaria como los que estamos viviendo en la actualidad. Por otra parte, la identificación del interés general con la voluntad general es una operación intelectual tan perfecta como imposible de practicar. Duguit (1913) ya lo advirtió brillantemente en su libro *Las transformaciones del Derecho Público* al reconocer que en realidad la voluntad general no existe pues, como irónicamente reconoce, la suma de las voluntades de los parlamentarios es, al final, el precipitado de la ley. En efecto, la ley como expresión de la voluntad general es un mito. Otra cosa, desde un punto de vista voluntarista, es el entendimiento del interés general como la expresión del interés de la sociedad, de todos y cada uno de sus componentes.

El debate acerca del interés general, con una perspectiva utilitaria y otra voluntarista, es trasunto también de la diferente forma de entender la libertad. En el mundo anglosajón la libertad es más individual. En la tradición greco-latina, en la matriz romano-germánica prevalece una idea más solidaria de la libertad. Ambas dimensiones fundan Ordenamientos jurídicos con valores y elementos distintos. Por lo que se refiere al Derecho Administrativo, el sistema del *rule of law* o el sistema del *droit administratif*, dan lugar, como bien sabemos, a diferentes aproximaciones que están presentes en todas y cada una de las categorías, instituciones y conceptos que componen esta rama del Derecho Público que se llama Derecho Administrativo.

El propio Consejo de Estado, en la introducción de su citado *Rapport* de (1999) reconoce que ambas concepciones del interés general están en la base de dos distintas concepciones de la democracia: individualista o voluntarista. Para la primera, el espacio público se erige en la garantía de la coexistencia y convivencia de diferentes intereses que representan las varias dimensiones presentes en la vida social. Para la segunda, vinculada según el Consejo de Estado (1999) a la tradición

republicana francesa, el espacio público es el ámbito idóneo para trascender los puros intereses particulares y situarse en el ejercicio de la suprema libertad de conformar y construir una verdadera sociedad política en su más noble expresión. En este sentido, el *Conseil d'Etat* se confiesa partidario de entender el interés general más allá del arbitraje entre diferentes, y a veces contrapuestos, intereses particulares, inscribiéndose en la tradición voluntarista del interés general. Probablemente, entre la concepción individualista y la voluntarista, sea posible encontrar una tercera vía, con sustantividad propia, con características autónomas, que explique el interés general desde los valores del Estado social y democrático de Derecho proyectados en la realidad concreta, en la cotidianidad. Es decir, una visión del interés general que, sin huir de los fundamentos, sea reconocible por los ciudadanos como expresión y compromiso de la mejora permanente de las condiciones de vida de las personas.

3. LA CENTRALIDAD DEL INTERÉS GENERAL EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Es tal la relevancia que el Consejo de Estado de Francia (1999) atribuye al interés general que rotula el segundo epígrafe de su *Rapport* "El interés general clave de bóveda del Derecho Público Francés". Desde esta perspectiva, el juez administrativo tiene la relevante tarea de garantizar el interés general. Interés general que el supremo juez administrativo francés ubica en las grandes decisiones de la jurisprudencia, en las leyes y en el ejercicio por la Administración de las prerrogativas del poder y de la potestad pública.

Esta construcción voluntarista e inmanente del interés general es la razón de ser, según el *Conseil d'Etat*, del Derecho Público. Los grandes conceptos y categorías: servicio público, dominio público, obra pública, empleo público, entre otras, tienen una característica común: deben ser definidos en relación con la noción primaria de interés público, que se convierte en su razón de ser. En el fundamento del régimen especial del Derecho Público, explicitado en el estatuto del acto administrativo unilateral o en el sistema de responsabilidad del Estado encontramos, de una u otra forma, el elemento central.

En materia de expropiación forzosa, bajo la forma de utilidad pública, se nos presenta nada menos que como la base de la intervención pública, como el presupuesto de la operatividad de las potestades administrativas. El problema, como veremos, se encuentra en que el interés general no es un cheque en blanco, no es una fórmula abierta que permita el ejercicio de las potestades administrativas sin más. Necesita ser demostrado en lo concreto, precisa ser puntualizado con detalle, debe ser específico y fácil de aprehender por la ciudadanía. De lo contrario, el concepto se convierte en un peligroso expediente para el autoritarismo y el ejercicio unilateral del poder. Si el interés general es, en forma de utilidad pública, como afirma el *Conseil d'Etat* en su *Rapport*, la condición de la legalidad de la intervención de los poderes públicos, la relevancia del concepto es tal que incluso podríamos considerarla como la piedra de toque del Derecho Administrativo, el concepto central sobre el que se monta el mismo Derecho Administrativo.

El principio de supremacía del interés general sobre el interés particular ha sido censurado en algunas ocasiones recurriendo al peligro que se cierne sobre tal aserto si tal supremacía no se concreta adecuadamente, si no se apoya en el Ordenamiento jurídico, si simplemente se usa, con ocasión y sin ella, para la dominación política y social, como en estos tiempos de pandemia estamos sufriendo en tantas latitudes. Algo que lamentablemente, en Europa también, ha acontecido en el pasado y también, aunque de forma más sutil y sibilina encontramos en el presente. Sin embargo, si el interés general se argumenta convenientemente y se ampara en el Ordenamiento jurídico, ningún problema tendría que existir en orden a afirmar la superioridad moral del interés general así considerado sobre el o los intereses particulares o individuales. Esta pretendida supremacía en manera alguna impide, como reconoce la profesora Cassía Costadello, que ambos intereses público o general, y particular, no puedan entenderse complementariamente, incluso armónicamente. Cuando así acontece podemos afirmar que el interés general es más legítimo, pues es capaz de abrazar de forma abierta, dinámica y compatible los intereses particulares o individuales que, de esta forma, alcanzan su plena realización en un Estado social y democrático de Derecho. Es más, en la regulación de los servicios públicos

sociales, esta colaboración público-privada, cuando se articula sobre un Derecho Administrativo concebido como el Derecho del poder público para la libertad solidaria de las personas, contribuye ciertamente a la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos.

Siendo, por tanto, el interés general, el concepto central del Derecho Administrativo, no debería sorprender, como apunta el *Conseil d'Etat* en su *Rapport* de 1999, que el juez administrativo también tenga una relevante función como garante del interés general. Un concepto que, siendo esencialmente cambiante, tiene, sin embargo, una inextricable e indisoluble conexión con los derechos fundamentales, con la misma dignidad del ser humano pues, en última instancia, el principal y primordial interés general de cualquier Estado que se defina como social y democrático de Derecho es la garantía, protección y promoción de los derechos fundamentales de la persona. Por eso, el denominado derecho a una buena Administración reconocido hoy en la Carta Europea de los Derechos Fundamentales y en la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes de los Ciudadanos ante la Administración Pública es, consecuentemente, un auténtico y genuino derecho fundamental de la persona. Un derecho fundamental que es capital en la gestión de los servicios públicos sociales.

Si admitimos, como es el caso, que el interés general sea el concepto clave para comprender el sentido y funcionalidad del Derecho Administrativo, entonces podremos comprender el alcance real de los poderes y potestades de la Administración. En efecto, la expresión poder, potestad, expresa mejor el sentido que tiene la posición jurídica de la Administración pública en el Estado de Derecho que si usamos los términos privilegio o prerrogativa, pues estos parecen indicar *a priori* la existencia de una posición de supremacía o superioridad estática. Por eso, si el interés general está en la base, en la justificación última de la posición jurídica de la Administración, manifestada en una serie de poderes y potestades atribuidos por el Ordenamiento jurídico; entonces, cada vez que el aparato público use alguna potestad o poder, habrá de argumentar su ejercicio en motivos concretos de interés general. Acostumbrar a la Administración pública a esta forma de proceder significa, ni más ni menos, que el criterio del servicio objetivo al interés general sea realmente el principal patrón de conducta que presida el entero quehacer de las Administraciones públicas.

La concepción voluntarista del interés general, inspirada en las teorías de Rousseau, a pesar de los pesares y de los intentos de la doctrina y jurisprudencia francesas por mantener su predicamento, a día de hoy se nos presenta con puntos oscuros. En primer lugar, porque el interés general no es, no puede ser, competencia exclusiva del poder legislativo, puesto que este ya no goza del monopolio de la representación. Y, en segundo lugar, porque como ha señalado atinadamente una sentencia del Tribunal Constitucional español de 7 de febrero de 1984, el interés general en el Estado social y democrático de Derecho ya no se define unilateralmente por la Administración pública, sino que ahora, de acuerdo con el parámetro de la participación, se determinará a través de forma integrada, contando con la colaboración entre los poderes públicos y los agentes sociales.

El propio Consejo de Estado francés (1999), en el *Rapport* que estamos comentando, insiste en varias ocasiones, quizás con una terminología un poco antigua, en que es el concepto del interés general el que explica la existencia de las prerrogativas exorbitantes de Derecho Común de que dispone la Administración pública. Por supuesto, pero con una matización esencial. Los poderes y potestades son atribuidos por el Ordenamiento jurídico a la Administración. Es verdad que el interés general que debe servir objetivamente la Administración está incardinado en su propia naturaleza, pero el procedimiento y la forma en que ese interés general será administrado o gestionado necesita, por la inserción de la Administración pública en el Estado de Derecho, de una habilitación de la ley.

Una de las funciones más importantes de la noción del interés general en la jurisprudencia administrativa, tal y como la entiende el Consejo de Estado francés (1999), reside precisamente en limitar la realización de determinadas actividades en nombre de los valores superiores que representa, que siempre habrán de concretarse al caso concreto, las libertades individuales, cuando sea necesario, para mantener precisamente el interés general. Claro, tales limitaciones han de

respetar la seguridad jurídica y la igualdad dice el *Conseil d'Etat*. Por eso, el contraste jurídico entre estos principios y conceptos, lejos de conducir a enfrentamientos estáticos y estériles, abre las puertas a nuevas maneras de comprender el sentido de las instituciones, categorías y conceptos del Derecho Público de manera más acorde y congruente con el modelo del Estado social y democrático de Derecho.

En una situación como la actual, de profunda desafección de la ciudadanía en relación con los asuntos públicos, la revalorización del interés general, entendido como el interés de todos y cada uno de los ciudadanos en cuanto integrantes de la comunidad, de todo el cuerpo social; si se quiere, como el bien de todos y cada uno de los ciudadanos, adquiere una singular relevancia. El Estado, pues, no se puede desentender de esta tarea y debe reflejar en su quehacer y en su actuación esa dimensión abierta, plural, dinámica y complementaria, hoy imprescindible para recuperar un concepto, el de interés general, que desde la perspectiva ciudadana ha perdido muchos enteros. En parte, debe reconocerse, por la incapacidad de las políticas públicas, especialmente en Europa, la necesidad de implementar proyectos de libertad solidaria que efectivamente supongan mejoras reales y tangibles en las condiciones de vida de los ciudadanos.

La crisis de la concepción revolucionaria del interés general roussoniano, en cuya virtud el Estado asume la representación total y absoluta del interés general, es a día de hoy, obvia. El interés general, tal y como se plantea en las modernas democracias fundadas sobre el modelo del Estado social y democrático de Derecho, no puede definirse de espaldas a la realidad. Una realidad que nos demuestra que el Estado debe garantizar, promover, y defender la pluralidad de aproximaciones legítimas que conviven en la sociedad. Es decir, armonizar e integrar coherentemente ese conjunto de intereses, de diversa naturaleza, comunitaria, colectiva. En este sentido, como recuerda el *Rapport* del Consejo de Estado francés (1999) que estamos glosando en este epígrafe, compete al Estado, de forma indeclinable e irrenunciable, la prevalencia del interés común, del interés de todos, sobre los intereses individuales. No como dogma o *a priori*, sino como expresión concreta y argumentada en la realidad. Por una parte, porque moralmente el interés común es superior al interés de una parte, y, por otra porque no hacerlo así equivaldría, más pronto que tarde, a reducir al Estado, en parte así está aconteciendo, a un mero resorte del poder de las grandes multinacionales e inversores que se permiten, desde anular de hecho los poderes de los Entes reguladores, hasta ejercer un dominio real sobre las decisiones de la política económica, incluso de política general. ¿Por qué, por ejemplo, no se impide, a través de una razonable y adecuada regulación, que determinados inversores internacionales puedan especular con las deudas soberanas estatales hasta poner a todo un Estado-nación a los pies de los caballos? ¿Por qué, por ejemplo, se rescata masivamente a las instituciones financieras con fondos públicos sin contar con los contribuyentes?

El interés general, que ha dejado de ser monopolio natural del Estado, tampoco puede ser objeto de apropiación por parte de grupos económicos, nacionales o internacionales. La idea de fragmentación, de pluralismo, es, en un Estado social y democrático de Derecho que se precie, uno de sus rasgos esenciales, una de sus características más importantes. Por ello, se debe tomar conciencia de los peligros que encierra la llamada soberanía económica o financiera, una nueva soberanía que ha desplazado realmente al ciudadano de su condición de dueño y señor del poder público. Efectivamente, cuando la Economía domina al Derecho, cuando el Derecho Público discurre varios cuerpos detrás de la Economía, cuando el Derecho, expresión de la justicia, es desterrado de las decisiones económicas y financieras, entonces los principales poderes económicos y financieros se enseñorean del interés general y las notas de la racionalidad, pluralismo y justicia desaparecen al servicio del enriquecimiento sin cuenta de los principales dirigentes y propietarios de estas corporaciones.

Tal y como recuerda el Consejo de Estado francés (1999), cuando domina el análisis económico, cuando es unilateral y reacio a otras dimensiones, entonces el interés general se acaba convirtiendo en la suma de los intereses o utilidades particulares o, por mejor decir, en el depósito por excelencia de los intereses individuales. En alguna medida, esa visión antediluviana del liberalismo, resumida

en el famoso *laissez faire*, en la pura abstención estatal para que las fuerzas creadoras conformen, sin límites, la actividad económica, sigue presente. Por eso, en el seno de la Unión Europea, en el alumbramiento de las principales categorías, conceptos e instituciones del Derecho Comunitario, junto a la razonable liberalización emprendida, para garantizar el libre acceso de los ciudadanos a los servicios de su preferencia, aparecen coherentes medidas para garantizar el interés general. Son los casos de la universalidad, asequibilidad y calidad que deben caracterizar el funcionamiento de los denominados servicios económicos de interés general.

4. PERTINENCIA DEL INTERÉS GENERAL

El concepto mismo de interés general, así entendido, sigue siendo pertinente. La crisis económica y financiera que ha asolado el mundo en este tiempo así lo atestigua. El interés general en este tiempo de turbulencias, o bien ha sido secuestrado, o bien ha mudado su rostro para comparecer ante todos nosotros travestido de la suma de determinados intereses particulares. No es que los intereses particulares sean indignos o incompatibles con el interés general. De ninguna de las maneras. La cuestión, como apuntó el Consejo de Estado en las reflexiones sobre el interés general en su *Rapport* de (1999) adelantándose en el tiempo, reside en mantener un concepto de interés general en que se puedan integrar los diferentes intereses en juego bajo el supremo criterio del bien general de los ciudadanos.

Si partimos de los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, los conceptos de interés general y de interés particular debieran entenderse en un contexto de complementariedad, en un marco de integración y armonización. Así, de esta manera, si el interés particular se integra en el interés general, la resolución de los problemas es más sencilla. En cambio, cuando operamos con esquemas de enfrentamiento y confrontación, desde el pensamiento bipolar, entonces se ideologizan las cuestiones y su solución, humana y real, es una quimera.

La crisis de la concepción voluntarista del interés general y los problemas de la versión individualista nos acercan a un planteamiento más abierto, más plural, más dinámico, más complementario. Y también, por supuesto, más realista, más pegado a la realidad. Así lo entiende también el Consejo de Estado francés (1999) cuando reclama un debate intelectual sobre el concepto del interés general más pragmático. Un debate más pragmático, que lo es también, sobre las misiones, sobre las funciones del Estado, y, sobre todo, sobre cómo encontrar un espacio de equilibrio entre la denominada eficacia del mercado y los imperativos del interés general. Desde un punto de vista más amplio, me parece que el concepto de libertad solidaria responde a este desafío.

Esta tarea de integración equilibrada y armónica entre mercado e interés general, a pesar de que no haya convencido a la tradición francesa del servicio público, va dando pasos firmes, no sin luces y sombras, poco a poco.

Es conocida la tesis gala de incompatibilidad esencial entre la misión de servicio y el respeto al derecho de concurrencia. Sin embargo, la realidad demuestra que es posible la compatibilidad entre ambos criterios y, lo que es más importante, que la cohesión social no es incompatible, en sede de principios, con la libertad económica. En estos casos, la emergencia del concepto servicio económico de interés general, en el que coexisten los principios de publicidad y concurrencia junto a las obligaciones de servicio público, constituye una muestra de pensamiento complementario. Y, por lo que se refiere a la materia que se trata en este número 22 de la Revista del Círculo de Derecho Administrativo, la realidad demuestra que la participación social en la gestión de los servicios públicos sociales es, tantas veces, capital precisamente para que a su través se mejoren ciertamente las condiciones de vida de quienes están limitados o golpeados en su dimensión social.

Mantener en el tiempo en que vivimos que el mercado es sinónimo de eficacia, de eficiencia y de libertad no es de recibo. Igual que defender, a capa y espada, que el Estado es la encarnación del

ideal ético. Más bien, como parece colegir el Consejo de Estado de Francia (1999), se trata de reinterpretar la idea de Duguit de interdependencia social, no de forma unilateral, sino plural. De esa manera, podría entenderse que el mismo concepto del interés general, entendido desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, es garante de los valores de solidaridad, cohesión social, equilibrio territorial y protección del medio ambiente. En otras palabras: el *Rapport del Conseil d'Etat* de (1999) sobre el interés general confirma la convergencia entre las aproximaciones nacional y comunitaria dirigida a un mejor entendimiento y conciliación entre el principio del mercado y el objetivo de interés general.

Esta reformulación del concepto de interés general, que parte de los postulados expuestos, es, desde el punto de vista del Consejo de Estado francés (1999), una necesidad. Una necesidad que nos conduce al mantenimiento de una concepción evolutiva del interés general. Una concepción que debe escapar de rígidos moldes y posiciones preestablecidas, de clichés y prejuicios. Una concepción, sigue diciendo el Consejo de Estado galo, caracterizada por la plasticidad y la necesidad de responder a la demanda de mejores condiciones de vida por parte de la ciudadanía. Especialmente, en materia de servicios públicos en sentido amplio nos encontramos con la regularidad y continuidad de su prestación, con exigentes patrones de calidad o con razonables exigencias de universalidad en su acceso. Por tanto, según el Consejo de Estado, el carácter evolutivo del concepto de interés general garantiza la permanencia y vitalidad de los grandes principios del Derecho Administrativo que se deducen de los valores constitucionales, de los valores inherentes al interés general.

Es verdad que una formulación del interés general desde una perspectiva abierta y plural, desde el pensamiento complementario, resulta extraordinariamente difícil. Sin embargo, si operamos desde el ángulo del conflicto o la contraposición, desde los esquemas de la confrontación, entonces el producto resultante adolecerá de la marca de esta metodología. En cambio, buscar un concepto sintético, integrador y abierto, aunque sea más complejo y más lento, garantiza que las autoridades públicas, desde la objetividad y la racionalidad, podrán construir espacios e instituciones que permitan el libre y solidario de las personas en la sociedad. Esta perspectiva, transaccional la denomina en su *Rapport* el *Conseil d'Etat*, abre las puertas a una nueva legitimidad que ahora está en las antípodas de la unilateralidad dominante, ubicándose en un mayor protagonismo ciudadano a la hora de conformar ese interés general del Estado social y democrático de Derecho.

En el Derecho Constitucional español, el juez o tribunal controla la legalidad de la actuación administrativa y la potestad reglamentaria, así como los fines que justifican el entero quehacer de la Administración pública. Tal es la dicción del artículo 106 de la Constitución española, que refleja la preocupación del constituyente por controlar jurídicamente el sometimiento al interés general por parte de la Administración. Así es porque nos encontramos en presencia del concepto que mejor explica el sentido y funcionalidad de la Administración pública. Es más, el juez administrativo debe velar por la prevalencia del interés general, por la supremacía del interés general, por la primacía de lo general, de lo de todos, sobre lo particular, sobre lo individual, por importante o relevante que este sea. Que esto sea así significa que, en efecto, el sentido y la funcionalidad del interés general, unido a la justicia, es el alma del Derecho Administrativo.

El Consejo de Estado del país galo entiende, acertadamente, que el juez administrativo juega un papel esencial en el proceso de defensa del interés general. Pareciera, pienso, que el *Conseil d'Etat* hubiera entendido el alcance del artículo 106 de la Constitución española. Precepto que supone, ni más ni menos, que atribuir al juez administrativo una suerte de posición especial en orden a mantener, en los conflictos en los que una parte es la Administración pública al menos, el interés general. El poder judicial, pues, asume en esta materia una posición central, por lo que para conocer mejor el alcance del interés general habrá que estudiar, pormenorizadamente, la jurisprudencia acerca del sometimiento de la Administración pública, en cada caso, a los fines de interés general.

Unos fines, que, por su propia naturaleza, se enraízan en la esencia de la misma Administración pública, que se define, por ejemplo, en la Constitución española de 1978, como una institución u organización de servicio objetivo, valga la redundancia, al interés general. Por tanto, ese servicio objetivo al interés general significa transparencia, publicidad, concurrencia en las licitaciones, mérito o capacidad en el acceso y promoción en la función pública.

El Derecho Administrativo es el derecho del poder público para las libertades ciudadanas en feliz expresión del profesor González Navarro. El Derecho Administrativo del siglo XXI tiene al ciudadano en su epicentro. Las construcciones dogmáticas que situaban al poder en el frontispicio de este sector del Derecho Público han pasado a la historia. Hoy el Derecho Administrativo es un Derecho que garantiza derechos e intereses legítimos de los ciudadanos porque el interés general está cada vez más vinculado a la promoción de los derechos de los ciudadanos, especialmente de los más indefensos.

El papel fundamental de los ciudadanos, que ya no son sujetos inertes, meros recipientes de bienes y servicios públicos, alumbría una nueva versión del interés general que es inherente a la democracia y, por tanto, a los valores del Estado social que en ella habitan: libertad, solidaridad, participación y justicia fundamentalmente.

5. SIGNIFICADO DEL INTERÉS GENERAL

Un estudio sobre el concepto del interés general en el Derecho Administrativo, en materia de regulación de servicios públicos sociales, merece un somero análisis acerca de su significado. No es infrecuente que el término que se asocie al Derecho Administrativo como concepto clave sea el de interés público. Sin embargo, hemos preferido referirnos en este trabajo al concepto de interés general porque si bien en el pasado fue el interés público el término elegido para fundar el sentido de la actuación de la Administración pública, en el marco del Estado social y democrático de Derecho, el interés al que debe someterse la Administración es el de la comunidad, el de la sociedad, el del conjunto, no el de la propia institución Administración pública o el de sus agentes, sino el de todos los ciudadanos. El principio de participación y el principio de centralidad del ser humano me parece que reclaman un entendimiento más amplio y abierto que el estricto y riguroso de interés público.

En realidad, no solo en el lenguaje coloquial, también en el académico, ambos conceptos se identifican. Sin embargo, debemos matizar porque existe un concepto amplio de interés público, que sería el interés general, y un concepto estricto, reducido a los estrechos límites de lo organizacional. La perspectiva amplia de interés público ha sido calificada de distintas formas y maneras con el fin de llamar la atención acerca de su centralidad en orden a definir el Derecho Administrativo mismo. El profesor Hachem (2011) las ha resumido así: noción-madre, clave de bóveda, alma, corazón, piedra angular o alfa y omega del derecho Administrativo.

El profesor Durán ha señalado acertadamente que siendo el interés privado y el interés público conceptos distintos, en modo alguno se contradicen u oponen. Más bien, cada uno, desde su ámbito, cumple cabalmente su finalidad propia y, en la medida en que se concilien o complementen, la convivencia es más armoniosa. El interés general sería para Durán, el conjunto del interés privado y del interés público, y equivaldría a la noción de bien común que no es, ni más ni menos, entonces, que el correlato metafísico del concepto de interés general, que es la noción propia con la que trabaja el jurista del Derecho Administrativo en el Estado social y democrático de Derecho.

El profesor Muñoz (2010) nos ha enseñado que este concepto, a pesar de su difícil definición, tiene proyección concreta. Unas veces, porque está previsto en la ley. Por ejemplo, cuando se permite rescatar una concesión administrativa por razones de interés público o cuando la norma prevé que un contrato público pueda ser resuelto unilateralmente por la Administración pública cuando concurra causa suficiente de interés público. Pero también, aunque no esté previsto en el Ordenamiento jurídico,

si admitimos que el juez administrativo puede controlar los fines de la actuación administrativa, podrá, en efecto, analizar en Derecho, en el caso concreto, si la potestad administrativa es adecuada al interés general que debe fundar la misma actuación administrativa, una actuación que no puede estar amparada en una pretendida intangibilidad absoluta del mérito del acto administrativo.

Como razona Bebendi, en el Estado de Derecho no es posible excluir de control jurídico los actos administrativos amparados en esta categoría jurídica en abstracto. Más bien, lo que hace el juez es controlar por los medios que le proporciona el Derecho si la actuación administrativa en concreto es razonable, es adecuada, es proporcional, y se enmarca en el interés general específico en el que se opera la potestad administrativa. Si estamos en el marco de la educación, de la sanidad, de la industria, de la cultura o de cualquier otro sector supraindividual atribuido a la Administración pública, la racionalidad de la actuación, de acuerdo con los criterios de la lógica y de la motivación, permitirán conocer en concreto la expresión del interés general que justifica la actuación puntual de la propia Administración en un caso concreto.

El interés general, ínsito en toda actuación administrativa, no es una ideología. No puede serlo en el Estado de Derecho en el que la Administración obra en virtud de normas, de disposiciones generales que traducen, que deben proyectar, cada vez con mayor grado de concreción, a través de poderes, intereses generales a la realidad. En el Derecho Administrativo Constitucional, en el Derecho Administrativo del Estado social y democrático de Derecho, el interés general no puede ser, de ninguna manera, un concepto abstracto, intelectual, desde el que se justifique cualquier tipo de actuación administrativa. En otras palabras, la simple apelación genérica al interés general no legitima la actuación administrativa. Esta precisa, para actuar en el marco del Estado social y democrático de Derecho, de una razonable proyección concreta sobre la realidad en virtud de normas que permiten laborar a la Administración pública.

Tal y como afirma Nieto (1991), la ideología del interés público, en sentido amplio apuntamos nosotros, cuando asume la funcionalidad democrática, da contenido y misión inequívocamente de esta naturaleza a la actuación administrativa. De esta manera, el quehacer administrativo encuentra su límite y su fundamento precisamente en el interés general, que se convierte, bien por expresa atribución normativa, bien por su incardinación en los principios generales del Derecho Administrativo, en la clave de bóveda de esta rama del Derecho Público.

Sin embargo, cuando el interés general, el interés público en sentido amplio, no se ajusta a la esencia democrática, desconociendo los derechos fundamentales, y entre ellos el derecho a la tutela judicial efectiva, sobre todo, entonces algunos de los dogmas que acompañan al acto administrativo, ejecutividad y ejecutoriedad, por ejemplo, asumen un valor absoluto que lamina la posición jurídica del ciudadano, convirtiéndolo en mero receptor de bienes y servicios públicos sin más. Por el contrario, cuando la dignidad del ser humano ocupa el centro del Derecho Administrativo, entonces el acto administrativo pierde ese carácter mítico, y el esquema originario de exorbitancia se torna, es lógico, como un régimen de servicio objetivo a un interés general que reside precisamente en la promoción de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos.

6. DIMENSIONES DEL INTERÉS GENERAL

Uno de los profesores que mejor ha tratado esta cuestión es, sin duda alguna, Bandeira de Mello, maestro brasileño de Derecho Administrativo que viene defendiendo, décadas atrás, desde los años sesenta del siglo pasado, el principio de supremacía del interés público a partir de los datos del Ordenamiento jurídico brasileño. Este jurista iberoamericano, de gran renombre internacional, entiende, con toda razón, que el interés público no es un concepto autónomo, que tenga existencia aislada e independiente de las personas. No es, no puede ser de ninguna de las maneras un concepto inmanente, subsistente por sí mismo. Nace y se desarrolla en el marco de un Derecho Administrativo de inequívoco sabor democrático en el que, por supuesto, el titular del poder público sea legislativo,

ejecutivo o judicial, es el pueblo, la ciudadanía en conjunto e individualmente considerada. Por ello, el concepto del interés público, en sentido amplio, está relacionado con los derechos de los ciudadanos, con los intereses supraindividuales de los individuos, dice Bandeira de Mello. Ahora bien, el interés público así considerado constituye una de las posibles formas de manifestación de estos intereses. Más en concreto, si reconocemos que existe una dimensión personal de estos intereses expresada a través de las conveniencias exclusivamente personales del individuo, es obvio que esta no responde al concepto del que aquí tratamos de interés público en sentido amplio o interés general. Más bien, como señala el profesor Bandeira de Mello, se trata de la dimensión pública de esos intereses ciudadanos. Es decir, desde esta perspectiva, el interés de los ciudadanos como miembros de la colectividad, como integrantes del cuerpo social, conforman el concepto del interés general que por tanto se refiere a la cobertura de las necesidades colectivas de los ciudadanos, entre las que más relevantes son, sin duda, la educación o la sanidad.

El interés público en sentido amplio tiene una obvia vinculación a las personas consideradas, eso sí, como integrantes de la sociedad. Desde este punto de vista el interés general puede considerarse como el interés social en la medida en que descansa sobre los intereses de las personas como componentes básicos de la sociedad. No es un concepto abstracto, genérico el que aquí se plantea, sino un concepto que referido a la comunidad está incardinado en los intereses de las personas que componen el cuerpo social precisamente como integrantes de la sociedad. Como dice Bandeira de Mello, refiriéndose al interés público en sentido amplio, este surge como algo en que cada componente de la sociedad reconoce e identifica su propio querer y su propia valoración positiva.

Desde esta perspectiva, el maestro brasileño define el interés público como el interés resultante del conjunto de intereses que los individuos personalmente poseen cuando son considerados como miembros de la sociedad. Es decir, el interés general, el interés público en sentido amplio, el interés de los ciudadanos en su dimensión pública está incardinado en la propia existencia de las personas, eso sí, como integrantes de la sociedad. Por eso, la Administración pública cuando sirve objetivamente el interés general debe tener presente los intereses de las personas en su dimensión social, debe atender a las necesidades colectivas de las personas, debe, en una palabra, evitar esas abstracciones a que nos tiene tan acostumbrados cuando se pretende usar unilateralmente lo que solo se pueda utilizar multilateralmente.

Partiendo de la doctrina italiana, Bandeira de Mello distingue también, en el marco del interés del aparato estatal, en el ámbito del interés del Estado, una dimensión particular y una dimensión pública que conviene tener en cuenta para mejor entender el concepto de interés general del que partimos en este estudio. Así, desde las posiciones mantenidas por Alessi, Cornelutti y Picardi, la Administración ordinariamente hace prevalecer su voluntad, que es la voluntad del conjunto, de todos y cada uno de los ciudadanos, sobre la de los individuos particularmente considerados. Es decir, la voluntad de la persona jurídica Administración es preferente sobre la de los ciudadanos y puede imponerse de acuerdo con las reglas de la autotutela declarativa y ejecutiva, pero solo en el caso de que esa voluntad administrativa esté perfectamente motivada, asentada sobre la realidad, goce del respaldo del Ordenamiento jurídico y contribuya eficazmente a la mejora de las condiciones de vida de las personas. Algo que es capital, obviamente, en materia de regulación de servicios sociales.

La prevalencia del interés general sobre el individual solo se produce cuando traiga causa del Ordenamiento jurídico, del Derecho objetivo dice Bandeira de Mello. Es decir, cuando media una atribución explícita o implícita del Ordenamiento jurídico. Escribo Ordenamiento jurídico y no norma jurídica legislativa porque la Administración, a mi juicio, está vinculada por la Ley y por el Derecho, esto es, por el Ordenamiento jurídico en su conjunto. Así, de esta manera, se evita la tiranía de la norma escrita y se da entrada a los principios generales del Derecho que, en materia de Derecho Administrativo son tan importantes que, por su concurso y colaboración, es posible devolver al interés general defectuosamente concretado, por ejemplo, por su ausencia de relación con los derechos de

las personas, esa dimensión humana que tanto precisa para ser lo que debe ser: el Derecho que regula razonablemente los asuntos generales con arreglo a la justicia.

El interés general, pues, ha de estar definido en el Ordenamiento jurídico. No es una abstracción, una especulación, una filigrana intelectual. Es también, sobre la base de los valores del Estado social y democrático de Derecho, algo concreto, materializado, puntualizado, encarnado en la realidad que, además, debe ser racional, objetivo, susceptible de motivación o argumentación a partir de los criterios de la lógica en un marco de mejora real de las condiciones de vida de las personas.

La doctrina italiana también distingue entre interés colectivo primario e intereses secundarios (Alessi). En el primer caso, el interés así referido se extiende al complejo de intereses individuales prevalentes en una determinada organización jurídica de la colectividad, constituyendo la expresión unitaria de una multiplicidad de intereses coincidentes. En palabras de Bassi, ese interés primario es el parámetro fundamental al que la Administración está obligada a referir sus decisiones y poderes. Es el interés público en sentido amplio, el interés general del que tratamos en este estudio. En cambio, el interés de un individuo de la colectividad o el del aparato administrativo en sí mismo son secundarios. En otras palabras: el interés particular de una persona física o el interés de la Administración como persona jurídica, que son intereses secundarios, pueden coincidir, o no, con el interés colectivo primario, con el interés general, con el interés público en sentido amplio.

El interés general, desde una aproximación democrática, es el interés de las personas como miembros de la sociedad en que el funcionamiento de la Administración pública repercute en la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos fortaleciendo los valores superiores del Estado social y democrático de Derecho. Por eso, nada más alejado al interés general que esas versiones unilaterales, estáticas, profundamente ideológicas, que confunden el aparato público con una organización al servicio en cada momento de los que mandan, del gobierno de turno.

Por ejemplo, ahora que estamos en una aguda y dolorosa crisis económica provocada por la pandemia, los Gobiernos ponen en marcha, a través de la Administración pública, diferentes medidas para intentar sanear unas cuentas públicas maltrechas, al borde de la bancarrota. En este sentido, algunas decisiones para aliviar el elevado déficit público que aqueja a no pocos países consistentes en elevar los impuestos son, sin duda, eficaces, pero profundamente desvinculadas del interés general. En estos casos, es posible que el interés público secundario se alcance, pues el Ministerio de Hacienda cumple los objetivos de reducción del déficit, pero no cabe duda alguna, al menos para quienes escribimos, que subir los impuestos a la población cuando se reducen los salarios del sector público y se congelan, con tendencia a la baja, las pensiones públicas, empeora sustancialmente las condiciones de vida de los ciudadanos lesionando, y no poco, el interés público primario o interés público amplio que denominamos en este trabajo interés general.

El profesor Bandeira de Mello subraya, y esto es relevante, que el interés público no es algo etéreo, intangible o abstracto. A mi juicio debe estar concretado en la norma y en el Derecho, en la ley y en el resto del Ordenamiento jurídico. Si admitiéramos una concepción abstracta y genérica de interés general estaríamos amparando actuaciones administrativas irracionales y arbitrarias, profundamente ilegales. Por una poderosa razón: porque cuando no es menester concretar el interés general al que ha de servir objetivamente la Administración, esta vuelve sobre sus feros perdidos y recupera el halo de abstracción e infinitud, de ilimitación y opacidad, que tenía en el Antiguo Régimen.

7. CARACTERIZACIÓN DEL INTERÉS GENERAL

Es decir, el interés general debe estar concretado, detallado, puntualizado en el Ordenamiento jurídico, en la mayoría de los casos, en una norma jurídica con fuerza de ley. La idea, básica y central, de que el interés general en un Estado social y democrático de Derecho se proyecta sobre la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos en lo que se refiere a las necesidades colectivas,

exige que en cada caso la actuación administrativa explice, en concreto, cómo a través de actos y normas, de poderes, es posible proceder a esa esencial tarea de desarrollo y facilitación de la libertad solidaria de los ciudadanos.

Es la Constitución, como fuente de las fuentes, y como norma de las normas, el lugar en el que encontramos los valores y principios que han de presidir el desarrollo del interés general en el Estado social y democrático de Derecho. Los valores superiores del Ordenamiento, los principios del preámbulo de la Carta magna y, muy especialmente, los derechos fundamentales de la persona y los principios rectores de la política social y económica conforman, para el caso español, las partes de la Constitución directamente vinculadas a la promoción y realización del interés general. De manera especial, el artículo 9.2 manda a los poderes públicos la creación de las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y grupos sean reales y efectivas removiendo los obstáculos que impidan su efectividad. La Administración pública, pues, debe promover, facilitar, hacer posible que cada persona se desarrolle libre y solidariamente removiendo los obstáculos que lo impidan.

La Administración pública, bien lo sabemos, no dispone de libertad. Son las normas jurídicas las que le atribuyen los poderes y, en su virtud, dictan actos y realizan funciones de interés general. En este marco, el principio de juridicidad nos ayuda a comprender mejor la forma en la que la norma de atribución ha de perfilar, con el mayor detalle posible, el interés general que debe servir objetivamente la Administración pública en cada caso. Si la norma es parca o confusa, los principios de racionalidad, objetividad, proscripción de la arbitrariedad, seguridad jurídica o confianza legítima, entre otros, permitirán a la propia Administración pública cumplir su tarea o, corresponde, ser controlada jurídicamente por los Tribunales de Justicia. En todo caso, cuando la Administración opera en virtud de poderes discrecionales, el grado en que se debe concretar y justificar el interés general está en proporción a la intensidad de la discrecionalidad atribuida por la norma a la Administración pública.

El interés general, por tanto, está previsto en la Constitución y contemplado, para el Derecho Administrativo, de otra manera no podría ser, en los principios del Estado de Derecho. Procedimentalmente, el interés general ha de ser satisfecho por la Administración a través de normas, poderes y actuaciones que operan en el marco del principio de juridicidad, de la separación de los poderes y del reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona. Es este el campo de juego en el que debe moverse la Administración para que en todo su quehacer brille con luz propia el interés general que en cada caso haya de satisfacer.

El profesor Bandeira de Mello entiende que existe una noción categórica general de lo que se debe entender por interés público aplicable a cualquier sistema jurídico-político al margen de consideraciones contingentes o variables. Opina este profesor que es posible encontrar un núcleo objetivo, universal, de lo que es el interés público, de lo que es el interés general tal y como aquí lo denominamos. A partir de ese núcleo esencial, el interés general se encarna, por así decir, en la realidad a través del Ordenamiento jurídico: leyes, normas y actos fundamentalmente.

No es que existan dos aproximaciones paralelas al interés general, una genérica, con pretensión de validez universal, derivada del Estado de Derecho e integrada esencialmente en la Constitución, y otra concreta, puntual, expresada a través de normas y actos. Ambas aproximaciones han de ser entendidas desde el pensamiento compatible y complementario. Así, de esta manera, para considerar jurídicamente si el interés general concreto está enmarcado en el Estado de Derecho, en la Constitución, habrá que echar mano de la concepción genérica, que no es un cheque en blanco. Consiste, como antes comentamos, en una noción enraizada sustancialmente en el conjunto de valores superiores del Ordenamiento, en las bases del Estado social y democrático de Derecho, muy especialmente en lo que se refiere a la centralidad de los derechos fundamentales de la persona y a los principios de la política social y económica, al menos en lo que se refiere a esta Constitución analizada desde el Derecho español.

En realidad, si analizamos esta cuestión, como apunta el profesor Hachem (2011), desde la perspectiva, por ejemplo, de la anulación de un acto administrativo por haberse dictado de acuerdo con una finalidad diversa a la prevista en la norma (al interés público en sentido amplio inherente a la norma) y de la legitimidad jurídica para la revocación de una licitación por existir razones concretas de interés público que justifican dicha anulación, nos encontramos ante un dilema de no difícil solución. No es que estemos ante dos expresiones distintas de comprender el Derecho Administrativo. Estamos ante una forma de entender el Derecho Administrativo que ciertamente bascula sobre el concepto del interés general, un interés general que tiene dos diferentes representaciones que están indisolublemente unidas: la general, en cuanto que el acto ha de expresar los valores del Ordenamiento jurídico, y la concreta que, de forma inescindible con la general, proyecta esa dimensión genérica sobre la realidad, sobre un supuesto concreto de la realidad administrativa.

Esta explicación sale al paso de la perspectiva esquizofrénica de entender el interés público en sentido amplio y en sentido estricto como dos realidades distintas y separables. Desde el pensamiento compatible y complementario es posible encontrar una argumentación que salve la aparente contradicción que en muchas ocasiones la doctrina ha encontrado entre estas dos manifestaciones del interés público, del interés general como aquí lo entendemos. Podría hasta afirmarse que son las dos caras de la misma moneda: una en abstracto que, precisamente para ser válida en el Estado de Derecho, debe materializarse en la realidad, en el caso concreto, en el que, obviamente, habrá de orientarse hacia la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos. La otra, la perspectiva concreta, insisto, es la forma que adopta la dimensión abstracta, principal, del interés general.

La institución de la desviación de poder, que se aplica cuando las potestades administrativas se ejercen para fines distintos de los previstos en el Ordenamiento jurídico, aunque se refiere al interés general abstracto, al que habita en la norma jurídica, que trae causa de la misma Constitución o de una ley, es obvio que debe proyectarse sobre intereses públicos concretos, específicos, materializables, que, de una u otra forma afecten favorablemente a la mejora de las condiciones vitales de los ciudadanos. Pregunta, ¿es que la potestad administrativa, establecida en una norma de la que procede un acto administrativo, puede operar legítimamente al margen del interés general concreto si este no es más ni menos que la proyección de los valores superiores del Ordenamiento, de los postulados del Estado social y democrático de Derecho a la realidad?

Truchet (1997), en su trabajo sobre las funciones de la noción del interés general en la jurisprudencia del Consejo de Estado de Francia tercia en esta cuestión y afirma que el interés general concreto, el interés público cualificado que dirá la doctrina italiana, es una condición para el ejercicio de una potestad administrativa. Es decir, el interés general opera como límite jurídico al ejercicio de las funciones administrativas. Para ello, para que el interés general abstracto proyectado en el caso concreto (interés general concreto) sea efectivamente límite de la actuación administrativa es menester que en el acto en que se materializa la potestad, la motivación sea adecuada. De lo contrario, hasta podrá ser un acto ilegal, graduándose su gravedad en función de la indefensión en que pueda quedar el destinatario de dicho acto. Por tanto, el interés general, en su doble condición, habilita al quehacer administrativo y, en sentido contrario, prohíbe ciertas actuaciones contrarias a los valores superiores del Ordenamiento y a los postulados del Estado social y democrático de Derecho.

La distinción entre las dos dimensiones del interés general es útil a efectos pedagógicos y sistemáticos, pues permite comprender mejor el alcance, sentido y funcionalidad de este concepto capital para la misma definición y entendimiento del Derecho Administrativo. Sin embargo, si es que pretendemos determinar el concepto capital de nuestra disciplina, mejor sería, me parece, hablar de un interés general con dos dimensiones inescindibles e inseparables: una teórica, abstracta, genérica, en cuanto presupuesto de validez de cualquier norma o principio de derecho Público; y otra concreta, en cuanto que toda materialización y pura ejecución de las normas jurídicas administrativas debe orientarse a satisfacer necesidades colectivas que mejoren las condiciones de vida de los ciudadanos, tanto en lo que se refiere al fomento, a la policía o al servicio público.

8. REFLEXIÓN FINAL: LA MOTIVACIÓN DE LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS

La cuestión de la motivación del acto administrativo es consecuencia de la obligación de rendición de cuentas que pesa sobre una Administración democrática. Hasta tal punto esto es así como se puede afirmar, sin empacho alguno, que una Administración pública será tanto más democrática cuanto más y mejor motive los actos administrativos dictados en el marco de potestades discrecionales.

Ciertamente, esta consideración acerca de la obligación de motivar en cada caso la existencia del interés general legitimador de su actividad es trasunto de la titularidad de la soberanía que, al pueblo, en su conjunto e individualmente considerado, corresponde. El pueblo es el titular de la soberanía, del poder público. Los funcionarios y autoridades lo que hacen, y no es poco, es administrar y gestionar asuntos que son de titularidad ciudadana en nombre del pueblo de forma temporal explicando periódicamente a los ciudadanos la forma en que se ejercen dichas potestades.

Este es un tema de palpitante y rabiosa actualidad que explica hasta qué punto la crisis por la que atravesamos trae también causa, y de qué manera, del proceso de apropiación del poder en que han incurrido deliberadamente los políticos y altos funcionarios en términos generales. Con una sagacidad e inteligencia dignas de encomio, y gracias al consumismo insolidario imperante, se ha convencido a no pocos sectores de la población de que para los asuntos del interés general debían confiar en los dirigentes públicos, que saben muy bien lo que deben hacer. Incluso se ha intentado, a veces con notable éxito, presentar a la ciudadanía desde la tecnoestructura argumentos y razones para justificar tal posición, tiñéndola a veces de caracteres pseudocientíficos. Las consecuencias de este modo de proceder a la vista de todos están: politización de la Administración pública, conversión del interés general el interés o intereses particulares o individuales. Y, lo más grave, desnaturalización de la democracia que está dejando de ser el gobierno del pueblo, por y para el pueblo.

Por eso el tema del interés general es de crucial importancia para el Derecho Administrativo y, sobre todo, para la revitalización de los postulados del Estado social y democrático de Derecho. Porque está en juego nada y nada menos que la vuelta al Estado absoluto, al autoritarismo, a la consideración unilateral del interés general al margen de la razón humana.

El interés general, ya lo hemos explicado, tiene dos dimensiones, una amplia y otra concreta. En la dimensión amplia dispone de un protagonismo especial uno de los principales postulados del Estado social y democrático de Derecho: los derechos fundamentales. En efecto, Meilán Gil afirma que en la delimitación conceptual del interés general existe un núcleo irreductible que tiene en los derechos fundamentales de la persona su sustancia permanente. Esto es así, me parece, porque la dimensión amplia del interés general asegura en todo momento que la dimensión concreta, que puede variar como consecuencia del dinamismo social y de los legítimos cambios en el poder político, en ningún momento pueden desconocer la esencia y el alma del interés general, que es la centralidad que tiene para todo el Derecho la dignidad del ser humano y los derechos que le son inherentes.

9. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bacellar, R. (2008). Dignidade da pessoa humana, garantia dos direitos fundamentais, direito civil, direitos humanos e tratados internacionais. En F. Motta (Ed.), *Direito Público Atual: estudos em homenagem ao Professor Nélson Figueiredo* (pp. 317-323). Fórum.
- Bacellar, R. (2010). A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo brasileiro. En D. Wunder Hachem (Coords.), *Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello* (pp. 89-116). Fórum.
- Bandeira De Mello, C. (2009). A noção jurídica de interesse público. En *Grandes Temas de Direito Administrativo* (pp. 181-191). Malheiros.

- Bandeira De Mello, C. (2010). A supremacia do interesse público. En *XI Congresso Paranaense de Direito Administrativo*. Instituto Paranaense de Direito Administrativo.
- Consejo de Estado de Francia. (1999). *Rapport de 1999 sobre el interés general*.
- Dahrendorf, R. (1971). *Sociedad y libertad*. Tecnos.
- Doehring, K. (1987). Socialstaat Rechtsstaat und Freiheitlich-Demokratische Grundordnung. En *El Estado social* (pp.157 y siguientes). Centro de Estudios Constitucionales.
- Duguit, L. (1913). *Les transformations du droit public*. Librairie Armand Colin.
- Escola, H. (1989). *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Depalma.
- Friedrich, C. J. (1967). *O interesse público*. (Trad. E. Alkmin Cunha). O Cruzeiro.
- Gabrado, E. (2009). *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Fórum.
- García De Enterría, E. (1981). La significación de las libertades para el Derecho Público, En *Anuario de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid* (pp. 116 y siguientes).
- García De Enterría, E. (1996). Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (89), 69-89.
- García De Enterría, E. (2005). *Democracia, jueces y control de la Administración*. (5^a ed.) Thomson-Civitas.
- Garrido, F. (1952). Sobre el Derecho Administrativo y sus ideas cardinales. *Revista de Administración Pública*, (7), 11-50.
- Giannini, M. (1991). *Derecho Administrativo*. (Vol. 1) (Trad. L. Ortega). Instituto Nacional de Administración Pública.
- González, J. (1986). *La dignidad de la persona*. Civitas.
- Gordillo, A. (2003). *Tratado de Derecho Administrativo*. (7^a ed.). Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo.
- Guiddens, A. (2000). *Un mundo desbocado*. Taurus
- Hachem, D. (2011). A dupla noção jurídica de interesse público em Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, (11), 19-110.
- Meilán, J.L. (1967). *El proceso de la definición del Derecho Administrativo*. Escuela Nacional de Administración Pública.
- Meilán, J.L. (2010a). Intereses generales e interés público desde la perspectiva del derecho público español. *A&C – Revista de Dereito Administrativo & Constitucional*, (40), 171-198.
- Meilán, J.L. (2010b). O interesse público e o Direito Administrativo global. En: R. F. Bacellar Filho; G. A. Pazinato da Silva (Coords.). *Direito Administrativo e Integração Regional: Anais do V Congresso de Direito Público do Mercosul e do X Congresso Paranaense de Direito Administrativo* (pp. 101-104). Fórum.

Muñoz, G. (2010). El interés público es como el amor. En: R. F. Bacellar Filho; D. Wunder Hachem (Coords.). *Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. (pp. 21-31). Fórum.

Nieto, A. (1991). La Administración sirve con objetividad los intereses generales. En S. Martín-Retortillo Baquer (Coord.). *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría* (pp. 2185-2253). (Vol. 3). Civitas.

Rodríguez-Arana, J. (2010). El interés general como categoría central de la actuación de las Administraciones Públicas. En: R. F. Bacellar Filho; G. A. Pazinato da Silva (Coords.). *Direito Administrativo e Integração Regional: Anais do V Congresso de Direito Público do Mercosul e do X Congresso Paranaense de Direito Administrativo* (pp. 105-130). Fórum.

Sáinz, F. (1977). Sobre el interés público y la legalidad administrativa. *Revista de Administración Pública*, (82), 439-454.

Truchet, D. (1977). *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*. LGDJ.



BUENA ADMINISTRACIÓN PARA LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

GOOD ADMINISTRATION FOR SOCIAL RIGHTS EFFECTIVENESS

MARÍA LIDÓN LARA ORTIZ¹

RESUMEN

Se analiza el contenido y extensión del derecho a la buena administración a través de un estudio comparado entre la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes de los ciudadanos ante la Administración Pública de 2013 y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, especialmente, en relación con el derecho español, para dirimir la utilidad de la buena administración como derecho de subderechos que, además de ostentar la condición de derecho independiente con autonomía propia, sirve como instrumento para la protección de otros derechos materiales del ciudadano frente a los poderes públicos, especialmente los derechos sociales.

PALABRAS CLAVE

Derechos sociales | Buena administración | Transparencia | Derechos fundamentales | Responsabilidad social de las Administraciones públicas

SOBRE EL ARTÍCULO

El presente artículo fue recibido por la Comisión de Publicaciones el 11 de octubre de 2021 y aprobado para su publicación el 12 de junio de 2022.

CONTENIDO

1. Los derechos sociales, una realidad en evolución; **2.** Mecanismos para lograr la efectividad de los derechos sociales; **3.** La buena administración como vía para dotar de mayor efectividad a los derechos sociales; **3.1.** Concepto de la buena administración; **3.2.** Extensión de la buena administración: análisis comparado de los subderechos; **3.3.** Valor jurídico del reconocimiento

ABSTRACT

The content and extension of the right to good administration is analyzed through a comparative study between the Ibero-American Charter of Rights and Duties of citizens regarding the Public Administration of 2013 and the Charter of Fundamental Rights of the European Union, especially in relation to the Spanish law, to determine the usefulness of good administration as a right of sub-rights that in addition to holding the status of independent right with its own autonomy, it serves as an instrument for the protection of other material rights of the citizen versus the public authorities, especially it happens regarding social rights.

KEYWORDS

Social rights | Good administration | Transparency | Fundamental rights | Social responsibility of public administrations

¹ María Lidón Lara Ortiz, doctora en derecho por la Universitat Jaume I, actualmente es Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo en la Universitat Jaume I, correo electrónico de contacto a mlara@uji.es.

del derecho fundamental a la buena administración; **3.4.** Garantías de la buena administración: Defensor del Pueblo y Códigos de buena conducta administrativa; **3.5.** La efectividad de la buena administración y su relación con los principios fundamentales y los inspiradores de las políticas públicas sociales; **4.** Un paso más hacia la efectividad de los derechos sociales: la responsabilidad social de las administraciones públicas; **5.** Conclusiones; **6.** Referencias

1. LOS DERECHOS SOCIALES, UNA REALIDAD EN EVOLUCIÓN

Los derechos sociales son aquellos que dan el carácter de “social” a la configuración de los Estados democráticos modernos, y como tales son reflejo de un proceso de conquista de derechos de diferente consideración que quedan enmarcados, en general, en el ámbito de los derechos humanos, pero que no adquieren la condición de fundamental en todos los ordenamientos jurídicos. Su efectividad se complica desde el momento en que, no sólo no se identifican con los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos en todos los países, sino que, además, es frecuente que algunos de ellos no den lugar a derechos subjetivos de titularidad individual, sino que, a menudo, su consideración es la de servir como criterios guía de las políticas estatales.

Desde el punto de vista evolutivo, se pueden diferenciar diversas fases en relación con el reconocimiento de derechos esenciales que vienen a ser identificados con derechos humanos, y que permiten atribuir, también, naturaleza evolutiva y progresiva del proceso histórico de protección de los derechos fundamentales y de las libertades públicas², reconocidos como tales. En esa evolución los derechos sociales surgen tras ser reconocidos los derechos humanos de primera generación en los que prima la idea de proteger al ciudadano y su libertad frente al Estado. Los Estados democráticos han evolucionado hasta el reconocimiento de un buen elenco de derechos de carácter social, aunque su reconocimiento no siempre queda equiparado a los derechos humanos de primera generación mayormente positivados como derechos fundamentales. Una gran parte de los derechos sociales reciben un tratamiento diferente, aunque estén reconocidos normativamente, puesto que, en la evolución de los derechos humanos, durante el siglo XX, la matización de los ideales del liberalismo puro, introdujeron en la conceptualización de la libertad del ciudadano la idea de preservar su libertad con el apoyo estatal³, para que fuese una libertad acorde con el estado del bienestar. A pesar de ello, la doctrina científica diferencia los conceptos de Estado social y Estado de bienestar pues este último tiene un enfoque político, mientras que al Estado social se le reconoce naturaleza jurídica⁴.

Son, por tanto, una realidad en evolución, pero el hecho de que la mayoría de Constituciones hayan sido aprobadas en un momento en que los derechos sociales no habían ganado suficiente relevancia, les relega muy frecuentemente, a ese lugar meramente programático de las políticas públicas, lo que dificulta su efectividad.

Así, inicialmente la atención de necesidades sociales se realizaba a través de ayudas concedidas por el Estado, para ir evolucionando hacia su reconocimiento primero como objetivo de las políticas públicas, y después, para adquirir el estatus jurídico de derecho subjetivo⁵, lo que no se ha producido aún en todos los casos y es diferente en cada país. Existe cierto consenso en considerar que son derechos sociales los que afecten al ámbito de la salud, educación, seguridad social, vivienda, y trabajo. Así, será cada Constitución la que determine qué derechos se incluyen con este carácter en ella, y la que determine si, en su configuración jurídica, realmente son derechos o principios inspiradores. En este

2 Ver Lombarte, A. (1993). Los derechos de los ciudadanos europeos. *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, (5), p. 86.

3 Ver Gordillo Pérez, L. I. (2014). Derechos Sociales y Austeridad. *Lex social: revista de los derechos sociales*, 4 (1), p. 37.

4 Ver Rodarte Ledezma, L. E. (2020). Efectividad de los derechos sociales en España. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, (31), pp. 57 y 58.

5 Ver Arango Rivadenerira, R. (2015). Derechos sociales. En Fabra Zamora J. L. y Núñez Vaquero A., *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, (2), p. 1678.

sentido, cabe destacar que sólo adquieren la consideración de derecho cuando su configuración permita identificarlos con un auténtico derecho subjetivo, con la consecuencia de que el titular de los mismos queda legitimado para exigir su cumplimiento ante los juzgados y tribunales, lo que no se ha reconocido en la mayoría de los casos respecto de los denominados “derechos sociales”.

A pesar de su configuración normativa, los derechos sociales son concebidos por un amplio sector doctrinal como auténticos derechos humanos⁶, aunque en muchos países no ostentan la condición de derecho fundamental. Precisamente, ese elemento de su reconocimiento constitucional, como derecho fundamental, es el que determina que un derecho humano pase a ser considerado como tal⁷. Sin embargo, el hecho de que no se les reconozca carácter fundamental a algunos de los derechos sociales es consecuencia de que no son derechos humanos de primera generación, sino surgidos en las generaciones posteriores⁸, y que su identificación como tales ha sido evolutivamente posterior al momento en que se aprobaron la mayoría de Constituciones.

Con independencia de ello, la afinidad entre los considerados derechos fundamentales con los derechos humanos, separados sólo por el reconocimiento constitucional de los primeros, permite seguir asimilándolos a una especie categórica reconocida por la comunidad internacional como situaciones a proteger desde la dimensión de la ética pública⁹. Esto, sin embargo, algunas constituciones sí los reconocen, pero los ubican sistemáticamente en lugares que no permiten identificarlos con un auténtico derecho fundamental, al no regularlos junto con los derechos fundamentales equivalentes a los derechos humanos de primera generación, esto incide en los mecanismos que permiten lograr su efectividad. Fundamentalmente, el problema radica en que, a diferencia de los derechos civiles o políticos, los derechos sociales no suelen tener eficacia directa e inmediata¹⁰, o al menos, no la tienen en todos los casos.

De este modo, situándonos en el ámbito de la Unión Europea, en el fracasado proyecto de Constitución europea los derechos sociales quedaron relegados a un segundo plano¹¹. Y precisamente, también así ocurre en el derecho español, donde la misma Constitución española encuadra los derechos sociales en su Capítulo III del Título I, bajo el epígrafe de los principios rectores de la política social y económica, siendo este apartado de la Constitución española (en adelante, CE) donde se aprecia la faceta social del Estado español en la actualidad, y donde se consolida la evolución del mismo hacia la conceptualización de Estado social y democrático de Derecho, tal y como lo define el artículo 1.1 CE, superándose la idea de Estado de Derecho liberal en favor del Estado del bienestar o Estado Social de Derecho¹².

Ello conlleva que los derechos incluidos con ese carácter deben ser considerados como informadores de la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, pudiendo ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen —ex artículo 53.3 CE—, pero se ven fuera del ámbito de protección otorgado por la tutela judicial efectiva que encontramos a disposición de los derechos subjetivos, sobre la base que ofrece el artículo

6 Ver Arango Rivadenerira, R. (2015). Cit., p. 1679.

7 Ver al respecto Aguilar Cavallo G. (2010). Derechos Fundamentales-Derechos Humanos. ¿Una distinción válida en el siglo XXI?, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, (127), p. 24, con cita a Pérez Luño A.E. (2005). *Los derechos fundamentales*, Tecnos, p. 46.

8 Ver al respecto Rodarte Ledezma, L. E. (2020). Cit., p. 64.

9 Ver al respecto Barrero Ortega, A. (2013). Derechos sociales y descentralización política. *Lex social: revista de los derechos sociales*, 3 (1), p. 30.

10 Ver al respecto Herreros López, J. M. (2011). La justiciabilidad de los derechos sociales. *Lex social: revista de los derechos sociales*, (1), p. 78.

11 Ver al respecto Rey Pérez, J. L. (2009). El futuro de los derechos sociales. *Miscelánea Comillas. Revista de Ciencias Humanas y Sociales*, 67 (130) (Ejemplar dedicado a: Los Derechos Humanos, un reto permanente), p. 258.

12 Ver al respecto Barrero Ortega, A. (2013). Cit., p. 26.

24.1 CE, e incluso de los derechos fundamentales, sobre la base de los artículos 2.a), 8.6, 10.8, y especialmente, de los artículos 114 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa española, que regula el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales vulnerados en la actividad administrativa¹³, o de forma más específica, a través del amparo constitucional que descansa sobre el artículo 53.2 CE¹⁴.

Así, a pesar de que entendemos que la evolución futura de los derechos sociales, tal vez permita lograr el pleno reconocimiento de los mismos como derechos fundamentales, aún no se puede afirmar que esto sea así, y menos de forma rotunda, en todos los casos, aunque ya existen voces que atisban cierto reconocimiento del carácter fundamental de algunos derechos sociales en el ámbito de la Unión Europea y, en concreto, a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), debido a que algunas de sus sentencias reconocen, con algunas limitaciones, el carácter fundamental de algunos de los derechos sociales. En tales casos, al ponderar las libertades de prestación de servicios y establecimiento, aún se suele dar más importancia a estas que a los derechos sociales en conflicto¹⁵, pero con ciertas limitaciones. Así, se ha reconocido el carácter fundamental, por ejemplo, de las medidas de conflicto colectivo, como parte de los principios generales del derecho de la Unión Europea¹⁶, o la imposición de limitaciones a la realización de despidos sobre el derecho a la no discriminación por razón del sexo o por motivos de discapacidad¹⁷. También el TJUE ha contribuido a la consolidación de otros derechos sociales en el ámbito laboral, de base normativa, como el derecho a unas vacaciones retribuidas¹⁸, o el establecimiento de un límite de tiempo máximo de trabajo semanal¹⁹.

El reconocimiento completo de los derechos sociales como auténticos derechos fundamentales les brindaría una protección reforzada, pero en el momento actual, su efectividad deberá ser buscada, en algunos casos, por otras vías relacionadas con el concepto de buena administración y con el concepto de responsabilidad social de las Administraciones públicas entre los que se generan ciertas sinergias, al tener en común el elemento de ética pública. También se han estudiado otras estrategias para lograr la efectividad de los derechos sociales, destacando, entre ellas por descansar sobre el principio de legalidad, la posibilidad de lograr su exigibilidad directa identificando su inobservancia con el incumplimiento de un deber estatal²⁰.

Como es lógico, cuando no estamos ante un derecho que puede hacerse cumplir y exigirse por los cauces formales habilitados para los derechos fundamentales o para los derechos subjetivos, las vías que deben ser exploradas para su protección son las que podemos denominar informales. Precisamente, en este ámbito, el desarrollo de la dimensión informal del Derecho Administrativo es

13 La posibilidad de acceder a la justicia para controlar la actividad administrativa, no ha sido un criterio generalmente aplicado desde sus inicios en todos los países, de hecho un buen número de países europeos aplicaban un sistema en el que la propia Administración revisaba sus propios actos. Para lograr instaurar un sistema de control judicial de la actividad administrativa ha sido fundamental la STEDH dictada en el caso *Bentham contra Holanda*, en 1986 (posteriormente contra Suecia, Austria, Suiza), por la que se obligó a dichos países a establecer un sistema de recurso judicial de los actos administrativos mediante tribunales judiciales contencioso-administrativos independientes.

14 Ver al respecto Herreros López, J. M. (2011). La justiciabilidad de los derechos sociales. *Lex social: revista de los derechos sociales*, (1), p. 83.

15 Ver Martín y Pérez de Nanclares, J. (s. f.) La protección de los derechos sociales en la unión europea: sobre el papel cuasiconstitucional del Tribunal de Justicia. Instituto de investigaciones jurídicas de México, p. 272.

16 Véase STJUE de 18 de diciembre de 2007, en el caso *Laval un Partneri* (C-341/05), apartado 91.

17 Véase STJUE de 11 de julio de 2006, en el caso *Chacón Navas* (C-13/05), Recurso p. I-6467.

18 Véase STJUE de 26 de junio de 2001, *BECTU* (C-173/99), Recurso p. I-4881, apartado 43.

19 Véase STJUE de 5 de octubre de 2004, *Pfeiffer* (C-397 a 403/01), Recurso p. I-8835), apartado 100.

20 Así, se ponen de relieve diversas estrategias para lograr la efectividad de los derechos sociales, y especialmente la vinculación con obligaciones atribuidas a los poderes públicos en la ley por Abramovich V. y Courtis C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Editorial Trotta, p. 255

clave, ganando relevancia los mecanismos extranormativos que buscan mejorar el funcionamiento de las Administraciones públicas sobre la base ética, ya que la base normativa no es, todavía, suficientemente consistente a tal efecto.

2. MECANISMOS PARA LOGRAR LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES.

En aquellos casos en los que el derecho social no puede ser identificado con un derecho fundamental o con un derecho subjetivo, su efectividad no puede ser alcanzada por las vías que ofrece la justicia ordinaria contencioso-administrativa, ni a través de la justicia constitucional, al menos directamente. Sin embargo, una parte de la doctrina destaca que, en la actualidad, existe una tendencia a identificar los derechos sociales con auténticos derechos subjetivos públicos, lo que permite articular la pretensión²¹. De hecho, algunos autores abogan por eliminar de raíz el planteamiento de que existe una diferencia entre los derechos civiles y políticos frente a los sociales, por la cual los primeros son derechos subjetivos plenos y gozan de toda la protección que se deduce de los mismos, mientras que los derechos sociales son principios programáticos sin valor jurídico intrínseco, y respecto de los que sólo puede reconocerse cierto valor político, y ello considerando que, en las ocasiones en las que el poder constituyente no quiere conferir a un derecho social una eficacia jurídica directa e inmediata, lo indica expresamente en su propia regulación²².

Otros autores consideran que la protección formal de los derechos sociales puede obtenerse por vía indirecta a través de otros derechos que sí disfrutan de mayor reconocimiento como derechos fundamentales o como derechos subjetivos. En este caso, el mecanismo de control o de protección es de carácter formal, pero no se aplica directamente sobre el derecho social no cualificado como fundamental o considerado como subjetivo. Se trataría de utilizar cualquiera de las anteriores vías de carácter formal, pero de modo indirecto. Especialmente, esto ha sido aplicado para la defensa de algunos de estos derechos buscando la identificación de la situación de desprotección con una situación discriminatoria, esto es, de falta de observancia del derecho fundamental a la igualdad, que en España regula el artículo 14 CE, y es por tanto, objeto de protección como tal por los cauces regulados a tal efecto, siendo esta una vía extraordinariamente útil para proteger de modo indirecto los derechos sociales no amparables²³.

También se pretende defender de forma indirecta la posibilidad de lograr la efectividad de los derechos sociales sobre la argumentación de que el reconocimiento de los mismos tiene una estrecha conexión con la dignidad humana²⁴, que sí es uno de los derechos humanos que quedan generalmente constitucionalizados.

En relación con la posibilidad de su protección indirecta vinculándolos a derechos de mayor entidad jurídica, existen voces que diferencian el concepto de derecho del de garantía con la finalidad de dirimir cómo se puede apoyar la protección de los derechos sociales en tales garantías e incluso en otras, a las que se les reconoce una fuerte dimensión ética, y que por ello, recogen los valores de dignidad, libertad, igualdad y solidaridad, todo ello desde la perspectiva de la teoría de la norma y del sistema jurídico²⁵. Desde este punto de vista, esa dimensión ética materializada en tales valores, puede dar lugar a que los mismos sean concebidos como garantías de otros derechos de diferente índole. Ello es porque las garantías no forman parte del mismo derecho en sí, sino que se podrían

21 Ver Ponce Solé J. (2017). Reforma constitucional y derechos sociales: la necesidad de un nuevo paradigma en el derecho público español. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (111), p. 75. <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.111.03>.

22 Ver al respecto Herreros López, J. M. (2011). Cit., p. 80.

23 Ver al respecto Díaz Crego M. (2012). Derechos sociales y amparo constitucional. *Revista Vasca de Administración Pública*. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria, (94), p. 21.

24 Ver al respecto Herreros López, J. M. (2011). Cit. p. 83.

25 Ver al respecto Rey Pérez, J. L. (2009). Cit., p. 260.

considerar como mecanismos o instituciones llamadas a hacer efectivo el contenido de los derechos, como vehículos a través de los que los derechos y deberes se materializan²⁶.

Así, tales derechos-garantía son útiles para lograr la efectividad de otros derechos, sin perder su propia autonomía como derechos independientes, pero también son herramientas aplicables para la mejor defensa de los derechos sociales, y que suman esfuerzos, en este sentido, con otros mecanismos como lo son la buena administración —que sí se reconoce como derecho— e incluso, la responsabilidad social aplicada a las Administraciones públicas. A ambas nos referiremos a continuación, porque existe entre ellas cierta afinidad que les proporciona el componente de ética pública que encontramos en ellas. La ética pública es un concepto en creciente auge en las últimas décadas, a pesar de que ya anteriormente venía siendo aplicado, e identificable con aquella forma de gestionar lo público ajustada a los valores morales acordes con el concepto de Estado de Derecho, con el que guarda una vinculación evidente²⁷.

A pesar de que la ética pública forma parte de la ética en general, incide en el tema que estamos tratando, precisamente por el trasfondo de índole jurídica que tiene el concepto de buena administración, y nos interesa resaltar el aspecto jurídico de aquella. En este sentido, y al tratar el aspecto conceptual de la ética pública, se ha destacado que es posible diferenciar la faceta negativa y la positiva de este concepto, y de este modo, hablaríamos de una ética pública de carácter negativo, dirigida a evitar comportamientos abusivos, entendiendo la ética como límite, y una ética de carácter positivo, dirigida a mejorar el servicio público no centrada, únicamente, sobre medios represivos o sanciones penales —en referencia a los casos más graves, como es el de la corrupción—, sino también sobre medios preventivos y medidas de fomento de valores éticos en el ámbito de las Administraciones públicas²⁸, siendo este último el ámbito donde se desarrolla la buena administración y la responsabilidad social pública. En coherencia con ello, la buena administración tiene implicaciones legales, es decir, su contenido, se ha venido asentando sobre otros subderechos reconocidos legalmente, pero también viene acompañada de otras formas de mejorar la actividad administrativa, como veremos.

3. LA BUENA ADMINISTRACIÓN COMO VÍA PARA DOTAR DE MAYOR EFECTIVIDAD A LOS DERECHOS SOCIALES.

La ética pública, que bien puede servir para la defensa de los derechos sociales, permite buscar en la buena administración vías que permitan lograr mayor efectividad de los mismos. Previamente se hace necesario hacer la siguiente consideración: la buena administración ha sido reconocida como un derecho fundamental del ciudadano en diversos ámbitos. Así, en el Derecho de la Unión Europea se reconoció como tal, como resulta del artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE)²⁹, y por su parte, en Iberoamérica el concepto de buena administración se ha ido implantando y adoptando en diversos países, una vez reconocido, aunque con carácter de *soft law* a través del Código Iberoamericano de Buen Gobierno de 2006 y la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes de los ciudadanos ante la Administración Pública de 2013³⁰,

26 Ver al respecto Rey Pérez, J. L. (2009). Cit., p. 262.

27 Ver al respecto Coviello P. J.J. (2017). Reflexiones sobre la Ética pública. En Espinoza Molla M. R. – Rizzi G. (Coords.) Ética pública y sistemas de responsabilidad del Estado y del agente público, Universidad Nacional de La Plata, p.139.

28 Ver al respecto Carro Fernández-Valmayor, J. L. (2010). Ética pública y normativa administrativa. Revista de Administración Pública, (181), p. 13.

29 La eficacia de la CDFUE se adquirió cuando, tras firmarse el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, entró en vigor, el 1 de diciembre de 2009, convirtiéndose, en ese momento, en vinculante para los Estados miembros.

30 Ambos documentos disponibles en el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo: <https://clad.org/declaraciones-y-consensos/>

que contiene numerosas referencias a la buena administración³¹, y que concibe el derecho a la buena administración como un auténtico derecho fundamental —en su artículo 1—.

En consecuencia, su reconocimiento como tal, lo convierte en un derecho de carácter fundamental instrumental respecto de otros derechos que ostente el ciudadano en sus relaciones con las Administraciones públicas. Y ello porque la buena administración incluye un elenco de subderechos y garantías que sirve desde un punto de vista formal para garantizar derechos y situaciones jurídicas del ciudadano frente a la Administración. Así, con independencia del reconocimiento como derechos de mayor entidad a los derechos sociales, la acción de la buena administración, sí permite su defensa de forma vehicular a través de los subderechos y garantías que la misma implica. Precisamente, al respecto se ha señalado que el punto más positivo de la CDFUE tal vez sea, no tanto el reconocimiento de derechos sustanciales que sí se configuran en otros textos internacionales como derechos humanos, sino el impulso hacia su consolidación que se ofrece a los derechos procedimentales o instrumentales para la defensa de otros derechos de las personas, como ocurre al formular el derecho a una buena administración, prevista en el artículo 41 CDFUE, del mismo modo que ocurre respecto al derecho a una buena justicia, previsto en el artículo 47 CDFUE³², ya que siendo ambos derechos formales, procedimentales o instrumentales, bien pueden coadyuvar a la protección de otros derechos cuyo reconocimiento como fundamentales, todavía está en proceso.

La Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes de los ciudadanos ante la Administración Pública de 2013 atribuye al derecho a la buena administración tres funciones clave, cuando en su Preámbulo declara:

La buena Administración Pública adquiere una triple funcionalidad. En primer término, es un principio general de aplicación a la Administración Pública y al Derecho Administrativo. En segundo lugar, es una obligación de toda Administración Pública que se deriva de la definición del Estado Social y Democrático de Derecho, especialmente de la denominada tarea promocional de los poderes públicos en la que consiste esencialmente la denominada cláusula del Estado social: crear las condiciones para que la libertad y la igualdad de la persona y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan su cumplimiento y facilitando la participación social. En tercer lugar, desde la perspectiva de la persona, se trata de un genuino y auténtico derecho fundamental a una buena Administración Pública, del que se derivan, como reconoce la presente Carta, una serie de derechos concretos, derechos componentes que definen el estatuto del ciudadano en su relación con las Administraciones Públicas y que están dirigidos a subrayar la dignidad humana³³.

De este modo, nos interesa analizar las dimensiones esenciales de la buena administración para llegar a dilucidar de qué modo puede ser útil a los propósitos que se le atribuyen.

31 Ver al respecto Ponce Solé, J. (2016). El derecho a una buena administración y el derecho administrativo iberoamericano del siglo XXI. Buen gobierno y derecho a una buena administración contra arbitrariedad y corrupción. En Alonso Regueira, E. M. (dir.), *El control de la Actividad Estatal I, Discrecionalidad, División de Poderes y Control Extrajudicial*, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, p. 234.

32 Ver Jimena Quesada, L. (2014). La consagración de los derechos fundamentales: de principios generales a texto fundacional de la Unión Europea. *Cuadernos Europeos de Deusto*, (50), p. 178.

33 Véase Preámbulo de la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes de los ciudadanos ante la Administración Pública de 2013, pp. 2-3. Consultada el 9 de octubre de 2021 en: <https://clad.org/declaraciones-y-consensos/>

3.1. Concepto de la buena administración.

La buena Administración Pública se define en la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes de los ciudadanos ante la Administración Pública de 2013 como “una obligación inherente a los Poderes Públicos en cuya virtud el quehacer público debe promover los derechos fundamentales de las personas fomentando la dignidad humana de forma que las actuaciones administrativas armonicen criterios de objetividad, imparcialidad, justicia y equidad, y sean prestadas en plazo razonable”³⁴. En este concepto se aprecian claramente dos cuestiones clave: la primera, que tiene cierto carácter instrumental para promover los derechos fundamentales del ser humano; la segunda, que tiene un contenido de índole jurídica y que aglutina el reconocimiento de una serie de principios y garantías que protegen al ciudadano frente al poder público. Respecto a los derechos fundamentales para el ser humano, a cuyo servicio encontramos la buena administración, cabe decir, que no deberíamos identificar ese concepto “derechos fundamentales” con aquellos reconocidos como tales dada su constitucionalización, sino que deben quedar incluidos los que sean esenciales para el ser humano, como compromiso de servicio al ciudadano, adoptando una acepción impropia desde el punto de vista jurídico de ese término “fundamentales”, pero totalmente admisible, desde el punto de vista semántico. Para servir como instrumento para la defensa de los derechos sociales, es conveniente identificar “fundamentales” con “esenciales”, y así realizar una interpretación literal, en base al sentido propio de las palabras empleadas en la norma, pero no en su acepción jurídica, ya que en este caso serían “fundamentales”, sólo los derechos reconocidos en las Constituciones como tales. Esta interpretación permite la expansión de la acción de la buena administración, superando así las limitaciones legales que vienen dificultando la mayor protección de los derechos sociales por las vías judicial y de amparo constitucional, pero que, en ningún caso, deberían quedar excluidas de la acción de fomento y promoción de las Administraciones públicas al ser favorables para el ciudadano, y siempre que no existan otros derechos de carácter fundamental que resulten vulnerados por ello.

Respecto al conjunto de subderechos y garantías que lo forman, debemos referirnos a su origen y proceso de reconocimiento en el seno de la Unión Europea, pues sólo así podemos entender, cual es realmente ese contenido básico de la buena administración y contrastarlo con otras normas posteriores. Así pues, el concepto de buena administración tiene su origen en el Derecho de la Unión Europea, ha sido consagrado por la jurisprudencia del TJUE³⁵, y surgió originariamente en contraposición a la mala administración, aunque debe entenderse que es mucho más. No es de extrañar que ello sea así ya que existe cierto consenso en relación con la acción de la jurisprudencia del TJUE para configurar, entre otras cosas, las bases para la protección de los derechos fundamentales en el *ius commune* europeo ante la ausencia inicial de previsión sobre esta materia en los tratados constitutivos³⁶.

Además, se ha diferenciado la mala administración negligente, que conlleva gastos públicos ineficientes e ineficaces, y la mala administración dolosa, que supone utilizar las potestades administrativas para el beneficio privado, en detrimento de derechos sociales y económicos básicos para la ciudadanía³⁷. Su tratamiento jurídico es diferente, siendo más difícil el control de la primera que de la segunda, y en cuanto a la segunda, al venir referido ese comportamiento de mala administración generalmente, a situaciones en que los interesados se encuentran mucho más individualizados, su control puede evidenciarse mejor identificando el incumplimiento de cualquiera de los subderechos y garantías que incluye la buena administración. Es decir, está claro que las conductas identificables con la mala administración ya de por sí deben quedar excluidas del concepto y contenido de la buena

34 Véase Preámbulo de la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes de los ciudadanos ante la Administración Pública de 2013. Consultada el 9 de octubre de 2021 en: <https://clad.org/declaraciones-y-consensos/>

35 Entre otras muchas, encontramos la STJUE de 31 de marzo 1992, C-255/90, Burban, Rec. 1992, p. I-2253; STJUE de 18 de septiembre de 1995, T-167/94, Nölle, Rec. 1995, p. II-2589; y la STJUE de 9 de julio de 1999, T-231/97.

36 Ver al respecto Martín y Pérez De Nanclares, José. (s. f.) Cit., p. 255.

37 Ver al respecto Ponce Solé, J. (2016). Cit., p. 224.

administración, pero el ámbito de este último concepto es mucho más extenso, como veremos. Precisamente, el Defensor del Pueblo europeo en su *Informe anual de actividades 1997* consideró que "Se produce mala administración cuando un organismo público no obra de conformidad con las normas o principios a que ha de atenerse obligatoriamente"³⁸.

Es en este último aspecto, el de la "obligatoriedad" donde están los límites de la mala administración, consecuencia de un incumplimiento por parte de las Administraciones públicas de aquello a lo que vienen obligadas y se les puede exigir a través de los cauces formales, quedando entonces un ámbito por definir, donde se puede incluir todo lo que sin ser obligatorio y exigible frente a una Administración pública, pone de manifiesto unos estándares de mejor calidad administrativa, esto es de buena administración, concepto que excede del mero cumplimiento normativo. Esta interpretación extensiva es, precisamente, la que parece deducirse de la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes de los ciudadanos ante la Administración Pública de 2013, y que concibe a la buena administración como eje del estatuto del ciudadano frente a la Administración pública³⁹. En el derecho de la Unión Europea, el principio de buena administración se ha considerado como principio que asume una doble función: por un lado, es un mecanismo de garantía de los administrados frente al poder público, al igual que ocurre en el derecho iberoamericano, pero, por otro lado, es también un "canon uniforme de razonabilidad de las medidas de articulación del interés general objetivo"⁴⁰.

3.2. Extensión de la buena administración: análisis comparado de los subderechos.

Para determinar la extensión de la buena administración es relevante hacer referencia a cómo llegaron a ser definidos los elementos y subderechos incluidos en la buena administración, lo que nos lleva a revisar el *Informe anual de actividades 1996* del Defensor del Pueblo europeo en el que se identificaron los primeros parámetros de la buena administración. En esta fase se incluyeron como manifestaciones de la misma: el responder sin retrasos injustificados a las peticiones de información⁴¹, el remitir por vía interna y de oficio de los escritos presentados al organismo competente cuando se hayan presentado ante otro por error del ciudadano⁴², el reconocer los errores cometidos por la propia administración⁴³, y el actuar con alto grado de transparencia⁴⁴, especialmente a través del derecho de acceso a la información y documentación pública⁴⁵. Esta conceptualización inicial fue desarrollándose posteriormente, y el mismo Defensor del Pueblo europeo en su *Informe anual 2000* amplió el elenco de estándares que conforman el concepto de derecho a una buena administración, y es en ese momento cuando los subderechos que se incluyeron se concibieron ya como deberes de las Administraciones públicas europeas, como reverso al entonces recientemente proclamado nuevo

38 Ver al respecto Informe anual de actividades 1997 del Defensor del Pueblo europeo, C4-0270/98, de 20 de abril de 1998, p. 25.

39 Véase Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, CLAD (2013). Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes de los ciudadanos ante la Administración Pública, 2013, Preámbulo, p. 3 in fine. La Carta fue aprobada por el Consejo Directivo del CLAD en reunión presencial-virtual celebrada desde Caracas el 10 de octubre de 2013. En cumplimiento del mandato recibido por la XV Conferencia Iberoamericana de Ministras y Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado Ciudad de Panamá, Panamá, 27 y 28 de junio de 2013. Adoptada por la XXIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno Ciudad de Panamá, Panamá 18 y 19 de octubre de 2013.

40 Ver al respecto Mellado Ruiz, L. (2008). Principio de buena administración y aplicación indirecta del Derecho Comunitario: instrumentos de garantía frente a la "comunitarización" de los procedimientos. *Revista española de derecho europeo*, (27), p. 302.

41 Ver al respecto Defensor del Pueblo Europeo (1997), *Informe anual de actividades 1996*, C4-293/97, de 21 de abril de 1997, Parlamento europeo, p. 39.

42 Ver al respecto Defensor del Pueblo Europeo (1997), cit., p. 56.

43 Ver al respecto Defensor del Pueblo Europeo (1997), cit., p. 79.

44 Ver al respecto Defensor del Pueblo Europeo (1997), cit., p. 84.

45 Ver al respecto Defensor del Pueblo Europeo (1997), cit., p. 83 y ss.

derecho fundamental a la buena administración en el Consejo Europeo de Niza de 2000⁴⁶, sumando mayor número de criterios de actuación, que hoy en día deben ser tomados en consideración junto con lo previsto en el artículo 41 CDFUE, que permiten afirmar que:

- "1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.
2. Este derecho incluye en particular:
 - el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente,
 - el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial,
 - la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.
3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.
4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua".

Este artículo eleva a rango de derecho fundamental la buena administración, y ese carácter lo tiene en el funcionamiento de las Administraciones de la Unión Europea, es decir, se aplica en el ámbito de actuación de las Instituciones y funcionarios de la Unión Europea, por lo que de entrada y en general, no incidiría en el derecho interno de los Estados miembros por esta vía, pues las administraciones de los Estados miembros quedan obligadas cuando aplican el Derecho de la Unión Europea. Sin embargo, su eficacia jurídica procede de la vía jurisprudencial del TJUE, ya que este derecho se ha construido sobre la jurisprudencia del TJUE que configuró la buena administración como uno de los principios generales del Derecho de la UE. A pesar de que su eficacia como derecho fundamental queda limitada, por tanto, su caracterización ha sido precursora de su reconocimiento a nivel interno en algunos Estados miembros y en terceros Estados⁴⁷.

Así, la CDFUE, recoge como parte inherente al derecho fundamental a la buena administración un conjunto de derechos que, anteriormente, se reconocían en diversos ordenamientos jurídicos, y particularmente, en el Derecho español —que los sigue reconociendo—, pero que ostentaban una condición de derecho subjetivo no fundamental, condición que ahora sí se les reconoce en el derecho de la Unión Europea, como también se recogen en el Capítulo Tercero de la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes de los ciudadanos ante la Administración Pública de 2013 (en adelante, la Carta Iberoamericana), y de cuyo análisis comparado se puede extraer el siguiente elenco de derechos reconocidos al ciudadano, como contenido propio del derecho a la buena administración:

- Derecho a que los asuntos de naturaleza pública sean tratados con equidad, justicia, objetividad, e imparcialidad —conforme a su artículo 25 de la Carta Iberoamericana—, y que también reconoce el artículo 28, como derecho a una resolución administrativa amparada en el ordenamiento jurídico, equitativa y justa, de acuerdo con lo solicitado. Estos preceptos encierran diversos subderechos relacionados con la imparcialidad, objetividad e igualdad de trato que, en definitiva, son derivaciones del principio de igualdad. En el ámbito de la Unión Europea también queda integrado el derecho a un trato igualitario, imparcial, objetivo, ya

46 Ver al respecto Defensor del Pueblo Europeo (2001), *Informe anual de actividades 2000*, fecha 1 abril de 2001, Parlamento europeo, p. 11.

47 Véase Defensor del Pueblo Europeo (2015), *El Código Europeo de Buena Conducta Administrativa*, —versión actualizada de 2015—, Unión Europea, p. 11.

que lo reconoce el artículo 41.1 de la CFDUE, y entre otros casos, el Defensor del Pueblo se refirió al principio de igualdad de trato en la Decisión sobre la reclamación 890/99/BB contra la Comisión Europea donde se dirimió si era un caso de mala administración que los trabajos para estudiantes en la Comisión durante las vacaciones de verano estuviesen exclusivamente reservados a los hijos de los empleados de la Comisión. La Decisión en este caso vino a esclarecer cuándo existe dicho trato no igualitario al declarar: "Los principios de la buena conducta administrativa exigen que la Comisión respete el principio de igualdad de trato en todas sus actividades. Los ciudadanos que se encuentran en situaciones similares deben recibir tratos similares. Si se les aplica un trato diferente, la Comisión debería asegurarse de que las características objetivas pertinentes del asunto concreto justifican la diferencia. Si la admisibilidad a un empleo remunerado en un organismo público depende de una relación familiar, se está violando el principio de la igualdad de trato". Por lo tanto, el Defensor del Pueblo resolvió que, en este caso, había existido mala administración⁴⁸, y se aplicó a un derecho social como es el derecho al trabajo. Precisamente, en relación con el trato imparcial que forma parte de la buena administración, como subderecho, en el ámbito laboral ha sido aplicado por la STSJ Madrid (Sala Tercera), número 1128/2022, de 15 de febrero de 2022⁴⁹, al considerar que la prohibición de discriminación se extiende tanto a empresas del sector privado como a las Administraciones Públicas, en lo referente al reconocimiento de ciertos derechos concedidos a los empleados públicos fijos (funcionarios de carrera, personal laboral indefinido y personal estatutario indefinido), a los empleados públicos con contrato de duración determinada (funcionarios interinos, personal laboral eventual y personal estatutario interino). Entre otros, derivándose este efecto de la jurisprudencia del TJUE, este aspecto de la buena administración se ha aplicado al reconocimiento de algunos derechos sociales en el ámbito laboral de las Administraciones públicas. En concreto se ha aplicado en materia de trienios⁵⁰, promoción interna⁵¹, el reconocimiento de los sexenios por formación permanente⁵², derecho a participar en sistemas de evaluación docente y a los complementos derivados⁵³, derecho a la reducción de la jornada⁵⁴, reconocimiento de la situación de servicios especiales⁵⁵, derecho a participar en el sistema de carrera profesional horizontal y al complemento retributivo derivado del mismo⁵⁶, percepción de los trienios⁵⁷.

Los artículos 25 y 28 de la Carta Iberoamericana también se refieren a la tramitación y resolución de los asuntos de que conozcan las Administraciones, exigiendo que sean resueltas en plazo razonable al servicio de la dignidad humana. La Carta Iberoamericana determina

48 Véase Defensor del Pueblo Europeo (2001), cit., p. 167.

49 Ver al respecto STSJ Madrid (Sala Tercera), número 1128/2022, de 15 de febrero de 2022 (referencia ECLI:ES:TSJM:2022:1128), en su Fundamento de Derecho Sexto.

50 Ver al respecto STJUE de 22 de diciembre de 2010, en el caso Gavieiro, Gavieiro e Iglesias Torres, números C-444/09 y C-465/09, y referencia EU:C:2010:819.

51 Ver al respecto STJUE de 8 de septiembre de 2011, en el caso Rosado Santana, número C177/10, y referencia EU:C:2011:557.

52 Ver al respecto STJUE de 9 de febrero de 2012, en el caso Lorenzo Martínez, número C-556/11, y referencia EU:C:2012:67

53 Ver al respecto Auto del TJUE de 21 de septiembre de 2016, en el caso Álvarez Santirso, número C-631/15, y referencia EU:C:2016:725.

54 Ver al respecto Auto del TJUE de 9 de febrero de 2017, en el caso Rodríguez Sanz, número C-443/16, y referencia EU: C:2017:109.

55 Ver al respecto STJUE de 20 de diciembre de 2017, en el caso Vega González, número C-158/16, y referencia EU:C:2017:1014.

56 Ver al respecto Auto del TJUE de 22 de marzo de 2018, en el caso Centeno Meléndez, número C-315/17, y referencia EU:C:2018:207.

57 Ver al respecto Auto del TJUE de 18 de marzo de 2011, en el caso Montoya Medina, número C-273/10, y referencia EU:C:2011:167; y STJUE de 9 de julio de 2015, en el caso Regojo Dans, número C-177/14, y referencia EU:C:2015:450.

que ello supone que las autoridades administrativas deberán resolver los expedientes que obren en su poder en los plazos establecidos, que deberán permitir una defensa jurídica adecuada de los ciudadanos, informando sobre el tiempo máximo de resolución previsto, en el marco de los medios materiales y las dotaciones de personas con los que cuente la Administración Pública. En este caso, también en el ámbito de la Unión Europea se reconoce el mismo derecho como subderecho integrante en la buena administración, en el artículo 41.1 de la CFDUE, habiendo sido aplicado por el Defensor del Pueblo, entre otros, en el caso en el que un abogado italiano, envió un fax a la secretaría del BC-NET pidiendo información acerca de un formulario de solicitud para inscribirse en la convocatoria publicada en el Diario Oficial de 3 de julio de 1999, cuyo plazo expiraba el 31 de diciembre del 2001 (según la información publicada en el Diario Oficial), y la respuesta recibida de la secretaría del BC-NET, por el solicitante, en fecha 25 de febrero del 2000, fue que la convocatoria se había clausurado ya en esa fecha de forma anticipada. En este supuesto, resuelto por la Decisión sobre la reclamación 500/2000/IP (Confidencial) contra la Comisión Europea, el Defensor del Pueblo concluyó que “Los principios de la buena administración exigen que las instituciones y órganos de la UE den respuesta correcta y puntual a las peticiones de información que les formulen los ciudadanos”⁵⁸. A este caso, también le resultaría aplicable la configuración del subderecho a ser informado puntualmente de las decisiones administrativas que puedan afectar al ciudadano, ya que “Los principios de la buena administración exigen que las instituciones y órganos de la UE informen puntualmente a los ciudadanos implicados en las decisiones y las medidas administrativas que se adopten”, como resolvió el mismo Defensor del Pueblo en la Decisión sobre la reclamación 78/99/OV contra el Parlamento Europeo, en el caso de un concurso de proyectos convocado por el Parlamento Europeo en el que no se informó debidamente a los participantes de la gestión del mismo en cuanto a las muestras presentadas⁵⁹. El mismo derecho suele recogerse generalmente en las normas reguladoras del procedimiento administrativo de los Estados miembros de la Unión Europea, al prever un plazo para notificar las decisiones administrativas, lo que recoge el derecho español en el artículo 40.2 de la Ley 39/2015, estableciendo un plazo de diez días desde que se adoptase la resolución para efectuar esa notificación. Ello tiene también una referencia expresa en la Carta Iberoamericana, como derecho a ser notificado por escrito en los plazos y términos establecidos en las disposiciones correspondientes y con las mayores garantías, de las resoluciones que les afecten, que recoge el artículo 44 de la Carta Iberoamericana.

En relación con ello incide, también en el derecho español el principio de celeridad previsto en la ordenación del procedimiento administrativo, referido en el artículo 71.1 de la Ley 39/2015. Y, especialmente, debe ser considerada la regulación de la institución jurídica del silencio administrativo, ya que, si la autoridad no actuara en el plazo previsto, “el interesado quedaría protegido de una demora mayor por la norma según la cual la falta de respuesta constituye una decisión denegatoria. Esta última norma se creó para procurar al ciudadano la posibilidad de obtener una solución legal aun cuando la autoridad no cumpla con sus obligaciones legales, aunque de ningún modo da derecho a dicha autoridad a desatender los principios de buena administración en el desempeño de sus obligaciones”, como aclaró el Defensor del Pueblo en la Decisión sobre la reclamación 1479/99/(OV)/MM contra la Comisión Europea, en un caso de retraso injustificado al resolver⁶⁰. El silencio administrativo se regula, en el derecho español, en los artículos 24 y 25 de la Ley 39/2015, tras imponer la obligación de resolver a todas las Administraciones públicas en su artículo 21.

Desde un punto de vista práctico, los efectos de la suspensión de un procedimiento administrativo para la concesión de ayudas para la digitalización han sido valorados en el Auto

58 Véase Defensor del Pueblo Europeo (2001), cit., p. 178.

59 Véase Defensor del Pueblo Europeo (2001), cit., p. 110.

60 Véase Defensor del Pueblo Europeo (2001), cit., p. 173.

del Tribunal Supremo (Sala Tercera) número 2429/2022, de 15 de febrero de 2022, aunque, en el caso concreto analizado, se consideró que, a pesar de ellos, procedía la suspensión del procedimiento mientras no se resolviera por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el fondo del asunto, ponderando los efectos que podría implicar posteriormente tal decisión⁶¹.

- Derecho a la motivación de las actuaciones administrativas —reconocido en su artículo 26 de la Carta Iberoamericana—, y que implica que todas las actuaciones de la Administración Pública deban estar amparadas en razonamientos inteligibles para todo ciudadano acreditándose la objetividad que preside su entero y completo quehacer. Este subderecho también se reconoce en el artículo 41.2 de la CFDUE, y en el ámbito de la Unión Europea, en relación con su aplicación para conformar la buena administración se refirió el Defensor del Pueblo europeo, perfilándola, porque el deber de motivar, no sólo implica aducir los motivos que fundamentan la decisión administrativa, sino que estos deberán ser claros y coherentes, ya que, como expuso en la Decisión sobre la reclamación 1346/98/OV contra la Comisión Europea relativa a un caso de falta de respuesta a la correspondencia recibida por la Comisión, que los “principios de la buena administración exigen que cuando una decisión afecte de forma adversa a un particular, se expliquen a éste los motivos en los que se basa y se indiquen claramente los hechos pertinentes y la base legal de la decisión”⁶², y además, “el hecho de aducir diferentes motivos de una decisión en ocasiones diferentes es una práctica que puede confundir a un ciudadano y no indica las verdaderas razones de la decisión. Por lo tanto, constitúa un caso de mala administración”⁶³. Ello le da una mayor dimensión a la motivación regulada en buena parte de los derechos internos de los Estados miembros, ya que la obligación de motivar, en España, por ejemplo, queda limitada a los casos previstos en el artículo 35 de la Ley 39/2015 sobre procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas, por lo que no se acoge con tanta amplitud.

Derecho a la tutela administrativa efectiva —reconocido en su artículo 27 de la Carta Iberoamericana—, que implica que durante la sustanciación del procedimiento administrativo la Administración estará sometida plenamente a la Ley y al Derecho y procurará evitar que el ciudadano interesado pueda encontrarse en situación de indefensión. La vinculación a la ley no se reconoce expresamente como subderecho en el derecho europeo (de la Unión Europea y de los Estados miembros), en general, pero sí como principio administrativo fundamental, que, en relación con la configuración legal de otros subderechos, dispensa una protección fuerte a modo de tutela administrativa efectiva. En concreto, a tal fin, esto es, para eliminar situaciones de indefensión, el subderecho que se recoge es el derecho a ser oído o derecho de audiencia, declarado en el artículo 41.2 CDFUE, también recogido en el artículo 31 de la Carta Iberoamericana, como derecho a ser oído siempre antes de que se adopten medidas que les puedan afectar desfavorablemente se refiere el artículo 31 de la Carta Iberoamericana. En el derecho español existen manifestaciones de este subderecho reconocidas con normas con rango de ley, siendo tales, por ejemplo: el trámite de audiencia al interesado, previsto en los artículos 82 y 118 de la Ley 39/2015, el derecho a formular alegaciones durante todo el procedimiento hasta el momento anterior al trámite de audiencia, que prevé el artículo 76.1 de la Ley 39/2015, que también regula la Carta Iberoamericana como derecho a formular alegaciones en el marco del procedimiento administrativo, como recoge en su artículo 35. Esta posibilidad se reconoce, al igual que se regula en el derecho español, con independencia de las audiencias e informaciones públicas que estén previstas en el ordenamiento jurídico correspondiente, y los ciudadanos interesados podrán formular las alegaciones que estimen pertinentes, siempre que estén convenientemente argumentadas, de acuerdo con el procedimiento administrativo.

61 Ver al respecto Auto del Tribunal Supremo (Sala Tercera) número 2429/2022, de 15 de febrero de 2022, Razonamiento jurídico Segundo, Referencia ECLI:ES:TS:2022:2429A

62 Ver al respecto Defensor del Pueblo Europeo (2001), cit., p. 160.

63 Ver al respecto Defensor del Pueblo Europeo (2001), cit., p. 160.

También se puede relacionar este derecho con el derecho regulado en España a disponer de un traductor o a la asistencia jurídica gratuita para algunos trámites administrativos que deban realizar los extranjeros en España, conforme al artículo 22.2 de la L.O. 4/2000, que reconoce derecho a la asistencia letrada en los procedimientos administrativos que puedan llevar a la denegación de entrada, devolución, o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de protección internacional, así como a la asistencia de intérprete si el interesado no comprende o habla la lengua oficial que se utilice, siendo estas asistencias gratuitas, cuando los interesados carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa reguladora del derecho de asistencia jurídica gratuita. Con ello se busca eliminar la indefensión que causa el desconocimiento de la lengua y la falta de recursos económicos.

- Se regula también el derecho de participación en las actuaciones administrativas en que el ciudadano tenga interés, especialmente a través de audiencias y de informaciones públicas, que permite al ciudadano participar, a tenor de lo dispuesto en la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública, en los procedimientos de elaboración de disposiciones de carácter general, de acuerdo con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico correspondiente, como reconoce el artículo 32 de la Carta Iberoamericana. En España, este último derecho de participación se trata en relación con la transparencia administrativa existiendo previsiones al respecto en la Ley 19/2013 de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y en las leyes de transparencia de las Comunidades Autónomas. La transparencia administrativa regulada en el Derecho español, también se puede identificar en otros aspectos con el Derecho a conocer y a opinar sobre el funcionamiento y la calidad de los servicios públicos y de responsabilidad administrativa para lo cual la Administración pública propiciará el uso de las TICS —reconocido en su artículo 34 de la Carta Iberoamericana—, que, aunque se reconoce al margen del derecho a la buena administración, tiene con ella una conexión indiscutible. De hecho, el Defensor del Pueblo europeo considera que la buena administración incluye un modo de proceder transparente. En este sentido, y de forma similar, la Carta Iberoamericana recoge otros derechos como parte de la buena administración que, en España, conforman parte de la regulación de la transparencia administrativa, como son el derecho de ser informado y asesorado en asuntos de interés general —reconocido en su artículo 40 de la Carta Iberoamericana—; el derecho a conocer las evaluaciones de gestión que hagan los entes públicos y a proponer medidas para su mejora permanente de acuerdo con el ordenamiento jurídico correspondiente —reconocido en su artículo 37 de la Carta Iberoamericana—; el derecho de acceso a la información pública y de interés general, así como a los expedientes administrativos que les afecten en el marco del respeto al derecho a la intimidad y a las declaraciones motivadas de reserva, que habrán de concretar el interés general en cada supuesto en el marco de los correspondientes ordenamientos jurídicos —reconocido en su artículo 38 de la Carta Iberoamericana—. De forma similar, en el marco de la Unión Europea, también el Defensor del Pueblo europeo se pronuncia sobre el hecho de que todos estos elementos de la transparencia administrativa se deben incluir en el elenco de subderechos de la buena administración. De hecho, la transparencia y el derecho de acceso son esenciales, porque como se ha señalado, la falta de transparencia dificulta el control⁶⁴, por ello, una adecuada regulación de la transparencia administrativa, que logre que sea real, permite el control ciudadano de los estándares de buena administración.

Para precisar esta faceta de la buena administración en relación con la transparencia, podemos citar la Decisión del Defensor del Pueblo europeo sobre la reclamación 288/99/ME contra el Parlamento Europeo, en relación con las dietas a cobrar por una traductora en los servicios prestados al Parlamento europeo, en la que el Defensor del Pueblo "considera como una buena conducta administrativa facilitar una información clara y comprensible. (...) ello implica

64 Ver al respecto Tomás Mallén, B. (2004). *El derecho fundamental a una buena administración*, Instituto Nacional De Administración Pública, p. 73.

que la información facilitada sea la correcta⁶⁵, y lo “más precisa posible”⁶⁶, como aclaró en su Decisión sobre la reclamación 1011/99/BB contra el Consejo de la Unión Europea, al tramitar una reclamación por falta de información en un procedimiento de oposición de traductores a dicha Institución. Esta garantía se podría aplicar a todo tipo de procedimientos, incluidos aquellos en los que se están discutiendo derechos sociales.

- Derecho a presentar por escrito o de palabra peticiones, de acuerdo con lo que se establezca en las legislaciones administrativas de aplicación, en los registros físicos o informáticos — reconocido en su artículo 29 de la Carta Iberoamericana—. También el artículo 29 de la Carta Iberoamericana configura como derecho del ciudadano la elección de la forma de relación del ciudadano con la Administración Pública, que una vez elegida debe ser facilitada por aquella, y en caso de existir varias lenguas cooficiales en el país, se atenderá a lo dispuesto en el Ordenamiento Jurídico correspondiente. Este subderecho no tienen equivalente en toda su extensión en la CDFUE, que sólo se refiere al aspecto lingüístico, al recoger el artículo 41.4 de la misma “Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua”. Frente a ello, existe cierto desarrollo en el derecho español sobre la forma de relacionarse el ciudadano con las Administraciones públicas, especialmente en lo referente al formato tradicional en papel o al formato digital, y que impone en el artículo 14 de la Ley 39/2015, la aplicación de medios digitales a cierto tipo de interesados a los que se le presupone el acceso digital (funcionarios para sus asuntos propios en relación con la Administración a la que pertenecen, personas jurídicas, entidades sin personalidad, y profesionales colegiados, entre otros), permitiendo al margen de estas situaciones optar por uno u otro sistema libremente. La imposición de relacionarse digitalmente con las Administraciones Públicas actualmente contenida en la Ley 39/2015 puede encontrar cierta incompatibilidad con los recientemente proclamados Derechos digitales de la ciudadanía en sus relaciones con las Administraciones Públicas, incorporados en la Carta de derechos digitales, del Gobierno de España, presentada en julio de 2021, y cuyas consideraciones previas determinan que la misma está sujeta al resto del Ordenamiento Jurídico español, prevaleciendo por tanto lo previsto en la Ley 39/2015 en su artículo 14 frente a la previsión de la Carta, que declara el derecho a la igualdad de las personas en el acceso a los servicios públicos y en las relaciones digitales con las Administraciones públicas. Probablemente la Carta de Derechos Digitales pretende hacer una declaración a través de la que se considere que todos tienen derecho a utilizar los medios digitales al relacionarse con las Administraciones, pero la redacción actual genera cierta incompatibilidad con el hecho de que el artículo 14 la Ley 39/2015 impone su uso a determinados colectivos, mientras otros pueden elegir libremente si se relacionan con las Administraciones de forma digital o en papel, lo que no implica una situación exactamente de igualdad jurídica. Al margen de ello, y desde el punto de vista del principio de igualdad, la sujeción de algunos colectivos de forma obligatoria al formato digital puede, a pesar de todo, considerarse admisible desde el punto de vista del principio de igualdad, debido a que existen razones objetivas que permiten considerar que esos colectivos tienen acceso digital con toda seguridad, lo que no es más que el matiz interpretativo del principio de igualdad por el que se puede tratar de forma desigual a los que sean objetivamente desiguales, pero no en otros casos, ni por otros motivos.
- Derecho a no presentar documentos que ya obren en poder de la Administración Pública —reconocido en el artículo 30 de la Carta Iberoamericana—, absteniéndose de hacerlo cuando estén a disposición de otras Administraciones públicas del propio país. En la CDFUE no se regula este subderecho como parte de la buena administración, sin embargo, en el derecho español, el artículo 53.1.d) de la Ley 39/2015 sí recoge un derecho similar —aunque no exactamente igual— al regular los que se reconocen al interesado en un procedimiento

65 Ver al respecto Defensor del Pueblo Europeo (2001), cit., p. 139.

66 Ver al respecto Defensor del Pueblo Europeo (2001), cit., p. 144.

administrativo en sus relaciones con la Administración. Así, al interesado en España se le exime de presentar datos y documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate, que ya se encuentren en poder de las Administraciones Públicas o que hayan sido elaborados por éstas, por lo que sí deberá presentarlos si una norma así lo determina, aunque estén en poder de la Administración.

Ello se justifica en la Carta Iberoamericana, en que las posibilidades de intercomunicación a través de las TICS de los registros de las distintas Administraciones Públicas deben hacer posible que entre ellas se intercambien todos los documentos que obrando en su poder sean necesarios para que los ciudadanos tramiten sus solicitudes. Esta cuestión ha dado lugar en España a todo un sistema homogéneo como es el Esquema Nacional de Interoperabilidad regulado por el Real Decreto 4/2010, de 8 de enero. Actualmente, se está discutiendo la aplicación de nuevas tecnologías como la *blockchain* como base tecnológica para ciertos registros administrativos, lo que abre nuevas posibilidades en el ámbito del procedimiento administrativo digital.

- Derecho a servicios públicos y de interés general de calidad —reconocido en su artículo 33 de la Carta Iberoamericana—, que debe ponerse en relación con la Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública, y por la cual los servicios de responsabilidad pública deben ofrecer a los usuarios determinados patrones o estándares concretos de calidad, que se medirán periódicamente y se pondrán en conocimiento de los usuarios para que estos estén lo mejor informados posible y puedan efectuar los comentarios y sugerencias que estimen pertinentes. En aplicación de un criterio similar, en el ámbito de la Unión Europea se ha determinado que las Administraciones públicas deben aplicar de oficio controles internos y rectificar las irregularidades que identifiquen, y ello porque, aunque este derecho, no está recogido expresamente en la CDFUE, el Defensor del Pueblo europeo, en el caso en el que a SYSTEMS EUROPE S.A. se le concedió el contrato de suministros SEM/03/608/010, firmado en el marco del Programa de Suministro Eléctrico para Siria, a pesar de existir defectos en el proceso de licitación que no se advirtieron hasta posteriormente, consideró, en su Decisión sobre la reclamación 540/98/(XD)ADB contra la Comisión Europea que “Los principios de buena administración exigen que la institución actúe de un modo consecuente. En el asunto que nos ocupa, la Comisión no aplicó su propio proceso interno y aunque tuvo conocimiento de las irregularidades no llevó a cabo todos los controles necesarios antes de aprobar el contrato. No hay nada en el expediente que indique que el demandante fuera consciente de que la Comisión no había llevado a cabo un proceso correcto de aprobación. (...) En consecuencia, la actuación de la Comisión constituyó un caso de mala administración”⁶⁷.

Un ejemplo reciente del reconocimiento de derechos sociales a través de políticas públicas que permiten el acceso a servicios de interés general, y de su consideración a través de la buena administración, es el caso del “bono social», que se configura como una obligación de servicio público⁶⁸, considerado en la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera), núm. 915/2022, de 2 de marzo de 2022⁶⁹, entre otras muchas.

- El artículo 36 de la Carta Iberoamericana se refiere también al derecho de los ciudadanos a denunciar los actos con resultado dañoso que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos

67 Ver al respecto Defensor del Pueblo Europeo (2001), cit., p. 154.

68 Ver al respecto Sentencia del TJUE de 14 de octubre de 2021 (asunto C-683/19), que indica que el bono social consta de dos elementos: por un lado, el descuento en el precio de la electricidad suministrada a determinados consumidores vulnerables, y, por otro lado, la aportación financiera destinada a cubrir el coste de ese descuento. Y aunque ambos aspectos están indisolublemente vinculados es posible establecer diferentes formas de financiar esta prestación.

69 Ver al respecto STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera), núm. 915/2022, de 2 de marzo de 2022, Referencia ECLI:ES:TS:2022:915.

producidos por los entes públicos en el ejercicio de sus funciones. Derecho que se puede identificar con el derecho a ser indemnizado a través de la institución de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas que declara también el artículo 41.3 de la CDFUE al indicar "Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros", que ya formaba parte del acervo comunitario a través del artículo 340 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), y que tiene normas equivalentes en los derechos nacionales de los Estados miembros, como ocurre en España, en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, sobre régimen jurídico del sector público.

- La Carta Iberoamericana, además, se refiere a otros subderechos que no se recogen en la CDFUE como parte del derecho a la buena administración, pero que son reconocidos por normas en el derecho de la Unión Europea y en los Derechos nacionales de los Estados miembros, de forma general. Tales son: el derecho a presentar quejas y reclamaciones ante la Administración Pública, además del derecho a presentar recursos contra actos o resoluciones de la Administración Pública de acuerdo con los correspondientes ordenamientos jurídicos, que el Derecho español reconoce el artículo 112 de la Ley 39/2015; también el derecho a obtener copia sellada de los documentos que se presenten a la Administración Pública (en formato físico o electrónico), reconocido en su artículo 39 de la Carta Iberoamericana, y, en España, en el artículo 66.3 de la Ley 39/2015; derecho a ser tratado con cortesía y cordialidad —reconocido en su artículo 41 de la Carta Iberoamericana—, que el Derecho español reconoce en el artículo 13.e) de la Ley 39/2015, con especial consideración en la Carta Iberoamericana las personas vulnerables por diferentes motivos; derecho a conocer el responsable de la tramitación del procedimiento administrativo —reconocido en su artículo 42 de la Carta Iberoamericana—, que el Derecho español reconoce en el artículo 53.1.b) de la Ley 39/2015; derecho a conocer el estado de los procedimientos administrativos que les afecten —reconocido en su artículo 43 de la Carta Iberoamericana—, que el Derecho español reconoce en el artículo 53.1.a) de la Ley 39/2015; derecho a participar en asociaciones o instituciones de usuarios de servicios públicos o de interés general —reconocido en su artículo 45 de la Carta Iberoamericana—; derecho a exigir el cumplimiento de las responsabilidades de las personas al servicio de la Administración Pública y de los particulares que cumplan funciones administrativas de acuerdo con el ordenamiento jurídico respectivo —reconocido en el artículo 46 de la Carta Iberoamericana—, pudiendo para ello demandar directamente ante la Administración y/o ante los Jueces o Tribunales, las responsabilidades en que puedan haber incurrido los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, además del derecho a exigir la justa indemnización en plazo razonable por la lesión que puedan sufrir en sus bienes o derechos a causa del funcionamiento de los servicios públicos o de interés general, en los casos en que así se determine de acuerdo con el ordenamiento jurídico correspondiente.

3.3. Valor jurídico del reconocimiento del derecho fundamental a la buena administración.

De la evidente aproximación que se aprecia a través del análisis comparado anterior entre los derechos integrantes de la buena administración en el Derecho de la Unión Europea, y en la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes de los ciudadanos ante la Administración Pública de 2013, se puede llegar a considerar que, tal vez, por acción de este derecho de derechos, que ya tiene reconocido rango de derecho fundamental en los dos ámbitos mencionados, se haya generado un importante consenso sobre el contenido y relevancia jurídica de la buena administración, que bien podría ser concebida como la piedra angular de un futuro Derecho Administrativo Global.

Esto, sin embargo, deben ser realizadas dos apreciaciones de relevancia. La primera es que, como se ha podido apreciar, la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes de los ciudadanos ante la

Administración Pública de 2013 concede una mayor extensión a los subderechos que forman la buena administración, y también incluye referencia expresa a los principios que, por su vinculación con el Estado de Derecho, deberíamos considerar parte integrante de este concepto. Además, va mucho más allá porque también recoge los deberes del ciudadano frente a las Administraciones públicas incluyendo los deberes de lealtad, buena fe, veracidad, responsabilidad, respeto y decoro, y colaboración. Se puede decir que la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes de los ciudadanos ante la Administración Pública de 2013, es un documento más evolucionado en cuanto a la delimitación del contenido del derecho de buena administración, hasta el punto de que puede considerarse un auténtico estatuto del ciudadano. Sin embargo, y esta es la segunda apreciación, es que el punto débil de la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes de los ciudadanos ante la Administración Pública de 2013 puede estar en su efectividad, que es la cuestión que aquí venimos dirimiendo con el foco puesto en los derechos sociales, haciendo extensible al contenido de la Carta, lo que al respecto de la protección de los derechos sociales hemos afirmado inicialmente, cuando se trate de derechos no recogidos como auténticos derechos subjetivos o constitucionales. Ello es consecuencia de que la misma Carta Iberoamericana dedica el artículo 54 a determinar el nivel de protección que debe tener el reconocido derecho fundamental a la buena administración pública, declarando "El derecho fundamental de la persona a la buena administración pública y sus derechos componentes tendrán la protección administrativa y jurisdiccional de los derechos humanos previstos en los diferentes ordenamientos jurídicos". Esta remisión hace depender de lo previsto en cada Estado su ulterior tratamiento, y puede llegar a desvirtuar la eficacia protectora que dispensa la buena administración configurada como derecho fundamental o como derecho subjetivo, a aquellos derechos más débiles, desde un punto de vista jurídico, pues se hace depender de la regulación que se reciba en cada Estado la protección de los derechos humanos. Como es lógico, necesitaríamos mayor espacio para un análisis pormenorizado de la consideración que, en cada Estado iberoamericano, se le dispensa a cada uno de ellos, y que, como ocurre en el continente europeo, mientras no implique el reconocimiento de los mismos como derechos fundamentales o subjetivos, la consecuencia jurídica no será sino la de servir de inspiración a las políticas públicas, pero quedando deshabilitada la posibilidad de obtener un control judicial o incluso de amparo constitucional, respecto de aquellos derechos que, aunque reconocidos derechos humanos, tengan sólo esta consideración. Esto, sin embargo, en la medida en que los subderechos integrantes en la buena administración se vayan reconociendo, tan sólo sea a través de una norma con rango de ley, al regularse el procedimiento administrativo o la transparencia administrativa, se puede ir evolucionando hacia la consolidación de la efectividad de este derecho a la buena administración pública, que servirá de instrumento para alcanzar la efectividad de otros derechos, como los sociales.

Por su parte, la CDFUE reconoce el derecho a la buena administración con carácter fundamental en lo referente a la posición del ciudadano frente a las Administraciones de las Instituciones y Autoridades de la Unión Europea, pero no tiene el mismo efecto respecto del derecho a la buena administración de los ciudadanos respecto a las Administraciones de sus respectivos Estados. Sin embargo, en muchos de ellos, aunque no se regule el derecho a la buena administración como tal, sí encontramos, como se aprecia en el derecho español, el reconocimiento legal de una gran parte de los subderechos que integran el concepto de buena administración, lo que, sin duda, permite alcanzar un alto grado de efectividad de este derecho porque permite litigar en defensa de tales subderechos que son, en su mayoría, derechos subjetivos, y como tales se pueden esgrimir ante los juzgados y tribunales del orden contencioso-administrativo, aunque no gozan de protección constitucional por sí mismos.

Ello es así porque la Carta Iberoamericana sólo disfruta de un carácter programático y la CDFUE no produce efecto directo en los derechos nacionales de los Estados miembros, aunque los inspira, produciendo efecto directo en las Instituciones y Administraciones europeas, pero sólo tiene acción inspiradora de los derechos nacionales de los Estados miembros.

3.4. Garantías de la buena administración: Defensor del Pueblo y Códigos de buena conducta administrativa.

Dado que está claro que no será buena administración todo lo que consideremos mala administración, es una garantía de la buena administración y por tanto de los derechos sociales, la figura y actuación del Defensor del Pueblo, ya que el mismo tienen encomendada la función de defender a los ciudadanos frente a actuaciones encuadrables en lo considerado como mala administración. Ello es así, en todos los ordenamientos jurídicos que acogen esta figura, pero por delimitar su estudio, nos referiremos al Defensor del Pueblo europeo, figura que se configuró con esta finalidad a semejanza del *Ombusdman*, que la Constitución Sueca de 1809 recogió para la defensa de los ciudadanos frente abusos del poder público. La misma CDFUE en su artículo 43 lo considera garantía de la buena administración, y le atribuye derecho de carácter fundamental en el ámbito de la Unión Europea, ya que le atribuye la competencia para conocer de los casos de mala administración en la acción de las instituciones u órganos comunitarios, con exclusión del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. En este sentido, se considera como una garantía no judicial de la buena administración, habiéndose afirmado que la tutela efectiva no es únicamente la judicial; también las Administraciones han de proteger el interés público sin lastimar derechos individuales por aplicación del principio de legalidad. Cuando se desentienden de esta obligación, en ocasiones se puede acudir a la protección jurisdiccional; en otras, como ocurre en los casos de mala administración, se puede acudir al Defensor del Pueblo⁷⁰.

Ello nos permite acudir a esta figura cuando estemos ante derechos que no gocen de la protección judicial de los derechos subjetivos, ni de la protección judicial y de amparo constitucional de los derechos fundamentales, pero que, sin embargo, impliquen una vulneración de los derechos categorizados en otras clases, como ocurre en buena parte de los derechos sociales, y siempre que en la concreción de los mismos a través de políticas públicas o en la gestión de los mismos a través de planes públicos, encontremos que los mismos se han visto menoscabados, de algún modo, a través de la mala administración del ente público correspondiente.

En el informe anual del Defensor del Pueblo europeo de 1997, se clarificó el concepto de mala administración como aquella situación que se produce cuando un organismo público no obra de conformidad con las normas o principios a los que debe obligatoriamente atenerse. En 1998, el Parlamento Europeo aprobó una Resolución que aceptaba la definición. A lo largo de 1999, el Defensor del Pueblo y la Comisión mantuvieron un intercambio de correspondencia del que se deduce que la Comisión también estaba de acuerdo con esta definición⁷¹.

Inicialmente este derecho se recogió como un derecho subjetivo de la ciudadanía a través del artículo 228 TFUE, y fue consolidado por la jurisprudencia del TJUE cuando declaró que "el Tratado reconoce a todo ciudadano, por un lado, el derecho subjetivo a plantear ante el Defensor del Pueblo reclamaciones relativas a casos de mala administración por parte de las instituciones u órganos comunitarios, con exclusión del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, y, por otro lado, el derecho a ser informado del resultado de las investigaciones realizadas al respecto por el Defensor del Pueblo en las condiciones previstas en la Decisión 94/262 y en las normas de ejecución"⁷².

La actuación del Defensor del Pueblo una vez un ciudadano ha formulado una queja por mala administración incluye realizar funciones de mediación con la finalidad de que se respeten los derechos

70 Ver al respecto Carmona y Choussat, J.F. (2000). *El Defensor del Pueblo Europeo*, Ministerio de Administraciones Públicas, Instituto Nacional De Administración Pública, p. 195.

71 Ver al respecto Defensor del Pueblo Europeo (2001), cit., p. 19.

72 Ver al respecto STJUE de 3 de julio de 1997, caso Smanor SA y otros contra Comisión, asunto T-201/96, apartados 55 y 56.

de los ciudadanos frente a la actuación de las Administraciones Pùblicas. La intervención que, en algunos supuestos, realiza el Defensor del Pueblo se basa en los criterios de justicia material, equidad y de oportunidad, y puede orientar y vigilar el funcionamiento de la mediación administrativa, la cual es posible cuando se prevé que las Administraciones puedan terminar procedimientos administrativos por acuerdo con los interesados, lo que el Derecho español admite en los artículos 84.1, 86 y 112.2 de la Ley 39/2015, y en el artículo 77 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, excluida siempre la materia indisponible para las Administraciones pùblicas, y siempre que lo acordado no fuera contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros. En los casos no prohibidos, la mediación a través del Defensor del Pueblo o incluso, al margen del mismo, puede aproximar la actuación de la Administración a lo que entendemos por buena administración, superando en vía extrajudicial, los incumplimientos de los parámetros de la buena administración, tanto los normativos, como los que son de elaboración extranormativa. Así, sería un mecanismo de salvaguarda de los derechos sociales, al permitir rectificar aquellas actuaciones que separan a la Administración de los parámetros de la buena administración⁷³. Esto, sin embargo, una de las mayores debilidades del control de la buena administración a través del Defensor del Pueblo radica en que es necesario reforzar la efectividad de su intervención, puesto que, para alcanzar la mediación en estos casos, existe un componente de voluntariedad que todavía debe ser superado. A pesar de todo, su función ha sido esencial para perfilar y concretar el elenco de subderechos incluidos en el concepto de buena administración, como se ha expuesto anteriormente.

Por otro lado, sirven para coadyuvar e incentivar el buen desempeño administrativo los códigos de conducta o "Códigos de buen comportamiento administrativo", que vienen a recoger todos los estándares anteriores, resultado de la determinación del contenido de la buena administración, pero se basan en la voluntariedad, habiendo sido, por tanto, considerados soft law⁷⁴. Así, precisamente por este carácter no obligatorio, los "Códigos de buen comportamiento administrativo" van de la mano con el carácter programático de los derechos sociales que pretendemos proteger al aplicar la buena administración. Sirven, por ello, a la finalidad de servirles como herramienta de garantía e incluso de control ciudadano al diseño de las políticas sociales y a su ejecución, de una forma coherente con los derechos sociales sobre los que descansan. Tales "Códigos de buen comportamiento administrativo" surgen a partir de estándares de buena administración, muchas veces, extranormativos, y que son especialmente relevantes en algunos ámbitos del derecho norteamericano, dónde se ha asistido a un proceso de desregulación en ciertos aspectos⁷⁵, dando lugar a la necesidad de regular a través de las agencias reguladoras⁷⁶.

Esto, sin embargo, existen sectores doctrinales que acentúan el valor jurídico de algunos códigos de conducta, no de todos, diferenciando dos categorías: aquellos códigos de conducta con finalidad orientadora, frente a los que ostentan finalidad normativa⁷⁷. Entre ellos media un elemento diferencial que sería el estar dotados o no de capacidad de enforcement, al verse apoyados o no, respectivamente, por mecanismos que permiten exigir su cumplimiento o, al menos, exigir ciertas consecuencias jurídicas, como puede ser la asunción de responsabilidad por el incumplimiento de los estándares de buena administración. En este ámbito, se ha destacado que en algunos países como en Reino Unido e Italia, para evitar que los códigos de conducta sean absolutamente ineficaces⁷⁸,

73 Ver al respecto Belando Garín, B. (2015). La mediación administrativa desde la perspectiva de los letrados. *Anuario de justicia alternativa*, (13), p. 175.

74 Tomás Mallén, B. (2004). cit., p. 275.

75 Ver al respecto Ballbé M. (2007). El futuro del derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización. *Revista de Administración Pública*, (174), p. 244.

76 Ver al respecto Ponce Solé, J. (2005). Good administration and administrative procedures. *Indiana Journal Global Legal Studies*, núm. 12.

77 Ver al respecto García Mexía, P. (2001). La ética pública. Perspectivas actuales. *Revista de Estudios Políticos*, (114), pp. 153 y ss.

78 Ver al respecto Irurzun Montoro, F. (2010). Ética y responsabilidad en la administración pública. DA. *Revista Documentación Administrativa*, nº 286-287, p. 100.

el efecto jurídico que les dota de cierto enforcement se ha alcanzado por la vía contractual entre la propia Administración pública y el funcionario sujeto al acuerdo de que se trate⁷⁹, para así que su actuación acoja ciertos principios éticos que exceden de los deberes legales que el mismo asume estatutariamente frente a la misma Administración, pero también frente al ciudadano. En relación con ellos, fue un hito en el Derecho de la Unión Europea, la Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de septiembre de 2001, mediante la que se aprobó el Código Europeo de Buena Conducta Administrativa posteriormente revisado en 2015⁸⁰. Precisamente, en relación con su valor normativo se ha señalado que los “Códigos de buena conducta administrativa” aprobados en el ámbito de la Unión Europea han sido considerados algo más que soft law por la jurisprudencia del TJUE, reconociéndoles fuerza jurídica de entidad suficiente para completar el ámbito de la buena administración en aquellos aspectos no determinados por el Derecho de la Unión Europea⁸¹, considerado stricto sensu. Del mismo modo, también se aprobó el Código Iberoamericano de Buen Gobierno por la VIII Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado Montevideo, Uruguay, 22 y 23 de junio de 2006, cuyo contenido difiere de lo que suele ser estrictamente contenido de los códigos de buena conducta administrativa en cuanto que estos abordan la dimensión de las relaciones entre Administración y ciudadano, mientras que los códigos de buen gobierno se centran en la perspectiva mayormente unívoca del poder público. A pesar de todo, debe ser considerado en cuanto que el mismo Preámbulo tiende puentes con la buena administración, al menos en cuanto existe una coincidencia de sus fundamentos, especialmente en lo referente a considerar como base de su propia existencia el principio de la dignidad de la persona humana, y de la pretensión común de promover el respeto a los derechos humanos.

3.5. La efectividad de la buena administración y su relación con los principios fundamentales y los inspiradores de las políticas públicas sociales.

Como se puede apreciar de lo hasta aquí expuesto, la buena administración comporta una serie de subderechos con distinto reconocimiento jurídico que, cuando están positivados se convierten, por sí mismos en derechos subjetivos, logrando así poderse esgrimir ante los juzgados y tribunales a nivel particular. Frente a ello, en los casos en los que no es así, la dificultad de una mayor contundencia en su defensa jurídica se diluye a pesar de la declaración como derecho fundamental de la buena administración. La misma se concibe como “fundamental” en la Carta Iberoamericana, pero con carácter de soft law, lo que nos remite a los derechos internos de cada Estado iberoamericano su configuración y trascendencia jurídica. En el ámbito de la Unión Europea, el carácter fundamental que le da la CDFUE es cierto, pero limitado a la propia actividad de las administraciones e Instituciones europeas, sin que ello traslade ese mismo carácter, en relación con toda la actividad de las Administraciones de todos los Estados miembros de la Unión Europea, ya que los Estados miembros sólo se ven vinculados por su carácter como derecho fundamental cuando aplican normas jurídicas de la Unión Europea, en cuyo caso sí están obligados por aplicación del artículo 51.1 CDFUE, ya que este precepto dispone que “Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión”.

Las garantías naturales de la buena administración —Defensor del Pueblo y Códigos de buena conducta administrativa—, aunque contribuyen a su efectividad, son débiles por el componente de voluntariedad que incluyen. Esto nos lleva a plantear cómo lograr mayor eficacia normativa para el derecho a la buena administración porque de ello puede resultar una posición del ciudadano más fuerte incluso para hacer efectivos derechos con menor reconocimiento jurídico, como suele ocurrir

79 Ver al respecto Blasco Díaz, J.L. (2002). El código de comportamiento de los empleados públicos italianos de 28 de noviembre de 2000. *Revista de Administración Pública*, (158), Mayo-Agosto, pp. 431-448.

80 Ver al respecto Defensor del Pueblo Europeo (2015), *El Código Europeo de Buena Conducta Administrativa*, —versión actualizada de 2015—, Unión Europea, Estrasburgo.

81 Ver al respecto Tomás Mallén, B. (2004). cit., p. 319.

con los derechos sociales, que se trasladan a la realidad del ciudadano, mayormente, a través de políticas públicas.

Antes nos hemos referido a la relación existente entre la ética pública y el Estado de Derecho, pues bien, descansando los estándares de buena administración sobre dicha ética pública y estando ésta relacionada con los valores del Estado de Derecho, una forma de verificar que las políticas públicas, especialmente las sociales que encuentran dificultades para su protección a través de los medios disponibles para los derechos fundamentales y los subjetivos, es contrastar dichas políticas públicas con los principios esenciales que deben regir la actuación administrativa. Ello es así porque, como se ha indicado, el "Estado de Derecho es una construcción jurídica posible una vez que se consagraron los principios políticos inspiradores de la Revolución Francesa"⁸², y que sirven como mecanismo de interdicción de la arbitrariedad del poder público.

Precisamente, la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes de los ciudadanos ante la Administración Pública, pone de relieve la necesaria relación del contenido de la buena administración con el concepto de Estado Social y Democrático de Derecho⁸³, y también lo hace la misma CDFUE en su preámbulo, cuando indica "Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y del Estado de Derecho". Así pues, es en los principios donde debemos buscar un refuerzo que dotará de mayor efectividad tanto al derecho a la buena administración, como a las políticas sociales a cuya efectividad la misma puede contribuir. No olvidemos que la buena administración y todos los subderechos que incluye, son en general de índole formal o procedimental, por lo que sirven de garantía a otros de naturaleza sustantiva. Así, se forma similar a como García de Enterría⁸⁴ consideró que los principios generales del derecho son un medio de control del ejercicio de potestades discretionales, esos mismos principios pueden servir para verificar si se dan los parámetros de la buena administración en relación con el diseño y gestión de las políticas públicas que suelen ser el medio a través del que se hacen efectivos los derechos sociales. Todo ello porque la buena administración sirve como instrumento para hacer frente a la arbitrariedad de los poderes públicos, cuya interdicción consagra, como principio general del Derecho el artículo 9.3 CE, y su valor como garantía frente a ella ha sido puesto de relieve por la doctrina científica⁸⁵, ya que "la arbitrariedad es la ausencia del derecho, la anulación de los derechos ciudadanos en relación con la Administración"⁸⁶.

Así, desde la óptica del derecho español, se puede afirmar que los ciudadanos españoles como ciudadanos europeos ostentan este derecho como derecho fundamental en el ámbito derivado del artículo 41 CDFUE, y lo ostentan como conjunto de derechos subjetivos, cuando en el ámbito del derecho administrativo interno se apliquen normas de la Unión Europea, y siempre que sea aplicable cualquiera de sus subderechos, reconocidos, generalmente por la legislación ordinaria, ya sea por la Ley 39/2015 sobre procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas, o por la Ley 19/2013, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, u otras normas concordantes. Esto, sin embargo, su enraizamiento en las bases mismas del Estado de Derecho, y su conexión con otros derechos reconocidos con carácter de fundamentales y con los principios básicos y estructurales del derecho administrativo, nos permiten defender los aspectos formales de cualquier

82 Ver al respecto Garrido Falla, F. (1987). *Tratado de Derecho Administrativo*, Volumen I, Parte General, 10^a Edición. Tecnos, pp. 70-71.

83 Ver al respecto CLAD (2013), *Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes de los ciudadanos ante la Administración Pública*, Preámbulo, p. 3 in fine.

84 Ver al respecto García de Enterría, E. (1996), *Democracia, jueces, y control de la Administración*, Editorial Civitas.

85 Ver al respecto Ponce Solé J. (2016). cit., p. 4.

86 Ver al respecto Rodríguez-Arana, J., (2017). El derecho fundamental de la persona a la buena Administración (principios y derechos integrantes). *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* (11), p. 300.

situación que enfrente al ciudadano con el poder público en todo tipo de derechos cualquiera que sea su condición: fundamentales, subjetivos o incluso sociales. En relación con estos últimos, y aunque su protección no aparece tan reforzada como en el caso de los fundamentales y los subjetivos, que disfrutan de protección directa propia, la misma no es imposible. Si bien es cierto que los derechos sociales, casi siempre se desarrollan mediante planes, programas y otros instrumentos, utilizados como derecho administrativo informal, donde existe mayor margen de discrecionalidad (en su diseño, no en su ejecución), respecto a su protección y efectividad, todas las técnicas de control de la discrecionalidad nos resultan útiles, pero sobre todas ellas, destaca la necesidad de que tales planes, programas, etc. respeten los principios básicos del Derecho administrativo.

En esencia, la explicación de cómo los principios generales del derecho, sirven para preservar la adecuación de los actos administrativos y de otras disposiciones generales al Estado de Derecho en el contexto propio de la ética pública se basa en el origen legal, o incluso constitucional, de muchos de ellos, por lo que son coherentes con la legalidad exigible en un Estado de Derecho. Y ello es porque el principio de legalidad administrativa representa uno de sus elementos fundantes⁸⁷, estando conectado con todos los demás de origen legal o constitucional, incluso de aquellos que, en el marco de la Unión Europea, procedan de la construcción jurisprudencial del TJUE. El principio de legalidad debe ser puesto en relación con el de seguridad jurídica, cuya vinculación con el principio de legalidad es absoluta no sólo porque confiere seguridad jurídica que la ley configure derechos y situaciones jurídicas de la forma más objetiva, racional y concreta posible, sino porque la misma legalidad exigible en un Estado de Derecho bebe de la seguridad jurídica para robustecerse, siendo totalmente cierto que “lejos de concebirse a los derechos como mero resultado de lo establecido por la ley, se entiende que la validez de cualquier ley estará subordinada a que respete aquellos derechos previos”⁸⁸, y esto es también predictable de aquellos derechos que, como los sociales, no se conciben como ni subjetivos ni fundamentales, apareciendo reconocidos a través de los instrumentos de política pública, como son los planes, programas y elementos similares, pues si bien está claro que jerárquicamente estos quedan sometidos a la ley, por razón de seguridad jurídica, los derechos de este tipo recogidos en tales planes y programas no deberían poderse ver transgredidos por razón de seguridad jurídica, configurada sobre la base de la ética pública a la que nos venimos refiriendo. Los referidos principios se apoyan en otros muchos de base constitucional, como el de publicidad de las normas (artículo 9.3 CE), o como el de servicio objetivo a los intereses generales (artículo 103.1 CE), o de base legal (como todos los tratados anteriormente como subderechos de la buena administración: derecho a ser informado, transparencia, motivación, procedimiento sin dilaciones indebidas, derecho a ser oído, a recurrir, etc.), e incluso aquellos que, habiendo sido ya recogidos normativamente por el ordenamiento español, tienen un origen jurisprudencial, en la jurisprudencia del TJUE, como el de confianza legítima, que también se integra en la buena administración, cuando se exige que cuando el poder público adopte decisiones que se aparten de las anteriormente adoptadas en casos similares, las motive suficientemente, precisamente porque ello podría conducir a una situación arbitraria, inadmisible en un Estado de Derecho. En este sentido, la jurisprudencia española, afirma tal conexión con claridad, por ejemplo, en la STS, Sala de lo penal, de 18 de diciembre de 2008, recurso de casación 13/2008, al declarar que “El deber de motivación es sustancial en todo Estado de Derecho, y se impone por nuestra legislación administrativa y constitucional, y en el ámbito de la Unión Europea por el art. 41 de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio (RCL 2008, 1437), por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, Carta de Derechos, que concede el derecho a todos los ciudadanos a una buena administración, que incluye, entre otros derechos, la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones. Es una constante, constatada

87 Ver al respecto Bezzi, O. (2017). Democracia, corrupción y control. En ESPINOZA MOLLA Martín R. – RIZZI Guillermo (Coords.) *Ética pública y sistemas de responsabilidad del Estado y del agente público*. Ed. La Plata, Universidad Nacional de La Plata, p. 45.

88 Ver al respecto Ollero Tassara A. (1996). *Responsabilidades políticas y razón de Estado, Fundación para el análisis y los estudios sociales*, p. 15. Citado en Covello P. J.J. (2017). *Reflexiones sobre la Ética pública*. En ESPINOZA MOLLA Martín R. – RIZZI Guillermo (Coords.) *Ética pública y sistemas de responsabilidad del Estado y del agente público*. Ed. La Plata, Universidad Nacional de La Plata, p.153.

con frecuencia desafortunadamente, que las autoridades administrativas en asuntos de elevadas solicitudes utilizan modelos estandarizados, ausentes de cualquier motivación, tanto fáctica como jurídica, al caso sometido a su consideración, resolviendo, pues sin expresar el razonamiento que es debido. Ello puede dar lugar al delito de prevaricación administrativa cuando a la injusticia intrínseca de la resolución, se une la arbitrariedad de la misma, resultante de tan inmotivado proceder”.

La falta de observancia de los principios básicos al aplicar las políticas sociales puede permitir la formulación de recursos en vía administrativa, así como el ejercicio de acciones en vía contencioso-administrativa bajo la pretensión, por parte del interesado, de obtener que se decrete la anulabilidad de todo o parte de su contenido en base a una hipotética desviación de poder, como prevé en el derecho español, el artículo 48.1 de la Ley 39/2015, o incluso a que se declare la nulidad en base a la vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas si existiera conexión entre el derecho fundamental vulnerado y el principio rector de la actuación administrativa encuadrable en el Estado de Derecho.

Por su parte, y sin perjuicio de su carácter programático, la Carta Iberoamericana en sus artículos 2 a 24 también ancla la buena administración en los mismos principios estructurales, refiriéndose expresamente a los siguientes:

- Principio de servicio al interés general con objetividad, y sometimiento pleno a la ley y al Derecho.
- Principio promocional de los poderes públicos en relación con la libertad y la igualdad de los ciudadanos iberoamericanos y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas.
- Principio de racionalidad se extiende a la motivación y argumentación que debe caracterizar todas las actuaciones administrativas, especialmente en el marco del ejercicio de las potestades discretionales.
- Principio de igualdad de trato, todos los ciudadanos serán tratados de manera igual, garantizándose, con expresa motivación en los casos concretos, las razones que puedan aconsejar la diferencia de trato, prohibiéndose expresamente toda forma de discriminación cualquiera que sea su naturaleza.
- Principio de eficacia, para la mayor y mejor satisfacción de las necesidades y legítimas expectativas del ciudadano
- Principio de eficiencia, que obliga a todas las autoridades y funcionarios a optimizar los resultados alcanzados en relación con los recursos disponibles e invertidos.
- Principio de economía, que implica el uso racional de los recursos públicos disponibles.
- Principios de equidad, economía, eficiencia y transparencia en relación con el gasto público.
- Principio de responsabilidad la Administración Pública responderá de las lesiones en los bienes o derechos de los ciudadanos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de interés general, y principio de responsabilidad del personal al servicio de la Administración Pública.
- Principio de evaluación permanente de la Administración Pública.
- Principio de universalidad, asequibilidad y calidad de los servicios públicos y de interés general.
- Principio de ética, que implica actuar con rectitud, lealtad y honestidad, promoviéndose la misión de servicio, la probidad, la honradez, la integridad, la imparcialidad, la buena fe, la

confianza mutua, la solidaridad, la transparencia, la dedicación al trabajo en el marco de los más altos estándares profesionales, el respeto a los ciudadanos, la diligencia, la austeridad en el manejo de los fondos y recursos públicos, así como la primacía del interés general sobre el particular.

- Principio de participación.
- Principio de publicidad y claridad de las normas, de los procedimientos y del entero quehacer administrativo en el marco del respeto del derecho a la intimidad y de las reservas que, por razones de confidencialidad o interés general, que serán objeto de interpretación restrictiva.
- Principio de seguridad jurídica, de previsibilidad, claridad y certeza normativa, en cuya virtud la Administración Pública se somete al Derecho vigente en cada momento, sin que pueda variar arbitrariamente las normas jurídicas.
- Principio de proporcionalidad las decisiones administrativas deberán ser adecuadas al fin previsto en el ordenamiento jurídico.
- Principio de ejercicio normativo del poder significa que los poderes deberán ejercerse, única y exclusivamente, para la finalidad prevista en las normas de otorgamiento, prohibiéndose el abuso o exceso de poder.
- Principio de objetividad, fundamento de los principios de imparcialidad e independencia.
- Principio de buena fe.
- Principio de facilitación, lo que implica tratar a los ciudadanos con calidez, amabilidad, cordialidad y cortesía para la tramitación y asesoramiento de los asuntos públicos que les afecten.
- Principio de celeridad.
- Principio de transparencia y acceso a la información de interés general.
- Principio de tramitación de oficio de los procedimientos.
- Principio de protección de la intimidad en relación con los datos personales que se gestionen.
- Principio de debido proceso, por el que se deben garantizar los derechos de representación, defensa y contradicción.

4. UN PASO MÁS HACIA LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES: LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

El concepto de responsabilidad social de las Administraciones públicas surge como consecuencia de la adopción del concepto de responsabilidad social empresarial, caracterizado por su voluntariedad. Su traslación al ámbito público viene a poderse identificar, en sus bases, con la ética pública a la que venimos haciendo referencia en relación con distintas cuestiones relacionadas con la buena administración. Precisamente, la ética pública es el elemento espiritual común en todos los mecanismos que permiten identificar cuando la administración no actúa correctamente, incluso aun cuando no haya norma jurídica que exija que la Administración actúe ajustada a una determinada forma de proceder.

En la más reciente evolución de tal ética pública, se ha adoptado el concepto de responsabilidad social en el ámbito público. Al respecto merece ser destacada la Estrategia Española de Responsabilidad

Social de las Empresas 2014-2020 de 24 de octubre de 2014, documento que pretende dotar un marco común de referencia que permita armonizar las actuaciones referidas a la Responsabilidad Social, desarrolladas en el ámbito público y en el privado, incluyendo medidas para fomentar la elaboración de informes anuales que incorporen información sobre los aspectos sociales, ambientales y de buen gobierno⁸⁹.

Ello ha dado lugar a una serie de implicaciones para las Administraciones, de las que la más relevante es la regulación del fomento de la responsabilidad social pública, que aunque actualmente, se encuentra recogida en una norma de ámbito territorial, como es la Ley 18/2018, de 13 de julio, de la Generalitat Valenciana (España), para el fomento de la responsabilidad social, permite verificar que el ámbito de la responsabilidad social es idéntico al de los derechos sociales tradicionalmente reconocidos y que cuentan una protección formal más débil. Así, la misma ley considera que la responsabilidad social abarca, como mínimo y entre otros aspectos⁹⁰: los derechos humanos, el comercio justo, las prácticas de trabajo y de empleo óptimas (como la formación, la diversidad, la igualdad de género, la salud y el bienestar de los trabajadores y de las trabajadoras), la sostenibilidad ambiental (como la protección de la biodiversidad, la lucha contra el cambio climático, el uso eficiente de los recursos naturales y la energía, la evaluación del ciclo de vida, la prevención de la contaminación), la transparencia y la lucha contra la corrupción y el soborno.

Además, dicha ley permite definir la responsabilidad social como “un sistema innovador de gestión de las empresas y organizaciones que se orienta a incrementar la competitividad de estas así como el fomento del desarrollo sostenible y la justicia social”⁹¹, y también reconoce que la Unión Europea considera la responsabilidad social como una herramienta para la consecución de los objetivos de la Estrategia 2020 establecidos en la Comisión de 3 de marzo de 2010: un crecimiento inteligente, sostenible e integrador (Bruselas, 3.3.2010, COM [2010] 2020, final).

Con todo ello, y haciendo uso de la transparencia administrativa puesta al servicio de tal responsabilidad social pública, se pretende dar cabida y también divulgación informativa a la acción de los poderes públicos en aquellas cuestiones en las que pueden involucrarse más allá de los requerimientos legales pero que son de interés general por razones económicas, sociales, éticas y legales. Para ello, se utilizan fundamentalmente dos herramientas, como es la planificación, ejemplo de ello es el Plan valenciano de la responsabilidad social que se regula en el artículo 17 Ley (GVA) 18/2018, considerado un instrumento de planificación y gestión en coordinación con los planes estatales en la materia, en el que se fijarán los objetivos, las medidas, actuaciones y los indicadores a adoptar durante su vigencia, y que se adopta tras un proceso participativo; y la Memoria anual de responsabilidad social que se prevé el artículo 18 Ley (GVA) 18/2018, que recogerá el conjunto de políticas, medidas y acciones llevadas a cabo en materia de responsabilidad social por las Administraciones públicas y las entidades del sector público instrumental, en ejecución del Plan. En la memoria se incluirá el grado de ejecución presupuestaria y de objetivos del plan valenciano de responsabilidad social. Esta memoria se someterá a evaluación (artículo 22 Ley (GVA) 18/2018), y a verificación mediante una auditoría social externa, por una persona física, entidad u organismo independiente especializado en auditorías, certificación o normalización de calidad o responsabilidad social que ostente acreditación oficial en vigor (artículo 23 Ley (GVA) 18/2018).

89 Ver al respecto Casares Marcos, A. B. (2015). Responsabilidad social, transparencia y sostenibilidad del sistema universitario español. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 45-46, Zaragoza, p. 176.

90 Ver al respecto Preámbulo nº II, de la Ley 18/2017, de 13 de julio, de la Generalitat Valenciana, para el fomento de la responsabilidad social.

91 Ver al respecto Preámbulo nº I, de la Ley 18/2017, de 13 de julio, de la Generalitat Valenciana, para el fomento de la responsabilidad social.

Por el momento, la eficacia de este instrumento para la efectividad de los derechos sociales se materializa *a posteriori* ya que la responsabilidad social del sector público se configura como un sistema de medición del correcto desempeño en valores sociales por parte de las Administraciones públicas a las que se les aplica el sistema. Una vez evaluado ese impacto de la actividad administrativa en las políticas sociales, si la verificación indicada arroja un resultado positivo, lo que se prevé es un sistema de incentivos, no de sanciones, lo que convierte al contenido de la ley en materia de cumplimiento voluntario, pero ello no debería implicar que se le reste valor por el efecto que puede tener, al fin y al cabo, otorgar un refuerzo positivo a través de la actividad de fomento de las Administraciones públicas, es también efectivo si el resultado lo demuestra como tal, y puede que más efectivo que otras vías más compulsivas para alcanzar el mismo objetivo. Así, lo que se prevé en el artículo 26 Ley (GVA) 18/2018, es premiar a las entidades y Administraciones públicas que logren tal evaluación positiva, como socialmente responsables, adjudicándoles beneficios en forma de ventaja en materia de contratación pública, por aplicación de un desempate a su favor, mejor valoración en la concesión de ayudas y subvenciones, exhibición del sello distintivo a modo de reconocimiento público, o ciertos beneficios fiscales.

Este sistema se aplicará, conforme al artículo 2 de la Ley (GVA) 18/2018 a la propia administración de la Generalitat Valenciana, a su sector público instrumental, a entidades integrantes de la administración local de la Comunitat Valenciana, esto es a todos los municipios, Diputaciones provinciales, etc., de su territorio, y sus entidades de su sector público vinculadas o dependientes, y también a las universidades públicas valencianas y las entidades de su sector público vinculadas o dependientes, así como a los consorcios constituidos mayoritariamente por administraciones públicas territoriales.

Como se puede llegar a pensar, este sistema pretende incentivar una forma de actuar administrativa que logre mayor efectividad de los derechos sociales, pues son objeto de tal responsabilidad social, como recogen los artículos 5 a 10 de la Ley (GVA) 18/2018: la educación, la formación, la investigación, la cultura y el deporte, el consumo de productos y servicios socialmente responsables, la inclusión social⁹², la calidad en el empleo mediante mejoras continuas en las condiciones laborales y retributivas, así como la creación de empleo estable y la reducción de la temporalidad o interinidad, fomentando, la innovación, el emprendimiento y el apoyo al autoempleo, la promoción del trabajo autónomo y la economía social, incentivando la economía local a fin de fomentar el desarrollo económico sostenido, sostenible e inclusivo en el territorio; se deberá también fomentar la contratación de personas con diversidad funcional o con discapacidad en las empresas y entidades privadas y en el ámbito del empleo público; promoverán medidas, acciones y prácticas para minimizar el impacto ambiental de sus decisiones y de su actividad, con el objeto de reducir los efectos del cambio climático y propiciar el respeto a la biodiversidad y la preservación de los ecosistemas, el paisaje y el patrimonio cultural e histórico⁹³; finalmente, se promoverá la cooperación al desarrollo en cumplimiento de la Agenda 2030.

La Ley (GVA) 18/2018 precisamente, valora la relación existente entre la consecución de los derechos sociales anteriores y las dimensiones de la buena administración, y prevé que la observancia de los principios y derechos que integran esta, debe ser también valorada como contenido propio de tal responsabilidad social, ya que el artículo 15 de la Ley (GVA) 18/2018 se hace referencia expresa

92 Las administraciones públicas, en el marco de sus competencias, adoptarán todas aquellas medidas necesarias tendentes a garantizar la inclusión de colectivos vulnerables o en situación o riesgo de exclusión social; la igualdad de trato y no-discriminación; la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres; la igualdad retributiva; la conciliación de la vida personal, laboral y familiar; la flexibilidad horaria; la reducción de jornada, así como la plena accesibilidad y el resto de derechos reconocidos en la normativa específica de las personas con diversidad funcional o con discapacidad.

93 En la toma de decisiones, y más allá del cumplimiento de las exigencias legales, adoptarán medidas complementarias que sean respetuosas con el medio ambiente y que fomenten, entre otros, aspectos como el ahorro energético, la disminución de residuos, la reducción de radiaciones, el control de emisiones, las energías renovables, el control.

a la mejora de la calidad en la prestación de los servicios públicos, respaldando la aplicación de instrumentos de gestión ligados a la utilización de tecnologías de la información y de la comunicación, y fomentando el avance en la reducción o supresión de las cargas administrativas, en la racionalización y simplificación de los procedimientos administrativos, para dotarlos de mayor celeridad, eficacia y eficiencia en su gestión, de acuerdo con los principios de buena administración priorizando el uso de nuevas tecnologías de la información, procurando la actualización permanente y garantizando la accesibilidad universal y el diseño inclusivo.

Con esta previsión normativa se cierra el círculo de relaciones entre los derechos sociales, la buena administración en todas sus dimensiones, principios y subderechos integrantes, y la responsabilidad social que las Administraciones públicas deberían asumir para hacer efectivos aquellos a través de la buena administración, que se concibe como el instrumento idóneo para lograrlo a disposición del ciudadano.

5. CONCLUSIONES

El derecho a la buena administración se ha consagrado en las últimas dos décadas como un derecho fundamental del ciudadano. A pesar de ello su consideración como tal no siempre alcanza este grado, pues con este carácter se reconoce en la CDFUE, cuando se trate de la actividad administrativa de las autoridades, administraciones e Instituciones Europeas, o cuando se trate de las Administraciones de los Estados miembros al aplicar el Derecho europeo. A pesar de la limitación, en el derecho interno de estos últimos, en la práctica, no son pocas las aplicaciones del derecho a la buena administración debido a que el grado de desarrollo alcanzado por el Derecho europeo es ya ingente, al igual que el grado de integración entre los Estados miembros y la propia Unión Europea. A ello, además, contribuye el hecho de que la acción del TJUE en la generación de derecho con efecto directo en los Estados miembros ha dado lugar a que el derecho a la buena administración se consolide con un carácter fuerte, contribuyendo a ello también la acción del Defensor del Pueblo europeo con la delimitación conceptual de cada uno de los subderechos. Del análisis comparado resultante de este marco europeo con el derecho español se puede afirmar que este último recoge con carácter de derecho subjetivo la mayor parte de los subderechos integrados en la buena administración, de modo que en lo que no sea aplicable como derecho fundamental en España, lo será como derecho subjetivo, y de ese modo se puede esgrimir frente a las Administraciones. Por su parte, en la Carta Iberoamericana, la conceptualización de los subderechos de la buena administración es muy completa, guardando afinidad con las bases y estructuras esenciales de cada uno de los subderechos reconocidos en España, e incluso la supera en desarrollo, incorporando más derechos y principios, que bien se pueden considerar un auténtico estatuto del ciudadano frente a las Administraciones públicas. La única debilidad que podemos identificar, sin embargo, en este último caso, es que, si bien se le identifica como un derecho fundamental, su tratamiento se remite a los derechos de los Estados firmantes de la Carta Iberoamericana, lo que puede restar efectividad, al tener carácter de *soft law*.

Con todo, en ambos ámbitos europeo e iberoamericano, se aprecia una importante consolidación de su contenido, el cual descansa en las bases del Estado democrático y de Derecho, que, en el contexto moderno, reconoce, además una dimensión social. Generalmente, los derechos sociales suelen encontrar mayores dificultades para su efectividad debido a que se integran como principios o valores a promocionar por los poderes públicos, de ahí, que no logren imponerse con la fuerza de un derecho fundamental o de un derecho subjetivo. Precisamente, en este contexto, se debe poner en valor la utilidad de la buena administración para lograr una mayor protección de los derechos sociales a través de los parámetros que encierra, ya que sirve a la reducción de la discrecionalidad, la cual afecta, hasta cierto punto a la decisión política de implantar acciones en favor de tales derechos sociales. La buena administración puede servir para fomentar los valores sociales desde la perspectiva de la ética pública, y desde la acción jurídica concreta cuando el ciudadano advierta, que, a través de la misma, puede defender los derechos de índole social una vez incluidos en los

planes o programas que suelen aprobarse para incentivarlos. Respecto a la cuestión de que a través de la buena administración puedan hacerse efectivos derechos sociales no recogidos en planes y programas, si bien no existe un vínculo a través del cual se pueda obligar por razones de buena administración a los poderes públicos a implantar políticas sociales, sí es una tendencia actual que, en términos de responsabilidad social aplicada a las Administraciones públicas, estas alcancen un mayor grado de compromiso en favor de los derechos sociales. En los casos en los que se regula esta posibilidad, como ocurre en la Ley de la Generalitat Valenciana 18/2018, la misma regulación integra la buena administración como elemento a mejorar en la prestación de los servicios públicos, acompañando, de algún modo, con un incremento de la calidad formal de estos, a una mayor amplitud material de las prestaciones de carácter social.

6. REFERENCIAS

- Abramovich, V. & Courtis, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Editorial Trotta, 255 pp.
- Aguilar, G. (2010). Derechos Fundamentales-Derechos Humanos. ¿Una distinción válida en el siglo XXI? *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, (127), p. 24, con cita a Pérez, A.E. (2005). *Los derechos fundamentales*, Tecnos.
- Arango, R. (2015). Derechos sociales. En Fabra Zamora, J. L. y Núñez Vaquero, A., *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, Vol. 2, 2015, pp. 167-1711.
- Ballbé, M. (2007). El futuro del derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización. *Revista de Administración Pública*, (174), septiembre-diciembre, 215-276.
- Barrero, A. (2013). Derechos sociales y descentralización política. *Lex social: revista de los derechos sociales*, 3 (1), 25-33.
- Belando, B. (2015). La mediación administrativa desde la perspectiva de los letrados. *Anuario de justicia alternativa*, (13), 169-194.
- Bezzi, O. (2017). Democracia, corrupción y control. En Espinoza, M. & Rizzi, G. *Ética pública y sistemas de responsabilidad del Estado y del agente público*. Ed. La Plata, Universidad Nacional de La Plata, pp. 37-63.
- Blasco, J.L. (2002). El código de comportamiento de los empleados públicos italiano de 28 de noviembre de 2000. *Revista de Administración Pública*, (158), mayo-agosto, 431-448.
- Carmona, J.F. (2000). *El Defensor del Pueblo Europeo*. Instituto Nacional De Administración Pública.
- Carro Fernández-Valmayor, J. L. (2010). Ética pública y normativa administrativa. *Revista de Administración Pública*, (181), enero-abril, 9-37.
- Casares, A. B. (2015). Responsabilidad social, transparencia y sostenibilidad del sistema universitario español. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 45-46, Zaragoza, 170-208.
- Coviello P. J. (2017). Reflexiones sobre la Ética pública. En Espinoza, M. & Rizzi, G. *Ética pública y sistemas de responsabilidad del Estado y del agente público*. Ed. La Plata, Universidad Nacional de La Plata, pp. 126-165.
- Díaz Crego M. (2012). Derechos sociales y amparo constitucional. *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, (94), 17-57.
- García de Enterría, E. (1996). *Democracia, jueces, y control de la Administración*. Editorial Civitas.

- García, P. (2001). La ética pública. Perspectivas actuales. *Revista de Estudios Políticos*, (114), octubre-diciembre.
- Garrido, F. (1987). *Tratado de Derecho Administrativo*. Volumen I, Parte General, 10^a Edición, Tecnos.
- Gordillo, L. (2014). Derechos Sociales y Austeridad. *Lex social: revista de los derechos sociales*, 4, (1), 34-57.
- Herreros, J. M. (2011). La justiciabilidad de los derechos sociales. *Lex social: revista de los derechos sociales*, (1), julio-diciembre 2011, 78-92.
- Irurzun, F. (2010). Ética y responsabilidad en la administración pública. DA. *Revista Documentación Administrativa* núm. 286-287, enero-agosto, 79-111.
- Jimena, L. (2014). La consagración de los derechos fundamentales: de principios generales a texto fundacional de la Unión Europea. *Cuadernos Europeos de Deusto*, 50/2014, pp. 173-197.
- Martín y Pérez de Nanclares, J. (s. f.). La protección de los derechos sociales en la unión europea: sobre el papel cuasiconstitucional del Tribunal de Justicia. Instituto de investigaciones jurídicas de México.
- Mellado, L. (2008). Principio de buena administración y aplicación indirecta del Derecho Comunitario: instrumentos de garantía frente a la “comunitarización” de los procedimientos. *Revista española de derecho europeo*, (27), 281-325.
- Ollero A. (1996). *Responsabilidades políticas y razón de Estado*, Fundación para el análisis y los estudios sociales, p. 15. Citado en Coviello, P. (2017). Reflexiones sobre la Ética pública. En Espinoza, M. & Rizzi, G. *Ética pública y sistemas de responsabilidad del Estado y del agente público*. Ed. La Plata, Universidad Nacional de La Plata, pp. 126-165.
- Ponce Solé, J. (2016). *El derecho a una buena administración y el derecho administrativo iberoamericano del siglo XXI. Buen gobierno y derecho a una buena administración contra arbitrariedad y corrupción*. En Alonso, E. (s.f.). *El control de la Actividad Estatal I, Discrecionalidad, División de Poderes y Control Extrajudicial*. Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 219-247.
- Ponce, J. (2005). Good administration and administrative procedures. *Ind. J. Global Legal Stud.*, núm. 12.
- Ponce, J. (2017). Reforma constitucional y derechos sociales: la necesidad de un nuevo paradigma en el derecho público español. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (111), 67-98. <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.111.03>
- Rallo, A. (1993). Los derechos de los ciudadanos europeos. *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, (5).
- Rey, J. L. (2009). El futuro de los derechos sociales. *Miscelánea Comillas. Revista de Ciencias Humanas y Sociales*, 67 (130), (Ejemplar dedicado a: Los Derechos Humanos, un reto permanente), 257-281.
- Rodarte, L. (2020). Efectividad de los derechos sociales en España. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, (31), 55-93.
- Rodríguez-Arana, J. (2017). El derecho fundamental de la persona a la buena Administración (principios y derechos integrantes). *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, (11), 283-219.

Tomás, B. (2004). *El derecho fundamental a una buena administración*. Instituto Nacional De Administración Pública.

Otros documentos:

Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, CLAD (2013). *Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes de los ciudadanos ante la Administración Pública*.

Defensor del Pueblo Europeo. (1997). *Informe anual de actividades 1996 del Defensor del Pueblo europeo*. Parlamento europeo, Bruselas, C4-293/97, 21 de abril de 1997.

Defensor del Pueblo Europeo. (2001). *Informe anual de actividades 2000 del Defensor del Pueblo europeo*. Parlamento europeo, Bruselas, 1 abril de 2001.

Defensor del Pueblo Europeo. (2015). *El Código Europeo de Buena Conducta Administrativa*. Unión Europea, Estrasburgo, versión actualizada de 2015.

Defensor del Pueblo Europeo. (1998). *Informe anual de actividades 1997 del Defensor del Pueblo europeo*. Parlamento europeo, Bruselas, 20 de abril de 1998.



LAS PRESTACIONES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL: RETOS DE LA GESTIÓN Y ADMINISTRACIÓN

MANAGEMENT AND ADMINISTRATION OF THE BENEFITS OF THE SOCIAL SECURITY SYSTEM

GINA MAGNOLIA RIAÑO BARÓN¹

RESUMEN

Desde finales del siglo XIX y principios del siglo XX, la preocupación por la protección de los trabajadores y de los ciudadanos se convirtió en una constante que dio lugar al nacimiento de los sistemas de Seguridad Social. La configuración actual de la protección social no se entiende sin conocer su origen y evolución, tanto de su ámbito subjetivo y objetivo como desde el punto de vista de su gestión y administración, esencial para lograr la máxima eficiencia en su aplicación. En el momento actual, todo ello cobra aún más importancia, pues garantizar la eficiencia en la gestión institucional se puede entender como un aspecto clave para el futuro de los sistemas de seguridad social, cuyo papel esencial se ha puesto de manifiesto de forma clara en la pandemia por el COVID-19.

PALABRAS CLAVE

Sistemas seguridad social | prestaciones | Iberoamérica | COVID-19

ABSTRACT

Since the end of XIX century and the beginning of XX century, the protection of workers and citizens has been a rising worried, which lead the birth of social security systems. It is not possible to understand how these systems are now ignoring its origin and development, even its subjective and objective areas, even its management and administration way, which is essential for getting the best efficiency. Nowadays, it is possible to say that social security systems have a very important challenge, due to its importance have been demonstrated after COVID-19 pandemic, and for it is necessary to recuperate the public management.

KEYWORDS

Social security systems | benefits | Iberoamerica | COVID-19

SOBRE EL ARTÍCULO

El presente artículo fue recibido por la Comisión de Publicaciones el 11 de octubre de 2021 y aprobado para su publicación el 02 de mayo de 2022.

CONTENIDO

1. Origen y evolución de la seguridad social; **2.** Reformas de los sistemas seguridad social en el tiempo; **3.** Gestión y administración de las prestaciones; **4.** Un ejemplo de apoyo a sistemas de protección social; **5.** Retos y desafíos; **6.** A modo de conclusiones. **7.** Bibliografía

1. Máster en Dirección y Gestión de los Sistemas de Seguridad Social en la Universidad Alcalá de Henares / OISS

1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El derecho a la seguridad social se configura como un derecho esencial y fundamental para todos los ciudadanos. Diversos textos internacionales hacen referencia a él en estos términos. Así, está incluido en el art. 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU, 1948); en los artículos 9 y 10 del Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales (ONU, 1966); en el artículo 11 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (ONU, 1981); el artículo 26 de la Convención de los Derechos del Niño (ONU, 1989); o en el artículo 27 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias (ONU, 1990).

En todos estos textos internacionales se propugna el derecho a la seguridad social como un derecho básico y esencial para la cobertura de las necesidades de los ciudadanos y trabajadores, haciendo especial mención a los colectivos más vulnerables o en riesgo de exclusión social. Las características principales que deben cumplir los sistemas de seguridad social, para alcanzar su objetivo, se pueden resumir en las siguientes:

- Universalidad y suficiencia: los sistemas de seguridad social deben garantizar la protección a todos aquellos que la necesiten y con un nivel de prestaciones suficiente para paliar las situaciones de necesidad en que se puedan encontrar las personas ante la actualización de los riesgos, tales como enfermedad, maternidad o paternidad, invalidez, vejez o muerte, entre otras. La forma de la prestación puede ser tanto en especie como dineraria, pero lo esencial es que cubra la disminución o desaparición de los ingresos o el incremento de los gastos.
- Igualdad y no discriminación: los sistemas de seguridad social deben garantizar la igualdad en el acceso a los mecanismos de cobertura, así como paliar las diferencias o desigualdades que se puedan producir por razón de género o condición.
- Asequible y proporcional: es importante que las cotizaciones o contribuciones que deban hacerse para la financiación del sistema de seguridad social sean adecuadas, proporcionales y asumibles por los obligados a ellas. No deben, además, provocar que se vean comprometidos otro tipo de gastos sociales.
- Gestión transparente y participativa: es importante que la articulación de la gestión de las prestaciones que conforman un Sistema de Seguridad Social se realice de forma eficiente, transparente y garantizando la participación de los implicados en el proceso, así como el acceso físico a los servicios gestores.

Una visión de los sistemas comparados de Seguridad Social nos da la opción de observar la evolución de esta desde su origen en los sistemas bismarckianos de seguros sociales, constituidos en Alemania en 1883, a los sistemas beveridgeanos, nacidos a partir de 1940, en Inglaterra, configurados por Thomas Beveridge. Esta distinción original ha marcado la evolución de ambos sistemas, que son los inspiradores de los sistemas actuales. De este modo, pueden detectarse diferencias importantes en uno y otro respecto, tanto del ámbito subjetivo como del ámbito objetivo, la organización de la gestión y la financiación.

En relación con los sujetos protegidos, los sistemas bismarckianos, de la Europa continental, se centran en los trabajadores, pues se entendía que el derecho a la protección estaba dado por el esfuerzo de contribución que han realizado a la sociedad, siendo el derecho de la Seguridad Social en este caso derivado totalmente del derecho del trabajo y las relaciones laborales. Por el contrario, el sistema implantado por Beveridge considera sujeto protegido al ciudadano, puesto que tienen como premisa la protección a todas las personas miembros de la colectividad, sin tener en cuenta su actividad profesional, incluso la no realización de actividad profesional alguna.

En el ámbito objetivo los sistemas bismarckianos buscan garantizar el salario de los trabajadores mientras que los sistemas beveridgianos tienden a garantizar un nivel subsistencia mínimo, uniforme e independiente de los ingresos profesionales. Así, en los sistemas bismarckianos la acción protectora se articula en torno a la protección de determinados riesgos en que se pueda llegar a perder el salario, entendiendo las prestaciones sociales como una remuneración indirecta del trabajo, llamado también salario diferido. Por el contrario, los sistemas beveridgianos, buscan liberar a las personas de la necesidad en un sentido amplio, pero no se descarta, desde su inicio, la posibilidad de un nivel secundario de protección que sí tenga en cuenta la situación profesional de las personas. Con este planteamiento, la protección adopta un carácter más bien asistencial, básico y universal.

Los dos modelos adoptan posiciones completamente diferentes en cuanto a su forma de financiación. El sistema implantado por Bismarck hace gravitar la financiación en las aportaciones de los empresarios y los trabajadores; mientras que el sistema británico se basa en una idea de solidaridad general y profesional, por lo que se financia mediante impuestos comunes junto con una financiación complementaria de carácter profesional, que si bien se detrae de los propios interesados, queda comprendida en los presupuestos generales, justificándose en que al tener un carácter universalista, todos van a percibir sus beneficios. De este modo, las prestaciones efectúan una función de redistribución de la renta, al repartir su carga entre toda la población. El sistema de financiación en este caso no tiene nada que ver con los salarios, están más cerca de una exacción parafiscal.

En lo que se refiere a la organización de la gestión de la protección social, las normas que se inspiran en el modelo alemán, que no olvidemos hereda la filosofía de los seguros privados, permite el establecimiento de una gestión con pluralidad de organismos, tanto como riesgos protegidos. Por el contrario, los sistemas universalistas de origen inglés confían la gestión al propio Estado, o como mucho, a un ente instrumental, siendo en este momento cuando aparece el sistema y la gestión como un servicio público. Así, en algunos países se tendió a la configuración de una administración independiente y diferenciada del resto para la gestión de la Seguridad Social, mientras que en otros estados se prefirió incardinarse en la administración existente. Con el paso del tiempo, se vio también la necesidad, en muchos casos, de establecer mecanismos de colaboración con entidades de carácter privado.

2. REFORMAS DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL EN EL TIEMPO

El transcurso del tiempo, y los cambios sociales y laborales, han hecho evolucionar los sistemas de protección social de tal manera que hoy en día no podemos hablar de sistemas de un corte u otro puro, puesto que ambos han tomado elementos del otro, de cara a alcanzar el máximo posible de protección tanto en lo que a los riesgos protegidos se refiere como a los sujetos objeto de dicha protección, enriqueciéndose mutuamente. Esta evolución resultó de la decisión de los Estados de mejorar sus sistemas respectivos de Seguridad Social, ya que surgen dos demandas importantes: por un lado, la necesidad de atender a todos los ciudadanos, que en su condición de tales esperan tener la garantía de un mínimo social; y por otro, la cobertura específica y concreta de los trabajadores, que reclaman prestaciones que sustituyan las rentas del trabajo que pueden perder como consecuencia de la actualización de determinados riesgos.

Otro punto a tener en cuenta para entender la problemática actual, es que el inicio de los sistemas de protección social propiamente dichos, lo podemos situar a finales del siglo XIX y principios del siglo XX. Desde ese momento, la evolución de la sociedad y los cambios de hábitos han provocado nuevas circunstancias que es necesario identificar.

La evolución de la medicina, de los tratamientos de las enfermedades, los hábitos sanitarios y de higiene han dado lugar a una elevación de la esperanza de vida de forma sustancial. Así, según los

datos del Banco Mundial, la esperanza de vida global² en el año 1960 era de 52,6 años; en 1980, de 62,8; en el año 2000, de 67,6; y en el año 2018, de 72,6. En esas mismas fechas, en América Latina y Caribe³ la esperanza de vida era de 56,1 años; 64,7; 71,7; y 75,4; mientras que en la Unión Europea⁴ encontramos unas edades de 69; 72,7; 77,1; y 81,1 respectivamente.

La incorporación de la mujer al mercado laboral es otro de los aspectos importantes a tener presente en el análisis de la problemática actual, pues ha tenido incidencia en diferentes campos. Por una parte, ha forzado la necesidad de cubrir las situaciones de necesidad derivadas de la maternidad, así como ha sido preciso avanzar en el campo de la igualdad, lo que ha provocado tener que establecer normas facilitadoras de la conciliación de la vida laboral y la vida familiar, así como la corresponsabilidad entre ambos progenitores, lo que ha dado lugar a la ampliación del ámbito material de la acción protectora, creándose nuevas prestaciones. Además, ha obligado a plantear soluciones alternativas para el cuidado de los niños, los mayores y los dependientes, tradicionalmente asumido por las mujeres.

Asimismo, es importante significar también que el índice de natalidad ha experimentado una caída importante en las últimas décadas de forma generalizada tanto en los países desarrollados como en los países en vías de desarrollo. Por otra parte, el fenómeno de los fuertes movimientos migratorios provocados por las diversas crisis económicas ha llevado una disminución de la población activa más joven, en unos casos, de tal manera que la tasa de reemplazo necesaria para garantizar las pensiones en los sistemas de reparto se encuentra en mínimos históricos, poniendo en riesgo la garantía de las prestaciones sociales públicas.

En este contexto, y buscando la mejor vía para solucionar los problemas a los que se enfrentan los sistemas de Seguridad Social para poder continuar con su labor protectora, han surgido diferentes corrientes respecto de las reformas que deben acometerse. Así, en primer término, hay que distinguir las reformas estructurales de las reformas paramétricas. Con las primeras se busca cambiar radicalmente el modelo existente, mientras que con las segundas se pretende alcanzar la viabilidad del sistema vigente por medio de reformas de las condiciones de las prestaciones, tanto para el acceso a las mismas como en su cuantía.

Antes de abordar los diferentes planteamientos existentes, y analizar algunas de las experiencias más recientes, es muy importante recordar algunos de los principios que, según la Organización Internacional del Trabajo⁵, debe cumplir un sistema de Seguridad Social:

- **Diálogo social:** la participación social en el debate sobre las reformas a abordar en un sistema de Seguridad Social, y el calado de las mismas, estructurales o paramétricas, es esencial. Para ello, el diálogo social, con representantes de empresarios y trabajadores, es el baluarte principal.
- **Cobertura universal:** todo sistema de Seguridad Social que se precie de buscar y alcanzar la cobertura universal, debe llegar a la totalidad de la población, sobre todo la más vulnerable,

2 Véase The World Bank. (s. f.). *Life expectancy at birth, total (years)*. <https://data.worldbank.org/indicator/SP.DYN.LE00.IN?view=chart>

3 Véase The World Bank. (s. f.). *Latin America & Caribbean*. <https://data.worldbank.org/region/latin-america-and-caribbean>

4 Véase The World Bank. (s. f.) *European Union*. <https://data.worldbank.org/region/european-union>

5 Véanse Organización Internacional del Trabajo. (2012). Recomendación sobre los pisos de protección social (no. 202). https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:3065524 y Organización Internacional del Trabajo. (2021). Resolución relativa a la segunda discusión recurrente sobre la protección social (seguridad social). https://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/109/reports/texts-adopted/WCMS_806098/lang--es/index.htm

como son las personas mayores, enfermas, con discapacidad o en situación de exclusión social.

- **Solidaridad:** la solidaridad supone el principio esencial que distingue un sistema de Seguridad Social de un sistema de seguro privado. La solidaridad hay que entenderla como el principio según el cual cada uno aporta al sistema según sus posibilidades y recibe prestaciones según sus necesidades. La solidaridad ha de ser no solo entre la población activa y la pasiva, sino también entre territorios y entre generaciones.
- **Equidad de género:** la igualdad por razón de género debe ser también una premisa inspiradora de los sistemas de Seguridad Social, de tal manera que puedan introducir mecanismos de compensación de la brecha de género mientras esta exista.
- **Eficiencia administrativa y de costes:** en el ámbito de la gestión, se debe buscar siempre la máxima eficiencia, logrando los objetivos previstos con el menor coste posible, por medio de la optimización de los recursos humanos y materiales.
- **Sostenibilidad y viabilidad financiera:** para que un sistema de Seguridad Social alcance los objetivos que tiene marcados, es prioritario que se garantice su viabilidad económica, pues sin ello no será posible cumplir con la principal razón de su existencia, que es dar cobertura a las situaciones de necesidad que pueden sufrir ciudadanos y trabajadores.

A mayor abundamiento, a la hora de clasificar los sistemas de Seguridad Social, se puede distinguir también entre los sistemas de prestación definida, frente a los sistemas de contribución definida. Cuando hablamos de sistemas de prestación definida nos estamos refiriendo a sistemas en los que se conoce la cuantía de la prestación que se va a percibir, siendo los poderes públicos los que en un momento dado soportarán el incremento del coste de las prestaciones. Por el contrario, en los sistemas basados en la contribución definida, lo que es conocido es la aportación que se debe realizar, pero la cuantía de la prestación es indefinida.

Desde hace mucho tiempo, los sistemas de seguridad social se encuentran en el epicentro de las discusiones sobre su papel en los tiempos actuales, fundamentalmente como consecuencia de los problemas de financiación y sostenibilidad a la que se enfrentan, causados por factores diversos. Conciliar protección social y solvencia económica no es fácil, sin perjuicio del consenso existente sobre el hecho de que se configuran como un pilar esencial en los estados de bienestar. De este modo, hemos visto cómo se ha ido realizando reformas de muy diferente tipo en casi todos los países. Se ha pasado del sistema de reparto a sistema de capitalización; en algunos casos, se ha vuelto al sistema de reparto o se ha combinado reparto con fórmulas de capitalización. Asimismo, se ha abordado reformas de diversa naturaleza, en busca de la mejora de los ingresos, luchando contra la economía irregular y el fraude, y también por medio de la disminución de la protección, sobre todo en lo que a su cuantía se refiere. Todo ello ha influido directamente en la forma de gestionar y administrar las prestaciones de la Seguridad Social.

3. GESTIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE LAS PRESTACIONES

Mientras que en los sistemas de la Seguridad Social en Europa el peso de la gestión recae en su mayor parte en la administración pública, estando la participación privada limitada a ámbitos muy concretos y determinados de la protección social, en América Latina el proceso que se ha desarrollado en las últimas décadas ha ido en la otra dirección, adquiriendo cada vez mayor peso la asunción de competencias por parte de las instituciones privadas.

De este modo, nos encontramos con que, en la Europa continental, el grueso de la gestión que conlleva la recaudación de las cotizaciones y el reconocimiento de las prestaciones recae en la administración pública, bien incardinada en el resto de la administración como un todo, bien con

una administración diferenciada, como puede ser el caso de España o Francia, pero sector público, al fin y al cabo, en todo caso. La gestión por parte de organizaciones privadas se limita, más bien, a la protección complementaria o al pilar básico de algunos países como Dinamarca o Países Bajos (fondos de inversión o planes de pensiones, de empresa o individuales) y a algunos aspectos de la asistencia sanitaria, en los que la red pública se apoya.

Por su parte, los países de América Latina y Caribe cuentan con una configuración más reciente y heterogénea. Partiendo de una situación más compleja, en la que la informalidad laboral es un fenómeno frecuente, la financiación y gestión de los sistemas de Seguridad Social están sometidas a grandes tensiones que se intentan solventar con reformas continuadas. Los sistemas de reparto, consolidados en Europa, aún con pequeñas aportaciones de capitalización, se muestran difícilmente generalizables en América Latina, puesto que la financiación con las contribuciones de empresarios y trabajadores, a través de pequeñas aportaciones respecto de sus salarios, es un reto a veces inalcanzable en países donde la informalidad laboral es persistente. De este modo, la porción de la población protegida es mínima. Además, los sistemas de capitalización, sometidos a las fluctuaciones de los mercados financieros y de capitales, han mostrado insuficiencias en el nivel de cobertura alcanzado ante las situaciones de necesidad que pueden padecer los ciudadanos, trabajadores y sus familias.

Las diferencias descritas entre los sistemas de seguridad social de Europa y América Latina tienen un impacto significativo en su organización y, en consecuencia, en su administración. Cuando la gestión es esencialmente pública, es posible una mayor centralización de los procesos y la información con un impacto positivo tanto en el funcionamiento como en la relación con los ciudadanos.

La existencia de bases de datos centralizadas con información sobre beneficiarios, prestaciones y recaudación permite un mayor control tanto de los ingresos como de los gastos. También facilita la implementación de nuevos beneficios o sus cambios.

En sistemas con un gran número de instituciones, algunas de las cuales son privadas, la coordinación es más difícil y costosa. Una mayor dispersión de la información con una posible duplicación y una visión parcial del universo de beneficiarios potenciales hacen que los sistemas sean, posiblemente, más costosos y menos efectivos para perseguir el objetivo final de apoyar a los ciudadanos en momentos críticos.

La reciente pandemia provocada por el virus del COVID-19, ha puesto de manifiesto las debilidades de los sistemas de protección social, siendo aún más crítica la situación de los países en vías de desarrollo, precisamente por carecer de unos sistemas de protección social sólidos, con una fuerte implicación del sector público en la gestión de los mismos. La pandemia ha implicado que se hayan manifestado a la misma vez dos de los riesgos más graves: pérdida de la salud y pérdida de ingresos. En algunos casos, se han aunado las dos situaciones en la misma persona o unidad familiar. Y la progresiva pérdida de la institucionalidad que se ha experimentado en muchos países en la gestión de los sistemas de Seguridad Social ha agravado la situación de los ciudadanos y trabajadores, pues han tenido importantes dificultades para acceder a las ayudas, subsidios o incluso pensiones.

Los momentos de crisis provocan tensiones de todo tipo, económicas, sociales y políticas, que revierten directamente en las decisiones que se adoptan y las reformas que se acomete. Así, por ejemplo, a raíz de la crisis económica y financiera del año 2008, la mayoría de los países optaron por el endurecimiento de las condiciones de acceso a las prestaciones. En Europa encontramos muchos ejemplos de aumento de la edad de jubilación o del número de años cotizados para tener derecho a la misma. Es de esperar que la experiencia derivada de la pandemia COVID-19 sirva para tomar conciencia de la importancia de las instituciones que llevan a cabo la gestión de la protección social que gestionan las prestaciones no contributivas. Instituciones que en su mayor parte podrían ser de naturaleza pública, sin perjuicio de apoyo o colaboración con entidades de carácter privado, pero

siendo la administración y los poderes públicos el pilar fundamental y principal de dicha gestión. Ha de ser el músculo administrativo estatal, provincial, departamental o municipal el que abogue por la resolución de los problemas de carencia de rentas a los que se puedan enfrentar los trabajadores, los ciudadanos y sus familias.

Una de las primeras alarmas que han saltado desde que comenzó la pandemia ha sido en relación con los sistemas sanitarios, la protección a la salud y la configuración de la misma. El colapso del sistema sanitario ha sido el efecto inmediato de la propagación del virus, y el que ha conllevado la necesidad de adoptar las duras medidas de confinamiento y limitación de derechos y libertades individuales por los Estados. Incluso países que presumían de tener un potente sistema de protección de la salud se han visto superados por la rapidez y el volumen de los contagios, agravado por la cantidad de infectados con necesidad de ser ingresados en las unidades de cuidados intensivos, sobre todo en el comienzo de la crisis. Se ha puesto de manifiesto que la inversión en la protección de la salud es una necesidad prioritaria, sobre todo en la atención primaria, cuya importancia en la detección y rastreo de los casos ha sido determinante.

Cabe señalar que el colapso de los sistemas de salud se debió a problemas estructurales en el diseño de los sistemas y no a una gestión inadecuada. El límite de respuesta de los sistemas, como el número de camas en las unidades de cuidados intensivos, fue menor que la demanda. En una situación como esta, cualquier sistema bloquea.

En este punto, es muy importante destacar que el derecho a la salud se configura como un derecho básico, esencial y fundamental en todos los ámbitos, hasta el punto de que la Organización de Naciones Unidas cuenta con un organismo, la Organización Mundial de la Salud, especializado en gestionar políticas de prevención, promoción e intervención a nivel mundial en la salud, definida en su Constitución como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como la ausencia de afecciones o enfermedades.

En la Agenda 2030 se ha incluido en el Objetivo de Desarrollo Sostenible número 3, que asegura que garantizar una vida sana y promover el bienestar en todas las edades es esencial para el desarrollo sostenible. Antes de la pandemia se lograron grandes avances en este sentido, sobre todo en el aumento de la esperanza de vida y la reducción de la mortalidad infantil y materna. De esta situación, junto con la experiencia en la lucha contra otras epidemias como puede ser la de VIH, se pueden concluir importantes enseñanzas, una de las cuales es la necesidad de invertir en salud por parte de los gobiernos. Se ha puesto de manifiesto la importancia de la atención primaria, de la detección precoz y la prevención, así como de la necesidad de identificar con rapidez y prontitud los colectivos vulnerables. Aquellos países que llevaron a cabo recortes más fuertes como consecuencia de la crisis financiera de 2008, así como los que no habían aún logrado potenciar su red asistencial, han sufrido de forma más acusada la debilidad de su sistema sanitario, carencias que se han traducido en importantes cifras de contagios y, sobre todo, de fallecidos.

La gestión de la prestación de la asistencia sanitaria se ha visto fuertemente tensionada, puesto que, debido a su alto costo, tanto económico como en materia de personal, en una multitud de países las administraciones públicas han ido cediendo cada vez cuotas más altas de gestión al sector privado, que no podemos olvidar, vive de la rentabilidad de sus inversiones. La complejidad de la prestación para la cobertura de la pérdida de salud ha generado en la gran mayoría de los países un entramado de atención sanitaria que, en momentos de tensión, se puede ver desbordada, como se ha vivido recientemente en la pandemia. Así, un reto importante en la gestión de esta prestación es la dotación suficiente y adecuada de las diferentes instancias sanitarias, sobre todo en lo que a la atención primaria se refiere, puesto que, en su condición de primer contacto con el ciudadano, necesita tener una base lo suficientemente amplia para poder hacer frente a las situaciones imprevistas.

Otro de los puntos en los que la pandemia ha incidido de forma significativa, es en el aumento de la pobreza. Las medidas de confinamiento y cierre de toda actividad considerada no esencial han provocado una caída directa de la producción y la economía, se ha perdido miles de empleos en cada país, algunos de los cuales serán de difícil recuperación, como puede suceder con todos los vinculados al sector del turismo y la hostelería. Las restricciones a la movilidad, unidas a la preocupación de los ciudadanos tanto por la enfermedad como por su futuro económico y laboral, han dado lugar a un descenso sin precedentes en los viajes y el ocio, arrastrando a las empresas hoteleras, de aviación, navieras, de restauración, etc., a cuantiosas pérdidas.

Como consecuencia de la misma, se han agravado las desigualdades, afectando de manera especial a los grupos más vulnerables de la sociedad, como los niños, las mujeres o los trabajadores informales. En el año 2020, solamente un 46,9%⁶ de la población mundial estaba protegida por al menos una prestación de protección social. Las brechas de protección son especialmente altas en África, los Estados Árabes y Asia, debido a la falta de inversión en Protección Social. La pandemia de COVID-19 ha provocado, además, un importante paso atrás en los avances que se habían alcanzado en la lucha contra la pobreza. La realidad es que la protección social de los trabajadores ante las situaciones que provocan la pérdida de sus ingresos es manifiestamente insuficiente.

Para paliar esta situación, y mitigar en la medida de lo posible el aumento de las personas abocadas a la pobreza, muchos países se han visto obligados a regular nuevas vías de protección, como pueden ser las rentas básicas universales o rentas mínimas. De este modo, países en los que el debate sobre la conveniencia de articular este tipo de medidas estaba encima de la mesa desde hacía tiempo, se han visto abocadas a tomar la decisión de implantarlas.

En la implementación de este tipo de medidas, los sistemas de seguridad social han sido determinantes como titulares tanto de información sobre potenciales beneficiarios como de logística para brindar apoyo a los ciudadanos.

En algunos países, el apoyo de emergencia se canalizaba a través de los sistemas de seguridad social, aunque con el apoyo financiero de otras entidades financieras, porque había información y capacidad logística.

En sistemas más descentralizados y con información más dispersa, fue necesario utilizar indicadores indirectos para definir los destinatarios de la ayuda.

A la hora de garantizar a toda la población el derecho a un mínimo vital, existen varios mecanismos posibles, pero se puede hablar de dos grandes sistemas, según la doctrina actual:

- 1) Abonar una renta básica universal a todos los ciudadanos, incluso a la población extranjera con permiso de residencia. Esta opción presenta ventajas, ya que la gestión es más fácil, pues no hay que comprobar el nivel de ingresos de los beneficiarios y, además, no 'estigmatiza' a nadie, dado que no es necesario demostrar que se carece de ingresos para recibir la renta. Económicamente sería viable, puesto que la renta que perciban las personas que disponen de medios económicos retornaría al Estado por vía de impuestos. Sin embargo, la sociedad ofrece resistencias a una renta de este tipo. Por ejemplo, en Suiza se realizó un referéndum en 2016 para implantar una renta básica y fue rechazado por una mayoría de los ciudadanos.

6 Ver al respecto Organización Internacional del Trabajo. (2022). Informe mundial sobre la protección social 2020-2022.

- 2) Extender la cobertura de las rentas mínimas de inserción hasta alcanzar a toda la población en situación de necesidad. En este caso, solo se protegería a la población considerada en situación de vulnerabilidad y necesidad económica.

De cualquier forma, los gobiernos se enfrentan al reto de evitar que el mayor número de personas posible se vean abocadas a la pobreza, sobre todo a la extrema pobreza, debiendo adoptar las medidas de protección social que sean precisas

Por último, se ha visto también la importancia de poder adecuar la protección preexistente a circunstancias sobrevenidas. Así ha ocurrido con prestaciones tales como la incapacidad temporal por enfermedad o el desempleo, que han debido adaptarse a la situación provocada por el Covid-19. En este punto, no se puede dejar de hacer mención al hecho de que, según los datos manejados por la Organización Internacional del Trabajo⁷, apenas el 18,6% de los desempleados en el mundo gozan de protección por desempleo. Aquí también los sistemas con administración pública fueron más efectivos por las razones antes mencionadas.

Los sistemas de protección social tienen un nuevo reto en la era post-covid. Ha llegado el momento de fortalecer y reconfigurar la protección social, para proteger a la mayor parte de la población posible. Es necesario ver esta situación como una oportunidad de explorar nuevas vías de protección y de financiación, así como de gestión y administración. Ha llegado el momento de distinguir los problemas estructurales de los coyunturales, puesto que el tratamiento que requieren es diferente.

Los sistemas de reparto se han manifestado como los más solidarios y de gestión menos compleja, pero también es cierto que su sostenibilidad y financiación conlleva una mayor dependencia de las variables económicas, siendo menos flexible ante determinadas circunstancias como pueden ser los problemas de carácter demográfico. Es tiempo de discriminar realmente qué protección debe ser soportada por las cotizaciones de empresarios y trabajadores, y cuál debe ser asumida por los ingresos generales de los Estados, vía impuestos. Es una realidad que el paso del tiempo ha llevado a muchos sistemas de Seguridad Social a soportar gastos que tienen un alcance general, como puede ser la protección a la familia y todas las prestaciones que lleva aparejada.

Por su parte, los sistemas de capitalización se enfrentan al reto de proporcionar una protección adecuada y suficiente, siendo sistemas con una mayor fortaleza en lo que a la financiación se refiere, la realidad es que su nivel de protección, en general, dista del nivel que se puede alcanzar con un sistema de reparto, teniendo como su principal debilidad la falta de solidaridad y la complejidad gestora.

Como se puede ver, nos encontramos en un entorno cambiante, con muchos y nuevos retos que deben afrontar los sistemas de protección social. Esta pandemia debe enseñarnos que la mejor protección empieza por lo básico, por lo inmediato, que sobre todo la salud es un bien público común que merece un tratamiento especial. Por delante queda un duro trabajo a fin de que la protección social ocupe el lugar que le corresponde, pilar básico y fundamental en los estados de derecho y bienestar. Es el momento de no dejar a nadie atrás.

Para abordar esta misión pueden adoptarse medidas tendentes a reformas estructurales o reformas paramétricas, pero en ambos casos hay una serie de principios básicos que no se pueden perder de vista, al amparo además de lo indicado por la Organización Internacional del Trabajo, particularmente: Garantía de cobertura suficiente y universal, participación de representantes de empresarios y trabajadores, aseguramiento igualitario, y eficacia y eficiencia en la gestión. Es muy importante también hacer una apuesta hacia la administración electrónica, de modo que se puedan

7 Ver al respecto Organización Internacional del Trabajo. (2022). Informe mundial sobre la protección social 2020-2022.

evitar trámites de manera presencial, con el ahorro que eso supone tanto en medios materiales como humanos.

Los sistemas de protección social en general, y los de Seguridad Social en particular, constituyen hoy en día un pilar básico y esencial para el desarrollo de los estados de derecho y de bienestar social. Ningún país puede avanzar en la configuración de un estado de derecho sin un sistema de protección de los ciudadanos ante las situaciones de necesidad que surgen como consecuencia de la actualización de diferentes riesgos, como pueden ser la pérdida de los ingresos por no poder trabajar de forma temporal o definitiva a raíz de una maternidad, paternidad, una enfermedad o una jubilación. Asimismo, no se debe olvidar la situación que se puede producir en caso de fallecimiento de quien aporta la fuente de ingresos familiar.

En este punto, dentro del ámbito de la gestión y administración de las prestaciones de los sistemas de la Seguridad Social es imprescindible hablar no solo de la importancia de la institucionalización, sino también de la inversión y avance en la digitalización. Las nuevas tecnologías se configuran como un elemento imprescindible en el desarrollo de la gestión, puesto que pueden actuar en variables diferentes. Por un lado, facilitan el acceso de los ciudadanos y beneficiarios de la protección a las prestaciones; por otro lado, alivian la carga administrativa, lo que proporciona una mayor agilidad en la tramitación y reconocimiento de los derechos. Una gestión digitalizada, bien dimensionada, que tenga en cuenta las circunstancias de cada población, será el pilar esencial y nuclear sobre el que debe pilotar el futuro de la gestión de la Seguridad Social.

De este modo, no solo pueden llevarse a cabo trámites a través de internet con ordenador, sino que también puede acercarse la gestión a los ciudadanos gracias a los dispositivos móviles e, incluso, las redes sociales. Hay ya experiencias contrastadas en las que a través de las redes sociales se hace llegar la información a todos los estratos de la sociedad, y el uso de los mensajes de telefonía es cada vez más frecuente para comunicar a los ciudadanos la resolución de sus expedientes, comunicar que han sido dados de alta o de baja o que deben aportar alguna documentación adicional.

Punto importante también para reflexionar es el papel del Estado en la Seguridad Social, que puede apreciarse desde dos perspectivas bien diferenciadas: por un lado, está la posición doctrinal que considera a la Seguridad Social como una institución, en la que el Estado se encuentra en una posición de supremacía, haciendo valer su poder externo sobre ella; por otro lado, está la posición que considera a la Seguridad Social como un sistema de relaciones jurídicas propio, con lo que el Estado ya no tendría esa posición de supremacía, sino que se convertiría en una parte más de dicha relación jurídica, incardinándose en ella.

En este aspecto, la discusión fundamental radica en si se opta por la unidad gestora o, por el contrario, se opta por la pluralidad gestora. Frente a la opción de que la administración de la Seguridad Social sea confiada a los propios interesados en una gestión plural, a través de organizaciones o mutualidades desconectadas entre sí, se configura el principio de unidad gestora o coordinadora, en virtud de la cual dicha administración debe encomendarse a un único ente u organismo coordinador. Si la Seguridad Social se concibe hoy en día como un servicio público, que tiende a comprender a la totalidad de la población de un país, que busca satisfacer un interés público y lograr un fin social que afecte a la totalidad de la población, no puede ser otro que el Estado, o las administraciones públicas que se determinen, quienes asuman su gestión.

Sin embargo, aun siendo el Estado el que asuma la gestión, puede llevarla a cabo bien de forma directa con sus propios órganos, o bien disponer de una administración indirecta a través de entes creados para la gestión inmediata de la Seguridad Social. La realidad es que, en la mayor parte de los supuestos, el Estado se vale de entes instrumentales como la administración indirecta. Según la doctrina, la unidad de gestión se puede entender tanto en sentido propio como impropio. En el primero de los sentidos, la gestión de la Seguridad Social se asume por un único ente con la titularidad

exclusiva de la función gestora, con lo que le compete la ordenación de toda la actividad que conlleva tanto la recaudación de los recursos del sistema como el reconocimiento de las prestaciones. Así, la Seguridad Social se configura como un servicio público en pro del interés de la colectividad, que afecta a la totalidad de la población y por tanto es responsabilidad del Estado. En este modelo, poco permeable, no se cuenta con la participación de otros entes, ni se comparte la titularidad de la Seguridad Social con ningún otro ente, como pudieran ser los entes territoriales, las organizaciones sindicales o empresariales, mutualidades, etc.

Por el contrario, el concepto de unidad de gestión en sentido impropio contempla la descentralización funcional en favor de otro ente institucional, al que le corresponde la competencia en exclusiva, pero en el que dicha descentralización busca la descongestión de la actividad estatal.

4. UN EJEMPLO DE APOYO A LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN SOCIAL

En el mundo global de hoy, y con cambios y desafíos permanentes, los sistemas de seguridad social y protección social son relevantes, el conocimiento y el intercambio de experiencias, particularmente cuando es necesario responder a situaciones extremas como la pandemia de COVID-19.

La Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS), como organismo multilateral que promueve el bienestar económico y social de los países iberoamericanos a través de la coordinación y el intercambio de experiencias en materia de protección social, elaboró y puso en marcha dos estrategias de apoyo a las instituciones para hacer frente a la pandemia de COVID-19 y fortalecer su respuesta frente a los ciudadanos.

La primera estrategia enfocada a la creación y puesta a disposición de herramientas de consulta sobre la evolución del virus, las medidas adoptadas por los gobiernos de la región y las sugeridas por Organismos Internacionales.

Compuesta por 5 pilares:

- 1) Monitoreo y recopilación de medidas sanitarias, económicas y sociales (200 documentos)
- 2) Análisis técnicos y recomendaciones (87 documentos)
- 3) Intercambio de experiencias (20 seminarios virtuales y 3 diálogos ministeriales), "Avances en la regulación del trabajo no presencial, trabajo remoto y la protección de la seguridad y salud en el trabajo en el contexto del COVID-19", "Medidas para asegurar el ingreso, preservar el empleo y apoyo a PYMES ante la crisis derivada de la COVID-19 en Iberoamérica", Reunión de autoridades de seguridad social en Iberoamérica.
- 4) Formación diplomados y micro formación (14 cursos)
- 5) Difusión: 53 BIOSS, más de 200 actividades, beneficiando cerca de 50 mil funcionarios

La segunda estrategia, enfocada en el proceso de vacunación y la postpandemia compuesta por 6 ejes:

- 1) Análisis Técnicos y recomendaciones (12)
- 2) Herramientas de seguimiento (4)
- 3) Monitoreo y recopilación (75)
 - a) Estrategias y planes de vacunación en Iberoamérica
 - b) Situación de la vacunación por COVID-19 en Iberoamérica

- c) Situación del COVID-19 en América Latina
- 4) Intercambio de experiencias (1)
 - a) Diálogos Ministeriales (1)
 - b) Seminarios Internacionales (1)
- 5) Formación y micro formaciones (8 micro formaciones, 1 curso)
- 6) Información y difusión (29 BIOISS)⁸

5. RETOS Y DESAFÍOS

Como ya se ha indicado, el origen y nacimiento de los sistemas de protección social podemos situarlo a finales del siglo XIX y principios del siglo XX en Europa, siendo básicamente el siglo XX en el que tiene lugar su desarrollo y consolidación, abarcando cada vez a un mayor colectivo de personas protegidas y dando cada vez más amplitud a las situaciones protegidas. Tras años de desarrollo y crecimiento, no exentos de problemas y tensiones, sobre todo financieros, llegamos al siglo XXI con una situación cada vez más preocupante y con más voces que dudan de la viabilidad de los sistemas de protección social y Seguridad Social.

El principal riesgo que se ciñe sobre ellos es su viabilidad o sostenibilidad financiera. Y ello es debido a diversas cuestiones, que ninguna es independiente respecto de las demás, y sobre las que sería no solo importante, sino muy necesario abrir una línea de debate y estudio sosegado, en el que las organizaciones internacionales podrían desempeñar un importante papel canalizador e impulsor. A continuación, vamos a analizar algunos de los aspectos que constituyen un importante reto de futuro:

1.- Sostenibilidad financiera, incluyendo en este apartado las fuentes de financiación y los sistemas de financiación. En relación con los sistemas de financiación, tradicionalmente, se han distinguido dos: sistema de reparto o sistema de capitalización. Los sistemas de reparto tienen como punto esencial la garantía de la solidaridad intergeneracional e intrageneracional, puesto que los cotizantes actuales sufragan las prestaciones actuales con la expectativa de que los cotizantes futuros sufraguen sus prestaciones futuras. Además, la gestión de los sistemas de reparto puede ser más sencilla que la gestión de los sistemas de capitalización. En estos, cada cotizante va generando el ahorro oportuno que percibirá en el momento en el que se actualicen los riesgos futuros, constituyéndose fondos gestionados por entidades públicas como privadas en colaboración, y sujetos a las fluctuaciones del mercado.

2.- Impacto demográfico: el aumento de la esperanza de vida y la disminución de la natalidad provocan tensiones económicas en los sistemas de seguridad social, siendo más sensibles a ellos los sistemas de reparto, puesto que las cohortes generacionales de las décadas de los 50 y 60 son sustancialmente más numerosas que las posteriores, lo que significa que un menor número de cotizantes ha de dar cobertura a un mayor número de pensionistas y durante un mayor periodo de tiempo. El aumento de la esperanza de vida es más acusado en América Latina como consecuencia del acelerado envejecimiento de la población.

3.- Suficiencia de la cobertura: La finalidad esencial de los sistemas de Seguridad Social, es la cobertura de las situaciones de necesidad. Situaciones de necesidad que además van cambiando en el tiempo, puesto que los cambios sociales impactan directamente en la protección social. El ejemplo más claro de ello lo ha supuesto la incorporación de la mujer al mercado de trabajo, que ha incidido en varias circunstancias. Por un lado, ha sido necesario articular mecanismos que aseguren a la mujer en el momento de la maternidad, tanto desde la óptica sanitaria como económica, y además se ha visto la necesidad de dar cobertura también a la paternidad. Por otra parte, la realización por parte de la mujer de trabajos fuera del hogar familiar dificulta que pueda dedicarse al cuidado de

8 Véase I y II Estrategia de la OISS frente a la COVID-19. www.oiss.org.

los mayores y las personas con discapacidad, por lo que se vuelve necesario articular mecanismos de atención social de los colectivos vulnerables.

En este contexto, es el momento de ver cuáles son los retos que deben afrontar los sistemas de Seguridad Social de cara al futuro y cuál puede ser la posición de las organizaciones internacionales en este nuevo escenario, teniendo también muy presente la influencia que la crisis sanitaria, económica y social provocada por la pandemia del COVID-19 tiene en todos ellos.

Como ya se ha indicado a lo largo de esta exposición, el reto esencial de los Sistemas de Seguridad Social en el siglo XXI será dar respuesta a las situaciones de necesidad que se susciten desde una solvencia económica y financiera. Aquí es importante remarcar la necesidad de dar respuesta a las situaciones de necesidad por delante de la solvencia económica y financiera. Esto es así porque desde hace unos años, el debate se ha centrado únicamente en la viabilidad financiera de los sistemas, tendiendo a olvidarse cuál es su verdadera razón de ser. Obviamente se puede argumentar que sin sostenibilidad o viabilidad no puede haber protección, y eso es innegable, pero es importante poner el foco en el fundamento, origen y justificación de los sistemas de Seguridad Social en particular y de los sistemas de protección social en general. Es decir, no se puede hablar de un aspecto sin tener en cuenta el otro, pues tienen que ir de la mano. No es admisible poner el foco solamente en uno de los objetivos, puesto que lo que está sucediendo en la mayor parte de los casos es que la sostenibilidad se busca por medio del recorte de los derechos, lo que lleva a un incremento de las desigualdades y de la pobreza. No hay que olvidar, además, que el fin del hambre y de las desigualdades son dos de los objetivos de desarrollo sostenible de la Agenda 2030.

Así, podemos afirmar que los sistemas de Seguridad Social deberían tener como prioridades de cara a sus reformas: **la cobertura universal, la sostenibilidad financiera y la suficiencia de las prestaciones**.

En relación con el primero de los debates, entre sistemas de capitalización o de reparto, se entiende generalizadamente que la solidaridad intergeneracional se consigue mejor con el sistema de reparto, teniendo además una gestión más sencilla. Es el sistema que impera en Europa, sin perjuicio de que se fomenten vías complementarias de capitalización, obligatorias o voluntarias, asumidas directamente por los trabajadores o por los empleadores. Los sistemas de capitalización tienen el riesgo de las fluctuaciones de las inversiones, que puede llevar a que las pensiones que se obtengan se sitúen muy por debajo de los últimos salarios percibidos por el trabajador. En algunos países, incluso se ha permitido rescatar un porcentaje del fondo de pensiones a los trabajadores para superar la pandemia, pero esto provocará que en el futuro sus pensiones puedan ser más bajas, lo que les pondrá en situación de riesgo de pobreza.

Por otro lado, los sistemas de Seguridad Social se enfrentan a los retos de la economía informal o economía sumergida, la inmigración y la demografía.

La llamada economía informal o economía sumergida es uno de los grandes problemas de los sistemas de Seguridad Social, puesto que el empleo irregular detrae ingresos sustanciosos y provoca la desprotección de los trabajadores que se encuentran en esta situación. Si todas las personas que realizan trabajos a cambio de una remuneración estuvieran correctamente en alta y cotizasen por las cantidades que les corresponden, sin perjuicio de obtener la protección que por derecho se les atribuya, la situación financiera de los sistemas de Seguridad Social sufriría tensiones económicas mucho menores. No hay que olvidar que según los datos del Banco Mundial⁹, la economía sumergida representa un 70% del empleo y un 30% del producto interior bruto en los países emergentes y en desarrollo, situación que se ha visto agravada por la pandemia del Covid-19. La lucha contra el

9 Véase Ohnsorge, F., y Shu Y. (Eds.). (2021). *The Long Shadow of Informality: Challenges and Policy*. Advance Edition, World Bank Group. <https://www.worldbank.org/en/research/publication/informal-economy>

fraude y la economía irregular debe convertirse en un objetivo prioritario para los gobiernos y las administraciones, por medio de la articulación de normas taxativas respecto de la evasión fiscal y de seguridad social, la articulación de cuerpos de inspectores específicos en materia laboral y de seguridad social y, sobre todo, por medio de la colaboración y cooperación entre instituciones. Medidas coercitivas fuertes que supongan un efecto indirecto para la incentivación del cumplimiento de las normas son esenciales. Una organización de la recaudación ejecutiva fuerte impacta directamente en una mejora de la recaudación en el procedimiento ordinario o voluntario.

Hay que hacer una referencia a la transición demográfica, que con mayor o menor intensidad se presenta a la mayoría de las sociedades, en dos líneas: por un lado, en el descenso de la natalidad, sobre todo en los países desarrollados, y por otro en el envejecimiento de la población consecuencia del incremento de la esperanza de vida. La realidad es que no todas las naciones llegan a este problema al mismo tiempo, lo que pone de manifiesto la importancia de observadores imparciales y externos de los problemas y las soluciones que van adoptándose, de modo que a través de ellos se puedan intercambiar experiencias, tras haberlas sometido al pertinente análisis y estudio.

En este punto, es importante resaltar de nuevo el hecho de que el derecho a la protección social y a la Seguridad Social tiene la consideración de derecho fundamental, cuya realización debe ser garantizada por los estados.

Teniendo en cuenta todo lo anteriormente recogido, se puede afirmar sin duda que las organizaciones internacionales tienen su razón de ser precisamente en la importancia de encontrar fórmulas que ayuden al intercambio de experiencias entre los diferentes países, de ejercer una función de promover el conocimiento e impulsar el estudio y debate de aquellas cuestiones que vayan detectando. Precisamente, su posición privilegiada de condecoradas de diferentes realidades les permite captar hacia dónde va la sociedad y cómo reaccionan los poderes públicos y sociales ante los nuevos escenarios. Así, podemos decir que cada vez es más importante el ejercicio de un rol dinamizador por su parte, suscitando el debate y el estudio del camino que se debe seguir. En un mundo cada vez más conectado, más dinámico y más inmediato, es muy fácil cometer el error de adoptar decisiones o reformas de calado que no han sido suficientemente meditadas y que serán de muy difícil reversión. Más aún cuando dichas medidas provocan un recorte o disminución en la protección de las personas. La línea que separa la garantía de la sostenibilidad de los sistemas de seguridad social y la disminución de la protección es muy fina, y muchas veces los gobiernos nacionales no son tan conscientes de ello como puede serlo un observador imparcial como es una organización internacional.

Por ejemplo, en la Organización Iberoamericana de la Seguridad Social dispone de puntual y precisa información sobre la situación en los países de América Latina, España, Portugal y Andorra, lo que permite en muchas ocasiones conocer el lado positivo y negativo de todas aquellas medidas que se han adoptado, las reformas que han tenido éxito y aquellas que no ha resultado como se esperaba. Una participación más activa permitiría trasladar ese conocimiento a los diferentes actores, de tal manera que se pudiesen enriquecer con las experiencias ya vividas por los demás. Todo ello, en un contexto en el que hay que entender que el camino a seguir pasa por la reconfiguración de los sistemas de protección social para hacerlos universales y sostenibles, fortaleciendo la institucionalidad, tanto nacional como internacional, y promoviendo la cultura previsional.

Alcanzar la universalización de los sistemas de Seguridad Social en 2030, para cumplir con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de Naciones Unidas, es uno de los más grandes desafíos que tiene Iberoamérica, donde casi el 40%¹⁰ de su población todavía no tiene acceso a los sistemas formales de la seguridad social.

10 Ver al respecto Organización Internacional del Trabajo. (2022). Informe mundial sobre la protección social 2020-2022.

Por tanto, hay un gran desafío, como es el de extender estos sistemas a la mayor cantidad de la población, reto que va ligado a otros como el del envejecimiento de la población y los cambios en el mundo laboral, con nuevas formas de trabajo, con otras concepciones de remuneración y estabilidad, las migraciones, etc. Será necesario que los países iberoamericanos, confieran prioridad a la mejora de los sistemas de seguridad social dentro de sus planes de desarrollo hacia el año 2030.

El siguiente reto a abordar sería la migración. En un mundo cada vez más globalizado, es importante articular los instrumentos necesarios para que nadie quede desprotegido, para que los movimientos migratorios no dejen a las personas en situación de mayor vulnerabilidad y pobreza, y en todo momento se garanticen sus derechos laborales y sociales.

En el ámbito de la Seguridad Social, esas herramientas se articulan por medio de los convenios bilaterales, pero dejan al albur de las circunstancias a aquellas personas que realizan cotizaciones en diversos países, llegando a darse el caso de que por aplicación de las normas nacionales, en relación con las normas internacionales, haya personas con largas carreras de cotización en diferentes países que terminen por no tener la posibilidad de acceder a las prestaciones, quedándose totalmente desprotegidas. Precisamente para paliar esta situación, se impulsó, desde la Organización Iberoamericana de la Seguridad Social, el Convenio Multilateral Iberoamericano de la Seguridad Social, teniendo en cuenta la creciente movilidad entre los diferentes estados y partes del mundo. Serán destinatarios del mismo aquellas personas que hayan estado sujetas a la legislación laboral y de Seguridad Social de uno o varios Estados Parte, así como sus familiares, beneficiarios y derechohabientes, puesto que en su acción protectora se cubren las prestaciones económicas derivadas de accidentes de trabajo y enfermedad profesional, la invalidez, jubilación o vejez y las derivadas del fallecimiento de la persona trabajadora.

Desde su aprobación en Santiago de Chile el 10 de noviembre de 2007, ha sido suscrito por 15 países, siendo de aplicación efectiva, una vez depositados los instrumentos de ratificación, en 13 de ellos. De este modo, se ha logrado dar cobertura a más de 450 millones de personas, confiando en llegar a una población más amplia con la extensión a los países que faltan por lograr su plena aplicación.

Este Convenio es el primer instrumento internacional a nivel iberoamericano que protege los derechos de millones de trabajadores migrantes, sus familias y trabajadores de multinacionales en el ámbito de prestaciones económicas, mediante la coordinación de legislaciones nacionales en materia de pensiones, como garantía de la seguridad económica en la vejez, la incapacidad o muerte, protegidos bajo los esquemas de la Seguridad Social de los diferentes Estados Iberoamericanos.

El Convenio Multilateral Iberoamericano de la Seguridad Social se configura como un instrumento esencial en la protección de los trabajadores y sus familiares, ya que el Convenio se aplicará a las personas que estén o hayan estado sujetas a la legislación en materia de Seguridad Social de uno o varios Estados Parte, así como a sus familiares y derechohabientes. Las ramas de protección a las que se aplica son:

- a) Prestaciones económicas de invalidez
- b) Prestaciones económicas de vejez
- c) Prestaciones económicas de supervivencia
- d) Prestaciones económicas de accidentes de trabajo y enfermedad profesional

Los principios básicos en los que se sustenta el Convenio son:

- a) Igualdad de trato
- b) Determinación de la legislación aplicable, operando con carácter general la *lex loci laboris*, es decir, la aplicación de la legislación del país en el que se prestan los servicios laborales, sin perjuicio de la excepción que suponen los trabajadores desplazados o las demás situaciones especiales expresamente comprendidas en el texto del Convenio
- c) Totalización de periodos cotizados en los diferentes Estados Parte para el reconocimiento de las prestaciones
- d) Exportación de prestaciones, de tal manera que las mismas se abonarán en el país de residencia del beneficiario sin experimentar por ello reducción, modificación, suspensión o retención, a salvo de los costes de transferencia
- e) Cooperación administrativa, disminuyendo al máximo la carga para las personas trabajadoras, en cuanto a la tramitación de sus prestaciones

Para el buen funcionamiento del Convenio, se constituye el Comité Técnico Administrativo, que está compuesto por un representante del Gobierno de cada uno de los Estados Parte, asistidos por consejeros técnicos, si fuese necesario. Sus funciones principales son:

- Posibilitar la aplicación uniforme del Convenio, fomentando el intercambio de experiencias y de las mejores prácticas administrativas
- Resolver las cuestiones de interpretación y administrativas que puedan suscitarse
- Promover la colaboración entre los Estados Parte
- Fomentar el uso de las nuevas tecnologías

Se encomienda la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS) la Secretaría Técnica del Comité Técnico Administrativo del Convenio, Comité que ha realizado 4 reuniones adoptando importantes Decisiones para la correcta aplicación de este instrumento.

6. A MODO DE CONCLUSIONES

La seguridad social es un derecho fundamental, reconocido en varios textos internacionales y su desarrollo se guio por dos modelos tipo. Uno, bismarckiano, destinado a proteger situaciones de pérdida de ingresos del trabajo y, por lo tanto, financiado por trabajadores y empleadores; otro, beveridgiano, con el fin de garantizar la protección de los ciudadanos y, como tal, financiado por impuestos. Esta diferencia también condiciona los modelos de gestión. Mientras que en el modelo bismarckiano las aportaciones pueden considerarse ahorros para afrontar riesgos futuros, teniendo sentido capitalizarlos, en el modelo beveridgiano no existe tal relación y la capitalización no es una hipótesis.

Actualmente, no existen sistemas puros y en la mayoría de los países encontramos modelos con componentes para asegurar una subsistencia mínima, y financiado por impuestos, y beneficios derivados de aportaciones que en algunos casos son gestionados en capitalización por entidades privadas.

Algunas de estas diferencias, y su impacto, son evidentes al comparar los sistemas entre países de Iberoamérica, en particular entre los europeos y los de América Latina. En Portugal y España, los sistemas se basan en las cotizaciones de trabajadores y empleadores con la gestión pública. En América Latina hay varios países con sistemas de capitalización individual, pero las bajas tasas de contribución no permiten que el valor acumulado garantice la suficiencia de las prestaciones.

El alto nivel de informalidad laboral en América Latina limita la capacidad de los sistemas para satisfacer las necesidades de la generalidad de los ciudadanos e impide el acceso a las prestaciones para afrontar situaciones de necesidad.

Independientemente del modelo de organización y gestión, de las fuentes de financiación, los sistemas de seguridad social deben proporcionar cobertura universal, prestaciones suficientes, ser financieramente sostenibles y eficientemente gestionados.

La pandemia fue una prueba de estrés para los sistemas de seguridad social de los países. Este tipo de pruebas se caracterizan por poner un sistema en situaciones extremas y analizar su reacción y, sin ninguna duda, la pandemia fue una situación extrema, a lo que los sistemas de seguridad social de Iberoamérica respondieron positivamente, pasando en lo teste. Hay muchos desafíos —informalidad, igualdad de trato, personas con discapacidad, igualdad de género, incapacidad para las prestaciones, digitalización—, pero la pandemia ha demostrado la capacidad de gestión existente.

Esta capacidad de gestión y las diversas medidas adoptadas por los gobiernos pueden ser la base de los futuros Sistemas de Protección Social que garanticen una recuperación justa y sostenible que no deje a nadie atrás.

Los sistemas de seguridad social respondieron a la pandemia con toda una serie de medidas a corto plazo —ampliación de las prestaciones por desempleo, condiciones más favorables para la concesión de diversos tipos de prestaciones, reducción o suspensión de cotizaciones, posibilidad de retiradas de fondos de capitalización— que tuvieron un efecto positivo y crearon expectativas en las personas. Pero los problemas son a largo plazo y es necesario discutirlos, buscar soluciones, mirar hacia el futuro que pone los sistemas de seguridad social en un momento clave para su desarrollo. De muchas de las decisiones que se adopten dependerá su evolución y garantía para las próximas generaciones de trabajadores, pensionistas y ciudadanos en general.

La reducción de los importes de los fondos de capitalización debido a los retiros efectuados, la creación de subsidios de desempleo para los trabajadores informales, las jubilaciones anticipadas de los trabajadores desempleados son situaciones que, a largo plazo, pueden significar prestaciones por debajo del mínimo de existencia. Esto traerá como consecuencia la necesidad de complementos siendo la renta básica una alternativa a considerar.

El impacto diferenciado de la situación vivida por las mujeres durante la pandemia, como cuidadoras y trabajadoras, debe conducir en la búsqueda de soluciones para la protección social del trabajo no remunerado, con la creación de sistemas integrales de cuidado durante todo el ciclo vital.

La falta de información sobre la situación laboral, las cotizaciones y los datos familiares de muchos ciudadanos, han dificultado la concesión de apoyo a muchas personas. Es necesario evaluar los sistemas de información y aprovechar los medios digitales y las nuevas formas de comunicación sin olvidar; no obstante, que muchos de los más excluidos en todos los ámbitos, incluidas las tecnologías de la información, son los que más necesitan apoyo.

Es necesario una llamada a la acción de los actores, públicos y privados, para renovar el pacto social, fortalecer los sistemas de seguridad social, universalizar la protección social, invertir más y mejor en las capacidades de las personas, en los sistemas de salud, mejorar la gestión y la coordinación entre los sistemas contributivos y no contributivos de protección social.

7. BIBLIOGRAFÍA

- Grushka, C. (2014). La institucionalidad de la Administración Nacional de la Seguridad Social en el Sistema de Seguridad Social argentino. En C. Danani y S. Hintze (Eds.), *Protecciones y desprotecciones (II): Problemas y debates de la Seguridad Social en la Argentina*. Universidad Nacional de General Sarmiento.
- González, S., S. De Soto, Barcelón, S., Gómez, R., Arenas, M., Vinueza, M. (2015). *La institucionalización normativa y funcional de los sistemas de Seguridad Social*. Ministerio Coordinador Desarrollo Social.
- Ohnsorge, F., y Shu Y. (Eds.). (2021). *The Long Shadow of Informality: Challenges and Policy*. Advance Edition, World Bank Group. <https://www.worldbank.org/en/research/publication/informal-economy>
- Organización Iberoamericana de Seguridad Social. (2020). I Estrategia de la OISS frente a la COVID-19. www.oiss.org.
- Organización Iberoamericana de Seguridad Social. (2021). II Estrategia de la OISS frente a la COVID-19. www.oiss.org.
- Organización Internacional del Trabajo. (2012). Recomendación sobre los pisos de protección social (no. 202). https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:3065524
- Organización Internacional del Trabajo. (2015). Recomendación sobre la Transición de la Economía Informal a la Economía Formal (no. 204). https://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/previous-sessions/104/texts-adopted/WCMS_379098/lang--es/index.htm
- Organización Internacional del Trabajo. (2021). Resolución relativa a la segunda discusión recurrente sobre la protección social (seguridad social). https://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/109/reports/texts-adopted/WCMS_806098/lang--es/index.htm
- Organización Internacional del Trabajo. (2022). Informe mundial sobre la protección social 2020-2022.
- Pérez y Soto Domínguez, A. y Calderón, Y. (2012). El concepto de seguridad social: una aproximación a sus alcances y límites. *IUSTITIA*, (10), pp. 75-99.
- Székely, M. (2006). *Midiendo el Nivel de Institucionalidad de la Política Social en América Latina*. Red para la Reducción de la Pobreza y la Protección Social.



EL SISTEMA DE SALUD ESPAÑOL: DE LA DESCENTRALIZACIÓN A LA COORDINACIÓN

THE SPANISH HEALTH SYSTEM: FROM DECENTRALIZATION TO COORDINATION

ALBERTO PALOMAR OLMEDA¹

RESUMEN

En este artículo se analiza el sistema de salud establecido en España, donde la Constitución de 1978 ha instaurado un modelo territorial descentralizado con un gran protagonismo de las Comunidades Autónomas. Se analiza con perspectiva histórica la evolución de la legislación que ha ido confirmando el actual sistema público de salud, resaltando la importancia de la coordinación, así como los retos a afrontar en el futuro.

PALABRAS CLAVE

Sanidad | coordinación | relaciones interadministrativas | salud pública | Sistema Nacional de Salud

SOBRE EL ARTÍCULO

El presente artículo fue recibido por la comisión de Publicaciones el 11 de octubre de 2021 y aprobado para su publicación el 8 de abril de 2022.

CONTENIDO

1. Planteamiento de origen; 2. Los orígenes de la organización del sistema sanitario; 2.1. La Ley de coordinación sanitaria de 1934; 2.2. Ley de Bases de la Sanidad Nacional de 1944; A) Consideraciones generales de la Ley; B) Prestación del servicio; 2.3. El Instituto Nacional de Previsión; 2.4. Algunas consideraciones sobre el modelo de coordinación con carácter previo a la estructura orgánica para esta función; 2.5. La Ley General de Sanidad de 1986; A) Los planes de salud; a. Los de coordinación del Estado; b. Los de carácter conjunto; c. Planes autonómicos con financiación de la Administración General del Estado; B) Delimitación específica del concepto de coordinación; C) El producto real de la coordinación: el Plan integrado de salud; 2.6. Aproximación al modelo en sus conclusiones más relevantes; 2.7. La Ley de Cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud; 2.7.1. Consideraciones de carácter general; 2.7.2. Naturaleza jurídica y régimen de funcionamiento del CISNS; 2.7.3. Delimitación material del marco de relaciones interadministrativas que corresponde

ABSTRACT

This work examines the Health System established in Spain, where the 1978 Constitution established a decentralized territorial model with a great role for the Autonomous Communities. The evolution of the legislation that has been confirming the current public health system is analyzed from a historical perspective, highlighting the importance of coordination as well as the challenges to be faced in the future.

KEYWORDS

Health | coordination | inter-administrative relations | public health | National Health System

¹ Profesor Titular (Acred.) de Derecho Administrativo. Magistrado de lo contencioso-administrativo (e.v.). Abogado. Socio de Broseta Abogados.

al CISNS; **A)** Funciones esenciales en la configuración del SNS; **B)** Funciones de asesoramiento, planificación y evaluación en el SNS; **C)** Funciones en relación con la coordinación del SNS; **D)** Funciones de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas; **3.** Las insuficiencias del modelo de gestión: la necesidad de actuaciones de corte «federal»; **A)** Titularidad de la competencia para la ordenación de actuaciones coordinadas; **B)** Efectos de la declaración de actividades coordinadas; **C)** Régimen específico para las actuaciones coordinadas en materia de seguridad alimentaria; **D)** Régimen específico en relación con el aporte de información; **4.** Un apunte a modo de resumen sobre los sistemas en red y la descentralización territorial; **5.** Bibliografía

1. PLANTEAMIENTO DE ORIGEN

El proceso de descentralización territorial y funcional que ha supuesto la Constitución Española de 1978 (CE en adelante) tiene consecuencias políticas evidentes. Pero, también, consecuencias en el plano de la gestión de los servicios públicos vertebrados hasta la instauración en España de Administraciones territoriales dotadas de autonomía y capacidad política de autogobierno -las Comunidades Autónomas-, sobre la base y la funcionalidad del principio de jerarquía, en los que el reto era la articulación de la presencia del Estado en el territorio que mitigara los efectos de una Administración potencialmente centralizada.

Aquella forma de organización de los servicios deja paso, tras la implantación del modelo tradicional, a diversas instancias territoriales dotadas de autonomía organizativa, funcional e, incluso, económica. Cuando esto ocurre con una generalización evidente, las formas de gestión cambian, ya que la virtualidad del principio jerárquico desaparece y es necesario establecer nuevas fórmulas de gestión. Sobre todo, si el servicio público en cuestión no es estanco y presenta elementos de homogeneidad en su conformación estatal.

Esta homogeneidad puede ir acompañada de otros elementos adicionales, como la necesidad o la oportunidad de las relaciones entre los diferentes sistemas territoriales fundada, por ejemplo, en que el servicio público se concibe como de prestación o de configuración estatal. Por lo tanto, los ciudadanos tienen la posibilidad de demandarlo allí donde se encuentren dentro del territorio español.

Estas circunstancias han agudizado la necesidad de encontrar nuevas técnicas para la relación interadministrativa. El periodo postconstitucional ha centrado dichas técnicas en tres: coordinación (con presencia de un órgano coordinante), cooperación (plena igualdad relacional) y colaboración (relación voluntaria entre sistemas).

Es cierto que estas técnicas de relación —bastante delimitadas en la jurisprudencia constitucional— se han completado con otras que, ciertamente, tienen una condición más de comportamiento y actuación (buena fe, confianza legítima, lealtad institucional) y que, tanto unas como otros, se han fundido en el concepto de “principios generales de actuación” que contempla, en la actualidad, en el artículo 3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen del sector público (LRJSP).

En todo caso, y al margen de la formulación legal, lo que es claro es que la conformación de sistemas propios en la ejecución de un proyecto común, cuando no puede resolverse con las técnicas comunes de dirección y de jerarquía, exige un amplio esfuerzo de actitudes adicionales, que pasa necesariamente por la concertación y el acuerdo como elementos para la vertebración de aquella parte (la que sea) que se constituye una referencia común y para el conjunto del Estado.

Durante algún tiempo, en el devenir postconstitucional, el debate se ha centrado en las formas jurídicas, y existe, como decíamos, una abundante jurisprudencia que diferencia las formas de relación interadministrativa. Un poco más tarde podemos habernos dado cuenta de que el problema era más profundo y de que, realmente, no existe una cultura de cooperación entre los sistemas.

Primero, porque el factor de implementación de servicios autónomos lo impedía y, después, porque la vertiente política de los aspectos relacionales está limitando cualquier posibilidad de actuación cooperativa.² Estas conclusiones son, desde luego, aplicables al ámbito sanitario, pero serían, en general, predicables de muchos de los servicios públicos que deben funcionar en red y que deben asegurar un contenido prestacional a los españoles, más allá de su lugar común de residencia. En cualquier caso, el déficit de cooperación constituye uno de los problemas más evidentes del funcionamiento del sistema constitucional en la actualidad.³

Estas conclusiones generales son, perfectamente, aplicables centrados ya en el ámbito sanitario, como decíamos, al ámbito de la gestión sanitaria y, en general, de la protección de la salud, como un concepto genérico más amplio, que implica la necesidad de conjuntar o proyectar en común políticas de diferentes ámbitos al servicio de un objetivo compartido como es la salud, que no corresponde estrictamente —en su concepción de servicio nacional— a ninguno de los sistemas en sí mismo considerados y sí a todos en su conjunto. La cuestión, como inmediatamente veremos, es que no existe simetría entre la regulación asistencial o sanitaria, estrictamente considerada, y la de salud pública siendo más que evidente que el periodo postconstitucional ha puesto más énfasis en la primera que en la segunda y, sobre todo, que no ha existido una visión general de los dos sectores y una concepción general de la salud como bien jurídico protegido por la sociedad.⁴

Desde esta perspectiva, el presente trabajo trata de demostrar cómo el concepto de salud —en su acepción amplia que, finalmente, hemos denominado salud pública— no ha tenido referentes ni actuaciones comunes salvo cuando incide en una parte central de la misma que es el prestacional o el reparador de la salud perdida o deteriorada. El modelo, en la transición democrática, se fraccionó en la medida que cada sistema de salud de cada Comunidad Autónoma lo ha ido desarrollando sin referencias comunes y, en gran medida, sin la presión del funcionamiento en red (para todo el territorio nacional) que tiene el sistema asistencial puro.⁵

Las políticas generales de salud, de salubridad, epidemiología, ordenación sanitaria y hábitos de salud, información sanitaria (entre otras) se han vuelto, por tanto, esencialmente, territoriales porque se consideró que esta era la forma de garantizar la autonomía de las nuevas Administraciones territoriales. Solo lo que está próximo al denominado Sistema Nacional de Salud —esencialmente en la concepción reparadora— ha sido objeto de alguna actividad de cooperación o de actuación conjunta, aunque no debemos olvidar que el órgano llamado a esto es uno de los órganos que ha tenido que ser convocado por resolución judicial ante la falta de iniciativa de acuerdo entre las diferentes Administraciones⁶.

-
- 2 Véase Fernández Montalvo, R. (2000). *Las Relaciones interadministrativas de colaboración y cooperación*. Marcial Pons.
- 3 Véase Parejo Alfonso, L. (2007). Notas para una construcción dogmática de las relaciones interadministrativas, *Revista de Administración Pública*, (174), 161-191.
- 4 Véase Alabert López, M., Arbussà Reixach, A., Sáez Zafra, M. (2016). Colaboraciones interadministrativas en la gestión de la salud pública en municipios menores de 10.000 habitantes. *Gaceta Sanitaria*, 30 (6), 480-482.
- 5 En relación con los elementos centrales para la configuración del derecho, vid. Ver Pemán Gavín, J. (2009) El derecho a la salud como derecho social: desarrollos recientes desde la perspectiva internacional y en el derecho comparado, *Revista de Administración Pública*, (179), 37-86.
- 6 Nos referimos, a modo de ejemplo, a la STS de 25 de septiembre de 2009. El fallo de la citada STS señalaba que «(...) No ha lugar al recurso de casación deducido por el Abogado del Estado, contra la sentencia estimatoria de fecha 28 de marzo de 2007, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección 4º, en el recurso núm. 196/05, interpuesto por la Generalidad Valenciana contra la inactividad de la Ministra de Sanidad y Consumo al no convocar una reunión del Pleno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud , en la que se dispone el cese de dicha inactividad y que por la presidencia del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, que ostenta la Ministra de Sanidad y Consumo, se proceda a la convocatoria del pleno de dicho Consejo, así como a incluir en el orden del día de dicha convocatoria los asuntos relacionados en el mencionado requerimiento y no

La apuesta decidida por los aspectos reparadores de la salud y la falta de referencias comunes y colectivas en los aspectos macro ligados a la conformación de un sistema de salud —al margen de a quién le corresponda la ejecución real de las medidas— fue percibido como una necesidad por el legislador y el fruto es la Ley de Salud Pública. No obstante, como veremos seguidamente, el efecto real y la implementación de la norma en cuestión ha sido francamente deficiente.

Una emergencia sanitaria como la que estamos viviendo es la que ha permitido que todos estos defectos de construcción salgan a la luz. De repente hemos descubierto cómo hasta los elementos menos invasivos en el plano competencial, como son los de carácter informativo, adolecían de grandes dificultades para su uniformidad y para servir a la adopción de decisiones comunes. La posibilidad de planificación, de trazar estrategias y de adoptar acciones comunes se ha visto seriamente limitada y constreñida sin que, desde luego, se proyecte una sensación de que si hace falta es posible la acción común en el marco de la salud.

Es realmente difícil saber cuáles son las causas de la complejidad que se viene comentando. Desde luego, la falta de políticas de información y de establecimiento de elementos comunes y de vertebración, también, la falta de cultura y de tradición e, incluso, la propia conformación de los instrumentos jurídicos de las relaciones administrativas.

Como se verá posteriormente, estos instrumentos a través de los que se materializan las relaciones entre Administraciones públicas están muy centrados en la conformación de planes, ideas y objetivos más o menos comunes, pero no inciden en los aspectos ejecutivos de los mismos. De alguna forma, parece como si pensar en la ejecución es directamente atacar al principio de autonomía y, por tanto, zona de repliegue inmediato.

Frente a esto, la experiencia europea, incluso en los países más federales, ha demostrado que existen o que se han dotado de instrumentos de acción conjunta y uniforme con los que hacer frente (sin complejos) a crisis o emergencias como las que se están planteando.

Si algo ha demostrado la pandemia al conjunto de las Administraciones Pùblicas y al marco de relaciones interadministrativas es que las mismas no estaban pensadas para la acción directa. Con una visión sociológica, podríamos decir que se habían convertido en un marco relacional protocolario, simbólico y poco efectivo, desde una perspectiva operativa del que no podemos negar ni su importancia ni su relevancia, pero es cierto que se situaban fuera de la operatividad inmediata más allá de la buena fe o la lealtad institucional de las partes⁷.

Una situación como la que hemos vivido ha demandado, sobre todo, operatividad y ahí la situación ha sido compleja y el marco de relaciones colaborativas ha resultado seriamente afectado y, sobre todo, ha producido una enorme confusión en la población. Realmente, no hemos acabado de saber quién era el competente para cada cuestión y qué se reservaba y con qué efectos a la acción común. De alguna forma, la sensación final es que la acción común está mal modulada, no es perceptible y realmente no se sabe muy bien cuál es el mecanismo jurídico para su implementación.

2. LOS ORÍGENES DE LA ORGANIZACIÓN DEL SISTEMA SANITARIO

Antes de realizar un análisis más de detalle sobre la situación anterior, parece necesario fundar las

tratados en los plenos celebrados con posterioridad al mismo, sentencia que se declara firme con expresa imposición de costas en los términos reflejados en el último fundamento (...).».

7 Véase Jiménez-Blanco Carillo de Albornoz, A. (2015) Organización administrativa y relaciones interadministrativas, *Documentación Administrativa*, (2); y Martínez, J. (2006) Cooperación y subsidiariedad intermunicipal, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (302), 61-76.

afirmaciones que se han hecho en el apartado introductorio para poder demostrar los fundamentos de cuanto se ha indicado.⁸

Es cierto que, en esta visión histórica resulta clave la Instrucción General de Sanidad de 12 de enero de 1904 que, Muñoz Machado resume en las ideas clave de la especialización de los órganos sanitarios, la separación entre las ramas interior y exterior de la sanidad, la consolidación de la figura de los sanitarios titulares como pieza esencial del sistema sanitario, la estatalización de los reglamentos sanitarios, y la expansión del sistema sanitario⁹.

2.1. La Ley de coordinación sanitaria de 1934

La Ley de 11 de junio de 1934, creó un órgano administrativo en cada provincia que se denominaba Mancomunidad de Municipios de la provincia con el fin de organizar eficazmente los servicios sanitarios y benéfico-sanitarios. La Ley fue impulsada por el ministro D. José Estadella Arnó y aparece firmada por Niceto Alcalá-Zamora y Torres.

Dicho órgano actuaba en su condición delegada del Ministerio de Trabajo, Sanidad y Previsión y asumía la alta dirección técnica y administrativa de los servicios sanitarios. Como curiosidad puede decirse que la Presidencia de la mancomunidad correspondía al Delegado de Hacienda de la provincia.

Debe tenerse en cuenta que, de conformidad con la Base 3^a de la Ley, los servicios sanitarios o benéfico-sanitarios tenían carácter municipal, provincial o interprovincial, aunque añadía que "pero siempre en concepto de servicios complementarios de la acción sanitaria del Estado".¹⁰

Desde una perspectiva operativa, la Base 4º establecía que a la Mancomunidad le correspondía, previo informe de los Inspectores Municipales de Sanidad, en el plazo de dos meses, emitir dictamen sobre los problemas sanitarios de su provincia, en relación, sobre todo, a la mortalidad, morbilidad y medidas que estime más adecuadas para resolverlo.

La función del Ministerio estaba centrada, previos los asesoramientos que se consideran necesarios, a la realización de campañas conducentes para la reducción de la mortalidad, la morbilidad en el campo y en poblaciones del medio rural.

En todo caso, resulta significativo que la Base 7^a regulara los fondos de la Junta entre los que incluía las consignaciones presupuestarias, las cantidades correspondientes al tanto por ciento señalado a cada Municipio para el sostenimiento de los Institutos Provinciales de Higiene; la cuota de sostenimiento de enfermos tuberculosos, leprosos y mentales acogidos en las Diputaciones provinciales; las consignaciones o dotaciones correspondiente a nuevos servicios; las cantidades de importe de los auxilios convenidos por dichos centros oficiales; las cantidades de importe de los auxilios convenidos por los Centros Oficiales para la instalación de centros de Higiene rural y de puericultura; y el 25% del papel de pagos al Estado que se liquida por los Inspectores provinciales de sanidad.

Al margen de estas referencias orgánicas, la Base 19 establecía que "El Ministerio de Trabajo, Sanidad y Previsión se dictarán los Reglamentos de constitución y régimen de los cuerpos de farmacéuticos y médicos titulares o de asistencia pública Nacional".

8 Véase Muñoz Machado, S. (1995). *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza Editorial. Se analiza el periodo previo bajo lo que denomina "la época de continuidad con el antiguo régimen", pp. 15-29.

9 Véase Muñoz Machado, S. (1995). *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza Editorial. cit., pp. 49-80.

10 Véase Pemán Gavín, J. (1996) Sanidad Local, *Anuario del Gobierno Local*, N° 1, pp. 525-538.

Es cierto que se conformaba una red territorial en un momento; sin embargo, claro está, que no existía el seguro de enfermedad ni la generalización de la asistencia sanitaria más allá de la creación unos años antes del Instituto Nacional de Previsión (INP en adelante).

Desde la perspectiva de lo que aquí analizamos —la coordinación—, la idea es clara: la opción de coordinación es esencialmente orgánica sobre la base de creación de órganos *ad hoc* y de la configuración de las competencias de estos órganos como delegadas del propio Ministerio competente.

2.2. Ley de Bases de la Sanidad Nacional de 1944

La Ley de Bases de la Sanidad Nacional es, sin duda, una de las normas de mayor calado e importancia histórica en materia sanitaria y se mantuvo en vigor hasta la publicación de la Ley General de Sanidad de 1986. Examinemos algunos de sus postulados esenciales.

A) Consideraciones generales de la Ley

El 25 de noviembre de 1944 se aprueba la Ley de Bases de la Sanidad Nacional. Según la Base Primera, los "servicios sanitarios del Estado dependerán del Ministerio de la Gobernación a través de la Dirección General de Sanidad". Desde esta misma perspectiva orgánica, la Base Segunda, creaba el Consejo Nacional de Sanidad, al que se atribuía función de asesoramiento al ministro, de informe de proyectos y disposiciones, de formulación de planes y algunas referidas a los aspectos asistenciales y farmacéuticos.

La Base Tercera establecía la regulación de algunas denominadas Instituciones sanitarias centrales, entre las que se encuentra la Escuela Nacional de Sanidad y el Instituto de Hematología, y los hospitales de enfermedades infecciosas.

A partir de este esquema orgánico, se establecían determinaciones específicas en relación con la lucha contra las enfermedades infecciosas, la sanidad en puertos, fronteras y transportes.

La Base Sexta contenía una regulación de las estadísticas sanitarias. Las siguientes bases se referían a las medidas administrativas en la lucha contra la tuberculosis, el reumatismo y las cardiopatías, el paludismo, las enfermedades sexuales, la lepra y la dermatitis, el cáncer y la prevención en el ámbito de sanidad maternal e infancia.

Debemos recordar que este sistema público, fraccionado, con competencias en el área de salud pública y de carácter asistencial, funcionaba o se constituía al margen del sistema de aseguramiento social de la enfermedad que funcionaba desde el INP —como veremos— y que iba creciendo, únicamente, en la parte asistencial.

B) Prestación del servicio

La Base 14 de la Ley de (1944) establecía que los servicios sanitarios provinciales estarán a cargo de las organizaciones sostenidas por la dirección General de Sanidad, las Diputaciones Provinciales y las Mancomunidades Sanitarias. Específicamente, se añadía, que:

Gobernadores civiles, como representantes del Gobierno en cada provincia, tendrán entre las facultades inherentes a su cargo, la de velar por el exacto cumplimiento de las disposiciones sanitarias que estimen convenientes para preservar la salud pública de epidemias, enfermedades contagiosas, focos de infección y otros riesgos análogos, dando cuenta inmediata al ministro de la Gobernación.

Adicionalmente, se añade que en cada provincia existiría un Jefe de Sanidad, del Cuerpo de la Sanidad Nacional, asistido por el número de médicos que se considere necesarios para la buena marcha del servicio y de la administración sanitaria provincial, a cargo de funcionarios del Ministerio de la Gobernación o del administrativo sanitario. Estos jefes de sanidad, a los que específicamente se les requería que vivieran en el lugar del servicio, actuaban como delegados de la Dirección General de Sanidad y vigilaban el cumplimiento de las disposiciones sanitarias.

En cada provincia existiría un Consejo Provincial de Sanidad que tendrá la misión de asesorar a las Autoridades en lo referente a los problemas sanitarios de la provincia y que estaba presidido por el Gobernador Civil.

En el plano prestacional, la Base 20º indicaba que los órganos para la función técnico-sanitaria en las provincias son los Institutos de Sanidad que estaban bajo la dirección del Jefe provincial de Sanidad.

Finalmente, el modelo, en línea con la Ley de 1934, regulaba las mancomunidades sanitarias que tenían como finalidad principal el pago a los funcionarios sanitarios que no percibían sus haberes del presupuesto general y la regulación, en sintonía con aquella, los ingresos de los que disponían las Mancomunidades se regían por una Junta Administrativa presidida por el Delegado de Hacienda.

Para completar la visión sobre el modelo, cabe recordar que la Base 24 regulaba la sanidad municipal a las que se atribuía la competencia para ejecutar las disposiciones de carácter sanitario y a los que se intimaba a la constitución de un Consejo Municipal de Sanidad con funciones de información.

Es relevante recordar que la Ley atribuye a los Ayuntamientos la obligación de proporcionar agua potable, de formación del padrón de viviendas, de policía sanitaria, profilaxis de determinadas enfermedades, de evacuación de aguas negras y residuales, la inspección alimenticia, vacunaciones preventivas, y del sostenimiento de los Centros sanitarios locales.

Con vocación de síntesis podríamos indicar que el modelo —admitiendo la función paralela de protección individual del INP— se centraba en los aspectos de salud colectiva y de salud pública, y que las competencias orgánicas que se detallan en este apartado tenían una proyección más social que individual desde la perspectiva de la protección de la salud.

2.3. El Instituto Nacional de Previsión

Una característica histórica del modelo sanitario, como venimos indicando, es que han convivido, no necesariamente armonizados, el sistema de salud pública —muy desarrollado en las normas precedentes a las que nos acabamos de referir— y las de carácter prestacional o de reparación de la salud. Este camino dual ha hecho que la vertebración final en el Sistema de Salud tenga un claro componente reparador y que las competencias en materia de salud —fuera de las reparadoras— hayan quedado en manos de las Comunidades Autónomas con una evidente pérdida de la referencia global que exige una materia como la prevención de la salud.

El sistema asistencial encuentra en el Instituto Nacional de Previsión (INP en adelante) el instrumento histórico más referencial que se crea en 1908 y se mantiene en vigor hasta la creación del INSALUD en 1978.

Por Ley de 27 de febrero de 1908 se crea el Seguro Voluntario de enfermedad y se atribuye al INP la competencia para su realización. Por sucesivos decretos se van creando los distintos seguros sociales: accidentes de trabajo (1900), maternidad (1929), de enfermedad (1942), enfermedades profesionales (1947), desempleo (1961), entre otros varios. El INP tiene entre sus principales funciones

la de gestión de los diferentes regímenes de la Seguridad Social, control y administración sanitaria, mutualidades, etc.

Más allá de que la gestión encontrara en la figura del seguro su elemento referencial, es claro que el INP se convierte en la referencia más reconocible de la prestación sanitaria para las contingencias más comunes que afectan a la salud.

El INP se extinguío por Real Decreto ley de 16 de noviembre de 1978, dejando de depender del Ministerio de Trabajo, y pasando al Ministerio de Sanidad y Seguridad Social. Es la creación del INSALUD, y la dependencia del Ministerio de Sanidad y Consumo lo que resulta relevante a estos efectos.

Este germen es el que acaba por mostrar una de las columnas esenciales del sistema que se nuclea sobre la base del establecimiento de una organización que aglutina el conjunto de seguros sociales que tratan de reparar o solventar la salud. Esta estructura no tuvo el efecto material de vincularse a los aspectos de salud pública a los que nos hemos referido en los apartados anteriores, sino de crecer en paralelo. Este crecimiento se presenta, incluso, al margen de la estructura del Estado con una organización paraestatal como era el INP que constituye el embrión de una estructura específica y paralela que es la que conforma la seguridad social y que se caracteriza, en realidad, por ser una organización institucional diferenciada y con un régimen propio diferente al régimen común que estaba representado en aquel momento por la Ley de Entidades Estatales Autónomas¹¹.

2.4. Algunas consideraciones sobre el modelo de coordinación con carácter previo a la estructura orgánica para esta función

Las disposiciones a las que de una forma muy sucinta nos hemos referido en los apartados anteriores nos permiten señalar que, realmente, en la historia de la conformación del modelo han existido dos caminos: el de responsabilidad estatal —sanidad pública— y el del aseguramiento de riesgos específicos. Este último se corresponde con la concepción reparadora de la salud a la que nos venimos refiriendo.

Estos modelos han aparecido a lo largo de la historia como vasos comunicantes, especialmente, en el trasvase de riesgos de la salud pública al aseguramiento específico.

La estructura de la organización sanitaria se nucleó, primero, en el INP, en las Mutualidades de Previsión y, finalmente, hasta las transferencias a las Comunidades Autónomas, en el INSALUD. El modelo sanitario, en sus aspectos prestacionales, es el que ha configurado los modelos de salud de las Comunidades Autónomas y el que, en la actualidad, conforma el denominado Sistema nacional de Salud, creado específicamente, en la Ley General de Sanidad de 1986 que vamos a analizar en el siguiente apartado.

Al lado de esto, lo que es tan sencillo de seguir es la política pública de sanidad pública no prestacional. La característica es que, de alguna forma, se ha visto diluida en la organización administrativa y, en gran medida, debilitada porque su esencia se encontraba en el principio de jerarquía organizativa, y en la capacidad de establecer criterios y hacerlos cumplir desde la Administración Central o desde

11 Nos referimos a la Ley de 26 de diciembre de 1958 sobre régimen jurídico de las Entidades Estatales autónomas. Específicamente, el artículo 5 de la misma determinaba que no se aplicaba a las entidades oficiales de seguros sociales obligatorios y complementarios de la previsión social, sin perjuicio de la obligación de dar a conocer al Ministerio de Hacienda, cuando este lo considere oportuno, la cifra de sus ingresos, gastos e inversiones y de rendir anualmente al gobierno una memoria de su actuación. Ver Instituto de Reformas Sociales. (1906) *Instituto Nacional de Previsión y sus relaciones con las entidades similares: Proyecto de ley presentado al Gobierno en cumplimiento de la Real Orden de 27 de agosto de 1904. Información legislativa y bibliográfica y explicación técnica*.

la periférica en la que la figura del Gobernador Civil tenía un alcance y una dimensión de auténtico delegado del Estado en la provincia.

En la medida que todo este esquema se ha ido desmontando con la creación del sistema organizativo constitucional, la capacidad jerárquica debería haber dado paso a otros instrumentos que fueran válidos para la fijación de criterios únicos. Desde una visión general, el modelo en este ámbito de la salud pública sufre de forma evidente la fragmentación y no fue objeto de medidas horizontales de acuerdo o de coordinación desde instancias estatales.

A esta cuestión nos hemos referido ya en otra ocasión de una forma más detallada¹² en las que se demuestra que la tendencia se ha centrado en la vía sanitaria-prestacional y que los factores de sanidad pública desvinculados de los aspectos prestacionales y ligados a las políticas de prevención, conocimiento de necesidades y subvención de las mismas ha tenido una clara tendencia de debilitación que intenta superar la publicación, primero, de la Ley 33/2011, de 4 de octubre General de Salud Pública (en adelante LGSP) y, posteriormente, la llamada a la creación de un órgano específico para la regulación y la formulación de políticas públicas en el ámbito general de la salud y al margen, por tanto, de las determinaciones específicas del Sistema nacional de Salud en su aspecto prestacional.

Pero no es el momento de anticipar las conclusiones con carácter definitivo, sino de seguir analizando la formulación de las sucesivas normas y, entre ellas, claro está, la de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS en adelante), que es, sin duda, la clave del sistema sanitario.

No obstante, lo anterior y para que el conjunto de lo que se va a analizar tenga una coherencia jurídica mínima cabe recordar que la propia CE reconoce el derecho a la salud. Como hemos expuesto, la base de cualquier regulación de nuestro ordenamiento jurídico debe partir de las determinaciones y principios que se prevé en la Constitución española (en adelante, "CE"). En particular, dicho precepto dispone que:

- 1) Se reconoce el derecho a la protección de la salud.
- 2) Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.
- 3) Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo, facilitarán la adecuada utilización del ocio. (1978, art. 43)

En este sentido, la avanzada doctrina jurídica¹³ en la materia viene admitiendo la existencia de tres dimensiones en el art. 43 CE: i) el derecho a la salud; ii) el derecho a la protección de la salud, en sentido estricto; y iii) el derecho a la asistencia sanitaria.

La primera vertiente se encuadra en un derecho subjetivo y tiene por objetivo garantizar un ámbito de libertad y autonomía en relación con la salud de cada individuo. En segundo lugar, el derecho a la protección de la salud se configura como un derecho a acciones positivas del Estado o un derecho a prestaciones en sentido amplio. En este ámbito, se incluirían las acciones protectoras de seguridad y salud laboral, consumidores y usuarios o medidas frente al tabaquismo. La tercera vertiente parte de la lectura conjunta de los párrafos 1 y 2 del art. 43 CE. Supone la constitucionalización de un derecho

12 Véase Palomar Olmeda, A. y Vázquez Garranzo, J. (2021) *La protección de la salud: la necesidad de recomposición del sistema (Lecciones aprendidas durante la pandemia y propósito de enmienda)*, Thomson Reuters Aranzadi.

13 Véase a título de ejemplo, Hontangas Carrascosa, J. (2016) El derecho a la salud en el deporte, *Revista Española de Educación Física y Deportes*, (415), 91-95.

a la asistencia sanitaria en el marco de una institución pública denominada Sistema Nacional de Salud, esto es, el derecho a un conjunto de servicios y cuidados médico-sanitarios, fundamentados en la constitucionalización del Estado social y del mandato contenido en el art. 9.2 CE, pues mediante la asistencia sanitaria pública se garantiza que el individuo pueda desarrollarse libre y dignamente dentro de una comunidad social.

Cada una de estas tres posiciones fundamentales que conforman el genéricamente denominado derecho a la protección de la salud, tendrían un estatuto jurídico diferente. La posición más fuerte estaría constituida por el derecho a la salud, en conexión directa con el derecho a la integridad psicofísica del individuo (art. 15 CE), en el que la intervención del legislador se ve limitada por un contenido esencial, que vendría a coincidir con la intangibilidad de la integridad personal. En los casos del derecho a la protección de la salud y del derecho a la asistencia sanitaria, predomina la vertiente objetiva sobre la subjetiva, siendo necesaria la intervención del legislador para que éste conforme su contenido.

Pero esta vertiente objetiva en la que nos centramos es en palabras del Tribunal Constitucional (TC en adelante) un haz de principios que no está vacío de contenido, sino como un principio rector constitucional dirigido a orientar y determinar la actuación de los poderes públicos. Es el carácter vinculante o informador que tiene el derecho fundamental en su carácter colectivo de la salud, el que inspira su protección singular para determinados grupos de ciudadanos más vulnerables y que exigen una tutela reforzada, como el caso de la protección integral a los hijos y las madres que se consagra en el artículo 39 de la Constitución, incluyendo la atención sanitaria, mediante la previsión del bienestar y la atención de los problemas específicos de salud de los ciudadanos de la tercera edad, en el artículo 50 o a través de la defensa de la seguridad y salud de los consumidores y usuarios garantizada por los poderes públicos en el artículo 51.1.

Por lo tanto, la protección de la salud comprendería el conjunto de acciones de naturaleza protectora, preventiva y de fomento que actuarían como una garantía constitucional de la salud pública¹⁴.

A partir de este esquema podemos incidir en el desarrollo legal partiendo eso sí de que el artículo 149.1.13 de la CE configura como competencia estatal la determinación de las Bases de sanidad lo que habilita la creación de sistemas sanitarios para la gestión de la sanidad en el ámbito autonómico.

2.5. La Ley General de Sanidad de 1986

La Ley General de Sanidad (en adelante LGS) contiene diversos elementos que trataban, en aquel momento, de situarse en el marco de una actuación sanitaria global. Basta para ello analizar el mandato que el artículo 6º realizaba a las Administraciones Públicas Sanitarias y según el cual el conjunto de las actuaciones está orientado a:

- 1) A la promoción de la salud.
- 2) A promover el interés individual, familiar y social por la salud mediante la adecuada educación sanitaria de la población.
- 3) A garantizar que cuantas acciones sanitarias se desarrolle estén
- 4) dirigidas a la prevención de las enfermedades y no sólo a la curación de estas.
- 5) A garantizar la asistencia sanitaria en todos los casos de pérdida de la salud.

14 Véase Cierco Seira, C. (2006) *Administración Pública y salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, Editorial Comares.

- 6) A promover las acciones necesarias para la rehabilitación funcional y reinserción social del paciente (...). (1986)

Posteriormente, el propio artículo establecía que «(...) 2. En la ejecución de lo previsto en el apartado anterior, las Administraciones públicas sanitarias asegurarán la integración del principio de igualdad entre mujeres y hombres, garantizando su igual derecho a la salud (...)» (1986, art. 6).

Se trata, por tanto, de un mandato más general que el propiamente asistencial o reparador que va vinculado a la definición del sistema sanitario público al que se le atribuye, en el artículo 45 de la LGS, la siguiente determinación «(...) El Sistema Nacional de Salud integra todas las funciones y prestaciones sanitarias que, de acuerdo con lo previsto en la presente Ley, son responsabilidad de los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud (...»).

Desde una perspectiva funcional, el artículo 44 señala que «(...) El Sistema Nacional de Salud es el conjunto de los Servicios de Salud de la Administración del Estado y de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas en los términos establecidos en la presente Ley (...»).¹⁵

A partir de este esquema conceptual, el artículo 49 de la LGS establece el mandato de que las Comunidades Autónomas organicen sus Servicios de Salud de acuerdo con los principios a los que se refiere la LGS.

En este momento, solo con lo que se acaba de indicar, ya surge una cuestión central: la vertebración sistemática real del conjunto de Servicios de Salud que fueran estableciendo las Comunidades Autónomas en ejecución del mandato al que nos hemos referido. La vertebración real no resultó sencilla porque los sistemas autonómicos de salud son fruto de la transferencia inicial de servicios, pero, sobre todo, de la decisión política posterior que acaba determinando concepciones diferentes y sensibilidades que también lo son, pero respetando siempre las obligaciones del Sistema Nacional de Salud (SNS en adelante) y el cumplimiento de la cartera de servicios y demás obligaciones. Es en este esquema donde surgen problemas de mayor o menor calidad, de extensión prestacional, de mayor o menor inversión, de mayor o menor atracción y retención de talento y donde, por tanto, el verdadero reto es la concepción sistemática.

Desde la propia creación del SNS la idea de la coordinación late en la propia conformación del modelo legal. Es suficiente con recordar lo que señalaba el preámbulo de la norma al indicar que:

(...) puede decirse sin hipérbole que la necesidad de proceder a una reforma del sistema que supere el estado de cosas descrito se ha visto clara por todos cuantos han tenido responsabilidades en el ramo de la Sanidad, desde el día siguiente a la aprobación de la Ley de Bases de 1944. Probaría este aserto una indagación sumaria de los archivos de la

15 Desde una perspectiva funcional, el artículo 46 señala que «(...) Son características fundamentales del Sistema Nacional de Salud:

- a) La extensión de sus servicios a toda la población.
- b) La organización adecuada para prestar una atención integral a la salud, comprensiva tanto de la promoción de la salud y prevención de la enfermedad como de la curación y rehabilitación.
- c) La coordinación y, en su caso, la integración de todos los recursos sanitarios públicos en un dispositivo único.
- d) La financiación de las obligaciones derivadas de esta Ley se realizará mediante recursos de las Administraciones Públicas, cotizaciones y tasas por la prestación de determinados servicios.
- e) La prestación de una atención integral de la salud procurando altos niveles de calidad debidamente evaluados y controlados».

Administración; donde pueden encontrarse sucesivos intentos de reforma que, sin embargo, no han visto otra luz que la de los despachos de los Ministerios.

Ante la imposibilidad o la falta de convicción en la necesidad de organizar un sistema sanitario que integrase tantas estructuras dispersas, se ha asentado la idea de que, manteniendo separadas las diversas estructuras sanitarias públicas, la coordinación podría ser la respuesta a las necesidades de racionalización del sistema. El ensayo es ya viejo. Se intenta implantar primero en el ámbito de las Administraciones locales con la Ley de Coordinación Sanitaria de 11 de junio de 1934. Luego, con carácter más general y también en el ámbito de los servicios centrales, con la Ley de Hospitales de 21 de julio de 1962, y mediante la creación de un extensísimo número de Comisiones Interministeriales, que fluyen como un verdadero aluvión, planteando al final el problema de coordinar a los órganos coordinadores (...). (1986)

Es difícil encontrar en un preámbulo de una norma legal un diagnóstico más certero y, sobre todo, más claro. El modelo al que nos hemos referido en los apartados anteriores es un modelo plurimórfico y heterogéneo que es la clave del diagnóstico que acabamos de transcribir.

Es cierto, sin embargo, que esta norma de 1986 se produce ya en pleno estado constitucional y, por ello, con las transferencias sanitarias a las Comunidades Autónomas hechas total o parcialmente y, por tanto, con la creación de modelos sanitarios autóctonos en el conjunto de las materias sanitarias. Esto obligaba a "reconvertir el modelo de gestión" porque la presencia real de la Administración General del Estado en el ámbito de la prestación directa de la actividad sanitaria es, precisamente, el que es objeto de transferencia.

Con carácter previo podemos decir que la transformación a la que nos referimos en el apartado anterior propicia un cambio notable que se traduce en la pérdida de la referencia jerárquica como elemento de vertebración del sistema. El paradigma de sustitución es la planificación conjunta que, como se verá, seguidamente, es uno de los fracasos más evidentes de la ordenación conjunta de las relaciones en esta materia.

El esquema de planificación puede nuclearse de la siguiente forma:

A) Los planes de salud

Como señalábamos, la LGS se refiere, específicamente, a los planes de salud como la fórmula de conjugar los diferentes intereses de los sistemas sanitarios.

a. Los de coordinación del Estado

La figura inicial de los planes de salud contenida, en el artículo 70 LGS, podemos vertebrarla desde dos referencias diferenciales en punto al contenido y a la propia naturaleza jurídica. De un lado, se conciben los planes de salud como el instrumento de las inversiones y acciones sanitarias a desarrollar anual o plurianualmente. De otro, se conciben como un instrumento de la coordinación sanitaria que, en expresión del artículo 70, incluye las siguientes materias:

- (...) a) El establecimiento con carácter general de índices o criterios mínimos básicos y comunes para evaluar las necesidades de personal, centros o servicios sanitarios, el inventario definitivo de recursos institucionales y de personal y los mapas sanitarios nacionales.
- b) La determinación de fines u objetivos mínimos comunes en materia de prevención, protección, promoción y asistencia sanitaria.

- c) El marco de actuaciones y prioridades para alcanzar un sistema sanitario coherente, armónico y solidario.
- d) El establecimiento con carácter general de criterios mínimos básicos y comunes de evaluación de la eficacia y rendimiento de los programas, centros o servicios sanitarios (...). (1986)

Sin embargo, la idea inicial que vincula los planes con la coordinación no es del todo exacta en la formulación de la LGS ya que cuando el artículo 70 regula que la formulación de la coordinación no la vincula directamente a los Planes, sino que la sitúa en el marco de la decisión del Gobierno. Los planes son el presupuesto para la adopción de decisiones acertadas, pero la responsabilidad de la coordinación es del Gobierno que debe tener en cuenta lo que señalan los planes. Sin embargo, no está vinculado ni por sus determinaciones ni, sobre todo, por los medios para conseguirlas.

En este sentido, el apartado 3 del artículo 70 señala que: «(...) El Gobierno elaborará los criterios generales de coordinación sanitaria de acuerdo con las previsiones que le sean suministradas por las Comunidades Autónomas y el asesoramiento y colaboración de los sindicatos y organizaciones empresariales (...).»

De una forma más explícita aún, el apartado 4 del artículo 70 señala que:

(...) Los criterios generales de coordinación aprobados por el Estado se remitirán a las Comunidades Autónomas para que sean tenidos en cuenta por éstas en la formulación de sus planes de salud y de sus presupuestos anuales. El Estado comunicará asimismo a las Comunidades Autónomas los avances y previsiones de su nuevo presupuesto que puedan utilizarse para la financiación de los planes de salud de aquéllas (...). (1986)

Este precepto es el que nos sitúa ante un elemento central: la coordinación se decide por la AGE, en función de la información suministrada por las Comunidades Autónomas y, posteriormente, se remite a estas para su inclusión en los planes de salud. Esta fórmula es la que justifica la cuestión que planteábamos al principio, esto es, la inclusión en un mismo precepto del concepto de plan de salud y la actividad de coordinación de la AGE.

No es sencillo encontrar ejemplos del ejercicio de esta función, pero, en todo caso, cabe indicar que algunos instrumentos centrales para su operatividad como la información no fueron objeto de una determinación específica ni de una ejecución realmente ordenada que permitiera el cumplimiento en los términos que se han expuesto.

b. Los de carácter conjunto

Están previstos en el artículo 71 de la LGS que admite que «(...) 1. El Estado y las Comunidades Autónomas podrán establecer planes de salud conjuntos. Cuando estos planes conjuntos impliquen a todas las Comunidades Autónomas, se formularán en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (...).»

Esto nos permite, a su vez, diferenciar entre planes conjunto de carácter bilateral o plurilateral y planes conjuntos para todas las Comunidades Autónomas. En este último caso se “formulan” en el Consejo Interterritorial de Salud.

En punto a su tramitación, el apartado 2 del artículo señalaba que:

(...) 2. Los planes conjuntos, una vez formulados, se tramitarán por el Departamento de Sanidad de la Administración del Estado y por el órgano competente de las Comunidades Autónomas, a los efectos de obtener su aprobación por los órganos legislativos correspondientes, de

acuerdo con lo establecido en el artículo 18 de la Ley orgánica para la Financiación de las Comunidades Autónomas (...).

c. Planes autonómicos con financiación de la Administración General del Estado

Están previstos en el artículo 72 de la LGS cuando señala que: «(...) Las Comunidades Autónomas podrán establecer planes en materia de su competencia en los que se proponga una contribución financiera del Estado para su ejecución, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 158.1 de la Constitución (...)» (1986).

B) Delimitación específica del concepto de coordinación

Más allá de su vinculación instrumental, en los términos que se acaban de indicar, el artículo 73 de la LGS trata de regular, de forma más clara, el concepto de coordinación que, en el plano teórico, era uno de los elementos nucleares del sistema de nueva creación que supone la LGS.

Específicamente, el precepto citado, señala que:

1. La coordinación general sanitaria se ejercerá por el Estado, fijando medios y sistemas de relación para facilitar la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las Administraciones Públicas sanitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias, de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del Sistema Nacional de Salud (...).

Esto nos permite indicar que el objetivo de la coordinación, según el precepto transcrita, es: fijación de medios y sistema de relación para facilitar la información, homogeneidad técnica de determinados aspectos y acción conjunta de las Administraciones públicas sanitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias. Más allá, por tanto, de la referencia directa de los aspectos informativos la coordinación de la LGS era genérica. Se intuía su necesidad, pero no se concretaban sus medios y sus formas.

En todo caso, es conveniente indicar que el titular de la competencia de coordinación era —directamente— el Gobierno o, en su conjunto, la Administración General del Estado.

C) El producto real de la coordinación: el Plan integrado de salud

Está previsto en el artículo 74 de la LGS que:

(...) 1. El Plan Integrado de Salud, que deberá tener en cuenta los criterios de coordinación general sanitaria elaborados por el Gobierno de acuerdo con lo previsto en el artículo 70, recogerá en un documento único los planes estatales, los planes de las Comunidades Autónomas y los planes conjuntos. Asimismo, relacionará las asignaciones a realizar por las diferentes Administraciones Públicas y las fuentes de su financiación.

2. El Plan Integrado de Salud tendrá el plazo de vigencia que en el mismo se determine (...).

En punto a su confección se establecía:

- Las Comunidades Autónomas remitirán los proyectos de planes aprobados por los Organismos competentes de las mismas.
- Una vez comprobada la adecuación de los Planes de Salud de las Comunidades Autónomas a los criterios generales de coordinación, el Departamento de Sanidad de la Administración del Estado confeccionará el Plan Integrado de Salud, que contendrá las especificaciones establecidas en el artículo 74 de la presente Ley.

Y, en lo referente a su aprobación, es el artículo 76 de la LGS el que señalaba que:

- (...)1. El Plan Integrado de Salud se entenderá definitivamente formulado una vez que tenga conocimiento del mismo el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, que podrá hacer las observaciones y recomendaciones que estime pertinentes. Correspondrá al Gobierno la aprobación definitiva de dicho Plan.
2. La incorporación de los diferentes planes de salud estatales y autonómicos al Plan Integrado de Salud implica la obligación correlativa de incluir en los presupuestos de los años sucesivos las previsiones necesarias para su financiación, sin perjuicio de las adaptaciones que requiera la coyuntura presupuestaria (...)¹⁶. (1986)

Desde una perspectiva reglamentaria se adopta el RD 938/1989, de 21 de julio, que establece el procedimiento para la aprobación de los Planes Integrales.

En relación con la funcionalidad real de este esquema de planificación, señalaron Sala Arquer y Villar Rojas que:

(...) Los criterios de coordinación general no han sido aprobados por el Estado. Es cierto que, en sesiones celebradas el 5 de julio de 1988 y el 19 de julio de 1989, el Pleno del Consejo Interterritorial de Salud aprobó, como un documento de mínimos, genérico en su contenido, y abierto a las aportaciones de cualquier Comunidad Autónoma, los "criterios generales de coordinación sanitaria". Pero no lo es menos que, a la luz de la jurisprudencia constitucional que equipara la coordinación con las bases en cuanto a su formalización, la existencia y exigibilidad de esos criterios precisaría su aprobación por órgano competente y su ulterior publicación en diario oficial; algo que sigue sin producirse. Tan es así que sólo en la exposición de motivos del Plan de Salud de Castilla León se mencionan esos acuerdos y esos criterios. En cuanto a la planificación integrada, en julio de 1991 fue discutido en el Consejo Interterritorial un documento denominado "Plan Integrado de Salud", pero no llegó a más. No existe ese Plan Integrado ni, por tanto, tampoco se han cumplido las previsiones legales sobre el mismo. La dificultad de aprobar un documento de problemas que enfrenta su aprobación son comunes (...).¹⁷ (2002, p. 89)

Y como consecuencia de lo anterior, concluyen, acertadamente, que:

A modo de balance, los datos expuestos permiten sostener que el Estado o bien ha renunciado, o bien no ha podido ejercer, las competencias que le corresponden en materia de coordinación sanitaria general; al menos según las previsiones recogidas en la Ley General de Sanidad. Con todo, es innegable que por la vía de acordar criterios, índices y reglas comunes en el Consejo Interterritorial de Salud —los cuales, como se expuso, hacen suyas las Comunidades

16 Esta regulación se completaba con la prevista en punto a su modificación en el artículo 77 de la LGS cuando señalaba que:

(...) 1. El Estado y las Comunidades Autónomas podrán hacer los ajustes y adaptaciones que vengan exigidos por la valoración de circunstancias o por las disfunciones observadas en la ejecución de sus respectivos planes.

2. Las modificaciones referidas serán notificadas al Departamento de Sanidad de la Administración del Estado para su remisión al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

3. Anualmente, las Comunidades Autónomas informarán al Departamento de Sanidad de la Administración del Estado del grado de ejecución de sus respectivos planes. Dicho Departamento remitirá la citada información, junto con la referente al grado de ejecución de los planes estatales, al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (...).

17 Véase Sala Arquer, J. y Villar Rojas, F. (2002). Análisis de la cooperación en un sector determinado. La sanidad pública, Derecho y Salud, 10 (1), 79-94.

Autónomas— sí que, materialmente, se ha actuado la competencia de coordinación¹⁸. (Sala Arquer y Villar Rojas, 2002, p. 89)

2.6. Aproximación al modelo en sus conclusiones más relevantes

La configuración sistémica del SNS era un reto. Dicho esto, que a estas alturas parece una obviedad, podemos señalar que el SNS ha funcionado razonablemente en una situación de crisis o de emergencia como la que estamos viviendo, pero ha dejado profundas huellas sobre la existencia de mínimos elementos de vertebración común y sobre la capacidad —no solo asistencial— de hacer frente a nuevas situaciones de emergencia. Esto ha puesto de manifiesto, esencialmente, la falta de capacidad ejecutiva.

Podemos intentar extraer algunas conclusiones de la regulación planteada:

- 1) El modelo propuesto tiene una referencia bifásica. El papel del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (CISNS en adelante) era de validación y constatación, pero no de aprobación en lo que se refiere a la salud pública y de coordinación y planificación en el ámbito del SNS. Esta presentación en dos sectores o ámbitos diferenciados ha resultado una de las características más perceptible del desarrollo del sistema.
- 2) La figura central era la de los planes conjuntos de salud que buscaban la fijación de objetivos comunes entre la AGE y las Comunidades Autónomas. La experiencia demuestra que la coordinación ligada a la planificación no ha tenido el empuje ni la determinación suficiente para identificar al modelo. Es cierto que no ha faltado quien ha indicado que el problema no era de coordinación que —como tal— existió, sino de instrumentos jurídicos y, finalmente, que la planificación¹⁹ no llegó a tener la entidad que la norma preveía.
- 3) El Estado nunca aprobó los criterios de coordinación, lo que trajo como consecuencia que todo el esquema en cascada de la planificación al que nos hemos referido no tuviera un contenido real.

Estas consideraciones que acaban de hacerse nos sitúan en un plano en el que se perciben: de un lado, la necesidad de buscar elementos de homogeneización; y, de otro, la de la insuficiencia de los instrumentos de planificación para resolver esta cuestión. Probablemente es esto lo que justifica la reforma de la LCo que pasamos a analizar.

2.7. La Ley de Cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud

En el estado de cosas que se ha descrito cabe indicar que el sistema en su conjunto, no solo el SNS, comenzaba a dar muestras evidentes de dificultad. De ahí que a primeros de los años 2000 —en concreto, en 2003— se aprueba un paquete de normas que tratan de relanzar la estructura central

18 *Ibidem*.

19 Sala Arquer J., y Villar Rojas, F., señalan que «(...) En fin, con estos datos, bien puede afirmarse que el Consejo Interterritorial cumple, esencialmente, el papel de órgano consultivo de las autoridades sanitarias estatales, con la participación de las Comunidades Autónomas. Es la legislación estatal la que se debate. En algún momento, más que una Conferencia Sectorial, recuerda a un órgano colegiado estatal con participación autonómica (art. 5.1, segundo párrafo, de la Ley de Procedimiento Administrativo Común). Estas dudas, sin embargo, no deben llevar a equívoco. Ni la dificultad para encasillar a este órgano, ni su insuficiente régimen jurídico, pueden ocultar una realidad indiscutible: desde su constitución, el Consejo Interterritorial ha cumplido sobradamente su función como lugar de intercambio y debate entre los responsables de los distintos servicios de salud, autonómicos y estatal (...).» (2002, p. 85). Véase también Beltrán Aguirre, J. (2003). Anotaciones a la Ley de cohesión y calidad del sistema nacional de salud, *Derecho y salud*, 11 (2), 123-140.

y organizada de un sistema que se ejecuta territorialmente, pero que forma parte de un servicio de cobertura nacional.²⁰

Estas tres leyes son: Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (LCo en adelante); Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las Profesiones sanitarias; y Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud²¹. Un enorme impulso normativo, en general bien orientado y con una realización ciertamente escasa.

Debido a la materia que se aborda en el presente trabajo vamos a analizar la LCo cuyo título demuestra, claramente, que en la mentalidad del legislador surge necesariamente la idea de la cohesión porque el efecto desvertebrador, al que nos venimos refiriendo, de la creación de modelos autonómicos en las Comunidades Autónomas, era más que perceptible.

2.7.1. Consideraciones de carácter general

La LCo supuso un cambio en el paradigma que acabamos de indicar en los apartados anteriores. Así lo señalaba el Preámbulo de esta cuando indicaba que:

La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, dio respuesta y desarrollo a estas previsiones constitucionales, estableciendo los principios y criterios sustantivos que han permitido configurar el Sistema Nacional de Salud: el carácter público y la universalidad y gratuitad del sistema ; (sic) la definición de los derechos y deberes de ciudadanos y poderes públicos en este ámbito ; (sic) la descentralización política de la sanidad ; (sic) la integración de las diferentes estructuras y servicios públicos al servicio de la salud en el Sistema Nacional de Salud y su organización en áreas de salud, y el desarrollo de un nuevo modelo de atención primaria que ponía el énfasis en la integración en este nivel de las actividades asistenciales y de prevención, promoción y rehabilitación básica.

Asimismo, la ley creó el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud como órgano coordinador entre las comunidades autónomas y la Administración General del Estado, que ha realizado una importante labor tanto en el fomento del consenso como en la difusión de experiencias y en el aprendizaje mutuo entre niveles de gobierno.

(...), ley ofrece mecanismos de cooperación y coordinación tanto en la organización de la asistencia sanitaria como en salud pública. En asistencia sanitaria se regulan los planes integrales de salud, para que las Administraciones sanitarias adopten un enfoque integral en la atención a las enfermedades más prevalentes. En salud pública se identifican aquellos ámbitos en los que se requiere un enfoque conjunto.

Para que ello sea factible, la ley diseña una serie de instrumentos para tomar aquellas decisiones que corresponde asumir conjuntamente al Estado y a las comunidades autónomas. De esta forma, la ley crea o potencia órganos especializados, que se abren a la participación de las comunidades autónomas ; (sic) así, la Agencia de Evaluación de Tecnologías, la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, la Comisión de Recursos Humanos, la Comisión Asesora de Investigación en Salud, el Instituto de Salud Carlos III, el Instituto de Información Sanitaria, la Agencia de Calidad del Sistema Nacional de Salud y el Observatorio del Sistema Nacional de Salud.

20 Véase Pemán Gavín, J. (2005) La nueva configuración del Sistema nacional de Salud tras la Ley de Cohesión y Calidad (Ley 16/2003, de 28 de mayo), *Revista Vasca de Administración Pública*, (71), 173-222.

21 En relación con el tema, ver al respecto Pérez Gálvez, J. (2004) *Comentarios al Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de Salud. Con jurisprudencia y formularios*, Bosch.

El órgano básico de cohesión es el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, al que se dota de mayor agilidad en la toma de decisiones y de mecanismos para la búsqueda de consensos, así como para la vinculación entre las partes en la asunción de estas decisiones. Junto al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud se sitúa la Alta Inspección, a la que se atribuye el seguimiento de los acuerdos de aquél, entre otras funciones.²²

En definitiva, la ley busca la colaboración de las Administraciones públicas sanitarias con la finalidad de mejorar el funcionamiento del Sistema Nacional de Salud. La equidad, la calidad y la participación como objetivos comunes, las actuaciones en los diferentes ámbitos y los instrumentos para llevarlas a cabo constituyen el núcleo básico del Sistema Nacional de Salud y lo que proporciona unos derechos comunes a todos los ciudadanos.

En este marco de consideraciones generales y previas podríamos señalar un efecto que se percibe con claridad: la tendencia a centrar los debates en la asistencia sanitaria. Los aspectos más genéricos, referidos a la salud pública, no tienen una mención directa y las que se encuentran se centran, prácticamente, en la asistencia sanitaria que no es, claro está, sino una parte de una política más amplia que en función de su dispersión inicial no ha encontrado, tampoco, una forma de articular una visión común.

2.7.2. Naturaleza jurídica y régimen de funcionamiento del CISNS

Uno de los elementos más característicos de la presencia del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (CISNS en adelante) en el ámbito de la actividad de coordinación es, precisamente, el desplazamiento organizativo del papel del Estado —que habíamos puesto de manifiesto con claridad frente al CISNS— a una conferencia sectorial.

En la actualidad, el régimen jurídico de las conferencias sectoriales se regula en los artículos 147 y ss. de la LRJSP. Específicamente, su artículo 147 cuando señala que:

1. La Conferencia Sectorial es un órgano de cooperación, de composición multilateral y ámbito sectorial determinado, que reúne, como presidente, al miembro del Gobierno que, en representación de la Administración General del Estado, resulte competente por razón de la materia, y a los correspondientes miembros de los Consejos de Gobierno, en representación de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla.

La naturaleza jurídica del CISNS es, conforme a las previsiones de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, la de una Conferencia Sectorial, ya que reúne todos los requisitos establecidos por esta norma para tal consideración, aunque en este caso, como el Consejo de Política Fiscal y Financiera o el Consejo General de la Ciencia y la Tecnología, exista una ley estatal, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del SNS, que lo regula, de manera compatible y coherente con la citada Ley 40/2015, de 1 de octubre.²³

-
- 22 No es el momento de un análisis más profundo, pero conviene indicar que uno de los efectos más palpables del desarrollo constitucional ha sido la falta de definición del concepto de alta inspección y su propia relevancia, incluso nominal, en la estructura orgánica del Ministerio de Sanidad. Esta cuestión la hemos desarrollado en Palomar Olmeda, A. y Vázquez Garranzo, J. (2021), cit., p. 146.
- 23 Véase Sala Arquer, J., y Villar Rojas, F. (2002) señalan que «Con este escaso bagaje legal, cualquier conclusión sobre la naturaleza jurídica de este órgano del Sistema Nacional de Salud resulta arriesgada; la duda es si se trata de un ejemplo particular de Conferencia Sectorial o si es un órgano colegiado estatal con representantes autonómicos. Los datos que hacen del Consejo Interterritorial una organización singular los son siguientes: -Su creación se produjo “ope legis”, no por acuerdo interadministrativo, como ocurre con las Conferencias bre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Pero también fue creada por Ley la Conferencia Sectorial para Asuntos relacionados con las Comunidades Europeas (Ley 2/1997, de 13 de marzo). -No es un órgano de la Administración General del Estado, sino que lo es del Sistema Nacional de Salud – que, a su vez, es la suma de los servicios de salud-,

Lo que resulta relevante destacar es que el sistema ha variado de sujeto activo, de la Administración General del Estado, a un órgano de relación interadministrativa con la condición de conferencia sectorial.

Sobre el sistema de adopción de acuerdos, según el artículo 73 de la Ley de cohesión y calidad del SNS, los acuerdos del Consejo se plasmarán a través de recomendaciones que se aprobarán, en su caso, por consenso.

Los acuerdos de cooperación para llevar a cabo acciones sanitarias conjuntas se formalizarán mediante convenios del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

En punto a los acuerdos, el artículo 14 establece que:

(...) Los acuerdos del Consejo en relación con las materias que expresamente se determinan en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud se plasmarán a través de recomendaciones, que se aprobarán, en su caso, por consenso. 2. Los acuerdos de cooperación para llevar a cabo acciones sanitarias conjuntas se formalizarán mediante convenios del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (...).

Este régimen se completa con la regulación de unas denominadas “actuaciones coordinadas” que analizamos seguidamente no sin antes indicar que, como acaba de verse, la esencia funcional de las Comisiones es la cooperación —de hecho, ampliamente desarrollada en la LRJSP—. En este punto podemos indicar que existe, por tanto, una especialidad en el supuesto del CISNS que consiste en que, pese a su condición de conferencia sectorial, asume vía ley especial (LCo) funciones de mayor o menor intensidad en el desarrollo de la función de coordinación de los sistemas que aquélla atribuye al Ministerio de Sanidad. Se refuerza así, como hemos apuntado, la configuración sui generis del CISNS frente a la regulación más común del resto de conferencias sectoriales.

2.7.3. Delimitación material del marco de relaciones interadministrativas que corresponde al CISNS

Más allá de las determinaciones generales que acaban de plantearse sobre el régimen jurídico de los acuerdos y de funcionamiento del CISNS podemos, ahora centrarnos en el análisis competencial determinado en el artículo 71 de la LCo. El estudio, adelantémoslo ya, permite fundar la conclusión a la que nos referímos al final del apartado anterior, esto es, la condición de conferencia sectorial sui generis del CISNS.

Empecemos por recordar que es el propio artículo 71 el que señala el régimen de competencias e intenta precisar el funcionamiento. De esta forma podemos indicar que el artículo diferencia entre: A) Funciones esenciales en la configuración del Sistema Nacional de Salud; B) Funciones de asesoramiento, planificación y evaluación en el SNS; C) Funciones en relación con la coordinación del SNS; y D) Funciones de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

sin que tenga adscripción a Administración alguna. No obstante, la Secretaría Permanente del Consejo, que le sirve de soporte administrativo y de vehículo de comunicación entre sus miembros, sí que es un órgano integrado en el Ministerio de Sanidad (art. 11 del R.D. 1450/2000, de 28 de julio, que desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad). -En cuanto a su funcionamiento, los acuerdos que adopta no vinculan las competencias autonómicas ni estatales, salvo que las asuman como propias, igual que ocurre con cualquier Conferencia Sectorial (art. 5.5 y 8.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común). Sin embargo, el modo de llegar a esos acuerdos es peculiar: se aprueban por asentimiento de los miembros, siempre que ninguno exprese su parecer contrario 14. No existe un mecanismo ni de formalización, ni de publicación de esos acuerdos. -Pese a que, de acuerdo con la Ley, el Consejo Interterritorial se presenta como un órgano que puede ejercer competencias de coordinación y planificación, a lo largo de estos años ha desempeñado una función análoga a las Conferencias Sectoriales (...)» (p. 84).

Una vez enunciadas podemos diferenciarlas por razón de la materia, respectivamente, atribuida y por la técnica competencial que determina el funcionamiento del CISNS.

A) Funciones esenciales en la configuración del SNS²⁴

La característica central es que en la delimitación funcional hay cuestiones claramente sanitarias (desarrollo de la cartera de servicios, establecimiento de prestaciones sanitarias complementarias, criterios de acceso a las prestaciones, apertura y puesta en funcionamiento de centros sanitarios, servicios de referencia, colaboración de las oficinas de farmacia, convocatorias de los profesionales) junto con otras más susceptibles de ser incluidas en el concepto de salud pública (investigación, información recíproca, planes integrales, sistema de financiación, etc.).²⁵

Lo relevante de este apartado es que incluye entre las competencias del CISNS las siguientes: «a) declaración de la necesidad de realizar las actuaciones coordinadas en materia de salud pública a las que se refiere esta ley», y «m) La aprobación de los planes integrales a los que se refiere esta ley».

Lo curioso no es que aparezca la competencia, sino que viene precedida de la determinación genérica del propio artículo 71 cuando señala que: «(...) El Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud conocerá, debatirá y, en su caso, emitirá recomendaciones sobre las siguientes materias (...).».

-
- 24 Textualmente, en relación con esta cuestión, señala el artículo 71 que son las siguientes:
- «a) El desarrollo de la cartera de servicios correspondiente al Catálogo de Prestaciones del Sistema Nacional de Salud, así como su actualización.
 - b) El establecimiento de prestaciones sanitarias complementarias a las prestaciones básicas del Sistema Nacional de Salud por parte de las comunidades autónomas.
 - c) El uso tutelado al que se refiere el artículo 22 de esta ley.
 - d) Los criterios marco que permitan garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones del Sistema Nacional de Salud.
 - e) Las garantías mínimas de seguridad y calidad para la autorización de la apertura y puesta en funcionamiento de los centros, servicios y establecimientos sanitarios.
 - f) Los servicios de referencia del Sistema Nacional de Salud.
 - g) Los criterios generales y comunes para el desarrollo de la colaboración de las oficinas de farmacia, por medio de conciertos que garanticen a los ciudadanos la dispensación en condiciones de igualdad efectiva en todo el territorio nacional, independientemente de su comunidad autónoma de residencia.
 - h) Los criterios básicos y condiciones de las convocatorias de profesionales que aseguren su movilidad en todo el territorio del Estado.
 - i) La iniciativa sectorial de investigación en salud.
 - j) Los criterios, sistemas y medios de relación que permitan la información recíproca en el Sistema Nacional de Salud, así como los criterios de seguridad y accesibilidad del sistema de información.
 - k) Los criterios para la elaboración y evaluación de las políticas de calidad elaboradas para el conjunto del Sistema Nacional de Salud.
 - l) La declaración de la necesidad de realizar las actuaciones coordinadas en materia de salud pública a las que se refiere esta ley.
 - m) La aprobación de los planes integrales a los que se refiere esta ley.
 - n) Los criterios generales sobre financiación pública de medicamentos y productos sanitarios y sus variables.
 - ñ) El establecimiento de criterios y mecanismos en orden a garantizar en todo momento la suficiencia financiera del sistema y el carácter equitativo y de superación de las desigualdades que lo definen, sin perjuicio de las competencias del Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas.
 - o) La definición de objetivos y estrategias de funcionamiento de los organismos y restantes estructuras de apoyo dependientes del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.
 - p) Cualquier otra función que le atribuya ésta u otras disposiciones de carácter esencial para la configuración del Sistema Nacional de Salud».
- 25 Véase Pérez Gálvez, J. (2002). Aproximación metodológica y conceptual a los centros, servicios y establecimientos sanitarios, Revista Andaluza de Administración Pública, (47), 261-294.

Esto nos permite indicar que la LCo sitúa la competencia de coordinación general en el ámbito general que incluye debate y formulación de recomendaciones.²⁶

B) Funciones de asesoramiento, planificación y evaluación en el SNS²⁷

Incluye las funciones de evaluación del SNS, la evaluación de actividades y la formación de propuestas, las líneas generales del programa formativo de los profesionales, la memoria del sistema, el plan de actuaciones y resultados, y el asesoramiento y la planificación del SNS.

Al lado de estas competencias se incluye una más genérica e insita en materia de salud pública que consiste en «Los planes y programas sanitarios, especialmente los que se refieren a la promoción de la salud y la prevención de la enfermedad, que impliquen a todas o a una parte de las comunidades autónomas (...).».

C) Funciones en relación con la coordinación del SNS

Estas menciones explícitas a la competencia de coordinación, aunque referidas al SNS, son las siguientes:

- a) El seguimiento de las acciones de coordinación a las que se refiere el artículo 65 LCo.

Es ciertamente curiosa la referencia porque, tal y como se analiza en otro apartado, la función del CISNS respectos de las funciones de coordinación del artículo 65 va —como se ve— más allá del seguimiento ya que, cuando no tienen la condición de urgentes cabe, incluso, que el acuerdo opere como presupuesto necesario (eventualmente, incluso, vinculante) de la actuación del Ministerio lo que, claro está, es algo más que el seguimiento que, en un plano interpretativo lógico, opera por propia esencia *a posteriori* de la decisión.

26 Una recopilación de las ponencias presentadas en las Jornadas sobre Coordinación General Sanitaria organizadas por el CISNN, celebradas en Madrid en 1988. Ver Ministerio de Sanidad y Política Social (1989). *Jornadas sobre Coordinación General Sanitaria*.

27 Son las previstas en el apartado 2 del artículo 71 de la LCo cuando señala que: «2. En relación con funciones de asesoramiento, planificación y evaluación en el Sistema Nacional de Salud:

La evolución de los planes autonómicos de salud y la formulación de los planes conjuntos y del Plan integral de salud a que se refieren los artículos 71 y 74 siguientes de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

La evaluación de las actividades y la formación de propuestas que permitan una planificación estratégica del sector farmacéutico -industria, distribución y oficinas de farmacia- con el fin de que dichas actividades se adecuen a las necesidades del Sistema Nacional de Salud y de los ciudadanos en materia de medicamentos y prestación farmacéutica.

Los planes y programas sanitarios, especialmente los que se refieren a la promoción de la salud y la prevención de la enfermedad, que impliquen a todas o a una parte de las comunidades autónomas.

Las líneas genéricas del programa formativo de los profesionales del Sistema Nacional de Salud, así como los criterios básicos de acreditación de centros y servicios para la docencia de postgrado y para la evaluación de la competencia.

La evaluación de las políticas de calidad implementadas en el seno del Sistema Nacional de Salud y la evaluación de la eficacia, eficiencia y seguridad de las nuevas técnicas, tecnologías y procedimientos que resulten relevantes para la salud y la atención sanitaria.

La memoria anual sobre el funcionamiento del Sistema Nacional de Salud.

El plan de actuaciones y los resultados que arroje la gestión de los organismos o estructuras dependientes del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

En materia de asesoramiento, planificación y evaluación en el Sistema Nacional de Salud, cualquiera otra función que le atribuya esta u otras disposiciones(...).».

- b) Los asuntos en materia de sanidad, asistencia sanitaria, productos farmacéuticos y consumo para conformar, de manera coordinada, la voluntad del Estado en el seno de las Comunidades Europeas en estas materias, así como coordinar la implantación en el Sistema Nacional de Salud de las medidas, decisiones y orientaciones adoptadas en las Comunidades Europeas.

En este punto se trata de una competencia ciertamente específica muy en la línea general de la Conferencia Sectorial para Asuntos relacionados con la Unión Europea²⁸ a la que se atribuye la participación en la formación de la posición negociadora del Estado español ante la Unión Europea. En este marco, pero con referencia específica al ámbito de la salud se ubica la competencia a la que se refiere este apartado que, realmente, lo que busca es establecer un planteamiento común en relación con la respectiva materia.

- c) Los criterios para coordinar los programas de control de calidad y seguridad de los medicamentos establecidos por el Ministerio de Sanidad y Consumo, y las comunidades autónomas

Esta competencia trata de situarse en el marco de la política de medicamentos en cuanto productos de uso común en el conjunto del territorio y, en concreto, en el señalamiento de programas de control de calidad y seguridad que afecten al conjunto de estos.

- d) Los principios generales de coordinación respecto a los requisitos comunes y las condiciones para la financiación y desarrollo de los ensayos clínicos en el Sistema Nacional de Salud

Es el Real Decreto 1090/2015, de 4 de diciembre, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, los Comités de Ética de la Investigación con medicamentos y el Registro Español de Estudios Clínicos, la norma que establece la regulación de aplicación general en la materia. Conforme a la Disposición final segunda, la norma reglamentaria determina que «Este real decreto se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1. 16.^a de la Constitución Española, que atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de legislación sobre productos farmacéuticos».

No obstante, esta configuración general es lo cierto que el artículo 19 del Real Decreto establece que:

1. La Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios establecerá con los órganos competentes de las comunidades autónomas el marco de colaboración y un procedimiento de intercambio de información en materia de estudios clínicos con medicamentos e investigaciones clínicas con productos sanitarios.
2. En las instrucciones para la realización de ensayos clínicos en España publicadas por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios constarán los puntos de

28 En 1997, se aprobó la Ley 2/1997, de 13 de marzo, por la que se regula la Conferencia de Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas (CARUAE), con lo que su regulación, composición y funciones, adoptó rango de ley. A continuación, el 5 de junio de 1997, la CARUE aprobó su Reglamento interno, modificado por Acuerdo de 15 de febrero de 2017. En 2004 se abordó la participación de las Comunidades Autónomas en el Consejo, mediante el Acuerdo de 9 de diciembre de 2004, adoptado por la CARUE y que abre definitivamente a las Comunidades Autónomas la participación en 4 formaciones del Consejo de la Unión Europea, en concreto los Consejos de Ministros de: Empleo, Política Social, Sanidad y Consumidores; Agricultura y Pesca; Medio Ambiente; y Educación, Juventud y Cultura. En la reunión de la CARUE del 2 de julio de 2009 se aprobó modificar dicho Acuerdo ampliando la citada participación autonómica a una quinta formación, como es la de Competitividad-temas de Consumo, y en la reunión celebrada por dicha Conferencia el 15 de abril de 2010, se acordó la ampliación de dicha participación en el ámbito de las reuniones relativas a ordenación del juego y apuestas del Grupo de Trabajo afectado de la citada formación de Competitividad. <https://mpt.gob.es/portal/politica-territorial/internacional/ue/ccaa-eell-ue/CARUE.html> [con acceso el 7.9.2021].

contacto de las comunidades autónomas a los que deberá remitirse la información mientras no esté disponible dicho proceso.

Es, por tanto, en este marco en el que se sitúa la actuación de coordinación a la que se refiere la competencia que da cobertura a este apartado.

- d) Los criterios para la coordinación de la política general de recursos humanos del Sistema Nacional de Salud

La política de recursos humanos en el marco de un sistema compuesto de subsistemas con una clara autonomía y que, por tanto, se convierten materialmente en competidores en un mercado escaso de recursos humanos disponibles justifica el intento de establecer algunos criterios que permitan que el funcionamiento global del sistema no resulte afectado. A esta consideración responde la competencia a la que nos referimos.

- e) Los acuerdos sanitarios internacionales por los que se colabore con otros países y organismos internacionales en las materias a las que se refiere el artículo 39 de la Ley General de Sanidad

En este ámbito, se trata de obligaciones internacionales de cooperación y colaboración con otros Estados y el fundamento central se sitúa en la competencia exclusiva para las relaciones internacionales de Estado.

- f) En general, coordinar aquellos aspectos relacionados con acciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud que dispongan las leyes o que, de acuerdo con su naturaleza, precisen de una actuación coordinada de las Administraciones sanitarias públicas.

Fácilmente, puede verse, por tanto, que existe una función de coordinación que se refiere, esencialmente, al SNS y que se reúne en el ámbito del CISNS, con las competencias en materia de actuaciones coordinadas que se ubican, esencialmente, en el ámbito de la salud pública. Pero lo que debe quedar claro es que se trata de dos cuestiones diferenciadas por el ámbito funcional en el que operan (una, sistema nacional de salud y, otra, sobre la salud pública en general).

D) Funciones de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas

Son las previstas en el apartado 4 cuando señala que:

4. En relación con funciones de cooperación entre el Estado y las comunidades autónomas:
 - a) Los acuerdos entre las distintas Administraciones sanitarias para conseguir objetivos de común interés de todos los servicios de salud.
 - b) Los criterios generales para el desarrollo de programas que integren acciones de cooperación al desarrollo sanitario.
 - c) En general, todos aquellos asuntos que los miembros del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud consideren de interés general para el conocimiento y la colaboración en el seno del Consejo (...).

Con carácter general y vocación de síntesis podemos indicar que la clasificación que acaba de realizarse hace competente al CISNS de un conjunto de funciones interadministrativas que responden a técnicas diferentes, desde el informe, la cooperación y la coordinación, referidas al SNS. El artículo 65 de la LCo va más allá y sitúa el marco competencial en las medidas que afecten a la salud pública. El concepto legal de salud pública trasciende al del SNS, luego, la consecuencia es que las funciones

del SISNS proceden o se corresponden —según diversas técnicas de relación interadministrativa— en relación con el SNS, de un lado, y con la salud pública, de otro.

3. LAS INSUFICIENCIAS DEL MODELO DE GESTIÓN: LA NECESIDAD DE ACTUACIONES DE CORTE «FEDERAL».

A este propósito responde el artículo 65 de la LCo cuyo título se refiere, precisamente, a las actuaciones coordinadas en salud pública y en seguridad alimentaria. La importancia de esta figura se centra en la necesidad de encontrar funciones de la federación como elementos de vertebración de un sistema fuertemente descentralizado en su gestión, pero que, finalmente, ante una situación de crisis, propicia la necesidad de una mínima ordenación conjunta. En España, esta función se ha atribuido, en los términos que se indican, al Ministerio de Sanidad y al Consejo Interterritorial de Salud.

Podemos sintetizar este régimen jurídico en la siguiente forma:

A) Titularidad de la competencia para la ordenación de actuaciones coordinadas

Podemos, a su vez, diferenciar dos regímenes. El de situaciones de normalidad y el de urgencia.

a) Situaciones de normalidad

Es el Ministerio de Sanidad, el órgano de la AGE al que corresponde dictar las actividades coordinadas, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, con audiencia de las comunidades directamente afectadas. Aunque nada se dice, es claro que estas (las Comunidades Autónomas) pueden ser todas, claro está.

b) Situaciones de urgente necesidad

La competencia se mantiene en el Ministerio de Sanidad si bien se tomarán las medidas que sean estrictamente necesarias y se le informará de manera urgente de las medidas adoptadas al Consejo Interterritorial de Salud.

Esto significa, por tanto, que el conocimiento del órgano de cooperación se produce *a posteriori*.

B) Efectos de la declaración de actividades coordinadas

La declaración de actuaciones coordinadas obliga a todas las partes incluidas en ella y deberán encuadrarse en alguno de los supuestos siguientes:

- 1.º Responder a situaciones de especial riesgo o alarma para la salud pública.
- 2.º Dar cumplimiento a acuerdos internacionales, así como a programas derivados de las exigencias de la normativa emanada de la Unión Europea, cuando su cumplimiento y desarrollo debeat ser homogéneo en todo el Estado.

Para la realización de las actuaciones coordinadas podrá acudirse, entre otros, a los siguientes mecanismos:

- a) Utilización común de instrumentos técnicos.
- b) Coordinación y refuerzo de la Red de Laboratorios de Salud Pública.
- c) Definición de estándares mínimos para el análisis e intervención sobre problemas de salud.

- d) Refuerzo de los sistemas de información epidemiológica para la toma de decisiones y de los correspondientes programas de promoción, prevención y control de enfermedades, cuando sus efectos trasciendan el ámbito autonómico.
- e) Activación o diseño de planes y estrategias de actuación para afrontar emergencias sanitarias.

Podemos, por tanto, resumir el precepto indicando que las actividades coordinadas son obligatorias para todos los incluidos en su ámbito de aplicación y están limitadas a ser encuadradas en algunas de las categorías de materias y medidas a las que se hace referencia en el propio artículo y que acabamos de transcribir.

C) Régimen específico para las actuaciones coordinadas en materia de seguridad alimentaria

La característica central es que la competencia no corresponde al Ministerio, en sí mismo considerado, sino a la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición, de acuerdo con lo establecido en la Ley 11/2001, de 5 de julio²⁹.

D) Régimen específico en relación con el aporte de información

Esta cuestión que se concibe, directamente, al margen de las actuaciones coordinadas, aunque, materialmente, sean una actividad de coordinación específica, se regula en el artículo 65 bis de la LCo.

En concreto, el artículo prevé que:

Los órganos competentes en materia de salud pública de las comunidades autónomas deberán, en el caso de una situación de emergencia para la salud pública y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 65 de esta ley, aportar con carácter inmediato al Ministerio de Sanidad la información epidemiológica y la relativa a la capacidad asistencial que se requiera y la identificación de las personas responsables de la misma, así como las medidas de prevención, control y contención adoptadas por las comunidades autónomas y las entidades locales comprendidas en su ámbito territorial, en los términos que se establezcan por el Ministerio de Sanidad. Cuando se trate de las entidades locales, dicha información será recabada por el órgano competente en materia de salud pública de la correspondiente comunidad autónoma, que deberá transmitirla al Ministerio de Sanidad.

Se trata de una obligación que se produce en supuestos de emergencia. Esta es una cuestión compleja porque, desde la perspectiva jurídica, la situación de emergencia no está declarada y no tiene una formalización jurídica como pueden tener los estados de alarma, excepción y sitio. Siendo esto así, el concepto y la operatividad de la emergencia será asimilable, en el marco de la actuación común de las Administraciones Públicas, al de la urgencia y, por tanto, exigirá su declaración a la vez que se impone la obligación de suministrar la información a la que se refiere el artículo en cuestión.

Desde una perspectiva procedural, el artículo 65 bis completa el régimen procedural indicando que «En todo caso, el Ministerio de Sanidad convocará con carácter urgente el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud para informar de lo actuado». Es claro, por tanto, que la actuación del CISNS se produce a posteriori y con efectos meramente informativos.

29 Fue modificada por la disposición final 2.1 de la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Con vocación de síntesis, podríamos indicar que las denominadas actividades coordinadas están concebidas en la LCo como una posibilidad de actuación directa de la AGE (con intervención previa o no del CISNS) en materia de salud pública, obligaciones internacionales o programas conjuntos. Esta intervención se justifica por la necesidad de dotar de elementos comunes a determinadas políticas de salud que afectan al conjunto del territorio.

Este esquema que, finalmente, ha sido objeto de una utilización evidente en los últimos meses se ha presentado como un esquema necesario, imprescindible, pero que carecía de precedentes y de virtualidad propia. Apenas se había probado y, en todo caso, apenas había producido problemas que, realmente, han venido, finalmente de la improvisación del modelo, de un lado, y, en la carencia de elementos y de pautas de ejecución que permitieran cumplir el objetivo central que se viene indicando.

4. UN APUNTE A MODO DE RESUMEN SOBRE LOS SISTEMAS EN RED Y LA DESCENTRALIZACIÓN TERRITORIAL

En los apartados anteriores hemos señalado sucesivamente los efectos más evidentes de la conformación del modelo de salud en España. Podemos intentar sistematizar estas conclusiones en las siguientes:

- a) El desarrollo del estado autonómico trajo consigo la ordenación asimétrica de dos grandes proveedores de servicios de salud. El Sistema nacional de Salud, configurado sobre la base de los sistemas sanitarios de las respectivas Comunidades Autónomas que han crecido en función de los propios recursos de cada Autonomía. De otro lado, las medidas de salud pública que han perdido el referente estatal y se han configurado de una forma estanca en cada Administración en función de la asunción de las competencias transferidas en la materia.
- b) El desarrollo del Sistema de salud ha pasado diversas fases de desarrollo, pero, al menos, desde 2003, precisó la búsqueda de elementos de cohesión. La justificación es, fundamentalmente, su funcionamiento en red, es decir, la posibilidad de que el titular de los derechos demande servicios en varios proveedores de forma sucesiva y, desde otra perspectiva, en la necesidad de conseguir una cierta homogeneidad en el contenido prestacional que evite la diferenciación entre usuarios y la propia competitividad de los sistemas que, finalmente, conduce a un punto sin retorno en la satisfacción de este sistema. Este es el momento de la creación y, sobre todo, de la reforma de la cartera de servicios sanitarios y su aproximación entre los diferentes subsistemas.
- c) El sistema así concebido ha dado muestras de agotamiento porque, finalmente, está concebido desde la perspectiva de la descentralización y, por tanto, carece de elementos reales de coordinación y de comunicación. En este punto, cabe indicar que la configuración de los mecanismos de coordinación en el CISNS no ha resultado eficaz porque el sistema central del mismo estaba ubicado en el planeamiento general y sectorial y este esquema fracasó rotundamente. Fue sustituido por una especie de diálogo bilateral que no puede negarse que rompe, en cierta medida, el aislamiento de subsistemas, pero que carece de horizonte y de perspectiva. En una situación como la vivida, se ha percibido la falta de horizonte y la vinculación con los motivos y los aspectos concretos respecto de los cuales no existía perspectiva general, sino únicamente del momento o de la circunstancia (compra de vacunas, plan de vacunación, medidas de higiene, etc.).
- d) Esto obliga a pensar en la reconfiguración del sistema de coordinación y en romper el aislamiento entre subsistemas prestacionales para conseguir las referencias comunes, las simetrías en el gasto, las políticas comunes de salud y demás elementos, que, al margen de los aspectos concretos de ejecución, representan la esencia de un sistema que funciona

en red. Este aspecto no está suficientemente trabajado en la conformación de un modelo descentralizado probablemente porque la concepción general en la que se ha movido esta técnica de redistribución competencial es la conformación de modelos estancos. No ocurre así en el ámbito de la salud en el que la configuración estanca perjudica políticas comunes, visión móvil del beneficiario y atención al conjunto de la población.

- e) La LCo configuraba un conjunto de instrumentos que debían paliar el aislamiento de los subsistemas. Específicamente, lo que se refiere al sistema de información y las políticas de información común. Sin poder afirmar que realmente no se haya hecho nada en relación con las mismas, sí puede decirse, al menos, que su desarrollo, su armonización y su disponibilidad común han quedado en entredicho en una situación como la de pandemia, en la que cuestiones tan simples como la forma de computar los muertos no ha tenido virtualidad a lo largo de la crisis. Es cierto que otros aspectos, como la forma de computar la demora en las listas de espera, ya habían dado muestras de las dificultades de la utilización de metodologías comunes en el sistema nacional de salud.
- f) Adicionalmente, y pese a todos los inconvenientes que puedan predicarse, es lo cierto que el sistema sanitario, estrictamente considerado, tiene un mayor desarrollo colectivo que el de salud pública en general. Esta dificultad de articulación de un sistema común y general de salud es lo que demuestra la madurez de los sistemas de salud en los que la caracterización del sistema sanitario se conjuga o coadyuva con políticas de prevención y reparación o de interdicción de la falta de higiene y la salubridad como políticas públicas que, consideradas en su conjunto, permiten la mejora de la salud de la población.
- g) El modelo de la LGSP de 2011 era, ciertamente, ambicioso. Su desarrollo es, cuando menos parco, camino de la inexistencia. Hoy, diez años después, se plantea la necesidad de poner en operatividad real aquellas previsiones. Este es el Acuerdo de la Comisión del Congreso que analizó la gestión de la pandemia lo que demuestra, sin entrar en detalles, las carencias de la implementación del modelo de salud pública.
- h) Esta circunstancia propicia que hoy no pueda hablarse, en rigor, de la existencia de un modelo de salud pública con el conjunto de valores, políticas e intereses que el moderno concepto de salud pública determina para este concepto como superador del sistema sanitario asistencial y, por tanto, como coadyuvante de una política general que dé un auténtico sentido al concepto de salud pública.

Las consideraciones a las que nos acabamos de referir nos sitúan ante un modelo en construcción, con un amplio desarrollo de los respectivos subsistemas de salud, sin duda, los grandes beneficiarios del sistema de financiación y del esfuerzo en la construcción del estado social, pero necesitado, en este momento, de la ordenación de esquemas comunes con los que vertebrar un verdadero modelo sin afectar al régimen de ejecución ni a la distribución constitucional de competencias. Esta composición exige visión del problema, convencimiento de la necesidad y acierto en las medidas de forma que todos los afectados las consideren útiles. Este es el gran reto del futuro.

Madrid. Octubre. 2021

5. BIBLIOGRAFÍA

Alabert López, M., Arbussà Reixach, A., y Sáez Zafra, M. (2016). Colaboraciones interadministrativas en la gestión de la salud pública en municipios menores de 10.000 habitantes. *Gaceta Sanitaria*, 30(6), 480-482. <https://doi.org/10.1016/j.gaceta.2016.06.001>

Cierco Seira, C. (2006). *Administración Pública y salud colectiva*. Editorial Comares.

Fernández Montalvo, R. (2000). *Relaciones interadministrativas de colaboración y cooperación*. Marcial Pons.

- Gavín, J. M. (2009). El derecho a la salud como derecho social: desarrollos recientes desde la perspectiva internacional y en el derecho comparado. *Revista de Administración Pública*, (179), 37-86.
- Hontangas Carrascosa, J. (2016). *El derecho a la salud en el deporte*. Editorial Reus.
- Instituto de Reformas Sociales. (1906) *Instituto Nacional de Previsión y sus relaciones con las entidades similares: Proyecto de ley presentado al Gobierno en cumplimiento de la Real Orden de 27 de agosto de 1904. Información legislativa y bibliográfica y explicación técnica*.
- Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz, A. (2015). Organización administrativa y relaciones interadministrativas. *Documentación Administrativa: Nueva Época*, (2).
- Martínez López-Muñiz, J. L. (2006). Cooperación y subsidiariedad intermunicipal. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (302), 61-76.
- Ministerio de Sanidad y Política Social (1989). *Jornadas sobre Coordinación General Sanitaria*.
- Muñoz Machado, S. (1995). *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*. Alianza Editorial.
- Palomar Olmeda, A., y Vázquez Garranzo, J. (2021). *La protección de la salud: la necesidad de recomposición del sistema (Lecciones aprendidas durante la pandemia y propósito de enmienda)*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Parejo Alfonso, L. (2007). Notas para una construcción dogmática de las relaciones interadministrativas. *Revista de Administración Pública*, (174), 161-191.
- Pemán Gavín, J. M. (1996). Sanidad Local. *Anuario del Gobierno Local*, (1), 525-538.
- Pemán Gavín, J. (2005). La nueva configuración del Sistema nacional de Salud tras la Ley de Cohesión y Calidad (Ley 16/2003, de 28 de mayo), *Revista Vasca de Administración Pública*, (71), 173-222.
- Pemán Gavín, J. (2009). El derecho a la salud como derecho social: desarrollos recientes desde la perspectiva internacional y en el derecho comparado, *Revista de Administración Pública*, (179), 37-86.
- Pérez Gálvez, J. (2002). Aproximación metodológica y conceptual a los centros, servicios y establecimientos sanitarios, *Revista Andaluza de Administración Pública*, (47), 261-294.
- Pérez Gálvez, J. (2004). *Comentarios al Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de Salud. Con jurisprudencia y formularios*, Bosch.
- Sala Arquer, J. M., y Villar Rojas, F. J. (2002). Análisis de la cooperación en un sector determinado. La sanidad pública. *Derecho y Salud*, 10(1), 89-108.



EL DERECHO A LA VIVIENDA: PROBLEMAS, REGULACIÓN Y RETOS EN EL CONTEXTO¹

RIGHT TO HOUSING: PROBLEMS, REGULATION AND CHALLENGES IN THE PERUVIAN CONTEXT

IVÁN ORTIZ SÁNCHEZ² y XIMENA VÍLCHEZ VARGAS³

RESUMEN

¿El Estado peruano reconoce el derecho a la vivienda adecuada en nuestra actual Constitución Política? A través del desarrollo jurisprudencial, ¿qué nos dice el Tribunal Constitucional sobre este derecho? ¿Cuáles son los retos del derecho a la vivienda vinculados con el Derecho Administrativo? El presente artículo busca dar respuesta a estas interrogantes a partir de la revisión de diversos instrumentos internacionales de los cuales el Perú es un Estado parte; así como de la revisión de la normativa interna y jurisprudencia peruana. Finalmente se reflexionará sobre los retos que tiene el derecho a la vivienda en el contexto peruano a partir de la reciente publicación de la Política Nacional de Vivienda y Urbanismo (2021) y la Ley 31313, Ley de Desarrollo Urbano Sostenible.

PALABRAS CLAVE

Derechos humanos | derecho a la vivienda | vivienda de interés social | déficit habitacional | desarrollo urbano | Política Nacional de Vivienda y Urbanismo

SOBRE EL ARTÍCULO

El presente artículo fue recibido por la Comisión de Publicaciones el 14 de noviembre de 2021 y aprobado para su publicación el 22 de mayo de 2023.

ABSTRACT

Is the Right to Adequate Housing recognized in the Peruvian Political Constitution of 1993? What has the Constitutional Court ruled regarding this Right? How may the Public Law help to overcome the challenges imposed by the need to guarantee the Right to Adequate Housing? This article tries to answer these questions by analyzing the regulation of the Right to Adequate Housing in international treaties and instruments applicable to our country, and the national regulation and jurisprudence. The last section will reflect on the challenges to the Right to Adequate Housing under the framework created by the National Housing and Urban Policy (2021) and the Act 31313, Sustainable Urban Development Act.

KEYWORDS

Human Rights | Right to Adequate Housing | Social Housing | housing shortage | urban development | National Housing and Urban Policy

1 Agradecemos a Erick Lau, Investigador del Grupo de Investigación CONURB PUCP, por sus comentarios y por la revisión a la primera versión de este artículo.

2 Profesor Asociado PUCP. Abogado y Magíster en Derecho Constitucional. Doctor en Derecho PUCP. Coordinador del Grupo de Investigación CONURB PUCP. iortiz@pucp.edu.pe

3 Adjunta de Docencia del curso Derecho Urbanístico PUCP. Abogada por la PUCP. Investigadora Asociada del Grupo de Investigación CONURB PUCP. xvilchez@pucp.pe

CONTENIDO

1. Introducción; **2.** La vivienda y el déficit habitacional en el Perú; **3.** El reconocimiento al derecho a la vivienda adecuada como un Derecho Económico Social y Cultural y las Observaciones Generales 4 y 7 sobre el derecho a una vivienda adecuada; **3.1.** Observación General N° 4 "El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)" y los aspectos fundamentales del derecho a una vivienda adecuada; **3.2.** Observación General N° 7 sobre el derecho a una vivienda adecuada y los Desalojos Forzados; **4.** El Derecho a la Vivienda y la calidad de vida; **5.** El Derecho a la Vivienda adecuada en el Perú. Antecedentes; **5.1.** El Derecho a la Vivienda en la Constitución Política de 1979; **5.2.** El Derecho a la Vivienda en el Anteproyecto Constitucional del Perú del 2002; **6.** El derecho a la vivienda en la Constitución Política y la Jurisprudencia Constitucional; **7.** El derecho a la vivienda y su reconocimiento a nivel legal; **7.1.** La Política Nacional de Vivienda y Urbanismo (PNVU); **7.2.** Ley 31313, Ley de Desarrollo Urbano Sostenible; **8.** La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, y el Objetivo 11 "Ciudades y Comunidades Sostenibles" (ODS 11); **9.** Aproximación a los Retos del derecho a la Vivienda y el Derecho Administrativo en el Perú; **10.** Reflexiones Finales; **11.** Referencias Bibliográficas

1. INTRODUCCIÓN

El ser humano es eminentemente social y desde el inicio de la humanidad, nuestra especie ha necesitado y construido una morada, un espacio de protección, un lugar para descansar y para relacionarse con su familia. Esto es una vivienda.

La vivienda siempre ha estado relacionada con las necesidades esenciales de las personas y los ciudadanos. En este lugar se desarrollan derechos, relaciones sociales, afectivas y jurídicas en la medida que es un espacio para la intimidad. Asimismo, a partir de la pandemia generada por el COVID 19, la funcionalidad de la vivienda se ha visto ampliada, adaptándose a fines educativos y para actividades laborales a través del sistema remoto o virtual.

El Derecho es una construcción social cuya finalidad es normar la vida en sociedad para lograr un desarrollo y convivencia en parámetros de justicia y paz social. Sin embargo, estos parámetros no son estáticos. Existe una evolución normativa constante que va de la mano con los cambios y demandas sociales de cada contexto histórico.

El derecho a la vivienda no siempre ha sido susceptible de reconocimiento normativo y social. Revisando momentos claves en la historia de la humanidad, los primeros derechos en ser reconocidos fueron los derechos civiles y políticos obtenidos con la Revolución Francesa a fines del siglo XVIII. Así surge el reconocimiento de los derechos a la igualdad, a la libertad, y también el derecho a la propiedad.

Posteriormente, a comienzos del siglo XX se reconocieron por medio de la Revolución Industrial, y las luchas de la clase obrera y una serie de luchas sociales, los derechos económicos, sociales y culturales. En este grupo podemos encontrar el derecho al trabajo, el derecho a la educación, el derecho a la vivienda, entre otros derechos enmarcados en el ámbito económico, social y cultural. Estos fueron reconocidos inicialmente en la Constitución Mexicana (1917) y la Constitución de Weimar (1919).

Ahora bien, en tiempos recientes inclusive, con los derechos de última generación que se encuentran en construcción, los derechos colectivos y de interés difuso (como el derecho a la naturaleza y el derecho a la ciudad), no se encuentran del todo reconocidos en las Constituciones Políticas del mundo. En el caso peruano, ni la Constitución Política vigente ni la jurisprudencia constitucional reconoce este tipo de derechos de manera expresa. No es sino a partir normas de carácter legal, como es el caso de la Ley 31313, Ley de Desarrollo Urbano Sostenible, que estos derechos han pasado a formar parte del ordenamiento jurídico actual.

Bajo este contexto, en el Perú el derecho a la vivienda ha seguido caminos diferentes. Por ello, en este artículo nos preguntamos ¿existe el derecho a la vivienda en nuestra Constitución Política (1993) y en nuestro ordenamiento jurídico? ¿Cuáles son los principales retos del ejercicio del derecho a la vivienda en la perspectiva del déficit habitacional?

Para atender a las preguntas propuestas, el enfoque adoptado para la presente investigación será desde la perspectiva del Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo y el Derecho Urbanístico, con una metodología bibliográfica y una revisión de la jurisprudencia constitucional peruana. El contenido de este artículo estará estructurado, en primer lugar, con un concepto de vivienda. Luego, desarrollar el contenido del derecho a la vivienda a partir del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y de las Observaciones Generales N° 4 y N° 7 de dicho pacto. Posteriormente, analizaremos la existencia del derecho a la vivienda en nuestra Constitución Política vigente con una revisión de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano y el derecho a la vivienda recogido en la Ley 31313, Ley de Desarrollo Urbano Sostenible. Finalmente, reflexionaremos sobre los retos del derecho a la vivienda y el Derecho Administrativo en el Perú.

2. LA VIVIENDA Y EL DÉFICIT HABITACIONAL EN EL PERÚ

La vivienda es un elemento presente en la cotidianidad de la vida de las personas. Es esencialmente una respuesta a una necesidad social básica y vital del ser humano. Es el lugar en donde las personas llevamos a cabo la mayoría de nuestras actividades básicas ya sea comer, dormir, relacionarnos con nuestros seres más cercanos, y encontrar cobijo y refugio al final de cada jornada. Tradicionalmente definimos a la vivienda como una construcción o edificación adherida al suelo cuyo objetivo es servir de habitación para uso personal o unidad familiar; sin embargo, la vivienda es más que cuatro paredes y un techo.

La vivienda cumple un rol fundamental para la satisfacción de las necesidades básicas del ser humano. Estas necesidades y su conjugación con la vivienda, como señalan Martin Bassols (2006) e Iván Ortiz (2017) pueden ser agrupadas en cuatro categorías que son las siguientes:

- I. La vivienda y las necesidades sociales–familiares:** La vivienda constituye el lugar en donde el ser humano se desarrolla de manera individual o colectiva por medio de las interrelaciones con su familia o un grupo de personas.
- II. La vivienda y las necesidades biológicas:** El ser humano no puede subsistir de manera adecuada sin una vivienda que le brinde seguridad, soporte y bienestar tanto biológica como fisiológica. La vivienda adecuada ofrece protección ante los cambios de temperatura y desastres naturales que pueden afectar su salud.
- III. La vivienda y las necesidades personales:** La vivienda permite preservar, proteger y desarrollar la intimidad de las personas que habitan en ella, dentro de un ambiente de seguridad y bienestar.
- IV. La vivienda y las necesidades físicas:** La vivienda se caracteriza por servir de habitación para sus habitantes.

En el marco de la función de la vivienda como elemento que conlleva al desarrollo de diversas necesidades, Silvia de los Ríos (2008) señala que la vivienda debe tener la capacidad de responder a requerimientos de salubridad, accesibilidad y servicios urbanos (p. 130). Es decir, la vivienda no puede estar excluida del campo urbano ni segregada de la ciudad. Por el contrario, debe conectar a los miembros del grupo familiar con la comunidad, en condiciones idóneas para su libre desarrollo en sociedad.

Como se puede advertir, la vivienda es más que una simple edificación. Es el lugar en donde el ser humano se desarrolla en libertad y satisface las necesidades propias de su especie. Involucra historia, creencias, valores y costumbres vinculadas a la identidad de cada uno de sus habitantes presentes y de sus ancestros. Cumple diversas funciones (sociales, económicas y físicas) que la vuelve objeto de investigación de múltiples disciplinas, de regulación jurídica y promoción estatal. Por estas y más razones, la vivienda es normalmente considerada como parte de los programas de desarrollo social en las políticas gubernamentales, constituyendo una unidad de dimensión espacial de carácter primario e imprescindible para la vida personal y social del individuo, y en particular para la vida familiar (Martín Bassols Coma, 2006).

La importancia de la vivienda como elemento clave en el desarrollo físico-social del ser humano tuvo su correlato en el surgimiento del derecho a la vivienda adecuada como derecho fundamental para el disfrute de los demás derechos económicos, sociales y culturales. Sin embargo, a pesar de ello y por muy contradictorio que suene, la falta de políticas públicas y el déficit de viviendas es uno de los problemas principales en la sociedad:

Hoy en día, la vivienda se ha convertido en un factor de especulación motivado fundamentalmente por sectores inmobiliarios privados quienes han trabajado solamente bajo la lógica del rendimiento económico (...) generando que un tercio de la población mundial viva en asentamientos informales. (ONU-HABITAT, 2018, párr. 1)

Según ONU-HABITAT (2019), los retos de la vivienda derivan de: i) la inadecuada localización de la vivienda económica; ii) la prevalencia del rezago habitacional entre grupos vulnerables y la no correspondencia entre las soluciones habitacionales adoptadas por los Estados; iii) la inexistencia de una política nacional de vivienda social; iv) la ausencia para la regeneración y consolidación de los tejidos urbanos; v) los impactos ambientales generados por la expansión urbana sobre suelos agrícolas y de alto valor ambiental, lo que incrementa la exposición y vulnerabilidad ante desastres climáticos; y vi) el consumo ineficiente de los recursos durante el ciclo de vivienda afectando la atmósfera de nuestro planeta. Es en este contexto, necesaria y urgente la intervención de los Estados; impulsando políticas de vivienda. Esto con la intención de abatir los problemas habitacionales, especialmente, promoviendo el acceso de los grupos vulnerables a una vivienda adecuada.

Ahora bien, enfocándonos en el caso peruano, la falta de nuevas viviendas (déficit cuantitativo) y la necesidad de mejoramiento de las viviendas construidas de manera precaria (déficit cualitativo) son los principales problemas en materia urbana que padece nuestra sociedad. Para el 2020, según la Encuesta Nacional de Hogares (ENAHO) del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), el Perú tenía un déficit cuantitativo de 455 mil hogares y un déficit cualitativo de 1 millón 54 mil hogares (INEI, 2020). Dichas cifras, según la actual Política Nacional de Vivienda y Urbanismo (en adelante, PNVU), representa el 4.8% y 11.2%, del déficit cuantitativo y cualitativo respectivamente, del total de viviendas particulares a nivel nacional (9.4 millones) (2021). En resumen, y citando la PNVU (2021), actualmente el déficit de vivienda en el Perú asciende a 1 millón 509 mil hogares, y son sus habitantes los más perjudicados con esta situación.

El déficit habitacional no es un tema reciente. La falta de viviendas adecuadas (con acceso a servicios esenciales para el ser humano) y la débil seguridad de la tenencia de las viviendas fueron los principales problemas advertidos por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En el Informe sobre el Periodo de la sesión 48° realizado el 30 de abril al 18 de mayo de 2012, sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales observó los problemas señalados, dejando entrever su preocupación por el contexto peruano, refiriendo en el punto 19 de su Informe lo siguiente:

Al Comité le preocupa el elevado déficit de vivienda y el hecho de que no existan legislación ni políticas para proteger a los arrendatarios pobres o prevenir los desalojos forzados. Le inquieta también la falta de servicios de agua y saneamiento, en particular en las zonas urbanas periféricas y las regiones rurales. (2012, art. 11)

A partir de esta situación, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2012) recomendó al Estado peruano la adopción de medidas para solucionar el déficit habitacional y mejorar las condiciones habitacionales en pro de elevar la calidad de vida de las personas (especialmente, de los grupos más vulnerables y menos favorecidos), de conformidad con las Observaciones Generales y el PIDESC:

El Comité recomienda al Estado parte que adopte medidas para solucionar el déficit de vivienda y tenga especialmente en cuenta las necesidades de las personas y grupos desfavorecidos y marginados mediante, entre otras cosas, la mejora de las viviendas existentes y la seguridad de la tenencia, sobre todo en las zonas rurales, de conformidad con su Observación general N° 4 (1991) sobre el derecho a una vivienda adecuada. El Comité recomienda al Estado parte que garantice el suministro seguro y asequible de servicios de agua potable y saneamiento. También le recomienda que adopte medidas, legislativas y de otra índole, de regulación de los desalojos forzados que sean conformes con su Observación general N° 7 (1997) sobre los desalojos forzados. (p. 4)

Sin embargo, desde la emisión del Informe por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales hasta ahora, la realidad no ha cambiado. El déficit habitacional sigue siendo un problema vigente que aqueja principalmente al sector más pobre de nuestro país.

3. EL RECONOCIMIENTO AL DERECHO A LA VIVIENDA ADECUADA COMO UN DERECHO ECONÓMICO SOCIAL Y CULTURAL Y LAS OBSERVACIONES GENERALES 4 Y 7 SOBRE EL DERECHO A UNA VIVIENDA ADECUADA

El reconocimiento de la vivienda adecuada como un derecho a favor del ser humano, se produjo inicialmente a nivel internacional. Esto surge a partir de su importancia en el desarrollo integral de las personas, así como por ser elemento fundamental para el disfrute de otros derechos humanos y tutela, en tanto se vincula con un derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad (ONU, 2009).

Una de las primeras referencias a este derecho lo encontramos en la Declaración Universal de Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948), en donde se proclama por primera vez, la función de la vivienda como elemento básico para alcanzar un nivel de vida adecuado. Así, en el artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) se señala lo siguiente:

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. (el subrayado es nuestro)

Sumado a ello, a nivel internacional, el PIDESC (Adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966), es considerado como el instrumento central para la protección del derecho a la vivienda adecuada en tanto reconoce en su párrafo 1 del artículo 11 que:

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la

importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento. (el subrayado es nuestro)

Ahora bien, vale señalar que el PIDESC establece una obligación muy importante para los Estados Parte. A través del párrafo citado, los Estados (quienes han aceptado obligarse por este Pacto) aceptan tener un rol activo en lo que refiere a diversos derechos económicos, sociales y culturales, encontrándose inmerso, el derecho a la vivienda. Los Estados Parte, asumen la obligación de adoptar políticas públicas y demás medidas que conlleven a la efectividad de todos estos derechos. Esto implica, como señala Silvia de los Ríos (2008):

- a) abstenerse de realizar actos que afecten el ejercicio del derecho en condiciones de igualdad;
- b) prevenir cualquier situación que amenace su ejercicio; c) ofrecer adecuada protección judicial o no judicial ante los actos que lo vulneren; y d) adoptar todas las medidas necesarias para lograr el pleno ejercicio del derecho. (p. 134)

En resumen, la vivienda queda posicionada como derecho en el ámbito internacional vinculante para los Estados Parte de Declaración Universal de Derechos Humanos y del PIDESC. En ese sentido, el Estado es el encargado de promover entornos apropiados para hacer frente a la demanda del derecho a la vivienda a través del "desarrollo de políticas y prácticas para responder a las necesidades de vivienda a largo plazo por los cambios poblacionales, y la regulación de la provisión de vivienda por parte del sector privado" (Red-DESC, s. f., párr. 1). En el caso peruano, nuestro país suscribió la Declaración Universal de Derechos Humanos el 9 de diciembre de 1959 mediante Resolución Legislativa N° 13282; mientras que el PIDESC, el 29 de marzo de 1978 mediante Decreto Ley N° 22129.

Ahora bien, desde la Declaración Universal de Derechos Humanos y la fundación de la ONU se han suscrito diversos instrumentos internacionales como declaraciones, pactos, convenios referidos al derecho a la vivienda adecuada. En algunos casos son tratados de carácter general; mientras que otros se encuentran dirigidos a grupos específicos como el caso de las mujeres y poblaciones vulnerables, los trabajadores migrantes y sus familias, etc. Entre estos instrumentos, podemos mencionar los siguientes:

- Convención sobre el Estatuto de los Refugiados del año 1951 (art. 21).
- Convenio N° 117, de la Organización Internacional del Trabajo sobre política social del año 1962 (art. 5.2).
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial del año 1965 (art. 5, literal e, numeral iii).
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del año 1966 (art. 17).
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer del año 1979 (arts. 14. 2 y 15.4).
- Convención sobre los Derechos del Niño del año 1989 (arts. 16.1 y 27.3).
- Convenio N° 169, de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales del año 1989 (arts. 14, 16 y 17).
- Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares del año 1990 (art. 43.1, literal d).
- La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad del año 2006, (arts. 9 y 28).
- Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del año 2007 (arts. 21 y 23).

Sin embargo, esto no es todo. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su función de transmitir la experiencia adquirida a todos los Estados Parte del PIDESC, y a fin de facilitar y promover la aplicación progresiva y eficaz de este Pacto en sus territorios, aprueba Observaciones Generales señalando deficiencias, sugiriendo mejoras en los procedimientos, y estimulando la actividad de los Estados parte, las organizaciones internacionales y los organismos especializados en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

Bajo esta función, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha formulado dos observaciones generales sobre el derecho a la vivienda adecuada y cuestiones conexas que constituyen directrices orientadoras a los Estados Parte. Aquí encontramos la Observación General N° 4 "El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)", adoptada el 12 de diciembre de 1991 por el Comité de las Naciones Unidas de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Observación General N° 7 "El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzados", adoptada el 20 de mayo de 1997 por el Comité de las Naciones Unidas de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

3.1. Observación General N° 4 "El derecho a una vivienda adecuada (Párrafo 1 del Artículo 11 del Pacto)" y los aspectos fundamentales del Derecho a una vivienda adecuada

Definir el concepto del derecho a la vivienda adecuada, de manera general, no es una tarea sencilla. Cada país, ciudad, grupo e individuo tiene una concepción propia sobre el significado de vivienda adecuada por lo que reducirla a una sola acepción no resulta idóneo. El propio Comité de las Naciones Unidas de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha recalcado que el derecho a la vivienda no puede ser entendido o definido en un sentido estricto o restrictivo. Más bien, debe considerarse principalmente como el derecho a vivir en paz, seguridad y respetando la dignidad de la persona, tal como se indica en el párrafo 7:

En opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. Y así debe ser por lo menos por dos razones. En primer lugar, el derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales que sirven de premisas al Pacto. Así pues, "la dignidad inherente a la persona humana", de la que se dice que se derivan los derechos del Pacto, exige que el término "vivienda" se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, y principalmente que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos. En segundo lugar, la referencia que figura en el párrafo 1 del artículo 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada. Como han reconocido la Comisión de Asentamientos Humanos y la Estrategia Mundial de Vivienda hasta el Año 2000 en su párrafo 5: "el concepto de "vivienda adecuada" ... significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable. (Red-DESC, 1991)

Sin embargo, es necesario contar con al menos determinadas características o elementos básicos que permitan identificar cuándo nos encontramos ante una vivienda adecuada y cuándo no. Por ello, el Comité de las Naciones Unidas de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se encargó de definir aquellos elementos o características básicas de una vivienda para ser considerada como adecuada. Estos fueron recogidos en la Observación General N° 4 sobre el derecho a una vivienda adecuada en virtud del párrafo 1 del artículo 11 del Pacto.

La Observación General N° 4 señala que aun cuando el concepto de vivienda adecuada está determinado por "factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, es recomendable que los Estados identifiquen algunos aspectos de este derecho a efectos de ser tomados en cuenta en cualquier contexto determinado" (Red-DESC, 1991, párr. 8). De esta manera, el Comité reconoce siete aspectos básicos para considerar a una vivienda como adecuada, los cuales pasamos a detallar a continuación:

- **Seguridad jurídica de la tenencia:** La tenencia de una vivienda no solo se manifiesta a través de la propiedad de la misma. Por el contrario, esta adopta una variedad de formas como el alquiler (público y privado), la vivienda en cooperativa, el arriendo, la ocupación por el propietario, la vivienda de emergencia y los asentamientos informales, incluida la ocupación de tierra o propiedad. De la forma que sea, las personas deben contar con cierto grado de seguridad que les garantice protección jurídica contra desalojos forzados, hostigamiento y otras amenazas. Los Estados Parte deben adoptar medidas destinadas a brindar este tipo de seguridad especialmente a aquellos hogares que en la actualidad carecen de dicha protección.
- **Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura:** Una vivienda para que sea considerada como "adecuada" debe contar con ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición de las personas. Esta característica contempla la provisión de agua potable, la energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, el contar con instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y acceso a servicios de emergencia.
- **Gastos soportables:** los gastos del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impida o comprometa la satisfacción de otras necesidades. Los Estados Parte deben adoptar medidas que garanticen la proporcionalidad entre los gastos de la vivienda de acuerdo al nivel de ingreso. Asimismo, los Estados Parte deberían crear subsidios para quienes no puedan costearse una vivienda; así como formas y niveles de financiamiento que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda. Además, los Estados Parte deben implementar mecanismos que protejan o medios que sirvan a la protección de los inquilinos contra niveles de aumentos desproporcionados en el precio de los alquileres. En las sociedades en que los materiales naturales constituyen las principales fuentes de material de construcción de vivienda, los Estados Parte deberían adoptar medidas para garantizar la disponibilidad de esos insumos.
- **Habitabilidad:** Una vivienda adecuada debe ofrecer las condiciones que garanticen la seguridad física de sus habitantes. Los proteja del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. El Comité exhorta a los Estados Parte a que apliquen los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la OMS, los cuales consideran a la vivienda como el factor ambiental que frecuentemente está relacionado con las condiciones que favorecen la propagación de enfermedades con riesgos epidemiológicos. Una vivienda y con condiciones de vida inadecuadas y deficientes, se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas.

Sobre este concepto, la PNVU (2021a), lo define como:

(...) la capacidad de los espacios construidos para satisfacer las necesidades básicas, tanto materiales como inmateriales, de los individuos y grupos (...), permita el libre desarrollo físico, biológico, psicológico, social y cultural de la persona y los colectivos de personas en las ciudades y centros poblados. (p. 28)

Asimismo, al definir la habitabilidad, la articulan al plano físico-espacial por medio de estos 3 elementos: i) características físicas y arquitectónicas de las viviendas, ii) características del

barrio o zona residencial, y, iii) características del entorno urbano o rural. No obstante, las inadecuadas condiciones de habitabilidad es una situación que aqueja nuestra realidad siendo un problema público que no solo vulnera el derecho a la vivienda adecuada de las personas, sino otros derechos vinculados como los derechos a la vida, a la salud, igualdad, entre otros.

- **Asequibilidad:** La vivienda adecuada debe ser asequible. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja, un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda adecuada. Las viviendas deben tener un diseño y estar construidas con materiales que consideren las necesidades y características específicas de los grupos desfavorecidos o marginados como: las personas de edad avanzada, los niños y niñas, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos con VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que pueden producirse desastres, y otros grupos de personas. Para los Estados Parte, el mayor acceso al suelo (por sectores desprovistos de tierra o empobrecidos de la sociedad) debería ser el centro del objetivo de la política. Los Estados deben asumir obligaciones destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho.
- **Lugar:** la localización de la vivienda es fundamental cuando hablamos de vivienda adecuada. La vivienda debe ubicarse en un lugar que permita el acceso a oportunidades de empleo, servicios de salud, centros de atención para niños y niñas, escuelas, y otros servicios o instalaciones sociales. En ciudades grandes y zonas rurales, los costos económicos para llegar a lugares de trabajo pueden exigir aumentos excesivos en los presupuestos de las familias pobres. Asimismo, las viviendas no deben construirse en lugares contaminados ni en las proximidades de fuentes de contaminación que amenacen el derecho a la salud de sus habitantes.
- **Adecuación cultural:** Una vivienda adecuada respeta y toma en cuenta la identidad cultural. Es decir, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan, deben responder al espacio, costumbres o formas de vivir de las personas que se desarrollan o viven sobre un determinado territorio; permitiendo la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Se debe velar por el desarrollo de la vivienda sin sacrificar las dimensiones culturales y asegurando el acceso a servicios tecnológicos modernos.

En el Perú, nuestro Tribunal Constitucional adoptó estos siete elementos esenciales del derecho a la vivienda como características básicas para considerar una vivienda como adecuada. Ello consta en el Segundo Párrafo del Fundamento 65, EXP. N°0007-2012-PI/TC:

El derecho a la vivienda adecuada presupone pues un conjunto de elementos, que deben comprenderse en el acceso que toda persona debe tener a una vivienda. Este conjunto de elementos, que configuran la calidad de "adecuada" del espacio habitacional, y que se corresponden con una interpretación basada en el principio de dignidad humana, ha sido desarrollado también, de modo detallado, en la Observación General N° 4, donde se han recogido estos elementos (...).

Por tanto, a pesar de no contar con una definición objetiva y única sobre la vivienda adecuada (por ser una acepción demasiado amplia), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, con la finalidad de que los Estados Parte logren cumplir sus obligaciones frente a la aplicación progresiva de este derecho en sus territorios, recoge en la Observación General N°4 siete elementos básicos que permiten calificar a una vivienda como adecuada. A su vez, estos siete elementos fueron adoptados por nuestro Tribunal Constitucional, como quedó referido en el párrafo anterior.

3.2. Observación General N° 7 sobre el derecho a una vivienda adecuada y los desalojos forzados

La Observación General N° 7 se enfoca principalmente en el derecho a la vivienda desde la seguridad a la tenencia y protección legal de sus viviendas. El derecho a la vivienda digna no sólo consiste en el acceso a una vivienda, sino involucra también el acceso a los mecanismos judiciales que protejan a sus habitantes ante desalojos forzados sin causa justa, y a alquileres justos.

Existe una conexión muy fuerte entre desalojos forzados y vulneración al derecho a la vivienda. Ello debido a que existen casos en donde los lanzamientos se producen de manera arbitraria atentando contra los derechos de sus poseedores. Por ello, según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Estados Parte se obligan a utilizar “‘todos los medios apropiados’ para promover el derecho a una vivienda adecuada” (Fundamento 8 de la Observación General N° 7), en virtud del párrafo 1 del artículo 11 y del párrafo 1 del artículo 2 del Pacto. Esto con la finalidad de otorgar protección y respeto por la dignidad humana.

En resumen, internacionalmente se ha tratado de dotar de contenido a un derecho tan esencial para el ser humano, esto es, el derecho a la vivienda. Ello en el marco de su importancia fundamental en el desarrollo de las personas y su conexión con la calidad de vida.

4. EL DERECHO A LA VIVIENDA Y LA CALIDAD DE VIDA

Lo hasta ahora señalado nos permite reafirmar que la vivienda juega un rol fundamental en la vida de las personas. Es el espacio elemental en donde nos desarrollamos, crecemos y formamos nuestra identidad. Nos permite acceder a servicios considerados esenciales y alcanzar niveles mínimos de bienestar. “La vivienda no es sólo la unidad que acoge a la familia, sino que es un sistema integrado además por el terreno, la infraestructura de urbanización y de servicios y el equipamiento social-comunitario dentro de un contexto dado” (Haramoto, 1994, pp. 16-17).

No obstante, vivimos en un contexto en donde la construcción precaria de viviendas se ha normalizado, y la ubicación en zonas de riesgo o mediante ocupaciones ilegales se “legaliza”. La idea de tener un lugar en donde vivir (en un contexto en el cual adquirir una vivienda formal resulta cada vez menos accesible) hace que quienes no cuentan con recursos económicos suficientes para adquirir una vivienda en el mercado formal, se conforme con espacios ubicados en zonas de riesgo ambiental y sanitario, con construcciones precarias, y con una esencial carencia de servicios básicos y de infraestructura. Situación que pone en riesgo la salud e integridad de sus habitantes y afectando su calidad de vida.

Definir el concepto “calidad de vida” no es sencillo. No existe un término único ya que esto dependerá de las posibilidades de cada ser humano. Como señalan Max-Neef y otros (1998), “[l]a calidad de vida dependerá de las posibilidades que tengan las personas de satisfacer sus necesidades humanas fundamentales” (p. 40). Sin embargo, la vivienda es un elemento clave para satisfacer estos requerimientos. Es el espacio para el desarrollo libre y seguro de manera integral, la satisfacción de necesidades básicas y para el fomento de la interacción entre las personas en un marco de equidad y justicia social.

Según Juan Carlos Feres y Xavier Mancero para la investigación realizada con CEPAL (2001), es posible distinguir dos tipos de necesidades “absolutas” y “relativas” indispensables para el desarrollo y existencia del ser humano (p.10) y mejora en su calidad de vida. Estas necesidades se agrupan en las cuatro categorías mencionadas a continuación:

- Acceso a la vivienda (materiales en piso, paredes y techo; número de personas en el hogar y número de cuartos en la vivienda);

- Acceso a servicios sanitarios (fuente de abastecimiento de agua; disponibilidad de servicio sanitario; sistema de eliminación de excretas);
- Acceso a educación (edad de los miembros del hogar y asistencia a un establecimiento educativo) y
- Capacidad económica (edad de los miembros del hogar, último nivel educativo aprobado, número de personas en el hogar y condición de actividad).

Todas estas categorías requieren la concurrencia de un elemento en común: la vivienda. Dado que la vivienda tiene una estrecha relación con la calidad de vida, debe cumplir con un nivel mínimo de habitabilidad y características⁴. Según el último Censo Nacional realizado en nuestro país⁵, existe un alto porcentaje de déficit de servicios e infraestructura pública que limitan o restringen la calidad de vida de las personas. Tal como lo cita la PNVU (2021a):

Entre los aspectos claves que describen la calidad de vida de un barrio, se identifica que 39.49% de la población nacional no dispone de parques u otra forma de espacio público, mientras que el 20% no dispone de pistas asfaltadas y veredas de concreto u otro material para el desplazamiento peatonal (p. 5).

Ante este contexto, el Estado juega un rol fundamental en la solución de dichas carencias. Ya sea por medio de la implementación de nuevos programas de apoyo social o a través del fortalecimiento de los ya existentes, el Estado tiene una tarea sumamente retadora frente a la mejora de la calidad de vida de sus habitantes. Tiene el deber atender el avance de la informalidad e ilegalidad urbana que generan grandes perjuicios a la sociedad: “(...) elevan el precio del suelo informal, lo que aumenta la rentabilidad de los promotores inmobiliarios informales y afecta la viabilidad de las habilitaciones urbanas formales” (Espinoza y Fort, 2020, p. 14).

En resumen, las condiciones de habitabilidad son un factor importante en la calidad de vida del ser humano. Contar con una vivienda adecuada no solo incrementa la calidad de vida física, sino también psicológica de quienes residen en ella. Los problemas de desigualdad social y económica, la desarticulación espacial, el proceso de urbanización no planificado, así como la ocupación inefficiente del suelo y la afectación a la salud por el déficit de abastecimiento de agua vía red pública, y la falta de espacios de encuentro y construcción de comunidad (acceso a infraestructura y servicios esenciales) (PNVU, 2021) son los principales aspectos por superar en pro de una mejora en la calidad de vida.

5. EL DERECHO A LA VIVIENDA ADECUADA EN EL PERÚ. ANTECEDENTES.

A diferencia de otros países Latinoamericanos, el Perú no ha incorporado de manera expresa el derecho a la vivienda adecuada en su Carta Constitucional 1993. Sin embargo, revisemos la Constitución Política peruana de 1979, como antecedente constitucional, que reconocía el derecho a la vivienda.

5.1. El derecho a la vivienda en la Constitución Política de 1979

La Constitución Política de 1979, elaborada por la Asamblea Constituyente (1978 – 1979) bajo el gobierno de Morales – Bermúdez (1975 – 1980), reconocía a la vivienda decorosa como un derecho de carácter familiar. Expresamente en el artículo 10 y 18º establecían lo siguiente:

Artículo 10.—Es derecho de la familia contar con una vivienda decorosa.

4 Las cuales fueron recogidas por la Observación General N° 4 y referidas en el apartado pertinente.

5 El último Censo en el país fue realizado en octubre del año 2017. Según los resultados del XII Censo Nacional de Población, al 22 de octubre del año 2017, la población censada fue de 29 millones 381 mil 884 habitantes y la población total, es decir, la población censada más la omitida, 31 millones 237 mil 385 habitantes (INEI, 2017).

Sin embargo, este no era el único artículo vinculado con la vivienda. Por el contrario, en el artículo 18, la Asamblea Constituyente le establece obligaciones al Estado respecto a la promoción de este derecho mediante programas públicos y privados de habilitaciones urbanas y viviendas, y a través del fomento de programas de autoconstrucción y alquiler-venta otorgando créditos y exoneraciones tributarias. El artículo refería lo siguiente:

Artículo 18.— El Estado atiende preferentemente las necesidades básicas de la persona y de su familia en materia de alimentación, vivienda y recreación. La ley regula la utilización del suelo urbano, de acuerdo al bien común y con la participación de la comunidad local. El Estado promueve la ejecución de programas públicos y privados de urbanización y de vivienda. El Estado apoya y estimula a las cooperativas, mutuales y en general a las instituciones de crédito hipotecario para vivienda y los programas de autoconstrucción y alquilerventa. Concede aliciente y exoneraciones tributarias a fin de abaratar la construcción. Crea las condiciones para el otorgamiento de créditos a largo plazo y bajo el interés.

Sin embargo, con el cambio de Constitución durante el gobierno de Alberto Fujimori (1993), estas normas constitucionales quedaron eliminados y no fueron colocados en la nueva Carta Constitucional, lo cual consideramos constituyó un retroceso en materia de urbanismo y vivienda en el Perú.

5.2. El derecho a la vivienda en el Anteproyecto Constitucional del Perú del 2002

En el año 2002, por iniciativa de la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República del Perú del año 2002, presidida por Henry Pease García, se promovió la elaboración del Anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución, de conformidad con la Ley N° 27600. Esta reforma constitucional comprendía un regreso al reconocimiento del derecho a la vivienda dentro de la Constitución Política a través de los siguientes textos:

Propuestas de Artículos sobre el derecho a la vivienda, del Anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución:

Anteproyecto de Constitución del Perú, a abril del 2002.

Artículo 25.- Toda persona tiene derecho a una vivienda digna con acceso a servicios básicos. El Estado promueve programas públicos y privados de urbanización y vivienda. Regula la utilización del suelo urbano, de acuerdo al bien común y con la participación de la comunidad local, de acuerdo a Ley.

Proyecto de Constitución del Perú, a julio del 2002.

Artículo 6.- Toda persona tiene derecho a una vivienda digna con acceso a servicios básicos. El Estado promueve programas públicos y privados de urbanización, destugurización y vivienda. Regula la utilización del suelo urbano y rural, con la participación de la comunidad local, de acuerdo a ley.

Este proceso de reforma constitucional no prosperó, siguiendo vigente (al día de hoy) la Constitución Política de 1993 con su falta de reconocimiento expreso a un derecho tan elemental como es el derecho a la vivienda adecuada.

6. EL DERECHO A LA VIVIENDA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

El no contar con un texto literal expreso sobre el derecho a la vivienda en nuestra Constitución Política (1993), no significa que este derecho no se encuentre tutelado en el Perú. Por el contrario, podemos afirmar que nuestro país reconoce este derecho al mismo nivel que los derechos expresamente

señalados en la Carta Magna. Esto en virtud del artículo 3 de la Constitución sobre derechos innominados:

Artículo 3.- La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

La Cuarta Disposición Final y Transitoria establece que "Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú" (1993). Asimismo, el artículo 55 de la Constitución Política señala que "[...] os tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional" (1993). Por lo cual, como consecuencia de la condición de Estado Parte en diversos tratados internacionales sobre derechos humanos que recogen el derecho a la vivienda, el Perú ha asumido la obligación de reconocer también este derecho en el ordenamiento interno y asumiendo obligaciones.

Dentro de los tratados de derechos humanos ratificado por el Perú, debemos mencionar de manera especial el Pacto Internacional de Derechos, económicos, sociales y culturales (PIDESC) que expresamente reconoce en el artículo 11.1 "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia (...)" (1976).

De esta manera, el reconocimiento del derecho a la vivienda adecuada por el Estado Peruano queda asentado por medio de la inclusión de este tratado internacional de derechos humanos en el ordenamiento peruano en virtud de los artículos 3 y 55, y de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993.

El Tribunal Constitucional no ha sido ajeno a pronunciarse sobre el debate que genera el derecho a la vivienda y su incorporación en el ordenamiento jurídico peruano. Es así que, en palabras de este Tribunal, aun cuando el derecho a la vivienda no esté incorporado o reconocido como derecho en nuestra constitución, en virtud del artículo 3 de nuestra Carta Magna debe ser considerado como un derecho fundamental. El derecho a la vivienda se encuentra estrechamente ligado con el principio de la dignidad humana ya que forma parte de un conjunto de garantías mínimas para el ejercicio de las libertades del ser humano, tal como expresa en el Fundamento 64, EXP. N° 0007-2012-PI/TC:

En primer lugar, el derecho fundamental a la vivienda se encuentra estrechamente ligado con el principio de dignidad humana, pues la posibilidad de contar con un ambiente adecuado, saludable, seguro y apropiado a las necesidades de la persona resulta indispensable para que ésta pueda desarrollar con el mayor grado de libertad todos los atributos inherentes a su personalidad. Así, el derecho fundamental a la vivienda adecuada encuentra vinculación con la definición de la dignidad humana realizada por este Tribunal, cuando ha sostenido que "bajo este principio, el Estado no solo actuará con respeto de la autonomía del individuo y de los derechos fundamentales como límites para su intervención - obligaciones de *no hacer*-, sino que deberá proporcionar, a su vez, los cauces mínimos para que el propio individuo pueda lograr el desarrollo de su personalidad y la libre elección de sus planes de vida - obligaciones de *hacer*-. El Tribunal Constitucional ya ha señalado anteriormente que no hay posibilidad de materializar la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañados de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real, lo que supone la existencia de un conjunto de principios que instrumentalicen las instituciones políticas". (STC 2945-2003-PAJTC, FF.JJ. 20-21)

La sentencia citada en el párrafo precedente no solo se refiere a la conexión del derecho a la vivienda y la dignidad humana. Por el contrario, desarrolla la esencialidad de este derecho ubicándola “dentro del núcleo básico de necesidades relevantes para la persona” (segundo párrafo, Fundamento 64, EXP. N° 0007-2012-PI/TC).

Como señalamos en el punto 3 del presente trabajo, el derecho a la vivienda es clave en la calidad de vida de las personas. La vivienda es uno de los elementos transversales para la satisfacción de principales necesidades, y como bien desarrolla el Tribunal Constitucional (citando a Gerardo Pisarello), la vulneración del derecho a la vivienda trae consigo la afectación de otros derechos o intereses fundamentales como hacer peligrar el derecho al trabajo, amenazar el derecho a la integridad física y mental, dificulta el derecho a la educación, a la salud y al libre desarrollo de la personalidad, produce afectaciones al derecho a elegir residencia, a la privacidad y a la vida familiar, y condiciona incluso los derechos de participación política (segundo párrafo, Fundamento 64, EXP. N° 0007-2012-PI/TC).

A partir de lo mencionado, es indiscutible la importancia del derecho a la vivienda en el marco de calidad de vida de las personas. Esto también fue percibido por el propio Tribunal Constitucional quien reconoció la importancia de otorgarle el carácter de fundamental a este derecho. Situación que significa un límite a las autoridades públicas como también una obligación al momento de satisfacer las necesidades habitacionales de su población. “La consideración de la vivienda digna como derecho fundamental debe suponer una priorización de esta necesidad básica en las políticas públicas estatales, sobre todo a favor de los sectores más vulnerables de la población” (tercer párrafo, Fundamento 64, EXP. N° 0007-2012-PI/TC).

Esta postura (sobre reconocer el carácter fundamental al derecho a la vivienda) es nuevamente recogida por el Tribunal Constitucional en el caso denominado “Tercera de Buena Fe” (Fundamento 121 del Exp.0018-2015-PI/TC), argumentando lo siguiente:

Este Tribunal considera que el derecho a la vivienda adecuada es un derecho fundamental de toda persona que se encuentra íntimamente ligado al principio derecho de dignidad humana, a la fórmula del Estado Social y Democrático de Derecho (artículos 3 y 43 de la Constitución), al principio de igualdad material y al derecho al libre desarrollo y bienestar (inciso 1)

Este Tribunal identifica, cuando menos, los siguientes aspectos básicos que integran el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la vivienda adecuada:

- i. El derecho de acceder sin discriminación y en igualdad de condiciones a una vivienda adecuada;
- ii. El derecho a no ser privado arbitraria e ilegalmente de la vivienda del artículo 2 de la Constitución).

El derecho de acceder sin discriminación y en igualdad a una vivienda adecuada exige la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a una vivienda adecuada en los términos indicados, esto es, que cuente con disponibilidad de servicios indispensables a vivir, una infraestructura apropiada para ser habitada, que ello implique gastos soportables y se permita la expresión de la identidad cultural de los habitantes, entre otros. Al respecto, corresponde precisar que la satisfacción de este aspecto del derecho a la vivienda adecuada se desarrolla progresivamente y según las posibilidades reales del Estado, manifestándose a través de medidas concretas y evaluables.

El segundo aspecto de este derecho se manifiesta como la proscripción de ser privado(a) de la vivienda de forma arbitraria y, en todo caso, sin sustento en la ley. Precisamente, en virtud de

este derecho emana la obligación del Estado de garantizar cierto grado de seguridad jurídica de la tenencia de las viviendas a través de medidas legales.

El Tribunal Constitucional va más allá de reconocer al derecho a la vivienda adecuada como un Derecho de carácter Económico, Social y Cultural. Por el contrario, incorpora en su razonamiento jurídico la necesidad de reconocer el derecho a la vivienda como un derecho fundamental en el ordenamiento legal peruano en tanto es un derecho que permite el goce y efectividad de otros derechos y libertades propias del ser humano; y ser un elemento transversal en la mejora y mantenimiento de la calidad de vida.

7. EL DERECHO A LA VIVIENDA Y SU RECONOCIMIENTO A NIVEL LEGAL

En el marco de la promoción del derecho a la vivienda y de abarcar la gran problemática del déficit habitacional en nuestro país, en el 2021 se emitieron dos instrumentos jurídicos muy importantes en materia del derecho a la vivienda en nuestro país. Estos son la PNVU y la Ley 31313, Ley de Desarrollo Urbano Sostenible.

7.1. La Política Nacional de Vivienda y Urbanismo (PNVU)

La Política Nacional de Vivienda y Urbanismo (PNVU) publicada en el año 2021, surge con la finalidad de analizar el problema, tan arraigado en nuestro país, que es el déficit habitacional. Si bien existen políticas y normas vinculadas al desarrollo urbano, como bien señala la PNVU:

(...) la intervención a través de una política pública nacional se torna imprescindible puesto que dicho problema demanda las capacidades de rectoría del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (MVCS), una articulación de los tres niveles de gobierno y la participación activa de la sociedad civil (2021b, p. 6).

A partir de un diagnóstico a la realidad peruana en materia de habitabilidad, la PNVU (2021) identifica tres causas directas al problema de la vivienda y todos los demás aspectos vinculados a este como: la desigualdad social y económica, la desarticulación espacial, el impacto negativo en el medio ambiente, el aumento de la vulnerabilidad y riesgo, la afectación a la salud integral de la población, falta de espacios de encuentro y construcción de comunidad. Estas tres causas están relacionadas con: i) el bajo impacto de la planificación urbana-territorial y el limitado control de su cumplimiento, ii) la producción y ocupación ineficiente e insostenible del suelo, y iii) el acceso limitado e inequitativo a soluciones habitacionales adecuadas.

Además, la PNVU (2021) fija 3 objetivos principales que son: i) buscar definir las prioridades y estrategias principales que orienten y articulen las acciones, esfuerzos y recursos en los tres niveles de gobierno, el sector privado y la sociedad civil en materia de vivienda y urbanismo con un horizonte temporal al 2030; ii) buscar responder a los retos del desarrollo urbano en el Perú, transitando de un modelo de desarrollo urbano basado en la continua expansión y regularización de las ciudades, a una de consolidación y democratización de las ciudades; y iii) desarrollar el marco del derecho a la vivienda y el derecho a la ciudad como ejes principales. Esto a fin de llegar al año 2030 con la siguiente situación futura deseada:

Al 2030 se mejorará las condiciones de habitabilidad de la población, lo cual se reflejará en el acceso a viviendas dignas, seguras, asequibles, de buena calidad y adecuadas a características culturales, necesidades productivas y condiciones climáticas; y a espacios públicos, equipamiento y servicios básicos de buena calidad distribuidos equitativamente; centros poblados económicamente competitivos, ambientalmente responsables, socialmente equitativos e inclusivos y resilientes con un enfoque territorial implementados por gobiernos locales capaces y con autoridad para asegurar

la elaboración e implementación de instrumentos de planificación y gestión urbana y territorial de buena calidad, eficaces y socialmente legítimos (PNVU, 2021b, p. 32).

7.2. Ley 31313, Ley de Desarrollo Urbano Sostenible

El 25 de julio de 2021, se publicó en el Diario Oficial El Peruano, la Ley 31313, Ley de Desarrollo Urbano Sostenible. Esta ley tiene entre sus objetivos establecer los principios, lineamientos, instrumentos y normas que regulan el acondicionamiento territorial, la planificación urbana, el uso y la gestión del suelo urbano, a efectos de lograr un desarrollo urbano sostenible, en armonía con el bien común y el interés general. Busca la reducción de vulnerabilidad, la habilitación y la ocupación racional del suelo; así como el desarrollo equitativo y accesible y la reducción de la desigualdad urbana y territorial.

Lo importante de esta ley es el reconocimiento a nivel legal del derecho a una vivienda digna. El artículo 81.1 de la ley señala lo siguiente: "81.1. Toda persona tiene derecho a una vivienda digna y adecuada. El Estado reconoce y garantiza este derecho (...)" (2021).

Antes de la Ley 31313, Ley de Desarrollo Urbano Sostenible, el Perú no contaba con una norma que recoja expresamente el derecho a la vivienda como derecho de las personas (ello sin perjuicio de la interpretación de los artículos constitucionales que nos permiten inferir que el derecho a la vivienda se encuentra implícitamente reconocido por el Perú). Sin embargo, esto no es todo. La Ley 31313, Ley de Desarrollo Urbano Sostenible, establece un artículo específico sobre la vivienda de Interés social y la vivienda de interés social prioritaria en el Perú a fin de garantizar el acceso a la vivienda digna por parte de la población peruana más vulnerable:

Artículo 81. Vivienda de Interés Social

81.1. Toda persona tiene derecho a una vivienda digna y adecuada. El Estado reconoce y garantiza este derecho.

81.2. La Vivienda de Interés Social es la vivienda promovida por el Estado, cuya finalidad se encuentra dirigida a reducir la brecha del déficit habitacional cualitativo y cuantitativo. Incluye a la Vivienda de Interés Social de tipo Prioritaria, la cual se encuentra dirigida a favor de las personas ubicadas en los sectores I, II y III de la población agrupada según quintiles de ingreso y en especial a favor de aquellas que se encuentran asentadas en zonas de riesgo no mitigable o en situación de vulnerabilidad social.

81.3. La política nacional aprobada o actualizada por el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento establece las características y componentes de la Vivienda de Interés Social y de los programas para su promoción, tomando en consideración el déficit habitacional, las posibilidades de acceso al crédito de los hogares, las condiciones de la oferta, el monto de recursos de crédito disponibles por parte del sector financiero y la suma de fondos del Estado destinados a los programas de Vivienda de Interés Social.

81.4. Los programas de Vivienda de Interés Social se implementan preferentemente en suelo urbano consolidado, dotado de infraestructura y servicios necesarios para servir a la edificación, primordialmente el equipamiento urbano necesario, con acceso a transporte público.

81.5. En los criterios de priorización para el diseño de programas de Vivienda de Interés Social, el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento considera los distintos tipos de hogares existentes, generando alternativas adecuadas según sus características. Entre ellos

se consideran: hogares compuestos por familias nucleares, hogares formados por familias extendidas, hogares formados por familias compuestas, hogares unipersonales, entre otros.

La vivienda de interés social, como señala el artículo 81.2 es aquella vivienda promovida por el Estado cuya finalidad es permitir el acceso a una vivienda de calidad a la gran parte de personas que conforman la clase media y pobre del país (a diferencia de las viviendas de interés social prioritario las cuales son únicamente destinadas para el sector pobre de la población ubicada en los sectores I, II y III de la población agrupada en quintiles de ingreso⁶ y ubicadas en zonas de riesgo). Esto a través del apoyo de subsidios o bonos que disminuyen los precios de compra y crea facilidades para la adquisición y pago de viviendas.

La obligación del desarrollo progresivo y la implementación de programas de viviendas sociales y viviendas sociales del tipo prioritario queda en manos del Estado. Según el artículo 82 de la Ley 31313, Ley de Desarrollo Urbano Sostenible, son las entidades públicas las encargadas de emplear instrumentos e incentivos diseñados para cumplir tal fin, acorde a la dignidad humana:

Artículo 82. Obligación del Estado de promover la provisión de Vivienda de Interés Social

El Estado prioriza la provisión de Vivienda de Interés Social en todo el territorio nacional. Para el cumplimiento progresivo de dotar de una vivienda adecuada a toda la ciudadanía, las Entidades Públicas competentes emplearán los incentivos, instrumentos de gestión del suelo, los programas sociales existentes o que sean creados y otros mecanismos que sean diseñados para tal fin por la normativa correspondiente.

Asimismo, los Gobiernos Locales tienen una labor fundamental en el ordenamiento y la definición de áreas en donde se deba fomentar la vivienda de interés social. Ello por medio de la inclusión de las estrategias para la provisión de viviendas sociales dentro de los Planes de Desarrollo Urbano y Metropolitano, de conformidad con el artículo 83 de la Ley 31313, Ley de Desarrollo Urbano Sostenible:

Artículo 83. Obligación de incluir estrategia para provisión de Vivienda de Interés Social en Planes de Desarrollo Urbano

Los Planes de Desarrollo Urbano y Metropolitano contienen, obligatoriamente, una sección específica en la cual se describe la estrategia de los Gobiernos locales para fomentar la provisión y acceso a la Vivienda de Interés Social, priorizando su desarrollo en áreas consolidadas de sus respectivas jurisdicciones, a través de programas municipales de vivienda o el empleo de otros programas o instrumentos para cumplir dicha finalidad. Las Municipalidades Distritales están prohibidas de excluir directa o indirectamente la ejecución de programas o proyectos de Vivienda de Interés Social en sus jurisdicciones.

8. LA AGENDA 2030 PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE, Y EL OBJETIVO 11 "CIUDADES Y COMUNIDADES SOSTENIBLES" (ODS 11)

En setiembre de 2015, la Asamblea General de la ONU adoptó un plan transformador hasta el 2030 para la búsqueda de la sostenibilidad económica, social y ambiental de las naciones miembros de Naciones Unidas. Esta Agenda representa una gran oportunidad para los países de América Latina y el Caribe en el marco de la erradicación de la pobreza extrema, la reducción de las brechas

6 Según el INEI (s. f.), para conocer la distribución del ingreso al interior del país y de las sub-regiones, se utilizó el método de los Quintiles de Ingresos. Este método divide a la población en cinco grupos más o menos iguales, cada uno representando alrededor del 20% del total. El primer quintil agrupa a los más pobres es decir los que tienen menos ingresos y el quinto quintil a los de mayor ingreso.

de desigualdad, un crecimiento inclusivo (tanto urbano como económico), promover ciudades sostenibles, entre otros, priorizando la dignidad humana y la igualdad como puntos centrales de este desarrollo (CEPAL, s. f.).

La Agenda 2030 plantea en sus 17 objetivos, una estrategia para el plazo de 15 años en donde los Estados se comprometieron a invertir y priorizar recursos con la finalidad de cubrir las necesidades de los más pobres y vulnerables del territorio. Dentro de estos 17 objetivos, destaca (por la relevancia con el presente artículo), el Objetivo N° 11 “Ciudades y Comunidades Sostenibles”.

La rápida urbanización de los territorios ha generado un creciente número de habitantes en los barrios informales y un déficit en infraestructura y servicios básicos de calidad. Como señala la propia Naciones Unidas, “está[n] empeorando la contaminación del aire y el crecimiento urbano incontrolado” (s. f.). A su vez, la pandemia generada por el Covid19 contribuyó a que las políticas urbanas se adecuarán a una nueva normalidad en donde el distanciamiento social dificulta el cumplimiento de los objetivos planteados, como el referido a “Ciudades y Comunidades Sostenibles”.

Sin embargo, las metas del Objetivo 11: “Ciudades y Comunidades Sostenibles” se mantienen⁷ siendo ellas determinantes en beneficio del derecho a la vivienda en los sectores más vulnerables.

9. APROXIMACIÓN A LOS RETOS DEL DERECHO A LA VIVIENDA Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL PERÚ

El ejercicio del derecho a la vivienda en el Perú, dentro de un Estado Constitucional de Derecho, tiene retos muy importantes que cubrir. Para que el Estado promocione y apoye el cierre de las brechas

7 Metas Objetivo 11: “Ciudades y Comunidades Sostenibles” en la Agenda 2030:

- De aquí a 2030, asegurar el acceso de todas las personas a viviendas y servicios básicos adecuados, seguros y asequibles y mejorar los barrios marginales.
- De aquí a 2030, proporcionar acceso a sistemas de transporte seguros, asequibles, accesibles y sostenibles para todos y mejorar la seguridad vial, en particular mediante la ampliación del transporte público, prestando especial atención a las necesidades de las personas en situación de vulnerabilidad, las mujeres, los niños, las personas con discapacidad y las personas de edad.
- De aquí a 2030, aumentar la urbanización inclusiva y sostenible y la capacidad para la planificación y la gestión participativas, integradas y sostenibles de los asentamientos humanos en todos los países.
- Redoblar los esfuerzos para proteger y salvaguardar el patrimonio cultural y natural del mundo.
- De aquí a 2030, reducir significativamente el número de muertes causadas por los desastres, incluidos los relacionados con el agua, y de personas afectadas por ellos, y reducir considerablemente las pérdidas económicas directas provocadas por los desastres en comparación con el producto interno bruto mundial, haciendo especial hincapié en la protección de los pobres y las personas en situaciones de vulnerabilidad.
- De aquí a 2030, reducir el impacto ambiental negativo per cápita de las ciudades, incluso prestando especial atención a la calidad del aire y la gestión de los desechos municipales y de otro tipo.
- De aquí a 2030, proporcionar acceso universal a zonas verdes y espacios públicos seguros, inclusivos y accesibles, en particular para las mujeres y los niños, las personas de edad y las personas con discapacidad.
 - Apoyar los vínculos económicos, sociales y ambientales positivos entre las zonas urbanas, periurbanas y rurales fortaleciendo la planificación del desarrollo nacional y regional.
 - De aquí a 2020, aumentar considerablemente el número de ciudades y asentamientos humanos que adoptan e implementan políticas y planes integrados para promover la inclusión, el uso eficiente de los recursos, la mitigación del cambio climático y la adaptación a él y la resiliencia ante los desastres, y desarrollar y poner en práctica, en consonancia con el Marco de Sendai para la Reducción del Riesgo de Desastres 2015-2030, la gestión integral de los riesgos de desastre a todos los niveles.
 - Proporcionar apoyo a los países menos adelantados, incluso mediante asistencia financiera y técnica, para que puedan construir edificios sostenibles y resilientes utilizando materiales locales.

del déficit de vivienda se requiere instrumentos legales (adecuados, reglamentos, organización y gestión), programas de acceso a la vivienda, pero también presupuesto público.

Los retos del derecho a la vivienda en el Perú consideramos que se desprenden, de nuestro marco constitucional, la Ley 31313, Ley de Desarrollo Urbano sostenible y la PNVU (2021).

La PNVU (2021) del Perú plantea como problema público las *inadecuadas condiciones de habitabilidad de la población*. El concepto de habitabilidad se refiere aquí tanto a las características individuales de las viviendas ("habitabilidad interna") como a las características del barrio o el entorno donde estas se sitúan ("habitabilidad externa") (p. 7).

Es importante precisar que la PNVU (2021) identifica que este problema se debe a tres causas directas:

1. Bajo impacto de la planificación urbana-territorial y limitado control de su cumplimiento;
2. Producción y ocupación ineficiente e insostenible del suelo; y
3. Acceso limitado e inequitativo a soluciones habitacionales adecuadas.

De otro lado, la PNVU (2021) establece los siguientes objetivos prioritarios:

- I. Garantizar el crecimiento y desarrollo sostenible de las ciudades y centros poblados del país a través de una planificación urbana y territorial, ajustando las herramientas urbanas y reforzando la capacidad de los gobiernos locales para anticiparse a su desarrollo.
- II. Garantizar la sostenibilidad de las dinámicas de ocupación del suelo en las ciudades y centros poblados del país, disminuyendo los aspectos que encarecen el acceso al suelo y la extensión innecesaria de la ciudad.
- III. Incrementar el acceso a una vivienda adecuada en las ciudades y centros poblados del país priorizando a la población en situación de pobreza o vulnerabilidad social a través de un ajuste de los programas existentes y creando otros mecanismos.
- IV. Mejorar las condiciones de habitabilidad externa en las ciudades y centros poblados del país, buscando que la mayor parte de la población acceda al espacio público, infraestructura y equipamiento urbano que garanticen niveles mínimos de calidad de vida. (p. 10)

Creemos que los retos son de gran magnitud y al Derecho, en especial el Derecho Administrativo, le corresponde un rol importante para colaborar en cubrir las brechas del déficit de vivienda en el Perú, tomando en cuenta no solo a la vivienda en sí misma (habitabilidad interna), sino también el entorno en donde estas se encuentran (habitabilidad externa). De esta forma podemos mencionar lo siguiente:

- Normas de fortalecimiento de la planificación urbana que orienten la gestión del desarrollo urbano sostenible y la clasificación del uso del suelo.
- Establecer políticas, normas, incentivos y beneficios para programas de vivienda social especialmente de interés social prioritario.
- Articular Zonificación con la planificación urbana.
- Promover y optimizar el desarrollo de infraestructura de equipamiento urbano y de servicios públicos como transporte urbano, servicios de saneamiento y los demás servicios públicos.

- Regular y gestionar espacios públicos inclusivos y sostenibles que respondan a las necesidades de los ciudadanos.
- Desincentivar la ocupación informal y especulativa del suelo en las ciudades y centros poblados del país.
- Ampliar las alternativas existentes de acceso a vivienda adecuada priorizando a la población en situación de pobreza o vulnerabilidad social.
- Fortalecer el sistema de catastro del suelo urbano.
- Promover la inscripción registral del derecho de propiedad en los registros públicos prediales a manera de protección de este derecho, a través de la publicidad registral y de los mecanismos de seguridad jurídica que otorga el registro.
- Fortalecer las capacidades de los funcionarios de los gobiernos locales para la gestión del desarrollo urbano sostenible.
- Determinar el carácter de “fundamental” del derecho a la vivienda en nuestro marco constitucional y evaluar la posibilidad de establecer vías legales para la exigibilidad de este derecho.

10. REFLEXIONES FINALES

A modo de síntesis y como reflexiones finales, presentamos los siguientes puntos vinculados al derecho a la vivienda y su reconocimiento en el marco jurídico, el problema del déficit habitacional, y los retos más importantes en el contexto peruano:

- La vivienda es un elemento fundamental que contribuye con el desarrollo del ser humano. Siempre ha estado relacionada con las necesidades esenciales de las personas y los ciudadanos. Es un espacio que permite el crecimiento de la persona tanto a manera individual como colectivo. Es aquí en donde se desarrollan derechos, relaciones sociales y afectivas. En ese sentido, la vivienda debe guardar ciertas características básicas que permitan de esta ser considerado como un espacio adecuado para el desarrollo humano como es i) Seguridad jurídica de la tenencia; ii) disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; iii) gastos soportables; iv) habitabilidad; v) asequibilidad; vi) lugar; y vii) adecuación cultura; criterios adoptados a nivel internacional por el Comité de las Naciones Unidas de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- La pandemia generada por la COVID-19 nos ha permitido revalorar la importancia de la vivienda. Por ello, consideramos urgente y prioritario atender el déficit habitacional (tanto cualitativo como cuantitativo) que a lo largo de los años ha sido uno de los principales problemas dentro de nuestra sociedad. Situación que viene afectando derechos humanos de aquellas personas que no cuentan con un espacio en donde habitar, o de tenerla, viven en situaciones de precariedad. Es necesario un reforzamiento en las políticas urbanas en materia de vivienda y la participación activa del Estado a través del financiamiento para la construcción de viviendas sociales que permitan el acceso a un mayor número de personas a viviendas de calidad.
- A pesar de no estar recogido de manera expresa en la Constitución peruana, el derecho a la vivienda es un derecho reconocido por el Estado Peruano a partir de la suscripción o ratificación de diversos Tratados, Convenios o Pactos internacionales en materia de derechos humanos, en especial PIDESC, en donde consta el derecho a la vivienda. Estos instrumentos internacionales son incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por medio de la interpretación sistemática y aplicación de los artículos 3, 55, y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política vigente. En el mismo sentido, ha sido reconocido como derecho fundamental innombrado por la jurisprudencia del

Tribunal Constitucional en los casos de Fonavi (2012) y Caso Tercero de Buena Fe (2020). De esta manera, el Estado Peruano cuenta con obligaciones asumidas frente al derecho a la vivienda, entre las cuales se encuentran promover de manera progresiva el acceso a una vivienda digna a personas de bajos recursos económicos.

- La Ley 31313, Ley de Desarrollo Urbano Sostenible, y la Política Nacional de Vivienda y Urbanismo (PNVU), ambas publicadas en el 2021, son un gran avance y un hito en el Perú al abordar por primera vez el problema habitacional y el derecho a la vivienda adecuada en el marco del planeamiento urbano y el derecho a la ciudad. No obstante, es necesario el compromiso de los diversos actores públicos, privados y la sociedad civil en la generación de impactos positivos en el desarrollo urbano y en la población por medio ambos instrumentos.
- Sobre los retos en materia de vivienda vinculados al Derecho Administrativo, se encuentran aquellos destinados a la reducción de brechas habitacionales que traen como consecuencia la segregación espacial de la ciudadanía. Por ello, resulta fundamental la intervención de la Administración Pública a través del fortalecimiento de las instituciones, la emisión de políticas en materia urbana que contribuyan con la reducción de la informalidad y promuevan el acceso a una vivienda adecuada, la mejora de espacios, servicios e infraestructura pública; así como la capacitación de funcionarios públicos, entre otros, con la finalidad de mejorar la calidad de vida de las personas por medio de espacios para vivienda idóneos que contribuyan con su desarrollo y promoción de sus derechos fundamentales, y en especial, el respeto por su dignidad.
- Es importante que el Derecho contribuya a generar mecanismos e instrumentos para que el Estado pueda promover la reducción de la brecha del déficit habitacional y de la vivienda en el Perú, priorizando la vivienda de interés social y, particularmente, de tipo prioritario dirigido a la población peruana más vulnerable y más pobre.
- Consideramos, finalmente, que el problema de la vivienda nos obliga a pensar en nuevas estrategias y en el replanteamiento de las políticas públicas obsoletas que no han cumplido con el objetivo esperado en busca de ciudades más justas, seguras y solidarias por medio de la promoción de viviendas adecuadas.

11. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Asamblea Constituyente. (1979, 12 julio). Constitución para la República del Perú. <https://www4.congreso.gob.pe/comisiones/1999/simplificacion/const/1979.htm>

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948, 10 diciembre). La Declaración Universal de Derechos Humanos. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

Bassols Coma, M. (2006). Vivienda y Constitución. Comentarios a la Constitución Española de 1978, 305–340.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (s. f.). Acerca de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. <https://www.cepal.org/es/temas/agenda-2030-desarrollo-sostenible/acerca-la-agenda-2030-desarrollo-sostenible>

Congreso Constituyente. (1993). Constitución Política del Perú de 1993. <https://www.gob.pe/institucion/presidencia/informes-publicaciones/196158-constitucion-politica-del-peru>

Congreso de la República del Perú. (2002a). Debate para la Reforma Constitucional 2001-2003 [Ley N.º 27600]. <https://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/1993/const1993-nivel1-d.htm>

Congreso de la República del Perú. (2002b). Texto Sustitutorio del Proyecto de Ley de Reforma Constitucional.https://www4.congreso.gob.pe/comisiones/2002/debate_constitucional/dictamen.htm

Congreso de la República del Perú. (2021, 25 julio). Ley 31313. Ley de Desarrollo Urbano Sostenible. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-de-desarrollo-urbano-sostenible-ley-n-31313-1976352-2/>

Congreso de la República del Perú; Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales. (2002, 1 enero). Anteproyecto de ley de reforma de la Constitución [Texto para el debate] 5 de abril de 2002.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR). (2012). Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud de los artículos 16 y 17 del Pacto: Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Perú. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1617214/Observaciones-finales-CESCR.pdf.pdf>

De Los Ríos, S. (2008, mayo). Derecho a la Vivienda y las Declaraciones Constitucionales. Revista INVI, (23), 127-147.

Espinoza, A. y Fort, R. (2020). *Hacia una nueva política de vivienda en el Perú: problemas y posibilidades*. Grupo de Análisis para el Desarrollo. <https://adiperu.pe/wp-content/uploads/Documento-Base-Hacia-una-nueva-Politica-de-Vivienda-en-el-Peru-Problemas-y-posibilidades.pdf>

Feres, J. y Mancero, X. (2001, febrero). *El método de las necesidades básicas insatisfechas (NBI) y sus aplicaciones en América Latina*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe.https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4784/S0102117_es.pdf?sequence

Haramoto, E. (1994). Vista de Incentivo a la calidad de la vivienda social. Revista INVI, 8 (20), 16-22. https://revistainvi.uchile.cl/index.php/INVI/article/view/62027/65668_

Instituto Nacional de Estadística e Informática (2020). Estado de la población peruana 2020. https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1743/Libro.pdf

Instituto Nacional de Estadística e Informática (s. f.). *La pobreza medida por Quintiles de Ingresos*. https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib0386/cap0505.htm

Max-Neff, M., Elizalde, A. y Hopenhayn, M. (1998). *Desarrollo a escala humana: concepto, aplicaciones y algunas reflexiones*. Icaria Editorial.

Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento. (2021a). *Política Nacional de Vivienda y Urbanismo y Ley de Desarrollo Urbano Sostenible*.

Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento. (2021b). *Resumen de la Política Nacional de Vivienda y Urbanismo y Ley de Desarrollo Urbano Sostenible*. <https://www.gob.pe/institucion/vivienda/informes-publicaciones/2027198-resumen-de-la-politica-nacional-de-vivienda-y-urbanismo>

ONU-HABITAT. (2018). *Vivienda: inviable para la mayoría*. <https://onuhabitat.org.mx/index.php/vivienda-inviabile-para-la-mayoria>

ONU-HABITAT. (2019, junio). *ONU-Habitat - El Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos*. <https://onuhabitat.org.mx/index.php/nosotros>

ONU: Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos (ACNUDH). (2009). *Folleto informativo N° 21 (Rev.1): El derecho a una vivienda adecuada.* https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/FS21_rev_1_Housing_sp.pdf

Organización de las Naciones Unidas. (1966, 16 diciembre). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>

Organización de las Naciones Unidas. (2017, 13 noviembre). *La Asamblea General adopta la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.* Desarrollo Sostenible. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/la-asamblea-general-adopta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/>

Organización de las Naciones Unidas. (2021, 4 mayo). *La Agenda para el Desarrollo Sostenible.* <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/development-agenda/>

Organización de las Naciones Unidas. (s. f.). *Objetivo 11: Lograr que las ciudades sean más inclusivas, seguras, resilientes y sostenibles.* Desarrollo Sostenible. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/cities/>

Ortiz, I. (2017). *Introducción al Derecho Urbanístico.* Fondo Editorial de la PUCP.

Red-DESC. (1991, 13 diciembre). *Observación general No 4: El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto).* <https://www.escri-net.org/es/recursos/observacion-general-no-4-derecho-una-vivienda-adecuada-parrafo-1-del-articulo-11-del-pacto>

Red-DESC. (s. f.). *El derecho a la vivienda.* <https://www.escri-net.org/es/derechos/vivienda>

Sentencia 0018-2015 (2020, marzo). Tribunal Constitucional (Ledesma Narváez) <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00018-2015-AI.pdf>

Sentencia 0007-2012 (2012, 26 de octubre). Tribunal Constitucional (Álvarez Miranda) <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00007-2012-AI.html>



LOS MERCADOS DE ABASTOS EN LA LEGISLACIÓN PERUANA: EL CASO DEL ÁREA METROPOLITANA DE LIMA EN EL CONTEXTO DE EMERGENCIA SANITARIA POR EL COVID-19

FOOD MARKETS IN PERUVIAN LEGISLATION: THE CASE OF THE METROPOLITAN AREA OF LIMA IN THE CONTEXT OF HEALTH EMERGENCY DUE TO COVID-19¹

ANDRES DEVOTO YKEHO²

RESUMEN

El artículo desarrolla la regulación del servicio de mercados de abastos en la legislación peruana luego de los nuevos cambios normativos acontecidos antes y durante la pandemia por el COVID-19. Se desarrolla las tipologías existentes sobre mercados, los actores públicos involucrados y el régimen jurídico administrativo que adopta nuestro ordenamiento jurídico. Finalmente, se comentan dos retos que tienen los mercados a la luz de las nuevas legislaciones relacionadas al desarrollo urbano y la seguridad alimentaria. Luego de un análisis jurídico de la normativa, doctrina administrativa y la jurisprudencia encontramos un proceso en marcha de recuperación del rol que tiene la administración pública frente a la promoción, construcción y operación de los mercados de abastos luego de los procesos de liberalización y privatización que vivió el Perú durante la década de los noventa.

PALABRAS CLAVE

Privatización | Servicio Público | Servicio Público Local | Mercados de Abastos | Gobiernos Locales | Comercio Interno | Seguridad alimentaria | Derecho Administrativo | Lima Metropolitana | Derecho Municipal

ABSTRACT

The article develops the regulation of the food market service in Peruvian legislation, after the new regulatory changes that occurred before and during the COVID-19 pandemic. In addition, the existing typologies on markets, the public actors involved and the administrative legal regime that adheres to the Peruvian legal system are studied. Finally, two aspects that food markets maintain in regard to the new legislation related to urban development and food safety are analyzed. Likewise, after a legal analysis of the regulations, administrative doctrine, and jurisprudence we found an underway process to recover the role that the public administration has in the promotion, construction and operation of the food markets, after the processes of liberalization and privatization that occurred in Peru during the nineties.

KEYWORDS

Privatization | Public Service | Local Public Service | Food Markets | Local Governments | Internal Trade | Food Safety | Administrative Law | Metropolitan Lima | Municipal Law

- 1 El presente artículo se nutrió de los aportes y comentarios de Ana María Huaita (CoMercado/FAO), Jauyin Leung (Ex Asesor PRODUCE), Alain Santandreu (ECOSAD), Andes Tupiño (Subsecretario de la FENATM), Carlos Aguilar (MERCARED), Martha Lazarte (FAO), Mauricio Espinoza (GRADE) y Carmen Angulo (Municipalidad distrital de San Juan de Lurigancho) y Ralph Sánchez (Municipalidad distrital de Santa Anita).
- 2 Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Investigador Asociado del Grupo en Urbanismo, Gobernanza y Vivienda Social – CONURB. Ex asociado del Círculo de Derecho Administrativo. Activista por la Ciudad por el Colectivo despiertaLima.

SOBRE EL ARTÍCULO

El presente artículo fue recibido por la Comisión de Publicaciones el 26 de octubre de 2021 y aprobado para su publicación el 23 de mayo de 2022.

CONTENIDO

1. Introducción; **2.** Los mercados de abastos en la legislación peruana; **2.1.** Clasificación de Mercados en la legislación peruana; **2.1.1.** Por preponderante relación con la economía rural; **2.1.1.1.** Mercados Agropecuarios; **2.1.1.2.** Mercados Itinerantes; **2.1.2.** Por su Origen; **2.1.2.1.** Mercados Informales; **2.1.2.2.** Mercados Planificados; **2.1.3.** Por Escala de distribución; **2.1.3.1.** Mercados Mayoristas; **2.1.3.2.** Mercados Minoristas; **2.1.4.** Por su Titularidad y Administración; **2.1.4.1.** Mercados Privados; **2.1.4.2.** Mercados Municipales; **2.2.** Actores Públicos; **2.3.** Régimen Administrativo de los Mercados de Abastos; **2.3.1.** Privatización y Mercados de Abastos; **2.3.2.** Servicio Público y Mercado de Abastos; **2.3.3.** Edificación y Diseño de Mercados de Abastos; **2.3.4.** Títulos Habilitantes y requisitos para el edificio de Mercados de Abastos; **2.3.5.** Gestión Interna del Mercado de Abastos; **3.** COVID-19 y Mercados de Abastos en Lima Metropolitana: Dos Retos pendientes; **3.1.** El Mercado de Abastos en la ciudad; **3.1.1.** Mercados de Abastos, Planificación Urbana y Derecho Urbanístico; **3.1.2.** Mercados de Lima Metropolitana frente a la Industria Retail; **3.1.3.** Entorno de los Mercados; **3.1.4.** Desarrollo Económico Local y Derecho Municipal; **3.2.** El Mercado de Abastos en el Sistema Alimentario; **4.** Conclusiones y Reflexiones finales; **5.** Referencias Bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

En el Perú, existe un vacío pendiente de ser llenado por investigaciones sobre la regulación de los servicios públicos locales frente a los retos que enfrentan las metrópolis y grandes ciudades del país. Uno de estos servicios denominados por nuestra Ley Orgánica de Municipalidades es el de abastecimiento y comercialización de productos que se realiza a través de los mercados de abastos peruanos. Estos espacios han estado en el foco de la discusión urbana a raíz de la pandemia del COVID-19.

Luego del luto vivido por las inundaciones provocadas por el fenómeno climático conocido como el “Niño Costero”³, al Perú le tocó vivir otro duelo causado por la situación de emergencia sanitaria que azotó al mundo entero. Se sabe que el Perú es el país con la tasa de mortalidad per cápita más alta del mundo en la pandemia⁴. Nuestros comerciantes han sido unos de los grupos más expuestos a contagios, considerando además que muchos de ellos son adultos en condición de riesgo (CAF, 2020, p. 9). En muchas ciudades del Perú la tasa de contagios al iniciar la pandemia superaba el 80% (CAF, 2020, p. 9).

Según información de Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), Lima Metropolitana concentra casi la mitad⁵ de los mercados del Perú (Proyecto Perú et al., 2020, p. 11). Lamentablemente la necesidad de limeños y limeñas de abastecerse de alimentos, sumado al insuficiente control

3 En el 2017 este fenómeno provocó uno de los mayores desastres naturales en el Perú. Más de 100 000 damnificados, 75 fallecidos, 10 000 viviendas colapsadas y medio millón de afectados fueron el saldo final de este evento. Ver en Mariaisabel. (2017, December 22). Perú: la furia de El Niño Costero en el 2017. Noticias Ambientales. <https://es.mongabay.com/2017/12/peru-la-furia-nino-costero-2017/>

4 Véase en BBC News Mundo. (2021, 31 de mayo). Perú duplica las muertes por covid-19 tras una revisión de cifras y se convierte en el país con la mayor tasa de mortalidad per cápita del mundo. BBC News Mundo. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-57310960>

5 El Censo Nacional de Mercados de abastos del 2016 da importantes datos acerca del estado situacional de los mercados en el Perú y Lima. En el Perú se registraron 2,612 mercados de abastos siendo Lima el departamento que más mercados concentra con una cantidad 1,122 (Proyecto Perú et al., 2020, p. 11).

sanitario dentro de los establecimientos convirtieron también a sus diversos mercados en focos de diseminación del virus. Hasta finales del mes de junio de 2020, al finalizar la cuarentena nacional, el 41% de los comerciantes de mercados de abastos de Lima y Callao dio positivo al COVID-19 (CONURB, 2021, p. 116).

Frente a esto, la legislación ha venido siendo modificada con el objetivo de superar esta trágica situación. Por ello, analizaremos los retos y oportunidades del régimen jurídico que regula la construcción, funcionamiento y gestión de los mercados de abastos desde una mirada histórica y con un enfoque interdisciplinario dada la falta de fuentes bibliográficas de carácter jurídico que estudien los mercados de abastos de Lima.

2. LOS MERCADOS DE ABASTOS EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

2.1. Clasificación de Mercados en la legislación peruana

2.1.1. Por preponderante relación con la economía rural

La legislación peruana no tiene regímenes diferenciados que regulan los mercados que se ubican en áreas rurales frente a los que están en áreas urbanas. De cierta manera, todos los mercados están relacionados con las economías rurales ya que son el punto de distribución del sistema alimentario. No obstante, existe dos casos especiales regulados. En la Ley de Promoción del Desarrollo de los Mercados de Productores Agropecuarios y Mercados Itinerantes - Ley N° 29676 se propusieron modelos de mercado que permitan articular los pequeños y medianos productores agrarios a los mercados locales, regionales, nacionales e internacionales⁶. Este sigue siendo el problema que trata de abordar la política nacional agraria: el bajo nivel de integración de los productores agrarios para acceder a mercados en general⁷. Esta legislación es reglamentada por el sector Agricultura.

De esta manera, la legislación fomenta la inserción al mercado de las comunidades campesinas y comunidades nativas, logra la comercialización directa entre productores y consumidores finales, y mejora la economía rural promoviendo la agricultura sostenible. Estos mercados pueden implementarse tanto en áreas rurales como urbanas. La normativa citada presenta dos tipologías de mercado.

2.1.1.1. Mercados Agropecuarios

La Ley define a los Mercados de productores agropecuarios como aquellos que constituyen el conjunto de transacciones, acuerdos o intercambios de bienes y servicios que realizan los productores de comunidades campesinas, comunidades nativas y productores individuales con los consumidores finales⁸. Recalca la norma que no están comprendidos en la norma los intermediarios o acopiadores que no son productores. Asimismo, la norma establece que estos son de duración indefinida y se realizan una vez a la semana.

2.1.1.2. Mercados Itinerantes

Posteriormente, dado el contexto de Emergencia Sanitaria por el COVID-19, la Ley N° 31073 amplió una tipología llamada Mercado itinerantes. Con el objetivo de prevenir los contagios, estos se constituyen como espacios físicos o móviles de venta directa y sin intermediarios de productos

6 Fue el Eje de Política 10 de la anterior Política Nacional Agraria aprobada mediante Decreto Supremo N° 002-2016-MINAGRI el 18 de marzo de 2016 (MINAGRI, 2016)

7 Política Nacional Agraria 2021-2030 aprobada por el Artículo 1 del Decreto Supremo N° 17-2021 (MIDAGRI, 2021, p. 6)

8 Ver Artículo 2 de la Ley N° 29676

agropecuarios del campo a los consumidores finales de las zonas urbanas y urbano-marginales. Una de sus características, a diferencia de los mercados agropecuarios, es que son temporales⁹.

Si bien los conocidos Mercados “De la Chacra a la Olla” han tenido bastante éxito¹⁰ hasta la fecha, los formatos antes descritos no serán objeto de desarrollo mayor en el artículo por el grado de complejidad que implica analizar las dinámicas y lógicas comerciales relacionadas a las transacciones de las comunidades campesinas y nativas. Sin embargo, ello será necesario ya que los mercados constituyen un espacio de encuentro entre el mundo rural y urbano. Bastará para efectos del presente artículo su mención para entender posteriormente cómo se ha querido gestionar el entorno de los mercados durante el Estado de Emergencia Sanitaria.

2.1.2. Por su Origen

No se puede entender la formación de los mercados de abastos en el Perú sin explicar el proceso de urbanización que atravesó nuestro país en los últimos 60 años. Según cifras del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI)¹¹, la población peruana pasó de ser mayoritariamente rural para ser mayoritariamente urbana. En 1940 el 64.6 % de la población vivía en áreas rurales y solo el 35.4% en áreas urbanas. En contraste, según el último Censo nacional de Población y Vivienda del 2017, el 79.3% de la población vive en áreas urbanas, frente a un 20.7% que vive en áreas rurales¹², hecho que prueba la clara tendencia a la urbanización.

Este proceso de urbanización siguió una dinámica informal, siendo una de las tipologías de esta dinámica los llamados asentamientos humanos o barriadas¹³. En el Lima Metropolitana según los censos nacionales, en 1955 existían 39 asentamientos humanos, representando el 10% de la población de la capital. Para 1993, los asentamientos humanos existentes en el área metropolitana eran de 1147, representando el 34,5% de la población capitalina (Río Frio, 1978; INEI, 1981; 1993). Lo mal llamados barrios “marginales” no eran un fenómeno secundario, sino más bien una manera de crear la ciudad ante un Estado desbordado¹⁴. Hoy sabemos que el 54% de la superficie del Área

9 Ver Artículo 2 de la Ley N° 29676

10 Según el Ministerio de Desarrollo Agrario y Riego los Mercados “De la Chacra a la Olla 2021” generaron más de S/ 25,5 millones de soles hasta agosto del presente año. Desde noviembre de 2020 a julio de 2021 se ejecutaron un total de 1826 mercados, abasteciendo a 1.01 millones de familias a nivel nacional. Véase en El Comercio. (2021c, 3 de agosto). Mercados “De la Chacra a la Olla 2021” generaron más de S/ 25,5 millones a la fecha. El Comercio Perú. <https://elcomercio.pe/economia/peru/mercados-de-la-chacra-a-la-olla-2021-generaron-mas-de-s-2556-millones-a-lafecha-nndc-noticia/>

11 Ver al respecto en Instituto Nacional de Estadística e Informática. (s. f.) Migraciones internas en el Perú. https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib0018/cap31001.htm#:~:text=De%20una%20poblaci%C3%B3n%20mayoritariamente%20rural,m%C3%A1s%20r%C3%A1pidamente%20que%20la%20rural.

12 Véase Instituto Nacional de Estadística e Informática, Características de la Población. (2018). Capítulo I: Características de la Población. En: INEI, Perú: Perfil Sociodemográfico. Informe Nacional. Censos Nacionales 2017: XII de Población, VII de Vivienda y III de Comunidades Indígenas. https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1539/cap01.pdf

13 De conformidad con el literal a) del artículo 4 de la derogada Ley N° 13517 – Ley Orgánica de Barrios Marginales de 1961, se le denominaba “Barriada” a la zona de terrenos de propiedad fiscal, municipal, comunal o privada que se encuentra dentro de los límites de centros poblados capitales de circunscripción político administrativa, o en sus respectivas áreas suburbanas o aledañas, en las que, por invasión y al margen de disposiciones legales sobre propiedad, con autorización municipal, o sin ella, sobre lotes distribuidos sin planes de trazado oficialmente aprobados, se hayan constituido agrupamientos de viviendas de cualquier estructura, careciendo dicha zona en conjunto de uno o más de los siguientes servicios: agua potable, desagüe, alumbrado, veredas, vías de tránsito vehicular, etc. La Ley N° 13157 fue una ley pionera en su época al dar una respuesta al fenómeno de la autoproducción de hábitat en el Perú.

14 De acuerdo con Espinoza y Fort (2020c), el 93% del nuevo suelo generado en las ciudades del Perú de 2001 al 2018 es informal, en otras palabras, mediante lotizaciones informales y ocupacionales ilegales. Esto prueba de cierta manera que la informalidad urbana no es un fenómeno marginal, sino más bien principal y generalizado.

Metropolitana de Lima está ocupado por asentamientos no formalizados e informales (Torres, 2019, p. 15).

En esta línea, en muchos de estos casos no se siguieron procedimientos de habilitación urbana que respondan a los instrumentos de planeamiento urbanístico. Por ello, se prescindió de la ejecución de obras físicas para los servicios públicos esenciales, así como de la reserva de áreas de dominio público para la implementación de equipamientos. Es así como este fenómeno repercute tanto en la formación de los mercados como equipamientos urbanos, y, por consiguiente, en el tratamiento que se le ha dado en la legislación.

2.1.2.1. Mercados Informales

El mercado informal limeño se dio en un contexto general de crecimiento urbano no planificado¹⁵. Uno de los significados de la formación de estos barrios capitalinos es la incorporación de una enorme masa poblacional al mercado de consumo y al de trabajo (Matos Mar, 2012, p. 247). Así, esta población, desposeída de los medios de producción propios de la economía campesina, a su llegada a la ciudad se convierte gradualmente en demandadora de bienes de consumo, aumentando el mercado interno (Matos Mar, 2012, p. 247).

En esta línea, muchos pobladores de las barriadas tuvieron una participación crucial en la satisfacción de estas necesidades de servicios. Se gestionaron soluciones ante falta de agua, electricidad, baja policía, desagüe o posta sanitaria, transporte y locales públicos necesarios para la vida comunitaria. Uno de estos locales comunales fue el mercado (Matos Mar, 1966, p. 153). Sobre el orden en el que se atendían estas carencias, Matos Mar decía lo siguiente:

Dado que las barriadas buscan ser asentamientos organizados, una vez atendidos los más elementales problemas, si bien precariamente, ponen énfasis en la edificación de locales públicos. En la mayoría de ellas se han construido locales para escuelas, asociaciones, capillas, mercados y zonas de esparcimiento con campos deportivos, plazas y parques y, finalmente, reservorios de agua y puentes. Obras realizadas mediante faenas comunales. (1966, p. 155)

Acá hay dos ideas importantes. La primera está relacionada con la demanda de consumo de bienes. El mercado informal de los asentamientos humanos fue un producto de este espacio humano para la satisfacción de necesidades de subsistencia. Junto con las “paraditas” y los vendedores ambulantes, el mercado informal permitió a los nuevos pobladores¹⁶ ligar sus actividades a la económica urbana de la gran ciudad (Matos Mar, 2012, p. 175).

Lo segundo está relacionada al alto nivel de desocupación. Según Matos Mar¹⁷ (2012), los pobladores generaron su propio empleo mediante múltiples iniciativas, siendo una de ellas la creación de empresas familiares o dedicándose al comercio informal en calles y alrededores de los mercados de abastos. Serán estos comerciantes los que posteriormente construirán los mercados informalmente con el objetivo de abandonar las calles¹⁸ (De Soto et al., 1986, pp. 119-120). Sobre la magnitud de

15 Los mercados no solo se han establecido antes de la planificación. Según Leung, incluso existen algunos mercados en Lima que son anteriores a la creación del mismo distrito. Surquillo y Breña se fundaron en 1949, sin embargo, sus primeros mercados se registraron en el año 1940; en Lince, 30 años antes; en Jesús María, 20 años antes; y en San Borja, 60 años antes aproximadamente. Para Leung (2016), esto explicaría espacios de crecimiento urbanos anteriores a la fundación de los nuevos barrios, los que aparecen sin previa planificación o como extensión a la malla urbana existente.

16 Esto está basado en el estudio de Matos Mar en los asentamientos humanos analizados en el Distrito de Comas ubicado en el área metropolitana de Lima.

17 Los casos observados por Matos Mar se encuentran en los distritos de San Juan de Miraflores, Villa El Salvador y Villa María del Triunfo del área metropolitana de Lima

18 Para De Soto, los ambulantes tratan de dejar la vía pública porque esta les impone una serie de limitaciones. En la calle, los derechos especiales de dominio, a pesar de todo, no les ofrecen seguridad suficiente para

figura en Lima Metropolitana a mediados de los ochentas, De Soto, Gherzi y Ghibellini documentaron lo siguiente:

Como adelantamos, el ILD comprobó que en la capital existen 274 mercados informales. De ellos, el 63% ha sido edificado por los ambulantes mismo a través de sus organizaciones y el 28% por empresas formalmente establecidas y por encargo de los informales o para ser vendido a ellos; sobre el 9% restante no se tiene información. En general, se trata básicamente de establecimientos fuera de la vía pública, edificados con material noble, debidamente equipados con cámaras frigoríficas, almacenes, puestos individuales y servicios higiénicos.

(...)

No obstante, a través del gobierno central o los municipios, el Estado ha tratado también de terciar en este proceso, aunque infructuosamente. Frente a los 274 mercados informales, solo ha podido edificar 57. Lo cual significa que el Estado únicamente ha podido construir un mercado por cada cinco que han edificado los informales. Si lo tomamos solo los últimos veinte años (1965-85), la proporción es todavía más abrumadora: por cada mercado construido por el Estado, se levantaron doce mercados informales. (De Soto et al., 1986, pp. 120-121)

Como podemos apreciar, los mercados informales han estado inmersos en esta lógica inversa al proceso formal de adquisición de la propiedad. El orden establecido en la normativa urbanística como el proceso formal/legal empieza primero con la adquisición de la propiedad, lo cual da paso al proceso de habilitación urbana que convierte el suelo urbano mediante la dotación de servicios necesarios para tener un entorno sostenible, luego se construye la vivienda y finalmente se ocupa (Ortiz, 2017, p. 153). Vale recalcar que estos procedimientos y pasos presuponen la existencia de planes urbanísticos y normas que regulan los suelos de la ciudad.

Estas normas de orden público son importantes porque los procedimientos de habilitación urbana deben advertirlas de manera obligatoria. Lamentablemente en el Perú solo el 11.7% de distritos hoy cuentan con planes de desarrollo urbano vigentes¹⁹. En el caso de Lima nos rige un Plan que fue trabajado al final de los ochentas y que solo tenía vigencia hasta el 2010. Es decir, tenemos ya 11 años sin un instrumento de planificación metropolitana.

Por el contrario, la adquisición informal empieza primero con la posesión/ocupación mediante invasiones, posteriormente se lotiza y se habilitan los servicios de manera parcial, luego se construye progresivamente, y finalmente se obtiene la propiedad mediante las normas de regularización. Tal como describió Matos Mar, la edificación de locales comunales como los mercados son posteriores a la ocupación. El costo de acceso a los mercados en términos de tiempo era de diecisiete años en promedio, desde la formación de la “paradita” hasta que el mercado entra en funciones (De Soto et al., 1986, p. 209).

El desarrollo urbano en el Perú entonces puede ser caracterizado por tener un patrón de ocupación del territorio mayoritariamente informal, con una estructura cefálica y centralizada en Lima Metropolitana, y donde el crecimiento urbano es horizontal y aproximado a la ciudad difusa, al margen de la planificación urbana y de la zonificación, y con una importante carencia de servicios públicos²⁰ y un

estimular una inversión a lo largo que mejore la función minorista de los ambulantes porque en esos lugares no es posible suscitar expectativas racionales de propiedad (1986, pp. 119-120)

19 Datos recogidos en el Registro Nacional de Municipalidades 2019 por el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento. [https://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2020/Vivienda/files/ppt/ppt_pl_7664_desarrollo_urbando_sostenible_\(14-06-2021\).pdf](https://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2020/Vivienda/files/ppt/ppt_pl_7664_desarrollo_urbando_sostenible_(14-06-2021).pdf)

20 La disponibilidad de servicios en general es un tema crítico. Salvando las diferencias, esto se repite con otro tipo de servicios y obras necesarias para el mejoramiento de los barrios y la calidad de vida. Son catorce años lo que deben esperar los hogares que compraron lotes en urbanizaciones informales para obtener

transporte público caótico en las ciudades y metrópolis (Ortiz, Fernández y Devoto, 2020). Frente a esta realidad, nuestra legislación nacional reguló a los Mercados Públicos Informales dentro de la legislación de regularizaciones de las ocupaciones informales.

La Ley de desarrollo y complementaria de formalización de la propiedad informal, acceso al suelo y dotación de servicios básicos, Ley N° 28687, fue el dispositivo jurídico que regula este proceso de regularización de la propiedad, el acceso al suelo para uso de vivienda de interés social orientado a los sectores de menores recursos económicos²¹. La legislación entonces acepta una situación de hecho que se distancia ampliamente con lo legal/formal (habilitación/edificación/ocupación).

Esta ley declaró de preferente interés nacional la formalización de la propiedad informal²², con su respectiva inscripción registral respecto a los terrenos ocupados por posesiones informales, centros urbanos informales, urbanizaciones populares y toda otra forma de posesión, ocupación o titularidad informal de predios que estén constituidos sobre inmuebles de propiedad estatal, con fines de vivienda. Lo particular de esta normativa es que comprendió también a los llamados mercados públicos informales. Así, se crea una legislación paralela a la normativa urbanística vigente para atender los acuciantes (y actuales) problemas de saneamiento físico-legal²³ de los mercados.

La definición legal de Mercados Públicos Informales se refiere a aquellos locales o centros comerciales, ubicados dentro de una posesión informal, en los que se realizan toda clase de operaciones comerciales mayoristas y/o minoristas de cualquier clase de bienes y servicios, que cuentan o no con autorización de funcionamiento²⁴. En otras palabras, debido a la gran informalidad predial y la nula planificación, la norma asume la existencia de estos equipamientos que sirven a la comunidad, pero que no necesariamente cuentan con los títulos habilitantes requeridos para funcionar.

En este sentido, tanto en Lima como en todo el Perú los comerciantes han construido, gestionado y operado sus propios modos de subsistencia ante los vacíos en las políticas públicas y en el reconocimiento de sus demandas de bienestar (Santandreu et al., 2021, p. 63).

2.1.2.2. Mercados Planificados

En contraste con los mercados informales que se crearon por necesidad o ante la falta de servicios o de oportunidades labores, y que consistieron también en un sistema de subsistencia innato de la

conexiones domiciliarias (agua, luz, etc.). Para el caso de infraestructuras como pistas, veredas o parques, el plazo suele ser mayo de dieciocho años (Espinoza y Fort, 2020c, p. 26).

- 21 Ver Artículo 1 de la Ley N° 28687
- 22 En el Perú se ha extendido el plazo de antigüedad de ocupaciones informales 13 veces, la pionera Ley 13517 de 1961, luego el Decreto Legislativo 51 (1981), Ley 24513 (1986), Ley 25102(1989), Ley 25314 (1991), Ley 26264 (1993), Decreto Legislativo °803 (1993), Ley N° 27046 (1998), Ley N° 28391 (2004), Ley N° 28687 (2006), Ley N° 29802, Decreto Legislativo N° 1202 (2015), Ley N° 31056 (2020). (Lau, Vilchez y Devoto, 2021)
- 23 Las normas de regularización y saneamiento como reacción frente a la incapacidad del Estado y el mercado de generar una oferta de vivienda adecuada y suficiente. La Ley 13517 tuvo como objetivo la regularización de la propiedad de las barriadas desde una óptica integral. Dicha dinámica fue migrando habiendo una política en la que el Estado solo se preocupaba por otorgar títulos de propiedad – “saneamiento legal”. La forma en que han ido emitiéndose normas y se han ido aplicando políticas de regularización parte de un desencuentro entre lo formal e informal, con medidas parciales que involucraba a cada uno de estos sectores, sin tener una mirada urbana integral en donde coexisten e interactúan ambas dimensiones. La dinámica actual por medio de la cual se generan los asentamientos informales es distinta a la existente al momento de emitirse la Ley 13517. El fenómeno actual, las relaciones de agencia e incluso las motivaciones de los actores involucrados nos muestra un fenómeno distinto que no puede tener la misma solución (Lau, Vilchez y Devoto, 2021).
- 24 Véanse Numeral 5 del Artículo 5 de la Ley N° 28687 y Numeral 3 del Artículo 3 del Decreto Supremo N° 006-2006-VIVIENDA

población que fue creciendo al mismo paso que la ciudad formando parte de la vitalidad del territorio (Leung, 2016, pp. 46-47), tenemos los mercados planificados.

Estos mercados son los que corresponden a una planificación urbanística con propósito unificador o de homogeneización del servicio en el territorio, ya que su ubicación estratégica responde a las ideologías modernistas de zonificación, accesibilidad y control de usos (Leung, 2016, pp. 46-47). Así, estos encuentran ubicación conforme en las zonificaciones comerciales²⁵ establecidas por los instrumentos de planeamiento urbanístico peruano. Estos mercados pueden ser operados y construidos tanto por el Estado como por el privado.

En la mayoría de casos, tanto los instrumentos de planeamiento estratégico como los de planificación urbana no abordan la problemática de estas plataformas de abastecimiento y comercialización de alimentos como centralidades alimentarias. Desde lo zonificado vemos que están pensados como lugares de intercambio y no como equipamientos como veremos más adelante.

2.1.3. Por Escala de distribución

2.1.3.1. Mercados Mayoristas

Son el nexo entre lo rural y lo urbano. Estos mercados representan casi el 2% del total de mercados en el Perú (Proyecto Perú et al., 2020, p. 11). La Ley N° 28026 – Ley del sistema de mercados mayoristas de alimentos y su reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 038-2004-AG constituyen el marco legal que tiene por objeto establecer reglas para la promoción y el desarrollo de los mercados mayoristas de alimentos y los servicios que las empresas operadoras de estos prestan a los agentes de comercio para facilitar la actividad cotidiana de compraventa al por mayor.

Este marco normativo define a los Mercados Mayoristas de Alimentos como aquellos establecimientos en los que, bajo la gestión de una empresa operadora, negocian agentes de comercio mayoristas y se concentra la mayor oferta de productos alimenticios agrícolas perecederos, menestras y otros granos secos, y recursos hidrobiológicos, y de ser el caso, la de otras poblaciones bajo la modalidad de reexpedición de productos²⁶. Este tipo de mercado se ubica en áreas de zonificación calificada de manera específica por la Municipalidad Provincial para el fin de Mercado Mayorista.

Es importante mencionar que hay mercados mixtos que a veces no se contabilizan como mayoristas. Los mercados mixtos operan como mayoristas sin necesariamente cumplir su reglamentación. Existe un desorden en el sistema de abastecimiento en general, más allá de lo que pueda hacer la planificación urbana. Algunos mercados mixtos venden tanto a mayoristas como minoristas. Esto genera problemas logísticos ya que no se toma en cuenta las repercusiones y externalidades que conlleva operar un mercado de esta escala.

2.1.3.2. Mercados Minoristas

En una escala menor encontramos al Mercado Minorista. Estos son aquellos establecimientos en el que comerciantes distribuidos en puestos venden a usuarios finales y en pequeñas cantidades productos agropecuarios, productos hidrobiológicos, abarrotes, licores, productos de limpieza personal y del

25 De conformidad con el Numeral 3 del artículo 101 del Decreto Supremo N° 022-2016-VIVIENDA – Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano Sostenible, Zona Comercial se entiende como aquella área urbana destinada fundamentalmente a la ubicación y funcionamiento de establecimientos de compra venta de productos y de servicios. Los planos de zonificación consignan: Zona de Comercio Especializado (CE), Zona de Comercio Intensivo (CI), Zona de Comercio Metropolitano (CM), Zona de Comercio Zonal (CZ), Zona de Comercio Vecinal (CV). Sobre el comercio local, este no se señala en los planos de zonificación ya que su localización es definida en el proceso de habilitación urbana.

26 Véase Numeral 2 del artículo 2 de la Ley N° 28026

hogar y otros productos alimenticios y no alimenticios tradicionales y/o brindan servicios menores complementarios (electricidad, reparación de artefactos, vidriería, ebanistería, sastrería, renovadora de calzados, entre otros), que no atenten contra la sanidad e inocuidad del establecimiento²⁷.

Los mercados minoristas representan el 88% del total de mercados en el país²⁸. En su mayoría se identifican en el plano con zonificación comercial. Estos actualmente no tienen un marco legal nacional. Actualmente se trabaja con la Federación Nacional de Trabajadores en Mercados del Perú trabaja en una propuesta legislativa.

2.1.4. Por su Titularidad y Administración

En el Perú los mercados de abastos, independientemente de la titularidad pública o privada que tenga el bien, pueden ser operados por privados como por la misma administración pública como veremos a continuación.

2.1.4.1. Mercados Privados

En cuanto a la titularidad, los mercados privados pueden denominarse como aquellos que son propiedad de una persona natural o jurídica, organización social cooperativa, entre otros²⁹. Según los datos de INEI, en relación al régimen de administración un 75% de los mercados del Perú son administrados por Junta de propietarios, personas naturales o juntas directivas (Proyecto Perú et al., 2020, p. 11).

De estos, el 60% son asociativos y 15% de empresas privadas o personas naturales según el estudio de GRADE. Esta distinción es sumamente importante. Los costos de transacción para gestionar un mercado asociativo son más altos. Frente a los mercados donde hay un solo propietario (empresa o inversionista) que alquila a terceros y toma todas las decisiones, en los asociativos/cooperativos todo tipo de decisión sobre los temas comunes (techo, pasajes, mejoras, etc.) requerirá de una deliberación entre los asociados en las instancias internas correspondientes.

2.1.4.2. Mercados Municipales

Estos mercados son de propiedad estatal y pueden estar inscritos a favor de las municipalidades provinciales, metropolitanas o distritales³⁰. En esta línea, podemos afirmar que los inmuebles donde se desarrollan estos servicios locales son bienes de dominio público. En contraste a los bienes de dominio privado, los bienes de dominio público son aquellos bienes estatales destinados al uso público, cuya administración, conservación y mantenimiento corresponde a una entidad; o que sirven de soporte para la prestación de cualquier servicio público³¹.

Asimismo, vale recalcar que estos bienes públicos municipales tienen un régimen autónomo basado en un sistema de fuentes distinta al régimen nacional. En otras palabras, la Ley General de Sistema Nacional de Bienes Estatales ha establecido que los actos que realizan los gobiernos locales respecto de los bienes de su propiedad y los de dominio público que se encuentre bajo su administración, se rigen por la Ley Orgánica de Municipalidades. Por lo tanto, la Ley nacional aquí es supletoria y

27 Véanse Artículo 4 de la Resolución Ministerial N° 061-2021-VIVIENDA y Numeral 6.9 del Artículo 6 de la Resolución Ministerial N° 148-2021-PRODUCE; Artículo 4 de la Resolución Ministerial N° 155-2021-PRODUCE

28 Tenemos un 10% de los mercados que pueden llamarse mixtos, es decir, cuentan con los dos tipos de servicio (Proyecto Perú et al., 2020, p. 11).

29 Ver Artículo 6 de la Resolución Ministerial N° 155-2021-PRODUCE

30 Ver Artículo 6 de la Resolución Ministerial N° 155-2021-PRODUCE

31 Véase Numeral 2 del Artículo 3.3 del Decreto Supremo que aprueban el Reglamento de la Ley N° 29151, Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales.

complementaria (Vignolo, 2015, p. 422). Por lo tanto, para el caso de los mercados municipales como bienes públicos municipales, deberá revisarse principalmente la legislación local, Ley Orgánica de Municipalidades y Ley Bases de la Descentralización (metropolitana y distrital dependiendo de la titularidad).

Frente a un 75% de mercados gestionados por privados (empresas, personas, asociaciones, cooperativas), en el Perú tan solo un 25% son de administración municipal (Proyecto Perú et al., 2020, p. 11). En el caso de Lima menos del 3% serían mercados de administración pública y en Lima Metropolitana esta cantidad sería solo de 7 mercados. Estos mercados municipales se encuentran en los distritos de Cercado de Lima (Ex Mercado Central), Santa Anita (Gran Mercado Mayorista), Santiago de Surco (Mercado Municipal N° 1) y La Victoria (Mercado Municipal N° 1 "Manco Capac", Mercado Minorista N° 1, Mercado 3 de Febrero y Mercado N° 9 de Octubre), siendo el último distrito que concentra la mayor cantidad de mercados municipales a nivel de Lima Metropolitana." (Proyecto Perú et al. 2020, p. 11). San Isidro es el único distrito que recientemente ha iniciado trabajos de construcción para la apertura del nuevo Mercado Municipal luego de su cierre en medio de una pandemia.

2.2. Actores Públicos

Luego de explicar las distintas tipologías de mercados en la legislación peruana, desarrollaremos el tema de las funciones y competencias de las entidades de la administración pública que intervienen alrededor de las actividades correspondientes a la construcción, funcionamiento y gestión de los mercados de abastos. Como veremos a continuación, las labores relacionadas a la regulación sobre construcción, funcionamiento y gestión de los mercados está fragmentada en varios sectores y niveles de gobierno.

Tabla 1. Marco institucional en la Regulación de Mercados

Entidad	Funciones
<i>Gobierno Nacional</i>	
Ministerio de la Producción (PRODUCE)	<ul style="list-style-type: none"> • Formula, coordina, ejecuta y supervisa la política de Mercados de Abastos (comercio interno)³² • Propone y dicta normas³³, lineamientos, directivas de alcance nacional sobre Mercados de Abastos³⁴ • Propone y aprueba medidas para promover los Mercados de Abastos³⁵. • Norma, supervisa y fiscaliza las actividades de sanidad e inocuidad pesquera, acuícola y de piensos de origen hidrobiológico. Realiza vigilancia sanitaria de los productos hidrobiológicos³⁶.
Ministerio de Desarrollo Agrario y Riego (MIDAGRI)	<ul style="list-style-type: none"> • Aprueba la Política Nacional Agraria • Realiza vigilancia sanitaria de la producción de alimentos de origen animal y vegetal que se vendan en los mercados de abastos³⁷

32 Ver Literal a) del artículo 16 del Decreto Supremo N° 002-2017-PRODUCE

33 Véase Numeral 2 del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1047

34 Ver Literal c) del artículo 16 del Decreto Supremo N° 002-2017-PRODUCE

35 Ver Literal e) del artículo 16 del Decreto Supremo N° 002-2017-PRODUCE

36 De conformidad con el Numeral 1 del artículo 3, artículo 11 y 12 del Decreto Supremo N° 012-2013-PRODUCE, el Organismo Nacional de Sanidad Pesquera (SANIPES) sería el órgano competente.

37 Según el artículo 3 del Decreto Supremo N° 007-98-SA, el Servicio Nacional de Sanidad Agraria (SENASA) es la entidad encargada. Mediante el artículo 1 del de la Resolución Directoral N° 0019-2018-MINAGRI-

Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (MVCS)	<ul style="list-style-type: none"> Aprueba la Norma Técnica³⁸ para Edificaciones de Mercados Aprueba Guías para el uso temporal de espacios públicos próximos a mercados de abastos³⁹
Ministerio de Salud (MINSA)	<ul style="list-style-type: none"> Conduce la vigilancia sanitaria de los establecimientos de fabricación, almacenamiento, fraccionamiento de alimentos y los servicios de alimentación colectiva⁴⁰ Vigila la calidad sanitaria e inocuidad de los alimentos y bebidas industrializadas⁴¹ que se vendan en los mercados de abastos
Ministerio de Economía y Finanzas (MEF)	<ul style="list-style-type: none"> Aprueba el Plan Nacional de Competitividad y Productividad que genera objetivos prioritarios relacionados a la generación de condiciones para desarrollar un ambiente de negocios productivo⁴². Aprueba Procedimientos para el cumplimiento de metas y la asignación de recursos del Programa de Incentivos a la mejora de la Gestión Municipal⁴³.
<i>Gobiernos Locales</i>	
Municipalidad Metropolitana de Lima ⁴⁴	<ul style="list-style-type: none"> Promueve y regular la comercialización mayorista y minoristas de productos alimenticios, promoviendo la inversión y habilitación de la infraestructura necesaria de mercados y centros de acopio⁴⁵ Construir, equipar y mantener directamente o por concesión, mercados de abastos al mayoreo o minoristas⁴⁶ Brinda facilidades de orientación y capacitación a los comerciantes de los mercados de abastos

SENASA-DIAIA se aprobaron los formatos de evaluación sanitaria para la certificación de puestos de venta saludables de alimentos agropecuarios primarios y piensos según los criterios del Reglamento Sanitario de Funcionamiento de Mercados de Abasto y el Reglamento de Inocuidad Agroalimentaria.

38 Recientemente se ha aprobado la Modificación a la Norma Técnica A.070 “Comercio” del Reglamento Nacional de Edificaciones, aprobada mediante Resolución Ministerial N° 061-2021-VIVIENDA.

39 Mediante Resolución Ministerial N° 142-2021-VIVIENDA se aprobó la Guía para el uso temporal de espacios públicos próximos a mercados de abastos.

40 De conformidad con el Artículo 5 del Decreto Supremo N° 008-98-SA, la Dirección General de Salud Ambiental e Inocuidad Alimentaria (DIGESA) es la encargada.

41 De conformidad con el Artículo 7 del Decreto Supremo N° 008-98-SA, la Dirección General de Salud Ambiental e Inocuidad Alimentaria (DIGESA) es la encargada.

42 La Medida de Política 6.6 del último Plan Nacional de Competitividad y Productividad propone una Nuevo modelo de mercados de abastos y propone un Comité interinstitucional para el diseño de los pilotos de mercado de abastos y replicarlos.

43 Mediante Decreto Supremo N° 397-2020-EF, se agregó la Meta 6: Regulación del funcionamiento de los mercados de abastos para la prevención y contención del COVID-19 como Meta del Programa de Incentivos que deben cumplir las municipalidades al 31 de diciembre de 2021.

44 De conformidad con el artículo 221 de la Ordenanza N° 2288-MML, la Empresa Municipal de Mercados S.A. (EMMSA) tiene por objeto administrar, controlar, supervisar y dirigir los mercados mayoristas existentes en Lima.

45 Ver Numeral 4.1 del artículo 161 de la Ley N° 27972

46 Ver Numeral 2.1 del artículo 83 de la Ley N° 27972, modificada por la Ley N° 30865.

	<ul style="list-style-type: none"> • Controla el acopio, almacenamiento y distribución de alimentos básicos, sancionando la especulación, adulteración y acaparamiento de los mismo, así como el falseamiento de las pesas y medidas⁴⁷ • Controla el cumplimiento de las normas de calidad de la industria de alimentos y de bebidas que se vendan en los mercados⁴⁸ • Firma contratos de concesión con empresas operadoras de Mercados Mayoristas⁴⁹ • Aprueba Planes Urbanos y Zonificación donde se establecen áreas compatibles con comercio⁵⁰ donde se puedan autorizar o construir mercados de abastos • Reglamenta y controla el comercio ambulatorio que pueda ubicarse alrededor de los mercados de abastos⁵¹ • Formalizar la propiedad informal hasta la inscripción de títulos de propiedad de los mercados públicos informales⁵² • Planificar, organizar y coordinar, en armonía con los planes de desarrollo urbano de cada localidad, el proceso de formalización de la propiedad informal mediante el reconocimiento, verificación y saneamiento físico-legal de los mercados públicos informales⁵³
Municipalidades Distritales	<ul style="list-style-type: none"> • Otorga Licencias de Funcionamiento para Mercados de Abastos⁵⁴ • Otorga Licencias de Edificación para Mercados privados⁵⁵ • Promover la construcción, equipamiento y mantenimiento de mercados de abastos que atiendan las necesidades de los vecinos de su jurisdicción⁵⁶ • Ejecuta actividades de apoyo directo e indirecto a los mercados de abastos como actividad empresarial en su jurisdicción sobre información, capacitación, acceso a mercados, tecnología, financiamiento y otros cambios a fin de mejorar su competitividad⁵⁷

Fuente: elaboración del autor

2.3. Régimen Administrativo de los Mercados de Abastos

2.3.1. Privatización y Mercados de Abastos

De 1991 a 1997 el Perú pasaba por un proceso de liberalización donde la redefinición del rol del Estado a través de la puesta de un amplio programa de privatización fue una de las reformas económicas de mayor trascendencia (Abusada et al., 2000, p. 21). Es en este proceso generalizado de privatizaciones

47 Ver Numeral 3.1 del artículo 161 de la Ley N° 27972

48 Ver Numeral 3.2 del artículo 161 de la Ley N° 27972

49 Ver Numeral 3.4 del artículo 161 de la Ley N° 27972

50 Ver Numeral 1.2 del artículo 79 de la Ley N° 27972

51 Ver Numeral 3.3 del artículo 161 de la Ley N° 27972

52 Ver Numeral 1 del artículo 4 de la Ley N° 28687

53 Ver Numeral 2 del artículo 4 de la Ley N° 28687

54 Ver Numeral 3.6.4 del artículo 79 de la Ley N° 27972

55 Ver Numeral 3.6.2 del artículo 79 de la Ley N° 27972

56 Ver Numeral 3.4 del artículo 83 de la Ley N° 27972

57 Ver Numeral 3.2 del artículo 86 de la Ley N° 27972

de empresas estatales en el Perú⁵⁸ que se promulgaron las normas sobre privatización de mercados públicos, problema de competencia local y vital importancia para la seguridad alimentaria de los barrios de las ciudades del país.

En términos jurídicos⁵⁹, podemos entender privatización a en base a varias acepciones. Por un lado, el desde el Derecho Administrativo, encontramos a Martín-Retortillo que conceptualiza a la privatización como: 1) privatización de la Administración que empieza a usar formas jurídico – organizativas privadas y procedimientos sujetos al derecho privado, 2) privatización del ejercicio de funciones y cometidos administrativos, mediante el traslado de su gestión a los sujetos privados y finalmente, 3) privatización entendida como la venta o transferencia de participaciones, activos y empresas públicas (Shimabukuro, 2016, p. 80).

En esa misma línea expositiva, también desde el Derecho Administrativo, Ariño Ortiz destaca que el fenómeno de las privatizaciones responde a distintos significados: 1) traspaso o venta de propiedades y empresas del Estado a los particulares 2) devolución de tareas o servicios, hasta entonces gestionadas por el Estado y encomendadas ahora a particulares, vaya acompañada o no de la venta paralela de la propiedad y 3) utilización, por el Estado, de formas privadas en el modelo de gestión. Es el fenómeno conocido como “huida del derecho público” y asunción por el Estado de técnicas organizativas y funcionales, propias del mundo jurídico – privado.” (Shimabukuro, 2016, p. 80). Bajo el concepto de privatización como venta de propiedades y activos del Estado hacia particulares, en el Perú se dieron normas aplicables a mercados de abastos. En concreto tenemos dos modalidades.

Una de las modalidades está en la Ley N° 26569 del 4 de enero de 1996. Mediante esta normativa el Congreso de la República la Ley estableció mecanismos aplicables a la transferencia de puestos y demás establecimientos y/o servicios de los mercados públicos de propiedad de los municipios. La norma establecía una preferencia que implicaba que la primera oferta sea para los conductores actuales de los mercados.

Para efectos de la Ley, se consideran conductores actuales a aquellas personas naturales o jurídicas que a la fecha de publicación de la Ley, vienen pagando un renta al respectivo Concejo (Provincial, Metropolitano o Distrital) o entidad administradora del inmueble en ejecución de un contrato de concesión, arrendamiento u otra modalidad contractual traslativa de uso y/o estén en pacífica posesión de los puestos y establecimientos ubicados en los distintos mercados públicos, y además, los conduzcan directamente realizando en ellos transacciones comerciales con el público⁶⁰.

Esta venta de mercados públicos comprende la transferencia total de inmueble en su conjunto, incluyendo los servicios, las oficinas administrativas, balanzas, almacenes, depósitos, puestos, tiendas, exteriores e interiores, cámaras frigoríficas, áreas comunes, pasadizos, entradas y salidas, patios de maniobra, estacionamientos, aires y todo cuanto de hecho y por derecho le corresponda al inmueble del mercado sin excepción⁶¹ y ni limitación alguna⁶².

58 Durante el periodo de 1970 al 1990, la pérdida acumulada de las empresas estatales ascendió aproximadamente a US\$ 7,100. De este monto, cerca de US\$ 2500 se generaron en la década de los setenta, US\$ 3000 millones en la primera mitad de los ochenta, y US\$ 1800 millones durante el periodo 1986-1990 (Franco et al., 2000, p. 18).

59 Según Shimabukuro, citando a Ariño Ortiz y Cassagne, el concepto de privatización conlleva acepciones que se encuentran íntimamente relacionadas entre sí: el significado político y otro jurídico.

60 Véase Artículo 5 del Decreto Supremo N° 004-94-PRES

61 Según el Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 004-96-PRES, los bienes que no podías ser vendidos en forma individual pasaban a ser parte de los servicios y áreas comunes administradas por la Junta de Propietarios

62 Ver Artículo 3 del Decreto Supremo N° 004-96-PRES

Dado que muchos comerciantes no eran propietarios formales de los mercados, la titularidad pública fue vista como una restricción legal para la realización de mejoras (Huaita, 2018, p. 147). En ese año existían 1907 mercados de abastos a nivel nacional y en su mayoría de propiedad pública, no obstante, dicha normativa ha cambiado el panorama a la fecha: solo 1 de cada cuatro mercados actualmente son de propiedad municipal (Proyecto Perú et al., 2020, p. 11).

De esta manera, con la introducción de medidas de libre mercado esta legislación buscaba darles a los comerciantes y conductores de estos espacios (i) condiciones formales e independientes para responder a sus necesidades y luchas, (ii) regularizó las funciones ya reducidas de las autoridades, y por consiguiente fue una manera de abordar las tensiones (Huaita, 2018, p. 147). Un tema crítico que menciona Huaita está relacionado con los acuerdos que se debían tomar para intervenir en la mejora de los mercados de abastos. Al asociarse los comerciantes para adquirir la titularidad de los mercados y trabajar en su recuperación, esto implicó grandes negociaciones entre intereses colectivos e individuales sobre el funcionamiento de los mercados (2018, p. 147).

A pesar de ser una salida a las tensiones que pueda haber entre comerciantes y municipalidades, la controvertida ley generó conflictos judiciales entre comerciantes y municipalidades por la posesión y administración de los locales (Brañez et al., 2006). A nivel de Tribunal Constitucional se registran varios casos sobre mercados de abastos. La jurisprudencia constitucional mayoritariamente son acciones de amparo⁶³. Tenemos también acciones de cumplimiento⁶⁴, acciones de inconstitucionalidad⁶⁵ y un proceso competencial⁶⁶.

Si bien existe una cantidad surtida y variada de hay sentencias donde se analizan distintos casos como el principio de subsidiariedad⁶⁷, acceso al comercio⁶⁸, autonomía municipal⁶⁹, libertad de trabajo, bienes públicos (mutación demanial)⁷⁰, la mayoría de sentencias sobre mercados de abastos que

63 Véanse Exp. N° 01910-2013-PA/TC, Exp. N° 824-2000-AA/TC, Exp. N° 2886-2006-PC/TC, Exp. N° 1038-2004-AA/TC, Exp. -N° 174-2007-PA/TC. Exp. N° 04248-2017-PA/TC, Exp. N° 04408-2005-PA/TC, Exp. N° 01033-99-AA/TC, Exp. N° 04870-2007-PA/TC, Exp. N° 04788-2005-PA/TC, Exp. N° 00974-98-AA/TC, Exp. N° 00518-98-AA/TC y Exp. N° 57022-2005-AA

64 Ver Exp. N° 00012-2000-AC/TC

65 Ver Exp. N° 00002-2011-PI/TC, Expediente N° 00019-2006-PI/TC

66 Ver Exp. N° 00003-2007-PC/TC

67 Ver Exp. N° 1038-2004-AA/TC Amparo Dejar sin efecto la Construcción de un Mercado Municipal Subsidiariedad (Empresa de Comerciantes Mayoristas de Productos Hidrobiológicos S.A ECOMPHISA vs Municipalidad Distrital de Santa Rosa)

68 Véanse Exp. N° 57022-2005-AA Amparo libertad de empresa y trabajo comercio ambulatorio (Asociación Corporación de Defensa y Desarrollo del Mercado Mayorista N°1 vs. MML, MINAGRI); Exp. N° 00393-96-AA/TC Amparo cese de amenaza de cierre de Mercado (Asociación de Trabajadores Unidos del Mercado N° 2 Ucayali vs. Municipalidad Coronel Portillo); Exp. N° 4248-2017-PA/TC Amparo, desalojo Mercado Mayorista La Parada (Ponce Delgado vs EMMSA MML MDLV); Exp. N° 4408-2005-PA/TC Amparo Inaplicación de Ordenanza que prohíbe estacionar fuera del Mercado, igualdad de acceso (Empresa de Comerciantes Mayoristas de Productos Hidrobiológicos S.A. vs Municipalidad Distrital de Santa Rosa); Exp. N° 04870-2007-PA/TC Amparo para inaplicar Ordenanza Regulación de Comercio Ambulatorio (Frente Asociativo de Comerciantes Minoristas Posesionarios del Mercado Modelo de Chiclayo vs. Municipalidad Provincial de Chiclayo); y Exp. N° 04788-2005-PA/TC Amparo Inaplicación de Ordenanza que prohíbe estacionar fuera del Mercado (Fiestas Nepo vs Municipalidad Distrital de Santa Rosa)

69 Ver Exp. N° 00019-2006-PI/TC PI contra Ordenanza que regula funcionamiento de Mercados Mayoristas (5000 ciudadanos vs. Municipalidad Provincial de Arequipa)

70 Véase Exp. N° 00003-2007-PC/TC PC Conflicto Constitucional Objetivo y Positivo de atribuciones. Nulidad de AC que aprueba privatización (Municipalidad Distrital de Surquillo vs Municipalidad Distrital de Miraflores). Sobre el caso, Salcedo afirma que "los bienes demaniales pueden ser objeto de cambios en su estatuto jurídico sin dejar de ser de dominio público (las denominadas *mutaciones demaniales*). Estos cambios pueden ocurrir por variación del sujeto titular del bien o por modificaciones en su afectación. El cambio de titularidad puede obedecer a distintas razones, como la segregación de parte de un término municipal, en el que existen bienes del demanio municipal, para agregarlo a otro. El cambio de titularidad,

llegaron a sede constitucional son sobre el mecanismo de privatización de mercados establecidos en la Ley N° 26569 y su reglamento (desalojos, inaplicación de normas municipales, subastas).

El otro marco jurídico relacionado a la privatización de mercados lo encontramos en la Ley N° 27304, Ley de Adjudicación de lotes de propiedad del Estado ocupados por mercados, y su reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 038-2000-MTC. El objetivo de este cuerpo normativo es regular el proceso de adjudicación de los lotes o edificaciones de propiedad del Estado o de cualquier entidad o fondo estatal, inclusive aquellos en proceso de liquidación, que se encuentren siendo utilizados para el funcionamiento de mercados. Asimismo, se encuentran dentro de los alcances de la ley los lotes afectados en uso a favor de cualquier entidad estatal o municipal o personas jurídicas de derecho privado que se encuentre siendo también utilizados para el funcionamiento de mercados de abastos⁷¹.

En tercer y último lugar, está el marco jurídico especial que regula la formalización de mercados públicos informales que contiene la Ley N° 28687 y el Decreto Supremo N° 006-2006-VIVIENDA. En resumen, estas serían sus principales características.

Tabla 2. Cuerpos Normativos para la Privatización de Mercados

Regímenes Jurídicos	Ley N° 26569, DS N° 004-96-PRES	Ley N° 27304, DS N° 038-2000-MTC	Ley N° 28687, DS N° 009-99-MTC
Privatización	Sí. Venta de inmuebles de propiedad municipal.	Sí. Venta de inmuebles de propiedad pública.	Sí
Objeto	Lotes o edificaciones ocupados por mercados de propiedad de los municipios provinciales o distritales o de las Cajas Municipales de Crédito, las Beneficencias Públicas u otras instituciones	Lotes o edificaciones de propiedad del Estado o de cualquier entidad o fondo estatal, inclusive aquellos en proceso de liquidación, que se encuentren siendo utilizados para el funcionamiento de mercados. También están dentro de este régimen los lotes afectados en uso a favor de cualquier entidad estatal o municipal o personas jurídicas de derecho privado que se encuentren siendo utilizados para el funcionamiento de mercados.	Mercados ubicados en posesiones informales
Institución que vende	Gobiernos Locales (Municipalidades Provinciales y Distritales)	COFOPRI	COFOPRI con Convenio Interinstitucional de delegación del Gobierno local ⁷² .

en la administración, es en este caso una consecuencia de la redistribución de competencias. Cuando se trata de los bienes destinados a un servicio público la regla es que el cambio de titularidad del servicio comporta el cambio de titularidad de los bienes afectos al mismo." (2008, p. 70). Para el caso en particular, ha operado una mutación demanial ya que el bien de dominio público que ha servido como soporte al servicio público de mercados, fue trasladado a la jurisdicción de la Municipalidad de Surquillo desde su creación. En tal sentido, corresponde a dicha municipalidad la administración de este bien inmueble a través del que se brinda el servicio público ya referido; ya que, con la creación de dicho distrito, se produjo una redistribución tácita de competencias en este extremo. (Salcedo, 2008, p. 74)

71 Ver Numeral 1 del Artículo 1 de la Ley N° 27304

72 Ver Numeral 2 del Artículo 2 del Decreto Supremo N° 006-2006-VIVIENDA

Procedimiento de Venta	De Oficio	De Oficio, por campaña.	De Oficio
Derecho de Preferencia a Conductores	Sí		
Saneamiento Físico Legal	Sí		
Suspensión de acciones judiciales a Comerciantes	Sí. Dejo en suspenso las acciones judiciales de desalojo de los puestos y demás establecimientos y/o servicios de los respectivos mercados y cualquier otra acción administrativa o judicial que perturbe la posesión de sus actuales conductores	Sí. Las entidades estatales propietarias o adjudicatarias de los lotes ocupados por mercados y, de ser el caso, las entidades estatales que ejerzan la administración de los mismos al momento de la promulgación de la presente Ley suspenderán los procedimientos judiciales destinados a obtener la desocupación de sus respectivos lotes cuya titularidad asuma COFOPRI en aplicación de la presente Ley, sólo en aquellos casos en que los demandados hayan cumplido con sus obligaciones o garanticen su cumplimiento.	No, sin embargo, la norma reconoce diversas formas de posesión, ocupación, tenencia y titularidad de terrenos con fines urbanos.

Fuente: elaboración del autor

2.3.2. Servicio Público y Mercado de Abastos

El proceso de privatizaciones como medida para abrir y liberalizar la economía peruana tuvo repercusiones sobre el concepto que hoy manejamos como servicio público en el Perú. Si bien no hay un concepto unificador y común establecido en la ley para la regulación de estos, la jurisprudencia ha terminado de llenar de contenido a este concepto. El Tribunal Constitucional⁷³ ha establecido una serie de elementos que en conjunto permiten caracterizar, en grandes rasgos, a un servicio como público y en atención a los cuales, resulta razonable su protección como bien constitucional de primer orden y actividades económicas de especial promoción para el desarrollo del país.

Según el máximo intérprete de la Constitución⁷⁴, los elementos son (a) su naturaleza esencial para la comunidad, (b) la necesaria continuidad de su prestación en el tiempo, (c) su naturaleza regular, es decir, que debe mantener un estándar mínimo de calidad, y (d) la necesidad de que su acceso se dé en condiciones de igualdad. Así, las actividades declaradas por ley que tengan la relevancia necesaria de conformidad con lo desarrollado por el Alto Tribunal adquirirán el carácter de servicios público. En sentido amplio, en la doctrina de derecho administrativo nos referimos a servicio público como:

(...) una modalidad o técnica de intervención del Estado en la economía, con la finalidad de asegurar la realización de prestaciones esenciales para la comunidad, mediante la aplicación de un régimen jurídico especial a determinadas actividades económicas, que está en gran parte resumido en un conjunto de principios que disciplinan la gestión del servicio por los

73 Ver Sentencia recaída en el Exp. N° 000034-2004-PI/TC

74 Véase Fundamento 40 de la Sentencia recaída en el Exp. N° 000034-2004-PI/TC

operadores y que correlativamente implica otorgar potestad al Estado para que ejerza las funciones públicas de regulación, control y supervisión de su cumplimiento. (Danós, 2008, p. 261)

De conformidad con Huapaya, podemos ver dos rasgos importantes en el concepto de servicio público en el derecho administrativo peruano. El primero es su carácter objetivo, entendido como un régimen jurídico de derecho público para ciertas actividades económicas, definidas como esenciales para el colectivo por el legislador, quien deberá efectuar dicha calificación de manera cuidadosa y caso por caso, cuidando no sacrificar inútilmente la libertad de empresa y los derechos fundamentales económicos de libertad de las personas privadas. Esto, en contraste al servicio público en sentido subjetivo que la doctrina conceptualiza como actividad administrativa o actividad prestacional de titularidad administrativa (Huapaya, 2015, p. 386). Volveremos a este punto cuando vayamos a desarrollar el servicio público local en el derecho peruano.

Es segundo es su carácter finalista. En el Perú el legislador califica a una actividad como servicio público en base a la esencialidad de los servicios, su relevancia para la colectividad, lo que causa la obligación del estado de ser garante de este sistema de prestaciones o actividades económicas prestacionales básicas o primarias (Huapaya, 2015, p. 392). Tal como menciona el Tribunal Constitucional⁷⁵, lo relevante es la satisfacción de las necesidades públicas y no necesariamente la titularidad estatal. Esto es una de los efectos del proceso liberalizador que se dio en el Perú en la década de los 90 donde se vendía empresas prestadoras de servicios públicos cuya titularidad estaba reservada para el Estado.

Para Danós, calificada determinada actividad como servicio público por el legislador, se generan dos consecuencias. Primero, el Estado asume titularidad del servicio en cuestión. Esto no implica que se apropie de la actividad para extraerla del mercado impidiendo que los particulares presten el servicio (2008, p. 259). Por el contrario, esta asunción de titularidad implica una toma directa de la responsabilidad por parte del Estado. Como había se ha advertido, el concepto de servicios público es una de carácter objetivo y finalista, donde la titularidad pasa a segundo plano.

Lo segundo es la sujeción de la actividad a un determinado régimen de carácter público. Ello quiere decir, un conjunto de reglas especiales que determina las potestades del Estado y los derechos de los prestadores del servicio, con la finalidad de asegurar el suministro de estas prestaciones esenciales (Danós, 2008, pp. 260-261). Por último, la doctrina ha clasificado también a los servicios públicos en dos: económicos y sociales.

Bajo el principio de subsidiariedad que adopta la Constitución Política del Perú, podemos entender a los servicios públicos económicos como actividades de garantía estatal donde la administración no presta el servicio directamente, sino que hace que los presten vía participación privada (concesiones, asociaciones público-privadas). De esta manera, en el caso de los servicios públicos económicos solo se podrá recurrir a la creación de empresas públicas para prestar el servicio cuando ya no es posible incentivar a las empresas privadas (Huapaya, 2015, p. 396).

Un ejemplo para graficar esto puede ser los servicios de luz, donde el Estado concesiona a empresas privadas el servicio. No obstante, cuando no hay condiciones de mercado, el Estado interviene mediante sus empresas públicas para proveer este servicio esencial para la comunidad. Aquí, pues, sí aplica el concepto de Estado Garante.

A diferencia del primero, el servicio público social es una actividad prestacional. El Estado asume un rol prestador, aun cuando en tales servicios el Estado concurre con el sector privado en su satisfacción (Huapaya, 2015, p. 381). En este caso, este rol garante no es aplicable de manera análoga a estos servicios ya que estos se tratan de auténticas actividades administrativas prestacionales, que

75 Ver Fundamento 41 de la Sentencia recaída en el Exp. N° 000034-2004-PI/TC

tiene origen constitucional expreso, a fin de cumplir con deberes de prestación hacia la colectividad, establecidos por la propia Constitución como de cargo de la Administración Pública (Huapaya, 2015, p. 387). Ejemplos de ello pueden ser los servicios de salud o los de educación. La administración pública tiene el deber de asegurarlos, sin importar que existan privados o no. El rol del sector privado es complementario y confluye frente a estas actividades prestacionales.

Dicho esto, pasaremos a analizar si la actividad que realizan los mercados de abastos califica como servicio público. La Constitución establece que los gobiernos locales son competentes para organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales de su responsabilidad⁷⁶. La Ley Orgánica de Municipalidades, norma parte del bloque de constitucionalidad, enlista estos servicios públicos locales⁷⁷ de la siguiente manera:

- 2.1. Saneamiento ambiental, salubridad y salud
- 2.2 Tránsito, circulación y transporte público
- 2.3 Educación, cultura, deporte y recreación;
- 2.4 Programas sociales, defensa y promoción ciudadana
- 2.5 Seguridad ciudadana
- 2.6 Abastecimiento y comercialización de productos y servicios
- 2.7 Registros civiles
- 2.8 Promoción de desarrollo económico local
- 2.9 Establecimiento, conservación y administración de parques zonales, zoológicos jardines botánicos, bosques naturales, directamente o a través de concesiones
- 2.10 Otros servicios públicos no reservados a entidades de carácter regional o nacional

Vemos entonces que el abastecimiento y comercialización de productos y servicios está catalogado por una Ley Orgánica como servicio público local; sin embargo, coincidimos en que la actividad de mercados de abastos no es un servicio público local en términos jurídicos (Zegarra, 2019). Para desarrollar esta idea debemos tener en cuenta lo siguiente:

En primer lugar, hace unos años Huapaya advertía de algunas características particulares que podría tener nuestro concepto de servicios público local:

Ahora bien, lo que interesa es que en realidad, en el ámbito de los servicios locales, si existe una reserva prestacional a favor de las Municipalidades, toda vez que la propia LOM establece que estos servicios son de responsabilidad de tales instancias de gobierno, con lo cual podría afirmarse que existe una reserva prestacional, en el sentido de “publicatio” a favor de los gobiernos locales, quienes inclusive prestan varios de estos servicios en forma directa, percibiendo retribución a través de los arbitrios. Este tema, debería ser estudiado con atención porque son los servicios públicos más cercanos a los ciudadanos y además también tiene una importancia central en materia local. Sin embargo, a la fecha no han merecido un estudio atento por parte de la doctrina (2015, p. 394).

Sobre el concepto y las implicancias del servicio público local, Zegarra o ha concluido en que ni siquiera se puede encontrar características homogéneas entre estas actividades caracterizadas como servicios público locales, por lo que amerita hacer un análisis caso por caso (Zegarra, 2019, p. 154).

76 Véase Numeral 5 del artículo 195 de la Constitución Política del Perú 1993

77 Véase Numeral 2 del artículo 73 de la Ley N° 27972

Para el caso de las actividades de abastecimiento y comercialización de productos y servicios, estos no reúnen los requisitos de los servicios públicos locales (Zegarra, 2019, p. 157).

De acuerdo con Danós, las actividades de abastecimiento y comercialización de productos y servicios que se realizan en los mercados son propias de la función administrativa que las municipalidades están obligadas a cumplir. Si bien están son calificadas como servicios públicos, su ejecución deriva de las competencias que son atribuidas a los municipios en atención a las necesidades de la comunidad (Zegarra, 2019, p. 157).

Por lo tanto, los servicios que se prestan en los mercados de abastos no son servicios públicos locales toda vez que son actividades prestacionales de conformidad con la redacción que se ha establecido en la Constitución y la Ley Orgánica de Municipalidades. No obstante, existe una brecha entre lo regulado y el funcionamiento actual de los mercados de abastos. El abastecimiento de alimentos se encuentra mayoritariamente en manos privadas. El sector público ha transferido y construye menos equipamientos que las cooperativas, asociaciones y empresas actualmente. Aquí tenemos un problema y es que, como veremos más adelante, cuando la provisión de un servicio la dan pequeñas y microempresas o sectores informales, no siempre tenemos garantía de que se cumplan principios de equidad, universalidad, continuidad del servicio, entre otros (Rossetti y Da Cruz, 2022, p. 4).

Veamos a detalle en relación con el nivel de distribución y la regulación para cada tipo de mercado. En el caso de los mercados minoristas en el Perú, no existe norma de rango legal que la declare servicio público, a pesar de su importancia para la seguridad alimentarias de los barrios del Perú. Por otro lado, para operar un mercado de abastos solo se requiere la obtención de una licencia de funcionamiento, lo cual nos lleva a concluir que la actividad está liberalizada (Castillo, 2020, p. 24). Ello porque, en palabras de Laguna de Paz, cuando se usa la técnica autoritativa (funcionamiento) no existe una transferencia de potestades, sino más bien son los privados quienes tienen el derecho de operar un mercado minorista (Castillo, 2020, p. 24).

Por lo tanto, para el caso de los mercados de abastos minoristas, tampoco hay un régimen jurídico especial que discipline la gestión del servicio por operadores en virtud de la transferencia de una potestad pública. Lo que tenemos aquí es el uso de la técnica autoritativa para permitir la realización de un derecho preexistente (vender o comercializar alimentos) de los comerciantes en virtud de la libertad de empresa y comercio (compatibilizando intereses públicos como la conformidad con la zonificación y temas de seguridad en edificaciones).

Para el caso de los mercados mayoristas en el Perú, la actividad básica de la empresa operadora del mercado mayorista sí está calificada como servicio público prioritario por norma de rango legal⁷⁸. Sin embargo, esta actividad a nivel mayorista también se encuentra liberalizada (Castillo, 2020, p. 37).

La Ley Orgánica de Municipalidades⁷⁹ establece que los gobiernos locales otorgan concesiones a privados para la ejecución y explotación de obras de infraestructura o de servicios públicos locales. Para el caso de la actividad de abastecimiento y comercialización de productos que realizan los mercados de abastos mayoristas, en caso la administración municipal desee ceder en uso un bien de dominio público municipal para que un privado construya y/u opere un mercado de abastos mayorista, ello requerirá del otorgamiento de un contrato de concesión⁸⁰.

Sin embargo, en el caso de que un particular quiere operar un mercado mayorista en un inmueble de propiedad privada, ello no requerirá de ninguna concesión al configurarse como una actividad de libre mercado desarrollada en un inmueble privado (Castillo, 2020, p. 37). Por lo tanto, al solo

78 Ver Artículo 4 de la Ley N° 28026

79 Ver Artículo 33 de la Ley N° 29792

80 Véanse Artículo 65 de la Ley N° 29792, y Numeral 1 y 2 del Artículo 14 de la Ley N° 28026

requerirse una licencia de funcionamiento (título habilitante autoritativo) podemos concluir que los privados cuentan con un derecho preexistente respecto al funcionamiento del mercado mayorista. Si se solicitará una concesión para el funcionamiento de un mercado mayorista en un inmueble privado podríamos concluir en que los privados (empresas operadoras) no contaban un derecho de prestar ese servicio público toda vez que la concesión crea un derecho a favor del solicitante del cual el mismo no disfrutaba de manera previa (Napurí y Gamarra, 2008, p. 289).

En conclusión, para efectos prácticos, la actividad que prestan los operadores de los mercados mayoristas y minoristas, sean privados o públicos, no configura un servicio público toda vez que siempre estas actividades económicas se realizan en un régimen de libre mercado. Asimismo, tampoco podría remunicipalizarse ya que ello implica la recuperación directa del servicio público local que en la actualidad se presta de forma indirecta. No aplica la remunicipalización ya que primero tendríamos que declarar esta actividad liberalizada como servicio público (Tornos, 2016, p. 62).

2.3.3. Edificación y Diseño de Mercados de Abastos

La regulación de la construcción y diseño de las edificaciones que sirven de soporte a miles de comerciantes que nos abastecen de alimentos día a día es un tema de principal relevancia dada la situación particular en la que se encuentran los mercados del Perú. Siendo el Perú un país altamente sísmico, es grave que el 62% de mercados de abastos a nivel nacional fueran construidos antes del año 2000 con lo cual no cumple con requerimientos actuales antisísmicos (INEI, 2017 en Proyecto Perú et al., 2020, p. 11).

Respecto al estado de la infraestructura en términos generales, podemos decir que dista de lo óptimo. La Defensoría del Pueblo (2021), como resultado de la visita a 387 mercados, detectó un promedio de incumplimiento del 27% de las medidas destinadas a contar una infraestructura adecuada.

Para mayor detalle:

- El 26% (102 de 387) de los mercados no ha sido construido con material noble.
- El 79% (307 de 387) de los mercados no cuenta con cámaras de frío para asegurar la conservación de los alimentos perecibles.
- El 6% (24 de 387) de mercados no cuenta con servicios higiénicos.
- Tratándose de la obligación de contar con agua potable de manera continua y suficiente, el incumplimiento asciende al 15%, debido a que 26 mercados no cuentan con agua potable y 61 mercados cuentan con agua potable de manera parcial o por horas.
- De los 87 mercados que no cuentan con agua potable de manera continua y suficiente, 42 cuentan con tanque o cisterna; mientras que los otros 45 mercados no cuentan con tanque o cisterna.
- Sobre la obligación de contar con acceso a la red de alumbrado público, el incumplimiento asciende al 9%. (Defensoría del Pueblo, 2021, p. 134)

Existe un enorme reto aquí para el Estado y los privados de adecuar la infraestructura existente a los mínimos requerimientos establecidos por la reglamentación técnica y así convertir en el mercado como un real motor del desarrollo comercial, social, económico, urbano y sostenible de las ciudades⁸¹. El primero de los retos son los recursos para poder adecuar la infraestructura existente a los requerimientos establecidos por nuestras normas técnicas. Existen casos donde es necesario

81 Véase Resolución Ministerial N° 155-2021-PRODUCE

transformar radicalmente los establecimientos, incluida la remodelación física de los mismos. En estos casos, las necesidades de inversión pueden estar por encima de las posibilidades financieras tanto de la municipalidad como de los comerciantes (Alonso et al., 2007, p. 5).

La principal norma que regula las condiciones mínimas de diseño para edificaciones destinadas a desarrollar actividades comerciales de bienes y/o servicios como lo son los mercados es la Norma Técnicas A.070 "Comercio" del Reglamento Nacional de Edificaciones (RNE), recientemente modificada⁸². Esta norma aplica tanto para los mercados de abastos en general y los considera locales comerciales agrupados. Dentro de los aspectos más importantes está la regulación de accesos, pasajes, alturas mínimas de ambientes, estacionamientos, población a servir según zonificación, requisitos de seguridad, entre otros.

Para el caso de los mercados minoristas, actualmente tenemos nuevas reglas de diseño complementarias a lo establecido por el RNE. En virtud de lo trabajado por la Comisión Multisectorial⁸³ es que se PRODUCE aprobó las normas de diseño mínimas para elaboración y desarrollo de infraestructura de mercados de abastos minoristas. Vale recalcar que esta norma es de obligatorio cumplimiento a nivel nacional para toda persona natural, jurídica o administración pública que requiera edificar un mercado minorista.

Entre los requerimientos que ha establecido esta norma sectorial complementaria más resaltantes está la de contar con oficinas para el personal administrativo, lactarios, guarderías o Sala de usos Múltiples; criterios de diseño arquitectónico adicionales, entre otros. Esto es positivo. Las mujeres empresarias representan el 70% del personal de los mercados de abasto en el Perú según lo expuesto por los representantes del sector PRODUCE en un evento de la Fundación Friedrich Ebert - Perú.

Para los mercados mayoristas no existe una norma complementaria análoga a la existente para los minoristas con tanto detalle. Solo regula lo establecido en la Ley N° 28026 y su reglamento en lo que sea aplicable.

2.3.4. Títulos Habilitantes y requisitos para el edificio de Mercados de Abastos

Tabla 3. Autorizaciones y permisos para la construcción de Mercados

Mercado	Para Obra	Estudio de Impacto Vial (EIV)	Estudio de Impacto Ambiental
Mayorista	De dominio público: Concesión (Puede estar incluida en la Concesión de Operación). De Dominio privado: Licencia de Edificación	Sí	Sí, siempre y cuando tenga una superficie de terreno igual o mayor a 5 ha o con una capacidad de aforo igual o mayor a 16 000 personas ⁸⁴

82 Véase Resolución Ministerial N° 061-2021-VIVIENDA

83 Nuestro Plan Nacional de Competitividad y Productividad del Ministerio de Economía y Finanzas publicado el 28 de julio de 2019 había establecido como medida de política para generar condiciones para desarrollar un ambiente de negocios productivos que se cree un Nuevo modelo de mercados de abastos. La propuesta para implica también la conformación de un Comité que los diseñe y replique pilotos. Así, mediante Resolución Suprema N° 021-2019-PRODUCE se crea la Comisión Multisectorial de naturaleza temporal para el diseño de los pilotos de mercados de abastos.

84 Ver Artículo 1 de la Resolución Ministerial N° 159-2017-MINAM

Minorista	Dominio público: Obra Pública Dominio Privado: Licencia de Edificación	Sí	No
-----------	---	----	----

Fuente: elaboración del autor

Para el funcionamiento de los establecimientos, los mercados de abastos mayoristas y minoristas deben contar con una sola licencia de funcionamiento en forma corporativa⁸⁵. A los puestos, módulos o stands solo se les exige una Inspección Técnica de Seguridad en Defensa Civil.

2.3.5. Gestión Interna del Mercado de Abastos

Según CAF, la gobernanza de los mercados constituye un reto de política pública dado que los mercados constituyen espacios complejos con una variedad de organizaciones y métodos de gobernanza. Asimismo, vuelve a mencionar la poca incidencia que tiene el sector público en estos espacios muchas veces prestado por organizaciones de comerciantes o concesionados a empresas operadoras. En esta línea, CAF (2020) propone profundizar en esquemas de organización para mejorarlo y potenciarlos (p. 20).

Por un lado, tenemos una situación que podría llamársele como acefalía de la persona jurídica. Ello implica que la carencia de representante con facultades y poderes vigentes, generando una falta de capacidad de obrar o de ejercicio, pues sus representantes han sido despojados de facultades por el vencimiento de su periodo dirigencial funcional (Ramos, 2017, p. 23). Aquí, el estancamiento comercial está relacionado con la imposibilidad de celebrar contratos y acuerdos oportunamente. Frente a esto, tenemos una situación donde se cuenta con un esquema e instancias de organización vigentes pero pocos incentivos para gestionar las tareas y bienes comunes del mercado de abastos.

La experiencia estudiada por Huatia (2018) en los mercados de Lima sugiere que hay factores de acción colectiva que imposibilitan llegar a acuerdos comunes para el cumplimiento de reglas internas necesarias para mejorar la calidad de los servicios que prestan. Estos acuerdos colectivos que debieron seguir después de la privatización del mercado se complicaron por la fuerte competitividad del entorno económico que llevó a muchos comerciantes a emprender acciones y compromisos impulsados por interés individuales.

Sin perjuicio de lo anteriormente mencionado, un estudio del BID realizado sobre 1000 vendedores en 90 mercados tradicionales de alimentos de Lima evidenció que la existencia de lazos sociales históricos entre los fundadores del mercado se asocia posteriormente con una aplicación estricta de las reglas, más acción colectiva y mayor resiliencia de las ventas en el mercado a la entrada de los supermercados. Se encontró que los mercados que tienen estas características realizan mayores inversiones en infraestructura, brindan mayores servicios a los vendedores y exhiben un pago de cuotas más regular (Keefer et al., 2019).

Dicho esto, el Ministerio de la Producción ha tratado de abordar legalmente el problema de la gestión interna de los mercados. Esas tareas del día a día que les competen a los organismos decisores internos. Con el objetivo de lograr un modelo de organización y operatividad que incorpore una cultura de calidad e innovación en la atención al consumidor, la inocuidad de los alimentos y generación de productividad es que se aprueba el Modelo de Gestión para Mercados de Abastos Minoristas Competitivos⁸⁶. Las disposiciones contenidas en el documento que aprueba la Resolución no son de

85 Ver Artículo 9 de la Ley N° 28976

86 Véase Resolución Ministerial N° 155-2021-PRODUCE del 05 de junio de 2021

carácter obligatorio y desarrollan pautas y recomendaciones enfocadas en la gerencia del mercado minorista y su relación con todos los actores involucrados en el funcionamiento del mismo.

Si bien esta norma que propuso un Modelo de Gestión de carácter referencial abordó algunos componentes básicos de los Reglamentos Internos de los Mercados, posteriormente se aprobarían Lineamientos Generales para la formulación de Reglamentos Internos de Mercados de Abastos Minoristas⁸⁷. Dicho reglamento nacional publicado en medio de la redacción del presente artículo establece condiciones y criterios para el acceso a los puestos y tiendas, derechos y obligaciones del personal, sanciones, sanidad e inocuidad de los alimentos, horarios, distribución de espacios, autorizaciones, logísticas, seguridad, etc.

Finalmente, para el fortalecimiento de la gestión de los conductores de estos mercados se aprobaron⁸⁸ cinco manuales especializados por giro de producto: (i) Abarrotes; (ii) Carnes y Pollos; (iii) Pescados y Mariscos; (iv) Alimentos Preparados; (v) Frutas y Verdura.

3. COVID19 Y MERCADOS DE ABASTOS EN LIMA METROPOLITANA: DOS RETOS PENDIENTES

Si bien antes de la declaración del Estado de Emergencia Nacional ya se había emitido instrumentos para mejorar la competitividad de los Mercados de Abastos⁸⁹, luego del 15 de marzo del 2020 se publicaron un gran número de normas e instrumentos de política pública que abordaron el funcionamiento de nuestros mercados de abastos. Las normas principalmente estaban relacionadas al Programa de Incentivos a la Mejora de la Gestión Pública⁹⁰, espacios de trabajo interinstitucionales⁹¹, normas de diseño y construcción⁹², disposiciones para el funcionamiento y mejora de la gestión⁹³

87 Véase Resolución Ministerial N° 190-2021-PRODUCE del 16 de julio de 2021

88 Véase Resolución Ministerial N° 180-2021-PRODUCE

89 El 24 de mayo de 2016 mediante la Resolución Ministerial N° 196-2016-PRODUCE se aprobaron los Lineamientos Generales de la Política Nacional para la Competitividad de Mercados de Abastos. Estos lineamientos buscaban crear mejores mercados más allá de solo cumplir con la normativa. En concreto, estaban enfocados en revalorar su carácter tradicional, su oferta biodiversa y de calidad, su valor turístico y cultural, mejorando su vinculación con la seguridad alimentaria, con el fortalecimiento de la gastronomía peruana y con el desarrollo y formalización de las micro y pequeñas empresas.

90 Decreto Supremo N° 044-2020-PCM aprobó una Lista de mercados de abasto a intervenir para la prevención y contención del contagio del COVID-19 y dispuso que se aprueben lineamientos que regulen el funcionamiento de mercados de abastos en el marco de prevención y contención del COVID-19; Decreto Supremo N° 397-2020-EF que agregó la Meta 6: Regulación del funcionamiento de los mercados de abastos para la prevención y contención del COVID-19 como Meta del Programa de Incentivos que deben cumplir las municipalidades al 31 de diciembre del año 2021.

91 Véanse Resolución Ministerial N° 011-2021-EF/10 aprobó la conformación la "Mesa Ejecutiva para el Desarrollo de los Mercados de Abastos; Resolución Ministerial N° 210-2021-PRODUCE dictó disposiciones para dar continuidad a las acciones orientadas al cumplimiento de condiciones y culminación de los proyectos en la tipología de mercado de abastos, al desarrollo de proyectos de Inversión bajo la modalidad de Proyecto en Activos y asistencia técnica a gobierno regionales y locales.

92 Véase Resolución Ministerial N° 061-2021-VIVIENDA cambió la Norma A.070 del RNE; Resolución Ministerial N° 148-2021-PRODUCE que aprobó Norma Técnica para el diseño de mercados de abastos minoristas

93 Véanse Decreto Supremo N° 011-2020-PRODUCE aprobó Lineamientos para la regulación del funcionamiento de mercados de abastos y espacios temporales habilitados para el comercio de alimentos, en el marco de las acciones de prevención y contención del COVID-19; Resolución Ministerial N° 155-2021-PRODUCE aprobó el Modelo de Gestión para Mercados de Abastos Competitivos; Resolución Ministerial N° 180-2021-PRODUCE aprobó diversos manuales especializados de gestión por giro de producto para mercados de abastos minoristas competitivos; y Resolución Ministerial N° 190-2021-PRODUCE aprobó los Lineamientos Generales para la formulación de Reglamentos Internos de Mercados de Abastos Minoristas

y acciones para la gestión del entorno de los mercados⁹⁴. Estos son un ejemplo positivo de trabajo intersectorial y en todos los niveles del Estado con el objetivo de reconstruir una institucionalidad que había perdido la administración pública luego de lo acontecido en los años noventa.

Uno de los últimos y más importantes documentos aprobados es la Hoja de Ruta para la Modernización de Abastos⁹⁵. Esta norma identificó como problema Público la *limitada competitividad de los mercados de abastos, siendo sus principales causas las siguientes: i) baja inversión en el establecimiento, ii) prácticas sanitariamente deficientes en manipulación de alimentos e inadecuado manejo de residuos sólidos, iii) inadecuada gestión de los mercados.*

Para ir en camino a esta modernización, la Hoja de Ruta estableció las siguientes líneas de acción: A. Marco de gobernanza favorable para los mercados de abastos, con pertinencia cultural; B. Infraestructura y equipamiento adecuado para los mercados de abastos, con pertinencia cultural; C. Acceso a instrumentos financieros; D. Modernización de la gestión de los mercados de abastos; E. Principios Generales de Higiene para la Inocuidad de los alimentos y sostenibilidad ambiental; F. Mejora del entorno de los mercados (PRODUCE, 2021). A continuación, desarrollaremos las líneas de acción relacionadas a la infraestructura y gestión desde lo urbano; y la seguridad alimentaria y sus implicancias legales.

3.1. El Mercado de Abastos en la Ciudad

3.1.1. Mercados de Abastos, Planificación Urbana y Derecho Urbanístico

Los mercados nacen en contextos de crecimiento, consolidación y transformación urbana (Fava et al., 2016; Guardia & Oyon, 2007; Panizzo, 2013; Tangires, 2008 en Santandreu et al., 2020, p. 61). La importancia de estos espacios radica en su calidad de centralidad alimentaria urbana y en el potencial que tienen nuestros comerciantes y autoridades para incidir en la accesibilidad y resiliencia alimentaria a escala vecindario (Santandreu et al., 2020, p. 61). En este sentido, los efectos que puedan tener los mercados no sólo se circunscriben al ámbito comercial, sino que trascienden al campo urbanístico por su impacto en la trama ciudad, en la revitalización de centros urbanos, en el equilibrio entre el centro y la periferia (Alonso et al., 2007, p. 11).

Como hemos visto anteriormente, en Lima los mercados han acompañado los procesos de urbanización progresiva. Su importancia se puede resumir en su capacidad estructuradora en la comunidad, lo que significa que se convierte en un instrumento que puede ser usado para revitalizar tejido urbano deficitario (Leung, 2016, p. 170). Los mercados no solo revitalizan el tejido urbano, sino también, a diferencia de la vivienda, estructuran espacios públicos y generan centralidades por ser una actividad pública/colectiva (Leung, 2016, p. 175). Estas centralidades son abordadas por nuestros distintos instrumentos de planificación urbana. No obstante, el trato que se le da en los instrumentos técnico normativos de asignación de usos del suelo es un debate pendiente y próximo entre los especialistas de Derecho Urbanístico.

94 Ver al respecto Decreto de Urgencia N° 073-2020 facultó a PRODUCE para implementar mercados temporales frente a la emergencia sanitaria a consecuencia del COVID-19. Dispuso que el Programa Nacional de Diversificación Productiva (PNDP) suscriba convenios con los gobiernos locales para implementar mercados temporales. Posteriormente el PNDP se los transfiere a cada gobierno local. También aprobó Anexo con 50 mercados priorizados; Decreto Supremo N° 008-2021-PCM que estableció que los gobiernos locales faciliten el uso de los espacios públicos situados en su jurisdicción, promoviéndolos y acondicionándolos, con el fin contribuir con la mejora de las condiciones de salud física y mental. Asimismo, dispuso que aseguren el respeto de las reglas de distanciamiento físico y corporal, aforo y priorizan el desplazamiento peatonal y no motorizado. Establece además que el MVCS elabore guías que orienten. En base a ello se hace la Guía para el uso temporal de espacios públicos próximos a mercados de abastos.; Resolución Ministerial N° 142-2021-VIVIENDA se aprobó Guía para el uso temporal de espacios públicos próximos a mercados de abastos

95 Ver Decreto Supremo N° 021-2021-PRODUCE

En Lima Metropolitana tenemos dos niveles de asignación de usos del suelo (Ortiz, Fernández y Devoto, 2020, p. 256). Primero está la clasificación de suelo que puede separarse en urbano, urbanizable y no urbanizable⁹⁶. El segundo, y el que más nos importa para este caso, es la calificación del suelo. De acuerdo a clasificación obtenida, los gobiernos locales asignan usos de suelo residencial, comercial, industrial, equipamientos, entre otros. Actualmente, los mercados de abastos minoristas suelen encontrar ubicación conforme en las zonificaciones comerciales como hemos adelantados. Los mercados de abastos mayoristas por el contrario deberían ubicarse en zonificación calificada de manera específica para tal fin por la municipalidad provincial.

Dado que los mercados no son servicios públicos en sentido estricto, los planes urbanos los identifica como si fuera cualquier edificación de comercio y no como un equipamiento urbano⁹⁷. Sin embargo, sabemos que los sistemas de equipamiento urbano e infraestructura de servicios son dimensiones o sistemas de la planificación urbanística. Es más, la reciente Ley de Desarrollo Urbano Sostenible considera ahora a los espacios de intercambio comercial como un equipamiento urbano⁹⁸. Como hemos mencionado anteriormente, la construcción y funcionamiento de mercados en zonas “periféricas” u ocupaciones informales se ha dado de manera progresiva y desde la organización barrial en muchos casos. La administración pública no siempre ha tenido un rol en la mejora de los servicios que están alrededor de las distintas tipologías de posesión informal. Para tener un análisis completo y concluyente de las modificaciones es prudente esperar la reglamentación de dicha Ley.

En la actualidad hay dos documentos que no están vigentes que también van en la misma dirección que la nueva Ley de Desarrollo Urbano Sostenible. El primero es la propuesta prepublicada de Ordenanza que aprueba el Marco Regulador de la Planificación Urbana y Territorial de Lima⁹⁹, Ordenanza que reemplazaría el caótico y desordenado marco regulador metropolitano actual. Respecto a la calificación del suelo, esta propuesta ha establecido delimitado Sistemas Urbanísticos y Zonas¹⁰⁰. Los primeros se referirían a un conjunto de elementos que proveen servicios urbanos públicos a la metrópoli y que son fundamentales para asegurar el desarrollo urbano. Por otro lado, las Zonas corresponde a la división del suelo utilizable privadamente en espacios a los que se atribuye un determinado destino y que se regulan mediante los parámetros de uso (Instituto Metropolitano de Planificación, 2020). Esta separación entre usos lucrativos y no lucrativos también consideró al comercio de abastos como un equipamiento urbano necesario para la sostenibilidad de nuestras ciudades¹⁰¹.

Finalmente, otro documento importante es la versión Preliminar del Manual de Zonificación trabajado por el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento. Si bien este documento no es público

96 La nueva Ley de Desarrollo Urbano Sostenible ha establecido nuevas categorías, sin embargo, aún en Lima aplican las antiguas porque no se ha aprobado el nuevo Plan de Desarrollo Metropolitano

97 Según el Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano Sostenible (Decreto Supremo N° 022-2016-VIVIENDA), equipamiento urbano es ese conjunto de edificaciones y espacios predominantemente de uso público utilizados para prestar servicios públicos a las personas en los centros poblados y útil para desarrollar actividades humanas y complementarias a las de habitación o trabajo. Eso incluye zonas de recreación pública, usos especiales y servicios públicos complementarios.

98 Ver Numeral 2 del Artículo 88 de la Ley N° 31313

99 Ver Propuesta de Ordenanza que Aprueban el Marco Regulador de la Planificación Urbana y territorial de Lima <https://imp.gob.pe/propuesta-de-ordenanza-que-aprueba-el-marco-regulador-de-la-planificacion-urbana-y-territorial-de-lima/>

100 Véase Exposición de Motivos de Propuesta de Ordenanza que Aprueban el Marco Regulador de la Planificación Urbana y territorial de Lima [http://imp.gob.pe/wp-content/uploads/2020/09/EXPOSICION_DE_MOTIVOS_Ordenanza_Planiacion.pdf](http://imp.gob.pe/wp-content/uploads/2020/09/EXPOSICION_DE_MOTIVOS_Ordenanza_Plаниacion.pdf)

101 Ver Numeral 3 del Artículo 16 de la Propuesta de Ordenanza que Aprueban el Marco Regulador de la Planificación Urbana y territorial de Lima

aún¹⁰² presenta ideas importantes respecto a la necesidad de repensar la calificación del suelo de los mercados de abastos. La más importante es la vinculación que tiene la zonificación con el gasto operativo y de inversión:

La zonificación de usos de suelo determina la cantidad de suelo necesario para la implementación de servicios urbanos como equipamientos e infraestructuras. De esta manera contribuye a identificar las intervenciones urbanísticas para la conversión, mejora o promoción de algunos lugares de la ciudad. Este suelo es el denominado suelo de uso público, por lo tanto, es regulado mediante la calificación de suelo, parte del régimen de suelo, lo que permite su reserva hasta que pueda ser utilizado con esos fines. Por otro lado, este suelo es sujeto de gasto operativo cuando mejora las condiciones de operación de los servicios ya existentes; o de gasto de inversión cuando se rehabilita o crea una infraestructura o equipamiento urbano. Debido a que este gasto operativo o de inversión puede ser ejecutado por alguno de diferentes niveles de gobierno (local, regional o nacional), es indispensable que la localización de la inversión pública sea exclusivamente sobre suelo calificado como de finalidad pública (MVCS, 2021, p. 2014)

Por lo tanto, para este Manual metodológico, es importante que se separen los usos lucrativos de los no lucrativos ya que este último tendrá una finalidad pública donde ser promoverán intervenciones de los distintos niveles de gobierno. El sector público tiene que darles a estos espacios un mejor reconocimiento a su impacto y relevancia como motor de interacciones sociales y acceso a servicios por parte de los segmentos más vulnerables de la población (CAF, 2020, p. 6). Es evidente que no todos los limeños y limeñas pueden satisfacer su derecho de alimentación comprando en el supermercado, tal como veremos a continuación.

3.1.2. Mercados de Lima Metropolitana frente a la Industria Retail

Los limeños compramos en los mercados. Un estudio del 2009 mostró que el 70% de los consumidores realizan sus compras básicas en mercados, ferias, bodegas, etc. (Leung, 2016, p. 10). Frente a ello, el supermercadismo aún no logra penetrar en el mercado peruano como ha pasado Latinoamérica¹⁰³. En el Perú, los mercados de abastos son los responsables del 60% del gasto en alimentos en el país. Nueve de cada diez peruanos que viven en una ciudad han ido por lo menos una vez al mercado en los últimos quince días (Espinoza, 2020). Esta tendencia nacional se replica en Lima Metropolitana. Junto con las bodegas, los mercados de abastos también son los principales abastecedores de alimentos en los barrios de la ciudad capital (Mendez et al., 2019, p. 42).

Si bien con la diversificación de formas de canal moderno (tiendas de descuento o convenience store) redujo el gasto de los hogares destinado a las bodegas, los mercados han mantenido su liderazgo a nivel nacional (Romainville, 2019). Incluso en Lima se ha fortalecido, pasando a representar un 35.9% del gasto total en el 2017 al 36.6% en el 2018 (Romainville, 2019). En el Perú, la industria Retail quiere que sus proyectos se parezcan a los mercados por su significado cultural. Podemos ver propuestas gastronómicas como Mercado Colonial en el Mall Plaza Bellavista, Mercado 28 en Miraflores o el Mercado del Pilar en San Isidro. Todas ellas quieren revalorar/emular estas relaciones comunitarias locales entre “caseros”. Es curioso que mientras las empresas privadas aprovechan este concepto para aplicarlo, nuestras entidades públicas adjudiquen, vendan y subasten estos espacios.

102 Es importante advertir que he podido participar colaborando con comentarios y observaciones al documento como Investigador Asociado del Subgrupo de Legislación y Gobernanza del Grupo CONURB PUCP en espacios institucionales de consulta.

103 De acuerdo a la consultora Kantar, la penetración de supermercados en Latinoamérica nos ubica casi al fondo de la tabla. Mientras en Ecuador la penetración de supermercados alcanza un 35%; en Argentina, un 50%; en Colombia, un 40%; en Brasil, un 51%; y en Chile, un 59%, en el Perú esta cifra apenas alcanza el 15% (Espinoza, 2020).

3.1.3. Entorno de los Mercados

Como hemos podido advertir, desde la planificación urbanística los mercados son un equipamiento fundamental para la vida de los ciudadanos en el barrio. En base a un estudio reciente de GRADE, se calculó que el 93% de las personas que adquieren sus alimentos en mercados lo hacen en establecimientos que están a menos de 800 metros de distancia de sus hogares (Fort y Espinoza, 2020a), lo cual muestra la relevancia de estos espacios en el día a día de los vecinos.

Sin embargo, no todos los peruanos tienen este equipamiento que asegura condiciones de habitabilidad óptimas¹⁰⁴ que permitan un real desarrollo urbano sostenible. Sobre la habitabilidad externa podemos entender este concepto el problema que está relacionado con un reducido acceso a servicios de infraestructura y equipamiento urbano (MVCS, 2021c, p. 5). Según la Encuesta Nacional de Programas Presupuestales – ENAPRES, el 52.5% de familias urbanas (de los niveles socioeconómicos C, D y E) no acceden a servicios de infraestructura y equipamiento urbano (INEI, 2019b). Además, el 50% de las personas declararon que en su barrio no se dispone de equipamiento comunal ni mercados (MVCS, 2021c, p. 5). Como ya habíamos mencionado, muchos barrios se crearon sin procesos de planificación y habilitación que previeran este aspecto crítico. En otros casos, los mercados son anteriores a la demarcación territorial de las circunscripciones distritales.

Otro punto relevante es la relación entre los mercados y todos los espacios públicos. Aquí sí podemos ver que hay un avance. A inicios de la pandemia, CONURB PUCP junto al proyecto KNOW-Lima y la Plataforma Mi Ciudad elaboraron un pronunciamiento¹⁰⁵ que proponía acciones concretas e inmediatas que solucionen la crisis sanitaria y social causada por el COVID-19. Una de ellas era promover un Programa de Mercados y Servicios Itinerantes que reorganicen espacial y administrativamente los mercados de abastos y servicios de salud; e implementar espacios públicos y equipamientos urbanos de escala barrial existentes (calles, escuelas, campos deportivos) para atender las necesidades de la población.

Mediante la Resolución Ministerial N° 142-2021-VIVIENDA se pudieron conceptualizar e implementar Mercados Exteriores Bioseguros que tiene como finalidad fortalecer la salubridad en el abastecimiento durante el periodo de Emergencia Nacional. Creo que acá hay una gran oportunidad de las municipalidades para pensar en el entorno de los mercados más allá de la nueva ola causada por la variante ómicron.

El último punto es la relación que tienen los comerciantes frente al comercio ambulatorio que suele establecerse en los entornos de los mercados. En el Perú, a lo largo de nuestra historia republicana, siempre hemos comprado nuestros alimentos en la calle¹⁰⁶. Cuando vamos al mercado muchos decimos que vamos a “hacer la plaza”. Basta ver las pinturas de Pancho Fierro para advertir que el comerciante ambulatorio siempre fue un protagonista del nuestro entorno urbano.

104 La habitabilidad es el concepto central sobre la base del cual se construye el problema público identificado en la Política Nacional de Vivienda y Urbanismo - PNVU. La habitabilidad se refiere tanto a las características físicas y espaciales de las viviendas (“habitabilidad interna”) como a las características del barrio y el entorno urbano o rural en donde se sitúan estos (“habitabilidad externa”) (Landázuri y Mercado, 2004). En esa línea, el objetivo central de la PNVU es proveer a todos los peruanos de condiciones de habitabilidad dignas y adecuadas (MVCS, 2021c, p. 4)

105 Véase *Firma la petición* . (Dakota del Norte). Change.org. <https://www.change.org/p/estado-peruano-hacia-una-nueva-normalidad-con-menos-desigualdad-urbana>

106 El primer y más importante mercado de la ciudad fue, a lo largo de casi todo el periodo colonial, la propia Plaza de Armas. A inicios del siglo XIX fue trasladado a la plaza de San Francisco, luego a la de la Inquisición, hasta que en el 1849 Castilla mandó a construir lo que es aún hoy el Mercado Central, cuya edificación se concluyó en 1854 (Expreso, 1998, p. 307).

Las normas de los mercados parecen obviar la existencia de los comerciantes ambulatorios. Es evidente que la relación que pudiera existir entre los comerciantes establecidos en mercados y los comerciantes ambulatorios pueda ser hasta cierto punto conflictiva si lo vemos con una perspectiva histórica. A finales de 1947, el Concejo Metropolitano aprobó una Ordenanza que permitía a los ambulantes se estacionaran transitoriamente en lugares que no afectarán la circulación ni compitieran con los comerciantes formales de los mercados (De Soto et al., 1986, p. 129). Posteriormente, en 1959 el municipio intentó nuevamente reglamentar el comercio ambulatorio agregando la prohibición del este a menos de 200 metros de mercados de abastos (Cosamalón, 2018, p. 84).

Luego, durante la década de los 70, la proliferación de ambulantes en las inmediaciones de los centros de abastos tuvo repercusiones en la operatividad de los mercados: los puestos de mercados eran abandonados por los vendedores quienes preferirán tenerlos cerrados y dedicarse a vender como ambulantes y se subastaron incluso más de 200 puestos de mercado en Lima por ello (Cosamalón, 2018, p. 72). Actualmente, la Ordenanza N° 072 de 1994 estableció en el Reglamento de Mercados la prohibición venta ambulatoria hasta una distancia de 100 metros¹⁰⁷.

Aquí los legisladores nacionales y locales deben advertir que la calle también es un espacio para ejercer la libertad de trabajo y de empresa y que habrá conflictos entre distintos intereses. Las actividades de comercio ambulatorio no son necesariamente contrarias al ordenamiento legal o constitucional¹⁰⁸. Por lo tanto, la declaración de zonas rígidas para el comercio ambulatorio alrededor de los mercados deberá hacerse de manera proporcional y nunca declarando una prohibición general cuando en escrito es una figura excepcional¹⁰⁹. El principal reto aquí es reglamentar esta actividad para compatibilizar tanto los intereses públicos como privados en concordancia con el respeto a las libertades económicas y bienes jurídicos de orden público (salud, medio ambiente, seguridad, etc.). Los gobiernos locales aquí tienen una ardua labor de mediadores frente a las distintas necesidades de empleo y trabajo que tengan los comerciantes.

3.1.4. Desarrollo Económico Local y Derecho Municipal

Coincidimos con Cáceres (2017) en que las políticas de desarrollo económico local es una política inagotable a la que los gobernantes ediles están obligados a adoptar la infraestructura adecuada para que la ciudad sea atractiva a la inversión privada, impulsando cadenas productivas de distintos sectores: turísticos, recreativo, comercial, entre otros. Sin embargo, las acciones que se realizan desde los municipios para promover el tejido empresarial local es aún muy limitado.

Creemos que los gobiernos locales deberían *migrar de una actitud contemplativa y reguladora, a un rol más activo y dinámico, a fin de intervenir en las condiciones que hacen posible un mejor desarrollo del aparato productivo, e intercambio comercial* (Lazarte et al., 2006, p. 109). Esto implica pues el fortalecimiento de las organizaciones de comerciantes y sus capacidades para el cambio de acciones y conductas (Lazarte et al., 2006, p. 109). Hoy contamos ya con un conjunto de instrumentos normativos y de gestión que requieren ser expuestos y socializados con todas las Juntas, Cooperativas y Asociaciones de Comerciantes. Esta avalancha de normas, guías y reglamentos deben ser insumo para el ejercicio de las acciones de las subgerencias de desarrollo económico local y MYPE de las Municipalidades.

3.2. El Mercado de Abastos en el Sistema Alimentario

Qu Dongyu, Director General de la FAO, catalogó a los mercados como la piedra angular de los sistemas alimentarios por su impacto en garantizar la seguridad alimentaria. No obstante, dadas las

107 Ver Literal b del Artículo 17 de la Ordenanza N° 072-MML

108 Véase Fundamento 18 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 00024-2013-PI/TC

109 Véase Fundamento 27 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 00024-2013-PI/TC

debilidades del sector alimentario en el mundo desnudadas por el COVID-19 menciona la necesidad de mejorar las infraestructuras relacionadas a los mercados de abastos para transitar hacia la sostenibilidad y resiliencia (WUWM, 2021, p. 6).

En el Perú, Estrategia Nacional de Seguridad Alimentaria y Nutricional¹¹⁰ advierte que la falta de mejoras en las infraestructuras y el poco acceso de los mercados de abastos tiene efectos sobre el problema de que la comunidad no satisfaga permanentemente sus requerimientos nutricionales. Esto se traduce en problemas de desnutrición infantil y crónica, déficit calórico en la población, entre otros.

El Proyecto NADHALI¹¹¹ de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura advirtió antes de la pandemia que, sobre la vulnerabilidad alimentaria en el área metropolitana de Lima, solo el 2.2% de los alimentos consumidos se produce dentro de su territorio (Santandreu, 2018, p. 119). Según Zegarra, a pesar de varios intentos del gobierno nacional para mejorar la disponibilidad y acceso de alimentos, un estudio reciente reveló el fuerte impacto que el aumento de precios había tenido sobre el déficit calórico de las personas más pobres (Santandreu, 2018, p. 119).

Otro argumento que suma a la idea de promover la construcción y mejora de mercados de abastos es la tenencia de refrigeradoras en los hogares peruanos. En el 2017, solo el 49% de la población peruana contaba con un refrigerador (Benites et al., 2021, p. 10). Para el caso de los sectores menos favorecidos, se sabe que solo el 22% de los hogares pobres cuentan con un refrigerador para almacenar comida, lo cual el abastecimiento diario de alimentos en los mercados es imprescindible para las familias peruanas (CONURB, 2021).

Esta asistencia masiva a los mercados ha cambiado después de la cuarentena. Sobre los hábitos de abastecimiento de alimentos Herrera y Reys (2020) afirma que desde que inició la cuarentena (hasta la fecha de la encuesta que realizó), en todas las clases sociales se registró una disminución de la frecuencia de los viajes para comprar alimentos, especialmente entre los hogares más pobres. Estos últimos disminuyeron el número de veces por semana en que hacían compras de 3.41 a 1.54. Estas realidades que viven muchos peruanos nos empujan a analizar las brechas que existen entre lo normado y lo existente.

A nivel jurídico, el derecho a la alimentación es uno de carácter fundamental reconocido en los tratados internacionales suscritos en el país. Sumado a ello, recientemente ocurrido dos hitos importantes relacionados al derecho a la alimentación. Hace no más de dos años el Tribunal Constitucional¹¹² declaró derecho social fundamental al derecho de alimentación. El Tribunal lo ha entendido de la siguiente manera:

En función a la interpretación oficial del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, y con base en una interpretación desde la Constitución peruana, este Tribunal Constitucional entiende que el derecho a la alimentación es una posición jurídica de derecho subjetivo que faculta a su titular a obtener una prestación positiva por parte del Estado, a fin de que este le provea o le haga accesibles los medios suficientes y adecuados que satisfagan sus requerimientos alimenticios de manera sostenible, cuando su titular se encuentre en una situación de vulnerabilidad que le impida satisfacerlos por sí mismo. El Estado está obligado de satisfacer una alimentación de subsistencia que permita al titular del derecho verse libre de padecer hambre (sensación incómoda o dolorosa causada por la falta de comida) y

110 Ver Decreto Supremo N° 021-2013-MINAGRI

111 Ver en Proyecto NADHALI. (Dakota del Norte). Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación. <https://www.fao.org/en-accion/nadhalı/en/>

112 Véase Sentencia recaída en el Expediente N° 01470-2016PHC-TC de 12 de febrero de 2019

mantener su funcionalidad corporal, siendo progresivo el desarrollo y complementación de dicho mínimo¹¹³.

Asimismo, en medio de la pandemia, se aprobó la Ley de Seguridad Alimentaria y Nutricional. Con ello, el país cuenta por primera vez con un marco jurídico que positiviza en la normativa de rango legal y nacional al derecho a la alimentación. Asimismo, es importante que las nuevas leyes e instrumentos de política relacionadas a los mercados tomen en consideración los principios, dimensiones y lineamientos que se han aprobado recientemente en el Congreso de la República.

A nivel local, la Municipalidad Metropolitana de Lima ha creado un Concejo del Sistema Alimentario de Lima Metropolitana – CONSIAL con la finalidad de planificar, organizar, consensuar e implementar políticas alimentarias sostenibles y resilientes que aseguren el derecho a la alimentación antes mencionado¹¹⁴. La parte ejecutiva de este Concejo tiene participación de varios gerencias y entidades de la corporación metropolitana lo cual es positivo para tener un enfoque integral que vaya más allá de los sectorial. En la misma línea, mediante Acuerdo de Concejo N° 162-2021-MML se declaró de interés metropolitano la recuperación de alimentos en los mercados de abastos de Lima Metropolitana, para facilitar el acceso de alimentos frescos en las ollas comunes y comedores populares en la situación actual de emergencia sanitaria.

En síntesis, el mercado de abastos no es solo un equipamiento importante parte de un sistema propuesto por la planificación urbanística que busca generar condiciones de habitabilidad en los barrios. El mercado es parte de algo más grande aún que trasciende lo urbano: el encargado de la distribución y venta de alimentos luego de una cadena productiva compleja. Creemos firmemente que hacia eso debe virar la discusión sobre la comida en Lima, la capital gastronómica de América Latina. En esta ciudad donde la gastronomía es nuestra religión y todos sus fervorosos feligreses ¿En verdad todos satisfacen sus necesidades nutricionales? ¿Qué acciones programáticas se implementan para el aseguramiento del derecho a la alimentación?

4. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES

- La pandemia ocasionada por la diseminación del COVID-19 puso en el foco nuevamente la discusión sobre los mercados de abastos y ello se generó y aceleró a aprobación de un conjunto de normas, regulaciones e instrumentos de gestión pública que tienen como objetivo mejorar su competitividad y productividad. Este no es un caso de regulación anecdótica ya que hay antecedentes antes del inicio de la pandemia. Todos estos nuevos lineamientos deben socializarse agresivamente para tutelar su cumplimiento.
- Parte importante de la doctrina considera que el abastecimiento y comercialización de productos de alimentos no son servicios públicos locales, sino más bien actividades que provienen del cumplimiento de funciones administrativas de los gobiernos locales. Una posible declaración como servicio público debe tomar en cuenta esta interpretación.
- Independientemente de la declaración por el legislador, es importante dejar claro que el servicio que brindan los mercados de abastos es esencial para los barrios de Lima y Perú dado su impacto sobre la seguridad alimentaria y habitabilidad. Ante cualquier emergencia, desastres o pandemia, es fundamental asegurar la continuidad en la prestación de los servicios de los mercados de abastos, independientemente sean de propiedad pública o privada. No obstante, es bastante preocupante las condiciones de calidad en la que se prestan dichos servicios y la falta de acceso en muchas áreas de la ciudad.
- La nueva Ley para mercados de abastos minoristas debe abordar este espacio como una centralidad alimentaria, parte del sistema de equipamientos que abastecen a la ciudad y

113 Véase Fundamento 39 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 01470-2016PHC-TC

114 Ver Artículo 3 de la Ordenanza N° 2277-MML

que coadyuvan a satisfacer el derecho de alimentación de todos y todas. Entender a los mercados solo como espacios de intercambio no ha permitido ver el problema completo: nuestro complejo sistema alimentario.

- El PRODUCE es el órgano rector que delinea las políticas públicas que inciden en la modernización y mejora de los mercados de abastos. No obstante, aún no se cuenta con un órgano de línea que se especialice en estos temas. La mayoría de reformas se han hecho directamente desde el Viceministerio de MYPE e Industria.
- Otra anotación es el enfoque con el que enfrenta las problemáticas de los mercados. Dadas sus competencias asignadas, PRODUCE trabaja los mercados desde una visión de competitividad, como unidades productivas. Sin embargo, la Mesa Ejecutiva para el Desarrollo de Mercados de Abastos aprobada por el MEF fue un paso importante para ver el tema de manera integral con múltiples sectores y actores de la sociedad civil.
- Los gobiernos locales son percibidos como enemigos de los comerciantes y emprendedores. Como perros del hortelano que “no mejoran ni dejan mejorar”. Dado los contagios que se dieron en los mercados las municipalidades han aumentado sus actividades de fiscalización. Si bien se requiere trabajar en el enforcement de la ley, creo que es importante concientizar y capacitar a los operadores de puestos y establecimientos respecto a las nuevas regulaciones y lineamientos existentes. Existe un macro legal difuso que necesita ser apropiado por todos. La Meta 6 establecida por el MEF es un ejemplo de cómo se puede acercar mediante incentivos a los gobiernos locales a la problemática de los mercados de abastos. El gobierno local debe ser un facilitador del desarrollo económico local, generar las condiciones necesarias para ello. Su rol no puede limitar a legislar y castigar.
- Si bien las normas de privatización de mercados responden a un momento donde los Estados del mundo reducen sus funciones, actividades, cargas por medio de programas de privatización, los comerciantes también han tenido una lucha histórica por la gestión de estos servicios de abastecimiento de alimentos. El problema del saneamiento físico legal sigue siendo uno de los problemas más relevantes para muchos conductores de mercados, más que todo en provincia. Nuestras autoridades no se dan abasto para ejecutar acciones técnicas y legales que permitan continuar y concluir la formalización de la propiedad. Tenemos nuevamente un Estado desbordado.
- La trasferencia de los mercados públicos hoy en día se hace cada vez más difícil. Se sabe que algunos gobiernos locales ya no quieren trasferir estos espacios a los conductores actuales de los mercados. Es más, existen incentivos para hacerlos caer (fiscalización irrazonable, cortes de servicios de saneamiento, etc.). Por el contrario, bajo una lógica especulativa, estos bienes públicos bien localizados se venden a proyectos privados o se utilizan para usos distintos a del abastecimiento y comercialización de alimentos. Al final los comerciantes que operan y usufructúan los puestos quedan en un limbo legal que no les permite hacer las mejoras correspondientes.
- Hay que recordar que mucho de los mercados los levantaron los propios comerciantes fuera de las reglas del derecho formal. Actualmente se siguen creando mercados de manera espontánea en el Perú. Se requiere encaminar un proceso de descubrimiento que logre recoger todas las instituciones de este derecho vivo (Gago, 2021, p. 133) que se encuentra pululando entre puestos y pasillos de nuestros mercados. Sin esta información será complicado que las próximas leyes y políticas referidas a la comercialización y abastecimiento de alimentos en mercados tengan eficacia y legitimidad.
- Para el caso de la capital, la Municipalidad Metropolitana de Lima deberá actualizar las zonificaciones en caso sea posible. La zonificación de Lima es bastante antigua y muchos mercados no encuentran ubicación compatible, lo cual impide que las municipalidades distritales otorguen títulos habilitantes. Para el caso de los mercados públicos informales,

muchos espacios antes gestionados y cautelados por las dirigencias barriales para asegurar la construcción de este equipamiento pueden verse en peligro dado el tráfico de terrenos presente en la generación de nuevo suelo urbano. Se requiere proteger estos predios ante las mafias criminales que tienen control de áreas periféricas. Sobre lo construido en los mercados, de nuevo el reto aquí es adecuar las edificaciones a las nuevas regulaciones. Hay mercados aún con piso de tierra, mercados donde simplemente no hay más espacio. El cumplimiento de las normas puede ser fácticamente imposible en ciertas circunstancias.

- Se evidencian altos costos de transacción para gestionar las tareas comunes y del día a día. Los regímenes legales asociativos complican esta gestión, en comparación de los grandes Centros Comerciales donde hay un solo propietario que alquila y toma las decisiones. Por el COVID-19 algunos comerciantes de avanzada edad han fallecido o vuelto hacia sus casas por la emergencia sanitaria. Es necesario indagar si este cambio generacional en los conductores de puestos en los mercados de abastos es determinante para la gobernanza de estos espacios de encuentro entre vecinos y vecinas.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AUTORES

- Abusada, R., Du Bois, F., Morón, E. y Valderrama, J. (2000). *La Reforma Incompleta. Rescatando los noventa*. Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico.
- Alonso, R., Estrada-Nora, M. y Sartorius, A. (2018). *Los Mercados Minoristas como motor para el desarrollo económico, social y cultural de una ciudad*. Banco Interamericano del Desarrollo. Fondo Multilateral de Inversiones.
- Benites, V., Urrunaga, D., Solorzano, M., Herrera, P., Uyen, A., Bendezu, G., Toro, C., Hernandez, A. (2021). Prevalence and factors associated with food insecurity in Latin America and the Caribbean during the first wave of the COVID-19 pandemic. *Heliyon*. https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2405844021021940?dgcid=rss_sd_all
- Brañez, M., García Calderón, L. y Miyashiro, J. (2006). Mercado de barrio, alma de pueblo. *Revista Quehacer*, (161). <https://www.desco.org.pe/recursos/sites/indice/411/1252.pdf>
- Cáceres, J. (2017). *La descentralización ¿Política estatal adolescente?* En BLUME et al.). Derecho municipal: descentralización y gobernabilidad. [Tesis de maestría en Ciencia Política y Gobierno, PUCP]. Repositorio digital de tesis PUCP. https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/13105/CALDERÓN_MASIAS_CHRISTIAN_GESTION_GASTO_PÚBLICO.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Castillo, G. (2020). *Regulación de los mercados de abastos en el derecho peruano* [Tesis para optar por el Título de Abogado. UDEP]. PIRHUA. <https://pirhua.udep.edu.pe/handle/11042/4626>
- Corporación Andina de Fomento (2020). Recuperación Urbana - Respuestas Resilientes frente a la Crisis. CAF.
- Cosamalón, J. (2018). *El apocalipsis a la vuelta de la esquina: Lima, la crisis y sus supervivientes, 1980-2000*. Fondo Editorial PUCP.
- Grupo de Investigación en Urbanismo, Gobernanza y Vivienda Social (2021). *Hacia una nueva convivencia social con menos desigualdad urbana*. CONURB, Impostergable.
- Danós, J. (2008). El régimen de los servicios públicos en la Constitución Peruana. *THEMIS Revista De Derecho* (55), 255-264. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9236>

- Defensoría del Pueblo (2021). Situación de los mercados de abastos durante la emergencia sanitaria por COVID-19 (Serie *Informes Especiales* n.º 004-2021-DP). Defensoría del Pueblo. <https://www.defensoria.gob.pe/informes/informe-especial-n-004-2021-dp/>
- De Soto, H., Ghersi, E. y Ghibellini, M. (1986). *El Otro Sendero. La Revolución Informal*. El Barranco.
- Espinoza, E. (2020, 29 de mayo). Urbanismo: la reinvenCIÓN de los mercados para frenar el virus. *Cosas*, (281). <https://cosas.pe/casas/184100/urbanismo-la-reinversion-de-los-mercados-para-frenar-el-coronavirus/>
- Expreso (1998). *Lima paseos por la ciudad y su historia*. Editora Nacional.
- Fort, R. y Espinoza, A. (2020, 8 de abril). COVID-19: Luchando contra el virus desde el territorio. *El Comercio*. <https://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/covid-19-luchando-contra-el-virus-desde-el-territorio-por-ricardo-fort-y-alvaro-espinoza-noticia/?ref=ecr>
- Fort, R. y Espinoza, A. (2020, 1 de mayo). ¿Qué hacemos con los mercados? *El Comercio*. <https://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/que-hacemos-con-los-mercados-por-ricardo-fort-y-alvaro-espinoza-investigadores-del-grupo-de-analisis-para-el-desarrollo-grade-noticia/?ref=ecr>
- Fort, R. y Espinoza, A. (2020). Mapeo y tipología de la expansión urbana en el Perú. GRADE, ADI.
- Fuentes, M. (1867). *Lima Apuntes históricos, descriptivos, estadísticos y de costumbres*. Ausonia
- Fundación Friedrich Ebert-Perú. (2020, 16 de julio). Los mercados de abastos dialogan FENATM con PRODUCE. [Publicación]. Facebook. <https://www.facebook.com/PeruFES/videos/276346260313863>
- Fundación Siemens Stiftung, Centro Cultural de la Universidad del Pacífico y Goethe-Institut de Lima (2021, 25 de abril). *Mercados Espacios de Producción, Consumo y Encuentro* [Video]. Youtube. https://www.youtube.com/watch?v=tJexLfM6BQ4&ab_channel=EspaciosReveladosLima2021
- Gago, H. (2021). *Repensar La Propiedad: El camino de la formalización en el siglo XXI*. LANCOM EDICIONES.
- Guzmán, C. y Gamarra, C. (2008). Una introducción a la gestión de los servicios públicos. *Revista de Derecho Administrativo* (5), 282-290. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14507>
- Herrera, T. y Reys, A. (2020). Empobrecimiento de los hogares y cambios en el abastecimiento de alimentos por la COVID-19 en Lima, Perú. *Revista Electrónica de Recursos en Internet sobre Geografía y Ciencias Sociales*, 24 (243), 1-23. <https://revistes.ub.edu/index.php/aracne/article/view/31627/31614>
- Huaita, A. (2018). *Encounters at Lima's inner-city marketplaces: negotiating fragmentation and common living in urban Peru*. [Tesis de Doctorado en Development Planning, University College London].
- Huaita, A. y Santandreu, A. (2020, 17 de mayo). Mercados y vecindarios alimentarios para las ciudades post pandemia. *Diario El Comercio*. <https://elcomercio.pe/eldominical/actualidad/mercados-y-vecindarios-alimentarios-para-las-ciudades-postpandemia-noticia/>
- Huapaya, R. (2015). Concepto y Régimen Jurídico del Servicio Público en el Ordenamiento Público Peruano. *IUS ET VERITAS*, 25 (50), 368-397. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/14827>

- Keefer, P., Espinoza, M., Espinoza, A. y Fort, R. (2019). *The Impact of Social Ties and Third-Party Enforcement on Collective Action and Growth*. (IDB Working Paper Series N° idb-wp-1061). Inter-American Development Bank.
- Lazarte, M., Méndez, C. y Suárez, L. (2006). *Posibilidades de gestión local y desarrollo económico en Lima Norte* (Serie Cuadernos de Trabajo no. 1). Alternativa, Centro de Investigación Social y Educación Popular.
- Lau, E., Vilchez, X. y Devoto, A. (2021). Ley N° 13517 y las normas de regularización y saneamiento de barrios urbanos populares [Discurso principal]. Jornada 1: Revisando el saneamiento físico-legal de barrios populares del Seminario Internacional de Barrios Populares: 60 años de la Ley Orgánica de Barriadas. https://www.academia.edu/53571908/Ley_N_13517_y_las_normas_de_regularizaci%C3%B3n_y_saneamiento_de_barrios_urbanos_populares
- Leung, J. (2016). *Abastecer o ser abastecido. La influencia de los mercados tradicionales sobre el tejido urbano de Lima*. [Tesis de Maestría en Urbanismo, Departamento de Urbanismo y Ordenación del Territorio DUOT]. UPCCommons. <https://upcommons.upc.edu/handle/2117/98056>
- Matos Mar, J. (1966). *Las barriadas de Lima 1957*. Instituto de Estudios Peruanos.
- Matos Mar, J. (2012). *Perú. Estado desbordado y sociedad nacional emergente. Historia corta del proceso peruano: 1940-2010*. Fondo editorial de la Universidad Ricardo Palma
- Mendez, C., Lazarte, M. y Cacho, R. (2019). Localization Patterns of Urban Food Distribution Centers in Metropolitan Lima. En J. Gonzalez-Feliu, M. Chong, J. Vargas Florez, & J. Padilla Solis (Eds.), *Handbook of Research on Urban and Humanitarian Logistics* (pp. 38-67). IGI Global.
- Ministerio de Agricultura y Riego (2013). Estrategia Nacional de Seguridad Alimentaria Nutricional 2013-2021. MINAGRI. <https://www.midagri.gob.pe/portal/estrategia-nacional-de-seguridad-alimentaria-y-nutricional>
- Municipalidad Metropolitana de Lima (2013). Guía para la Competitividad de Mercados de Abastos. <https://www.munlima.gob.pe/images/descargas/gerencias/GDE/guia-de-formalizacion/Guia-para-la-competitividad-de-Mercados-de-Abastos.pdf>
- Ortiz, I. (2017). *Introducción al derecho urbanístico*. (1.a ed.). Fondo Editorial PUCP.
- Ortiz, I., Fernández, J. y Devoto, A. (2020). Derecho y Planificación Urbana. Problemas actuales de la planificación de Lima Metropolitana. *IUS ET VERITAS* (61), 246-261. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/23145>
- Proyecto Perú, Ideas en Pandemia, Municipalidad Metropolitana de Lima (2020). Bases. Concurso Mercados Post COVID-19. Tomando la crisis como oportunidad. http://www.rniu.buap.mx/tablero/pags/concurso_mercados-post-covid19_tomando-la-crisis-como-oportunidad_bases.pdf
- Ramos, R. (2017). La Acefalía y falta de representación del mercado de abastos son causas para su estancamiento comercial. *Revista Mercados de Abastos en acción* (2), 23.
- Riofrío, G. (1978). Se busca terreno para próxima barriada. DESCO
- Romainville, M. (2019, 7 de mayo). Mercados de abastos siguen siendo preferidos frente a los supermercados. Semana Económica. <https://semanaeconomica.com/sectores-empresas/consumo-masivo/358605-mercados-de-abastos-siguen-siendo-preferidos-frente-a-los-supermercados>
- Rossetti, M. y Da Cruz, N. (2022). *Informe de Políticas #05 Servicios Públicos Locales en tiempos de crisis: ¿Cómo adaptar los modelos de gobernanza?* LSE Cities, Ciudades y Gobiernos Locales Unidos (CGLU) y Metropolis.

- Salcedo, C. (2008). Apuntes sobre la competencia territorial y los bienes demaniales de los gobiernos locales. Comentarios a la STC 0003-2007-PC. *Palestra del Tribunal Constitucional* (7), 65-75.
- Santandreu, A. (2018). Urban agriculture in Lima metropolitan area: One (short) step forward, two steps backwards- the limits of urban food planning. En Y. Cabannes y C. Maricchino (Eds.), *Integrating Food into Urban Planning* (pp. 117-133). UCL Press.
- Santandreu, A., Huatia, A. y Ortega, C. (2021). Hubs y vecindarios alimentarios. Los mercados de abasto como centralidades para resiliencia alimentaria de la ciudad. En Ocupa tu calle (Eds.), FIIU5. Resiliencia Urbana-Tomo I: Artículos y Fotoensayos (pp. 60-69).
- Shimabukuro, N. (2016). Privatización y extinción del régimen concesional en materia de servicios públicos y obras públicas de infraestructura en el marco jurídico de Promoción de la Inversión privada. *Revista de Derecho Administrativo* (16), 75-105.
- Tornos, J. (2016). Servicios públicos y remunicipalización. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP* (76), 51-76.
- Torres, D. (2019). *Lima: Titulación de tierras sin ciudad, del bien colectivo al privado. La Organización social como promotor urbano frente al fracaso de la Política Nacional de Formalización (1996-2015)*. [Tesis de Maestría, Universidad Nacional Autónoma de México].
- Vignolo, O. (2015). El Sistema de Fuentes de los Bienes Municipales Peruano. En R. Lopez y O. Vignolo (Coords.) *El Dominio Público en Europa y América Latina*. Círculo de Derecho Administrativo, Red Internacional de Bienes Públicos (pp. 419-444). Círculo de Derecho Administrativo.
- Vignolo, O. (2017). *El principio de subsidiariedad social y sus principales consecuencias en el derecho peruano. Liberalización de sectores y surgimiento de la organización regulatoria* [Tesis de Doctorado, Universidad de Zaragoza].
- World Union of Wholesale Markets (2021). Conference Report 2021. The Hague: WUWM.
- Zegarra, D. (2019). Los servicios públicos locales en el Perú: Una aproximación a su caracterización jurídica. *Documentación Administrativa* (6), 149-160. <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/10769>

JURISPRUDENCIA

- Sentencia 00393-96 (1998, 24 de abril). Tribunal Constitucional (Acosta Sánchez, R.) <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/1998/00393-1996-AA.pdf>
- Sentencia 00518-98 (1998, 12 de agosto). Tribunal Constitucional (Acosta Sánchez, R.) <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/1998/00518-1998-AA.html>
- Sentencia 00974-98 (1999, 19 de marzo). Tribunal Constitucional (Acosta Sánchez, R.) <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/1999/00974-1998-AA.html>
- Sentencia 01033-99 (2000, 5 de abril). Tribunal Constitucional (Acosta Sánchez, R.) <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2000/01033-1999-AA.pdf>
- Sentencia 00012-2000 (2000, 4 de agosto). Tribunal Constitucional (Acosta Sánchez, R.) <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2000/00012-2000-AC.pdf>
- Sentencia 00824-2000 (2002, 25 de marzo). Tribunal Constitucional (Acosta Sánchez, R.) <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/00824-2000-AA.html>
- Sentencia 02973-2002 (2003, 30 de enero). Tribunal Constitucional (Alva Orlandini, J.) <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/02973-2002-AC.pdf>

- Sentencia 02460-2002 (2004, 11 de mayo). Tribunal Constitucional (Bardelli Lartirigoyen, J.) <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02460-2002-AC.pdf>
- Sentencia 01038-2004 (2004, 5 de julio). Tribunal Constitucional (Alva Orlandini, J.) <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/01038-2004-AA.pdf>
- Sentencia 00240-2005 (2005, 30 de marzo). Tribunal Constitucional (Bardelli Lartirigoyen, J.) <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00240-2005-AC.html>
- Sentencia 4408-2005 (2005, 23 de setiembre). Tribunal Constitucional (Alva Orlandini, J.) <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04408-2005-AA.html>
- Sentencia 4488-2005 (2005, 20 de diciembre). Tribunal Constitucional (Alva Orlandini, J.) <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/04488-2005-AA%20Resolucion.pdf>
- Sentencia 05722-2005 (2006, 6 de setiembre). Tribunal Constitucional (Alva Orlandini, J.) <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/05722-2005-AA%20Resolucion.html>
- Sentencia 02886-2006 (2007, 23 de abril). Tribunal Constitucional (Bardelli Lartirigoyen, J.) <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/02886-2006-AC%20Resolucion.html>
- Sentencia 01209-2007 (2007, 1 de octubre). Tribunal Constitucional (Landa Arroyo, C.) <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/01209-2007-AC.pdf>
- Sentencia 00003-2007 (2007, 21 de noviembre). Tribunal Constitucional (Landa Arroyo, C.) <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00003-2007-CC.pdf>
- Sentencia 00174-2007 (2008, 29 de abril). Tribunal Constitucional (Landa Arroyo, C.) <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00174-2007-AA.html>
- Sentencia 04870-2007 (2010, 12 de marzo). Tribunal Constitucional (Vergara Gotelli, J.) <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/04870-2007-AA.pdf>
- Sentencia 00002-2011 (2012, 23 de octubre). Tribunal Constitucional (Mesía Ramírez, C.) <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00002-2011-CC.html>
- Sentencia 01910-2013 (2015, 7 de julio). Tribunal Constitucional (Blume Fortini, E.) <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/01910-2013-AA%20Resolucion.pdf>
- Sentencia 0019-2006 (2007, 14 de marzo). Tribunal Constitucional (Landa Arroyo, C.) <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00019-2006-AI.pdf>
- Sentencia 04248-2017 (2018, 19 de junio). Tribunal Constitucional (Blume Fortini, E.) <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/04248-2017-AA%20Resolucion.pdf>
- Sentencia 01470-2016 (2019, 12 de febrero). Tribunal Constitucional (Blume Fortini, E.) <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/01470-2016-HC.pdf>
- Sentencia 02574-2018 (2020, 30 de diciembre). Tribunal Constitucional (Miranda Canales, M.) <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/02574-2018-AC%20Resolucion.pdf>

LEYES

Congreso de la República del Perú. (1996, 4 de enero). Ley 26569. Ley que establece mecanismos aplicables a la transferencia de puestos y demás establecimientos y/o servicios de los mercados públicos de propiedad de los municipios. Diario Oficial El Peruano 5660. <https://www.leyes.congreso.gob.pe/documentos/Leyes/26569.pdf>

Congreso de la República del Perú. (2000, 12 de julio). Ley 27304. Ley de Adjudicación de lotes de propiedad del Estado ocupados por mercados. Diario Oficial El Peruano 7324. <https://enlaces.cofopri.gob.pe/media/4175/ley-27304-ley-de-adjudicacion-de-lotes-de-propiedad-del-estado-ocupados-por-mercados-a-cargo-de-cofopri.pdf>

Congreso de la República del Perú. (2003, 15 de julio). Ley 28026. Ley del Sistema de Mercados Mayoristas de Alimentos. Diario Oficial El Peruano 8423. <https://diariooficial.elperuano.pe/Normas/VisorPDF>

Congreso de la República del Perú. (2006, 17 de marzo). Ley 28687. Ley de desarrollo y complementaria de formalización de la propiedad informal, acceso al suelo y dotación de servicios básicos. Diario Oficial El Peruano 9407. <https://diariooficial.elperuano.pe/Normas/VisorPDF>

Congreso de la República del Perú. (2011, 15 de abril). Ley 29676. Ley de Promoción del Desarrollo de los Mercados de Productores Agropecuarios y Mercados Itinerantes. Diario Oficial El Peruano 11365. <https://diariooficial.elperuano.pe/Normas/VisorPDF>

Congreso de la República del Perú. (2017, 17 de agosto). Ley 30642. Ley que modifica el artículo 3 de la Ley 26569 que establece mecanismos aplicables a la transferencia de puestos y demás establecimientos y/o servicios de los mercados públicos de propiedad de los municipios. Diario Oficial El Peruano 14181. <https://diariooficial.elperuano.pe/Normas/VisorPDF>

Congreso de la República del Perú. (2018, 6 de noviembre). Ley 30865. Ley que modifica el artículo 83 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades. Diario Oficial El Peruano 14710. <https://diariooficial.elperuano.pe/Normas/VisorPDF>

Congreso de la República del Perú. (2019, 31 de mayo). Ley 30953. Ley por la que se modifica la Ley 28687 a efectos de posibilitar la formalización de mercados públicos de propiedad informal. Diario Oficial El Peruano 14958. <https://diariooficial.elperuano.pe/Normas/VisorPDF>

Congreso de la República del Perú. (2021a, 25 de julio). Ley 31313. Ley de Desarrollo Urbano Sostenible. Diario Oficial El Peruano 16137. <https://diariooficial.elperuano.pe/Normas/VisorPDF>

Congreso de la República del Perú. (2021b, 26 de julio). Ley 31315. Ley de Seguridad Alimentaria y Nutricional. Diario Oficial El Peruano 16139. <https://diariooficial.elperuano.pe/Normas/VisorPDF>

Ministerio de agricultura (2004, 4 de noviembre). Decreto Supremo N° 038-2004-AG. Reglamento de la Ley del Sistema de Mercados Mayoristas de Alimentos. <https://diariooficial.elperuano.pe/Normas/VisorPDF>

Ministerio de Agricultura. (2016, 18 de marzo). Decreto Supremo 002-2016-MINAGRI. Política Nacional Agraria. Diario Oficial El Peruano 13610. <https://diariooficial.elperuano.pe/Normas/VisorPDF>

Ministerio de Agricultura. (2020, 8 de setiembre). Decreto Supremo 008-2020-MINAGRI. Reglamento de la Ley N° 29676, Ley de Promoción de Desarrollo de los Mercados de los Productores Agropecuarios. Diario Oficial El Peruano 15720. <https://diariooficial.elperuano.pe/Normas/VisorPDF>

Ministerio de Desarrollo Agrario y Riego. (2021, 23 de julio). Decreto Supremo 017-2021-MIDAGRI. Política Nacional Agraria 2021-2030. Diario Oficial El Peruano 16133. <https://diariooficial.elperuano.pe/Normas/VisorPDF>

Ministerio de Economía y Finanzas. (2019, 28 de julio). Decreto Supremo 237-2019-EF. Plan Nacional de Competitividad y Productividad. Diario Oficial El Peruano 15028. <https://diariooficial.elperuano.pe/Normas/VisorPDF>

Ministerio de Economía y Finanzas. (2020a, 21 de diciembre). Decreto Supremo 397-2020-EF. Por el cual se modifican los Procedimientos para el cumplimiento de metas y la asignación de recursos del Programa de Incentivos a la mejora de la Gestión Municipal del Años 2020, y dictan otras medidas. Diario Oficial El Peruano 15786. <https://diariooficial.elperuano.pe/Normas/VisorPDF>

Ministerio de Economía y Finanzas. (2020b, 7 de mayo). Decreto Supremo 099-2020-EF. Por el cual se aprueban los procedimientos para el cumplimiento de metas y la asignación de recursos del Programa de Incentivos a la mejora de la Gestión Municipal del año 2021, y dictan otras medidas. Diario Oficial El Peruano 15408. <https://diariooficial.elperuano.pe/Normas/VisorPDF>

Ministerio de Economía y Finanzas. (2021, 8 de enero). Resolución Ministerial 011-2021-EF/10. Por la cual se conforma la "Mesa Ejecutiva para el Desarrollo de los Mercados de Abastos". Diario Oficial El Peruano 15820. <https://diariooficial.elperuano.pe/Normas/VisorPDF>

Ministerio de la Producción. (2016, 24 de mayo). Resolución Ministerial 196-2016-PRODUCE. Lineamientos Generales de la Política Nacional para la Competitividad de Mercados de Abastos. Diario Oficial 13682. <https://diariooficial.elperuano.pe/Normas/VisorPDF>

Ministerio de la Producción. (2019, 2 de enero). Resolución Ministerial 021-2019-PRODUCE. Resolución Supremo que crea la Comisión Multisectorial de naturaleza temporal para el diseño de los pilotos de mercados de abastos. Diario Oficial 14803. <https://diariooficial.elperuano.pe/Normas/VisorPDF>

Ministerio de la Producción. (2020a, 21 de mayo). Decreto Supremo 011-2020-PRODUCE. Lineamientos para la regulación del funcionamiento de mercados de abastos y espacios temporales habilitados para el comercio de alimentos, en el marco de las acciones de prevención y contención del COVID-19. Diario Oficial 15435. <https://diariooficial.elperuano.pe/Normas/VisorPDF>

Ministerio de la Producción. (2020b, 22 de diciembre). Resolución Ministerial 429-2020-PRODUCE. Por la cual se aprueban la suscripción de Convenio de Administración de Recursos entre el Ministerio de la Producción y el Programa de las naciones Unidas para el Desarrollo – PNUD para la ejecución del proyecto de inversión "Mejoramiento del servicio de comercialización del Gran Mercado Belén, 2da Fase, Iquitos, Provincia de Maynas, Departamento de Loreto. Diario Oficial 15789. <https://diariooficial.elperuano.pe/Normas/VisorPDF>

Ministerio de la Producción. (2021a, 26 de mayo). Resolución Ministerial 148-2021-PRODUCE. Norma Técnica para el diseño del mercado de abastos minoristas. Diario Oficial El Peruano 16035. <https://diariooficial.elperuano.pe/Normas/VisorPDF>

Ministerio de la Producción. (2021b, 05 de junio). Resolución Ministerial 155-2021-PRODUCE. Por la cual se aprueba el Modelo de Gestión para Mercados de Abastos Minoristas Competitivos. Diario Oficial 16053. <https://diariooficial.elperuano.pe/Normas/VisorPDF>

Ministerio de la Producción. (2021c, 6 de julio). Resolución Ministerial 180-2021-PRODUCE. Por la cual se aprueban diversos manuales especializados de gestión por giro de producto para mercados de abastos minoristas competitivos. Diario Oficial 16103. <https://diariooficial.elperuano.pe/Normas/VisorPDF>

Ministerio de la Producción. (2021d, 16 de julio). Resolución Ministerial 190-2021-PRODUCE. Por la cual se aprueba el documento denominado "Lineamientos Generales para la formulación de Reglamentos Internos de Mercados de Abastos Minoristas". Diario Oficial 16121. <https://diariooficial.elperuano.pe/Normas/VisorPDF>

Ministerio de la Producción. (2021e, 22 de julio). Resolución Ministerial 00210-2021-PRODUCE. Por la cual se dictan disposiciones para dar continuidad a las acciones orientadas al cumplimiento de condiciones y culminación de los proyectos en la tipología de mercado de abastos, al desarrollo de proyectos de Inversión bajo la modalidad de Proyecto en Activos y asistencia técnica a gobierno regionales y locales. Diario Oficial 16132. <https://diariooficial.elperuano.pe/Normas/VisorPDF>

Ministerio de la Producción. (2021f, 23 de julio). Decreto Supremo 021-2021-PRODUCE. Por el cual se aprueba la Hoja de Ruta para la Modernización de Abastos. Diario Oficial 16133. <https://diariooficial.elperuano.pe/Normas/VisorPDF>

Ministerio de Salud. (2003, 16 de marzo). Resolución Ministerial 282-2003-SA/DM. Reglamento Sanitario de Funcionamiento de Mercados de Abastos. Diario Oficial 8302. <https://diariooficial.elperuano.pe/Normas/VisorPDF>

Ministerio de Salud. (2020, 10 de mayo). Resolución Ministerial 277-2020-MINSA. Por la cual se aprueba el cronograma de intervenciones de los Equipos de Respuesta Rápida de los treinta y seis Mercados priorizados para intervención inmediata señalados en el Anexo N° 4 del D.S. N° 099-2020-EF. Diario Oficial 15414. <https://diariooficial.elperuano.pe/Normas/VisorPDF>

Ministerio de Transportes y Comunicaciones. (2000, 4 de agosto). Decreto Supremo 038-2000-MTC. Reglamento de la Ley de Adjudicación de Lotes de Propiedad del Estado ocupados por Mercados a cargo de la COFOPRI. Diario Oficial 7347. <https://diariooficial.elperuano.pe/Normas/VisorPDF>

Ministerio de Vivienda Construcción y Saneamiento. (2006, 17 de marzo). Decreto Supremo 006-2006-VIVIENDA. Reglamento del Título I de la Ley N° 28687, referido a "Formalización de la Propiedad Informal de Terrenos Ocupados por Posesiones Informales, Centros Informales y Urbanizaciones. Diario Oficial 9407. <https://diariooficial.elperuano.pe/Normas/VisorPDF>

Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento. (2021a, 11 de febrero). Resolución Ministerial 061-2021-VIVIENDA. Modificación de la Norma Técnica A.070 "Comercio del Reglamento Nacional de Edificaciones". Diario Oficial 15874. <https://diariooficial.elperuano.pe/Normas/VisorPDF>

Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento. (2021b, 14 de mayo). Resolución Ministerial 142-2021-VIVIENDA. Por la cual se aprueba la Guía para el uso temporal de espacios públicos próximos a mercados de abastos. Diario Oficial 16016. <https://diariooficial.elperuano.pe/Normas/VisorPDF>

Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento. (2021c, 15 de julio). Decreto Supremo 012-2021-VIVIENDA. Aprueban Política Nacional de Vivienda y Urbanismo con horizonte temporal al 2030. Diario Oficial 16118. <https://diariooficial.elperuano.pe/Normas/VisorPDF>

Municipalidad Metropolitana de Lima. (1994, 8 de diciembre). Ordenanza 072. Reglamento de Mercados. https://www.emmsa.com.pe/files_wb_transparencia/documentos/DOC85.pdf

Presidencia de la República. (1996a, 9 de marzo). Decreto Supremo 004-96-PRES. Reglamento de la Ley de Privatización de los Mercados Públicos. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H770364>

Presidencia de la República. (1996b, 12 de marzo). Decreto Supremo 002-2000-PRES. Aprueban normas complementarias del Reglamento de Privatización de los Mercados Públicos. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H789700>

Presidencia de la República. (2020, 25 de junio). Decreto de Urgencia 073-2020. Decreto de Urgencia que faculta al Ministerio de la Producción a implementar mercados temporales

frente a la emergencia sanitaria a consecuencia del COVID-19. Diario Oficial 15499. <https://diariooficial.elperuano.pe/Normas/VisorPDF>

Presidencia del Consejo de Ministros. (2020, 15 de marzo). Decreto Supremo 044-2020-PCM. Decreto Supremo que declara Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote de COVID-19. Diario Oficial 15313. <https://diariooficial.elperuano.pe/Normas/VisorPDF>

Presidencia del Consejo de Ministros. (2021, 27 de enero). Decreto Supremo 008-2021-PCM. Por el cual se prorroga el Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la nación a consecuencias de la COVID-19 y modifica el Decreto Supremo N° 184-2020-PCM, el Decreto Supremo N° 201-2020-PCM, el Decreto Supremo N° 002-2021-PCM y el Decreto Supremo N° 004-2021-PCM. Diario Oficial 15845. <https://diariooficial.elperuano.pe/Normas/VisorPDF>



VULNERABILIDAD Y SERVICIOS PÚBLICOS EN EL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y EL DERECHO AL AGUA EN ESPAÑA

VULNERABILITY AND PUBLIC SERVICES IN THE RIGHT TO EDUCATION AND THE RIGHT TO WATER IN SPAIN

MARÍA REMEDIOS ZAMORA ROSELLÓ¹

RESUMEN

Analizamos en este estudio el acceso y prestación de dos servicios públicos esenciales como son la educación y el abastecimiento de agua, y nos centramos en los colectivos vulnerables, con especial atención a las exclusiones vinculadas a la discapacidad y a la situación socioeconómica. Hemos tomado como referencia el marco normativo español y analizaremos la jurisprudencia, los informes del Defensor del Pueblo y del Síndic de Greuges, además de otros instrumentos y documentos que nos permitan conocer en qué medida la Administración pública está cumpliendo con su obligación de servicio público para estos colectivos.

PALABRAS CLAVE

Servicios públicos | Vulnerabilidad | Derecho a la educación | Derecho al agua

SOBRE EL ARTÍCULO

El presente artículo fue recibido por la Comisión de Publicaciones el 25 de octubre de 2021 y aprobado para su publicación el 7 de diciembre de 2022.

CONTENIDO

1. Introducción; **2.** Derecho a la educación y servicio público: garantía de un derecho fundamental para colectivos vulnerables; **2.1.** Necesidades educativas especiales y servicio público; **2.2.** Formación profesional: servicio público vs. oferta privada; **2.2.1.** Iniciativas de la Unión Europea y marco normativo nacional; **2.2.2.** La Resolución del Síndic sobre la falta de oferta suficiente de ciclos formativos de grado medio; **3.** Derecho al agua: la prestación de servicio público de un recurso esencial; **3.1.** Iniciativas para garantizar el derecho al agua de los colectivos vulnerables; **4.** Conclusiones; **5.** Referencias Bibliográficas

ABSTRACT

In this study we analyze the access to and provision of two essential public services, education and water supply, and we focus on vulnerable groups, with special attention to exclusions linked to disability and socioeconomic status. We have taken the Spanish regulatory framework as a reference and we will analyze the case law, reports by the Ombudsman and the Síndic de Greuges, as well as other instruments and documents that allow us to know to what extent the public administration is fulfilling with its public service obligation towards these groups.

KEYWORDS

Public services | Vulnerability | Right to education | Right to water

¹ Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Málaga.

1. INTRODUCCIÓN

Para conocer cómo se gestiona el acceso y prestación de los servicios públicos a colectivos vulnerables debemos partir de dos conceptos clave: servicio público y vulnerabilidad. En lo que respecta al primero de ellos acudiremos a la clásica definición de Duguit (1926), es:

(...) servicio público toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y controlado por los gobernantes, porque es indispensable para la realización y desarrollo de la interdependencia social y porque es de tal naturaleza que no puede ser asegurada completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante. (p. 25)²

En la doctrina española, Garrido Falla nos ofrece la siguiente definición de servicio público: "servicio técnico prestado al público de una manera regular y constante mediante una organización de medios personales y materiales cuya titularidad pertenece a una Administración pública y bajo un régimen jurídico especial" (1994, p. 21).

En el texto constitucional español nos encontramos con la base para el establecimiento de los servicios públicos sociales³. Así, en el artículo 1.1 se define el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, lo que implica la obligatoriedad en el cumplimiento de los fines sociales. Referencia que se completa con el propio artículo 9.2, donde se afirma que los poderes públicos promoverán "(...) las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas" (Constitución Española, 1978) y además habrán de "(...) remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social" (Constitución Española, 1978, art. 9.2). Además de las referencias del artículo 10.1 donde se proclama que los derechos fundamentales y el libre desarrollo de la personalidad constituyen el fundamento del orden político y la paz social; así como del artículo 103 en el que se determina que el interés general es el objetivo último de la Administración pública. Y estos mandatos se concretan en una serie de prestaciones que ha de asumir la Administración pública y que también se encuentran previstas en el texto constitucional. A este respecto nos encontramos con la referencia al derecho a la educación, reconociendo además el articulado constitucional que la enseñanza básica será obligatoria y gratuita⁴. Mientras que el derecho al agua no tiene un reconocimiento constitucional, pero se incluiría dentro de esa categoría de mínimo vital, como recurso

2 En relación a las teorías de Duguit, véase Rodríguez-Arana Muñoz, J. (2013). Sobre Las Transformaciones del Derecho Público, de León Duguit. *Revista de Administración Pública*, (190), 61-100.

3 Ver al respecto Font i Llovet, T., Galán Galán, A. (2007). *La configuración los servicios sociales como servicio público. Derecho subjetivo de los ciudadanos a la prestación del servicio*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

4 Según Meilán Gil: "No es ya que actividades llevadas a cabo por entes surgidos en la sociedad fuesen asumidas por el Estado y, en ese concepto configuradas como servicios públicos –beneficencia o educación-, sino que esa asunción se realiza en el marco de un Estado social y democrático de Derecho, sin necesidad de calificarlas como servicio público en el sentido concreto en el que lo entendió la inicial formulación jurídica de la categoría, no desmentido por la vigente Constitución (...). Precisamente porque no se trata de una exclusiva de la titularidad, incompatible con el reconocimiento de los derechos, no existe concesión para que el servicio sanitario o educativo pueda ser prestado por particulares. Se trata de actividades reguladas por el Estado, de conformidad con estándares mínimos determinados por el Estado. De ahí que se utilice la autorización. El aseguramiento del derecho puede requerir –y es normal dado el compromiso constitucional– que el Estado realice directamente una actividad administrativa de prestación. Para justificarla no es necesario, ni siquiera procedente, acudir a la teoría acuñada del "servicio público objetivo". El Derecho positivo mantiene la utilización del servicio público en determinados supuestos por inercia doctrinal, de la que no es descartable un posicionamiento ideológico o, sencillamente, la influencia del poder político. Es lo que sucede con la educación o con la radiodifusión y la televisión" (2005, p. 533). Ver al respecto Meilán Gil, J. (2005). *El servicio público en el contexto constitucional y comunitario. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, (9), 527-542. Véase también Carlón Ruiz, M. (2016). *La constitucionalización del servicio público y su evolución en clave europea: entre mutación y reforma. Revista Española de Derecho Administrativo*, (177), 227-256.

esencial para la vida y, en consecuencia, comprendido de forma implícita en el texto constitucional (Mellado Ruiz, 2019, pp. 114-115).

La noción de servicio público se ha de completar con las referencias introducidas por parte del derecho comunitario con el concepto de servicios de interés general; a su vez divididas entre servicios que no tienen carácter económico, donde se encontraría la educación, y aquellos otros que sí tienen carácter económico, donde se ubicarían los servicios de abastecimiento y saneamiento de agua. Los servicios de interés general están sujetos a determinadas obligaciones de servicio público, de ahí su consideración como de interés general. El derecho comunitario establece, sin perjuicio de las peculiaridades del derecho interno de cada Estado, una serie de valores comunes respecto a los servicios de interés económico general; como son la necesidad de garantizar un alto nivel de seguridad, calidad y asequibilidad, el fomento del acceso universal y de los derechos de los usuarios y la igualdad de trato⁵.

Desde el momento en el que tenemos que incluir el concepto de colectivo vulnerable, hemos de asumir que habrá un conjunto de personas que por sus características podrían quedar excluidas de estos servicios, o bien no disfrutarlos plenamente. Si partimos de esta premisa habremos de concluir que existe un riesgo de falla en la actuación de la Administración pública y, por tanto, la imperiosa necesidad de corregir estos errores del sistema.

En segundo lugar, es oportuno acudir al concepto de vulnerabilidad y, a este respecto nos resultan de gran interés las reflexiones desde la perspectiva de la vulnerabilidad ontológica, que parte del principio de que todas las personas somos vulnerables. Porque frente al modelo idealizado de un sujeto normal, independiente y autosuficiente la realidad es que las propias fases de la vida nos van a vincular a todos al cuidado, en la niñez y en la vejez; sin perjuicio de otras situaciones o contextos particulares que también acentúan nuestra vulnerabilidad. Por tanto, no existirán sujetos invulnerables; corriente de gran interés, que también puede ser completada con reflexiones específicas sobre el contexto social. Puesto que junto a las condiciones del individuo también debemos analizar el ambiente, el entorno que puede generar vulnerabilidad; como los condicionantes sociales o ambientales (Feito, 2007). No obstante, para este estudio nos interesa esa vinculación entre ciudadanía y vulnerabilidad; porque si la trasladamos a la actuación administrativa en materia de servicios públicos podremos concluir que no se está cumpliendo con el interés público, con el interés general, puesto que a la ciudadanía no se le está ofreciendo el servicio público que necesita/demanda⁶.

En definitiva, que la actuación administrativa ejemplificada a través de la actuación del servicio público debe dar respuesta a las demandas y necesidades de la ciudadanía; para lo cual tendrá que adaptarse y ser un fiel reflejo de los múltiples caracteres y necesidades que presenta. De lo contrario estaríamos acudiendo a un servicio público restringido para un mínimo sector de la

5 Véase Protocolo núm. 26 sobre los servicios de interés general, adjuntado al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, DOUE C 326, de 26 de octubre de 2012. En el artículo primero de este Protocolo también se mencionan entre los valores comunes de la Unión con respecto a los servicios de interés económico general: "el papel esencial y la amplia capacidad de discreción de las autoridades nacionales, regionales y locales para prestar, encargar y organizar los servicios de interés económico general lo más cercanos posible a las necesidades de los usuarios; la diversidad de los servicios de interés económico general y la disparidad de las necesidades y preferencias de los usuarios que pueden resultar de las diferentes situaciones geográficas, sociales y culturales" (Unión Europea, 2012). También ver al respecto Rodríguez-Arana, J. (2005). Servicio Público y Derecho Comunitario Europeo. *Revista Catalana de Dret Públic*, (31), 375-398.

6 Ver al respecto Alenza García, J. F. (2019). Aproximación a un concepto jurídico de vulnerabilidad. En I. del Guayo Castiella, A. Fernández Carballal, *Los desafíos del derecho público en el siglo XXI: libro conmemorativo del XXV aniversario del acceso a la Cátedra del Profesor Jaime Rodríguez-Arana Muñoz* (39 – 62). Instituto Nacional de Administración Pública. Ver al respecto Marcos del Cano, A. (Ed.). (2020). *En tiempos de vulnerabilidad. Reflexión desde los Derechos Humanos*. Dykinson, S.L. Véase Lledo Fernández, B. (2021). Vulnerabilidad. *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, (20), 242- 257.

población “invulnerable” e independiente, puesto que tampoco está en relación o contacto con personas vulnerables (niños, adolescentes, mayores, inmigrantes, personas con discapacidad, etc.); en definitiva, un sujeto inexistente.

Debemos recordar que la Administración pública ha de establecer mecanismos de apoyo y soporte a estos colectivos con demandas específicas; deben ser respuestas tan completas que permitan dar cabida a estas singularidades que conforman nuestra sociedad. La atención a la vulnerabilidad no es beneficencia ni debe transformar a los ciudadanos en víctimas, sino que es una muestra más del mandato constitucional que debe ejercer la Administración: la consecución del interés general.

En este estudio hemos optado por abordar el análisis de la respuesta de los servicios públicos ante la vulnerabilidad desde la perspectiva de dos derechos esenciales: el derecho al agua y el derecho a la educación. La elección de esta doble temática obedece a la necesidad de analizar un elemento del medio como es el agua, elemento esencial para la vida; junto a un elemento intrínseco al individuo como es la educación, esencial para el desarrollo de la personalidad. Son dos perspectivas diversas que permiten ofrecer una visión más completa de la actuación administrativa ante la vulnerabilidad.

2. DERECHO A LA EDUCACIÓN Y SERVICIO PÚBLICO: GARANTÍA DE UN DERECHO FUNDAMENTAL PARA COLECTIVOS VULNERABLES

El derecho a la educación es un derecho fundamental, y la CE lo regula en los siguientes términos:

1. Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza.
2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.
3. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.
4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita.
5. Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes.
6. Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales.
7. 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.
8. Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes.
9. Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca.
10. Se reconoce la autonomía de las Universidades, en los términos que la ley establezca (art. 27).

Como se afirma en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de Educación (LOE).

La Ley 14/1970, General de Educación y de Financiamiento de la Reforma Educativa, y la Ley Orgánica 8/1985, reguladora del Derecho a la Educación, declaraban la educación como servicio público. La Ley Orgánica de Educación sigue y se inscribe en esta tradición. El servicio

público de la educación considera a esta como un servicio esencial de la comunidad, que debe hacer que la educación escolar sea asequible a todos, sin distinción de ninguna clase, en condiciones de igualdad de oportunidades, con garantía de regularidad y continuidad y adaptada progresivamente a los cambios sociales. El servicio público de la educación puede ser prestado por los poderes públicos y por la iniciativa social, como garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos y la libertad de enseñanza (2006)⁷.

Vamos a analizar la educación desde una doble perspectiva, tanto desde el punto de vista de la vulnerabilidad como del nivel educativo, porque consideramos que presentan caracteres y matices que hacen necesaria esta individualización. En primer lugar, nos vamos a focalizar en la enseñanza básica y obligatoria, y en las limitaciones que presenta el servicio público para atender a las necesidades específicas de las personas con discapacidad. Y, a continuación, vamos a abordar las dificultades de acceso a la enseñanza postobligatoria de las personas con dificultades o limitaciones económicas. Asimismo, abordaremos el primer estudio desde el análisis jurisprudencial, mientras que para el segundo se toma como referencia una Resolución del Síndic; de esta forma también consideramos que se enriquece el análisis porque se refleja una mayor diversidad en las perspectivas sobre el servicio público y su aplicación a la educación.

2.1. Necesidades Educativas Especiales y Servicio Público

En esta materia hemos optado por analizar la sentencia del Tribunal Supremo 1976/2017⁸, donde se analizan los requisitos que deben tomarse en consideración para realizar un cambio de modalidad de escolarización de un alumno con necesidades educativas especiales, desde un centro ordinario hacia un centro de educación especial; el supuesto concreto es el caso de un menor que padece trastorno de espectro autista (TEA), y cuyos padres no estaban de acuerdo en este cambio a un centro de educación especial que había decidido la administración competente, en este caso la autonómica. Es de interés este pronunciamiento en cuanto nos aclara y sintetiza cuál es el régimen de referencia y la interpretación del marco normativo que ha realizado tanto el Tribunal Constitucional como el propio Tribunal Supremo; especificando cuáles son las obligaciones que corresponde a la Administración pública en estos supuestos.

Se constata con estos pronunciamientos que se ha producido una evolución en el modelo de ejercicio del derecho a la educación de las personas con discapacidad, como señala Fernández Rodríguez:

(...) la nueva visión del derecho a la educación, desde los postulados del paradigma social y de derechos humanos, desemboca en el modelo de la inclusión e integración, que exige que estas personas realicen los procesos de enseñanza-aprendizaje en centros ordinarios, con apoyos si resultan necesarios y con ajustes razonables. Como afirma la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, su marginación y exclusión de la educación no es el resultado de su incapacidad para aprender, sino de la insuficiente formación del profesor o de la inaccesibilidad de las aulas. Queda así patente que desde esta nueva perspectiva las condiciones ambientales son las que actúan como barreras para el pleno ejercicio de este derecho (2019, p. 68).

En lo que respecta al marco normativo la sentencia pone en relación el ya citado artículo 27 de la CE con el artículo 14 y el derecho fundamental a la igualdad, desarrollados en los artículos 73 a 75 de la LOE (2006); además de la aplicación conjunta de los artículos 9.2 y 49 CE que exigen a los poderes

7 Véase en Alonso-Olea García, B. y Medina González, S. (2021). *Derecho de los servicios públicos sociales*. Aranzadi Thomson Reuters.

8 Sentencia 1976-2017 (2017, 14 de diciembre). Tribunal Supremo (José Luis Requero Ibáñez).

públicos que remuevan los obstáculos que impidan o dificulten la integración social y laboral de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, y procuren su integración⁹.

El Tribunal Constitucional se pronunció en los siguientes términos en la STC 10/2014, de 27 de enero:

De la normativa anterior se desprende como principio general que la educación debe ser inclusiva, es decir se debe promover la escolarización de los menores en un centro de educación ordinaria, proporcionándoseles los apoyos necesarios para su integración en el sistema educativo si padecen algún tipo de discapacidad. En definitiva, la Administración educativa debe tender a la escolarización inclusiva de las personas discapacitadas y tan sólo cuando los ajustes que deba realizar para dicha inclusión sean desproporcionados o no razonables, podrá disponer la escolarización de estos alumnos en centros de educación especial. En este último caso, por respeto a los derechos fundamentales y bienes jurídicos afectados, en los términos que hemos expuesto anteriormente, dicha Administración deberá exteriorizar los motivos por los que ha seguido esta opción, es decir por qué ha acordado la escolarización del alumno en un centro de educación especial por ser inviable la integración del menor discapacitado en un centro ordinario.¹⁰

Sobre la base de estas referencias normativas, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo se han pronunciado, y en esta sentencia se sintetizan los criterios en casos de escolarización de alumnos en centros de educación especial en lugar de centros ordinarios; criterios que son una guía de cómo la Administración ha de ejercer esa labor de servicio público y garantizarlo para las personas con necesidades educativas especiales. En primer lugar, considera el Tribunal Supremo, en la sentencia 1976/2017 del 14 de diciembre, que los alumnos con TEA se encuentran en una posición inicial de desigualdad, porque están amparados

(...) por una exigencia cualificada desde el punto de vista constitucional: la del derecho a la educación del artículo 27 reforzada por el principio de protección de los discapacitados que enuncia en su artículo 49 más el mandato del artículo 9.2 de remover los obstáculos a una plena igualdad.

Es de gran interés esta afirmación porque da la vuelta a la situación, que reconoce que es al inicio desigual, y sitúa a estas personas en una posición reforzada frente al resto de ciudadanos. Y es una consecuencia directa de la aplicación del texto constitucional que obliga a un esfuerzo especial de la Administración y un refuerzo a la atención en el servicio público a la educación, en la garantía del derecho fundamental a la educación, para las personas con discapacidad.

9 Debemos recordar que actualmente se encuentra en tramitación un proyecto de reforma del artículo 49 CE, y la redacción propuesta es la siguiente: "1. Las personas con discapacidad son titulares de los derechos y deberes previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad real y efectiva, sin que pueda producirse discriminación; 2. Los poderes públicos realizarán las políticas necesarias para garantizar la plena autonomía personal e inclusión social de las personas con discapacidad. Estas políticas respetarán su libertad de elección y preferencias, y serán adoptadas con la participación de las organizaciones representativas de personas con discapacidad en los términos que establezcan las leyes. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y niñas con discapacidad; 3. Se regulará la especial protección de las personas con discapacidad para el pleno ejercicio de sus derechos y deberes; 4. Las personas con discapacidad gozan de la protección prevista en los tratados internacionales ratificados por España que velan por sus derechos" (Congreso de los Diputados, 2021, p. 6). Ver al respecto Congreso de los Diputados. (2021). Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, por la que se reforma la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

10 Sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en esta materia, en especial la Sentencia 10/2014, de 27 de enero, tanto en lo que respecta a la opinión mayoritaria como al contenido del voto particular, ver Ruiz Dorado, M., y Zambrana Vázquez, D. (2019). El derecho a la educación de las personas con discapacidad: la experiencia de México y España. En E. Belda (Dir.), *Derecho a la educación de las personas con discapacidad* (pp. 13-57). Tirant lo Blanch.

Y, en consecuencia, se exige a la Administración que disponga de medios, tanto personal cualificado como instalaciones habilitadas y adaptadas, así como una programación que prevea las necesidades educativas específicas que este alumnado necesita; y, también, ha de justificar por qué estos refuerzos no se pueden prestar en los centros ordinarios. Además, la sentencia nos aclara cómo debe la Administración motivar la escolarización en un centro de educación especial para que sea acorde al texto constitucional; y nos indica que los informes deben atender a las peculiaridades de cada caso y fundamentar por qué supone una carga desproporcionada para la Administración la escolarización en un centro ordinario con los apoyos precisos.

Concluye el Tribunal que existe un mandato constitucional y legal dirigido a los poderes públicos para conseguir la inclusión social de personas con disfunción o trastorno de conducta, que sería un objetivo de política social, que se complementa con el fin de integración en el sistema educativo; entendemos que la referencia habría que extenderla a cualquier tipo de discapacidad que pudiera interferir en la integración social y educativa de las personas. En consecuencia, la administración debe disponer de los medios suficientes para garantizar la integración en el sistema educativo ordinario y sólo tras agotar todas las vías para esa integración, un trato distinto se encontraría justificado.

Corresponde recordar que en el año 2020 la LOE sufrió una importante reforma que también afectó a la regulación del alumnado con necesidades educativas especiales¹¹. Destacamos la inclusión de una referencia específica a los recursos del sistema educativo para la detección precoz de los alumnos con necesidades educativas especiales y para que puedan alcanzar los objetivos establecidos con carácter general para todos los alumnos; a lo que se añade un mandato directo para las Administraciones educativas que dotarán a este alumnado del “apoyo preciso”. Novedades de la regulación educativa que plasman y concretan en la legislación específica las previsiones constitucionales para el alumnado con necesidades educativas especiales. La escolarización de este alumnado se rige por el principio de normalización e inclusión; garantizando que sólo se llevará a cabo en las unidades o centros de educación especial cuando sus necesidades no puedan ser atendidas en los centros ordinarios.

Por tanto, nos encontramos con una cobertura legal muy clara para los criterios previstos en la jurisprudencia analizada. Asimismo, es de gran interés poner de relieve el procedimiento mediante el cual la Administración va a identificar y valorar las necesidades educativas de este alumnado; un procedimiento en el que profesionales especializados deben identificar y valorar estas necesidades, y donde se integra a la familia, que habrá de ser oída e informada. Pero la Ley va más allá porque, si bien remite a las Administraciones educativas la regulación de los procedimientos para resolver las discrepancias surgidas, el fin último es garantizar el interés superior del menor y la voluntad de las familias que prefieran el régimen más inclusivo. Además, se especifica que la Administración debe adaptar las condiciones de realización de las pruebas, proporcionar los recursos y apoyos complementarios, y las atenciones educativas específicas derivadas de discapacidad o trastornos.

Estos principios también se encuentran presentes en el borrador de Decreto de la Educación Secundaria Obligatoria (ESO) que ha elaborado el Ministerio de Educación y remitido a las Comunidades Autónomas. Donde está previsto que la escolarización del alumnado con diversidad funcional y necesidades educativas especiales se rija por los principios de normalización e inclusión, garantizando la no discriminación y la igualdad efectiva en el acceso y permanencia en el sistema educativo. En la misma línea se pronuncia el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social donde se impone a la Administración la obligación de garantizar un sistema educativo inclusivo en todos los niveles educativos, y donde se incide en el carácter excepcional de la escolarización de este alumnado en centros de educación especial¹². En

11 Ver al respecto Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOMLOE), BOE núm. 340, de 30 de diciembre de 2020.

12 Véase Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. BOE núm. 289, de

definitiva, la Administración pública ha de remover todos los obstáculos para garantizar el ejercicio de un derecho fundamental como es la educación; y con el añadido de que la educación es el instrumento para el ejercicio y disfrute de la autonomía e independencia, y el desarrollo pleno del resto de derechos.

2.2. Formación Profesional: Servicio Público Vs. Oferta Privada

Estas referencias al servicio público en materia educativa vamos a completarlas con otro elemento de exclusión para el ejercicio pleno de este derecho, la exclusión por razón socioeconómica. Y vamos a analizarla desde las últimas noticias que reflejan cómo cerca de 18.000 jóvenes no han sido aceptados para estudiar un grado superior de formación profesional (FP) durante el curso 2020/21 en la Comunidad de Madrid porque la oferta pública de plazas es insuficiente¹³. En idénticos términos nos encontramos con la falta de oferta pública de plazas para FP en la Cataluña, donde la situación extrema ha llevado al Síndic a emitir una Resolución¹⁴.

Esta situación se enmarca en una tendencia que se acrecienta desde hace una década, y donde todos los años se reciben quejas por la falta de plazas disponibles para cursar formación profesional. Es una consecuencia directa de la coyuntura económica y también de una tendencia creciente a la mayor empleabilidad de los ciclos formativos frente a los titulados superiores; además, cabe destacar que la demanda de profesionales con estas titulaciones es desigual en todo el territorio nacional, siendo las Comunidades de Cataluña, Madrid y País Vasco donde se concentran más de la mitad de las ofertas¹⁵. Para completar el contexto debemos añadir que uno de los grandes problemas estructurales del sistema educativo español es el abandono educativo prematuro, que se sitúa en el 16%, superando en gran medida la media de la Unión Europea, que no alcanza el 10%; en el caso concreto de la Comunidad Autónoma de Cataluña también se sobrepasa la media nacional, alcanzando el 17,4%.

El potencial de la FP en nuestro país no ha pasado desapercibido a los fondos de inversión de capital riesgo, que están invirtiendo en la oferta privada de estos estudios. Es significativo que en la última década se ha multiplicado por diez el número de estudiantes que cursan FP en centros privados. Puesto que hemos focalizado nuestra atención en la situación extrema que están sufriendo los preinscritos en estudios de FP en la Comunidad Autónoma de Cataluña y Madrid, debemos destacar que el porcentaje de estudiantes en esta etapa formativa que está cursando sus estudios en centros privados ascienden al 41% en Madrid y al 33% en Cataluña. A estos datos debemos añadir

3 de diciembre de 2013.

- 13 Ver al respecto Martín, J. (9 de agosto de 2021). Jóvenes sin plaza pública de FP en Madrid: Si no puedes pagar un privado, te obliga a hacer un año sabático o trabajar. Noticias RTVE. <https://www.rtve.es/noticias/20210809/jovenes-sin-plaza-publica-fp-madrid/2155732.shtml>
- 14 Ver Resolución del expediente AO-00167/2021, relativa a la falta de oferta suficiente de ciclos formativos de grado medio en el proceso de admisión correspondiente al curso 2021/2022. https://www.sindic.cat/site/unitFiles/8045/Resoluci%C3%B3%20FP-rev_CAST.pdf
- 15 Según los datos recogidos en el Informe Infoempleo Adecco: Oferta y Demanda de Empleo en España, en 2020 la Formación Profesional fue la formación más demandada en España, con un 41,3% de las ofertas de empleo. De esta forma se consolida la demanda de estas titulaciones, superando la ya elevada cifra del 38,8% alcanzada en 2019 y colocándose por delante de la formación universitaria. Siguiendo este Informe, el Grado Medio de FP es el que ha tenido mejor evolución, exigiéndose en el 18,5% de las ofertas; mientras que el Grado Superior de FP se ha demandado 0,7 puntos porcentuales menos y está presente en el 22,7% de las vacantes. En lo que respecta a las ramas con más éxito, Administración y Gestión (13,7%) sigue siendo la FP más demandada en las ofertas de empleo, seguidas de Electricidad y Electrónica (8,9%), Instalación y Mantenimiento (6,3%), Fabricación Mecánica (5,7%), e Informática y Comunicaciones (3,8%). Veáse en Instituto Grupo Adecco. (2021). Informe Infoempleo Adecco: Oferta y Demanda de Empleo en España, XXIV edición Adecco.

que estas dos Comunidades son las únicas que tienen tasas para estudiar ciclos superiores de FP en centros públicos, con un coste de 360 euros en Madrid y de 400 euros en Cataluña.¹⁶

Es evidente que, ante la dejadez del sector público, es el sector privado quien está dando respuesta a estos niveles educativos; por tanto, sólo aquellas personas que pueden hacer frente a las matrículas y mensualidades impuestas por los centros privados van a poder acceder a una oferta educativa que está coartada desde el ámbito público.

2.2.1. Iniciativas de La Unión Europea y Marco Normativo Nacional

El Pilar Europeo de Derechos Sociales recoge un conjunto de principios y derechos esenciales para "el buen y justo funcionamiento de los mercados laborales y de los sistemas de bienestar de la Europa del siglo XXI". Y en este texto, adoptado por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, se reconoce el derecho a una educación, formación y aprendizaje permanente inclusivos y de calidad, como instrumentos para participar plenamente en la sociedad y en el mercado laboral. También se hace hincapié en el fomento de la igualdad de trato y de oportunidades en relación con el empleo, la protección social, la educación y el acceso a bienes y servicios a disposición del público; fomentando la igualdad de oportunidades de los grupos infrarrepresentados.

A nivel de la Unión Europea la apuesta por la FP es clara, y desde el Consejo se ha recomendado a los Estados que desarrollen una política en materia de educación y formación profesional que impulse la inclusión y la igualdad de oportunidades y favorezca la consecución de la resiliencia, la equidad social y la prosperidad; todo ello dotando a los jóvenes, pero también a los adultos, de las capacidades y conocimientos que les permitan mejorar en el mercado laboral¹⁷. Y con un calendario con fecha límite en 2025 para que el porcentaje de titulados de educación y formación profesional (EFP) alcance al menos el 82%, más de la mitad de los titulados se hayan beneficiado del aprendizaje en el trabajo durante sus estudios, y el 8% se haya podido beneficiar de programas de movilidad en el extranjero. Objetivos muy ambiciosos que a nivel nacional contrastan con una realidad donde ni siquiera los jóvenes y adultos interesados pueden iniciar sus estudios de formación profesional.

Desde el Consejo se recuerda el potencial de la EFP para la promoción de igualdad de oportunidades, reconociendo el carácter inclusivo y accesible de sus programas para los grupos vulnerables; citando expresamente a las personas con discapacidad, las personas poco cualificadas o con un nivel bajo

16 Es evidente que el sector privado es consciente de la creciente demanda formativa en FP y son destacados los inversores tanto nacionales como internacionales que están apostando por empresas dedicadas a este tipo de formación. Los datos ponen de relieve que es la iniciativa privada la que está canalizando esta demanda ante las limitaciones de la oferta pública. A este respecto, véase Aunión, JA, & Martín-Arroyo, J. (18 de septiembre de 2021). Los fondos de inversión buscan negocio en la FP ante la escalada de demanda y la escasez de plazas. *El País*. <https://elpais.com/educacion/2021-09-18/los-fondos-de-inversion-buscan-negocio-en-la-fp-ante-la-escalada-de-demanda-y-la-escasez-plazas.html>

Según los datos ofrecidos en esta noticia, en 2018 el fondo español Queka Real Partners adquirió el 51% de la empresa andaluza Medac, una red de 30 centros de FP, y en 2021 el fondo estadounidense KKR ha comprado la compañía entera por 200 millones, lo que ha multiplicado su valor por siete en solo tres años; este mismo fondo también ha adquirido MasterD, especializada en preparación de oposiciones y cursos de FP, y el Instituto Técnico de Estudios Profesionales (ITEP).

17 Ver al respecto Consejo de la Unión Europea. (24 de noviembre de 2020). Recomendación de 24 de noviembre de 2020, sobre la educación y formación profesionales (EFP) para la competitividad sostenible, la equidad social y la resiliencia. DOUE de 2 de diciembre de 2020, 2020/C 417/01.

Cabe recordar que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce el derecho a la educación y el acceso a la formación profesional y continua; y los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas establecen como fecha límite el año 2030 para que se garantice el acceso igualitario de todos los hombres y las mujeres a una formación técnica, profesional y superior asequible y de calidad, incluida la enseñanza universitaria, y un aumento considerable del número de jóvenes y adultos que posean las capacidades necesarias, en particular técnicas y profesionales, para acceder al empleo, el trabajo digno y el emprendimiento.

de capacidades, las minorías, las personas de origen migrante y aquellas con menos oportunidades por su localización geográfica o su situación socioeconómica desfavorecida. Igualmente, se incide en la implantación de medidas específicas y de formación flexibles para favorecer el paso hacia el mercado de trabajo y la prevención del abandono temprano del sistema educativo.

De gran interés nos resultan las referencias a las posibilidades de las plataformas de aprendizaje digital como herramienta para favorecer la accesibilidad a la EFP de los grupos vulnerables y las personas de zonas rurales o remotas. Queremos reseñar esta medida porque en Cataluña se ha presentado a la formación *on line* como la solución para dar cabida a la alta demanda de matriculaciones en la formación profesional. Es interesante porque se está empleando esta vía como un medio para tratar de paliar la deficiente oferta, no como una vía para acercar la FP a colectivos que quedarían al margen en un modelo de enseñanza presencial. La cuestión que podemos plantearnos es si de esta forma no se está creando un colectivo que, ante la incapacidad de la Administración de ofrecerle un modelo de enseñanza presencial tradicional emplea la enseñanza *on line* como alternativa provisional y transitoria; en definitiva, parece que se está creando un colectivo de segunda categoría que no ha podido acceder al sistema original y al que se ofrece un paliativo para tratar de cubrir un problema de ausencia de plazas sin actuar en el origen: la falta de planificación e inversión en este modelo educativo.

La formación *on line* es, sin duda, una vía para acercar la formación a colectivos para los que la presencialidad es un hándicap para su formación, pero consideramos que no es la vía para responder a una alta demanda de la FP. Y en el caso de los colectivos vulnerables, sería necesario realizar un estudio de sus necesidades puesto que en muchos casos será la presencialidad la vía más adecuada para su formación. En definitiva, consideramos que la formación *on line* es un complemento que no debe suplir las deficiencias estructurales de la oferta educativa.

Para centrar la materia en la situación de nuestro país corresponde acudir al marco normativo regulador de este tipo de enseñanzas, por lo que en primer lugar nos remitiremos a las referencias de la LOE. Esta norma define la FP como:

(...) el conjunto de acciones formativas que capacitan para el desempeño cualificado de las diversas profesiones, el acceso al empleo y la participación activa en la vida social, cultural y económica. Incluye las enseñanzas propias de la formación profesional inicial, las acciones de inserción y reinserción laboral de los trabajadores, así como las orientadas a la formación continua en las empresas, que permitan la adquisición y actualización permanente de las competencias profesionales (art. 39.1).

Especialmente significativas son las referencias de la Ley a los fines, que serían:

(...) preparar al alumnado para la actividad en un campo profesional y facilitar su adaptación a las modificaciones laborales que pueden producirse a lo largo de su vida, contribuir a su desarrollo personal y al ejercicio de una ciudadanía democrática y pacífica, y permitir su progresión en el sistema educativo, en el marco del aprendizaje a lo largo de la vida (art. 39.2).

En definitiva, estas enseñanzas están especialmente diseñadas para que cualquier ciudadano pueda no sólo progresar en el sistema educativo tras su etapa de formación obligatoria, sino también reintegrarse en el mismo para poder adaptarse a los cambios laborales que le requieran una nueva cualificación. Y son estos objetivos, los esenciales de la FP, los que no se están cumpliendo; porque las cifras muestran cómo se expulsa del sistema educativo a todos aquellos aspirantes que se quedan sin plazas y se dificulta el retorno a la enseñanza a aquellas personas interesadas en retomar sus estudios a través de la FP. Asimismo, y para el caso de los ciclos formativos de grado medio, que son los más afectados por el bajo volumen de oferta pública, la Ley dispone que contribuirán a:

(...) ampliar las competencias de la enseñanza básica adaptándolas a un campo o sector profesional que permita al alumnado el aprendizaje a lo largo de la vida, a progresar en el sistema educativo, y a incorporarse a la vida activa con responsabilidad y autonomía (art. 40.3).

En el articulado de la LOE también se incorporan mandatos específicos a las Administraciones públicas, así se establece que habrán de desarrollar un sistema de orientación profesional ajustado y eficaz, que fomente la igualdad efectiva entre mujeres y hombres y contribuya a la consideración de todo tipo de opciones formativas y profesionales. Referencias que se completan con una obligación específica dirigida al Gobierno, que habrá de promover “(...) la transferencia de innovación y experiencias de éxito, y el avance de la calidad de las enseñanzas de formación profesional” (art. 42, apartados 9 y 10).

A nivel de la Administración General del Estado son de sobra conocidas las deficiencias del sistema de formación profesional; en este contexto, en 2020 se presentó el Plan de Modernización de la Formación Profesional, donde se preveía la ampliación de 200.000 plazas hasta 2023 para hacer frente al incremento de la demanda en estas enseñanzas. En este Plan se reconocía la gran disparidad existente entre los datos españoles y la media europea en materia de FP, existiendo en nuestro país una gran escasez de profesionales cualificados. De otro lado, se incluye la ampliación de la oferta de FP para la población activa, tanto empleados como desempleados; se incrementaría el nicho de personas a los que se dirigía esta línea específica para la FP, para lo que se contaría con la colaboración de las administraciones educativas y laborales autonómicas, las Cámaras de Comercio, y las organizaciones sindicales y profesionales. Llamativa es la voluntad de ampliar el objetivo poblacional de estas enseñanzas cuando la realidad está demostrando que la ausencia de plazas es un problema estructural y reiterativo.

Con fecha de 7 de abril de 2022, se aprobó la Ley Orgánica de Ordenación e Integración de la Formación Profesional, que aspira a dotar de un marco normativo actualizado y completo que permita potenciar la FP en nuestro país. En su Preámbulo se recuerda la importancia de garantizar la cohesión social y territorial, para que las oportunidades que genera el sistema de FP pueden llegar al conjunto de la población y del territorio. Como elemento central de este texto debemos destacar que los destinatarios de las ofertas de FP son los jóvenes a partir de los 15 años y la población adulta. Es decir, se consagra definitivamente y mediante norma con rango de ley la evolución de la FP como una vía de formación continua y adaptación de las competencias y capacidades a lo largo de toda la vida.

Entre los principios generales que marcan el desarrollo del sistema de FP, la Ley enumera el desarrollo personal y profesional de la persona y mejora continua de su cualificación profesional a lo largo de su vida; la garantía a todas las personas, en condiciones de equidad e igualdad, de una FP de calidad en diferentes modalidades y una cualificación y recualificación permanentes con arreglo a itinerarios diversificados, satisfaciendo sus necesidades formativas a medida que se producen y atendiendo a sus circunstancias personales, sociales y laborales; centralidad de la persona, potenciando el máximo desarrollo de sus capacidades y contribuyendo a superar toda discriminación por razón de nacimiento, origen nacional o étnico, sexo, discapacidad, vulnerabilidad social o laboral, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social; y la calidad, eficacia, eficiencia, coordinación y transparencia en la gestión de los recursos públicos y en la evaluación de sus resultados¹⁸.

Uno de los pilares para garantizar el cumplimiento de los citados principios es la planificación, programación y coordinación de la oferta de FP, la Ley establece un claro mandato a las Administraciones competentes, en este caso las CCAA, para que la oferta sostenida con fondos públicos permita la

18 Ver Art. 3, apartados a), d), h) y p) de la Ley Orgánica de Ordenación e Integración de la Formación Profesional.

adecuada atención de las necesidades de cualificación de la población, además de la optimización y eficacia de los recursos públicos. Para la realización de esta programación las Administraciones autonómicas habrán de tomar en consideración las demandas de formación de la ciudadanía y la realidad socioeconómica del territorio, entre otros elementos. Y la norma va un paso más allá, porque las Administraciones competentes deben atender de forma específica a dos sectores: menores de 21 años incorporados al mercado laboral, que puedan acceder a una oferta de formación de Grado C o D de nivel 2; y aquellas personas sin titulación correspondiente a la educación secundaria postobligatoria, que puedan obtener una titulación de técnico de FP¹⁹.

2.2.2. La Resolución del Síndic sobre la falta de oferta suficiente de ciclos formativos de grado medio

A nivel nacional debemos destacar que también el Defensor del Pueblo inició en septiembre de 2021 actuaciones de oficio con la Comunidad Autónoma de Madrid y la Generalitat de Cataluña para que le facilitaran los datos oficiales sobre el número de plazas ofertadas, así como las previsiones para nivelar la oferta y la demanda. El Alto Comisionado de las Cortes Generales ha emitido un comunicado en el que manifestaba que se han generado unas expectativas falsas en las campañas de impulso a la formación profesional, puesto que no se han incrementado ni los grupos ni el profesorado. El Defensor califica de problema estructural las deficiencias entre el número de plazas y las necesidades del mercado laboral, por lo que estima que la única vía es una correcta planificación de la oferta pública que permita dar respuesta a las demandas existentes²⁰.

En estas valoraciones debemos destacar que el Defensor del Pueblo vincula directamente el abandono del sistema educativo y el riesgo de exclusión social con la imposibilidad de miles de jóvenes de acceder a la formación profesional, y la causa se encuentra en las ya manifiestas limitaciones de la enseñanza profesional pública y la ausencia de becas o ayudas para cursar estos estudios en el sector privado. Pone sobre la mesa el Alto Comisionado un elemento clave y característico de estos estudios como es la oportunidad que suponen, ante la alta tasa de paro juvenil, para reintegrar en el sistema educativo a un elevado número de jóvenes y, de esta forma, favorecer su acceso en el mercado de trabajo.

A fin de contextualizar la Resolución del Síndic que analizamos corresponde recordar que el Estatuto de Autonomía de Cataluña reconoce entre las competencias del Síndic de Greuges la supervisión de la actividad de la Administración de la Generalitat, la de los organismos públicos o privados vinculados o que dependen de la misma, la de las empresas privadas que gestionan servicios públicos o realizan actividades de interés general o universal o actividades equivalentes de forma concertada o indirecta y la de las demás personas con vínculo contractual con la Administración de la Generalitat y con las entidades públicas dependientes de ella²¹. Asimismo, en la Ley que desarrolla esta figura se especifica que el Síndic vela por la protección y la defensa de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución, por el Estatuto y por las correspondientes normas de desarrollo, así como por la protección y la defensa de los derechos de los niños y de los adolescentes reconocidos por la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño y por la legislación sobre la infancia y la adolescencia, y para el cumplimiento de estas funciones tendrá competencia para investigar y resolver las quejas que se le presenten.²²

19 Ver Art. 24 de la Ley Orgánica de Ordenación e Integración de la Formación Profesional.

20 Véase Ávila Rodríguez, C. (2016). La protección de los derechos sociales de los colectivos vulnerables: el papel de los Comisionados Parlamentarios. En I. González Ríos (Dir.), *Derechos sociales y protección de colectivos vulnerables* (pp. 91-158). Tirant lo Blanch.

21 Ver Art. 78 del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

22 A mayor profundidad, véase Art. 4 de la Ley 24/2009, de 23 de diciembre, del Síndic de Greuges, DOGC núm. 5536, de 30 de diciembre de 2009.

En el caso de la Resolución del Síndic el punto de partida son las numerosas quejas recibidas por la limitada oferta de plazas de ciclos formativos de grado medio para el curso 2021/22. En la Comunidad Autónoma de Cataluña ha existido un exceso de 14.788 solicitudes en relación a la oferta inicial para el curso 2021/22. Si bien los datos no son definitivos por las distintas variantes que se presentan a lo largo del proceso de preinscripción hasta la matriculación definitiva, la realidad es que el Síndic ha detectado tres grupos de estudiantes sin plaza que son especialmente vulnerables. El primero de ellos estaría constituido por el estudiantado que finalizó en el curso 2020/21 los estudios de enseñanza secundaria obligatoria y a los que no se garantiza la continuidad de su trayectoria formativa; mientras que a sus compañeros/as que optaron por el Bachillerato no se les presenta este problema. En segundo lugar, el alumnado que durante el curso 2020/21 participó en programas de nuevas oportunidades, ante sus dificultades de escolarización, y que tampoco puede continuar con su formación. Y, en último lugar, los menores de 24 años que habiendo abandonado el sistema educativo sin haber obtenido su graduado en enseñanzas secundarias postobligatorias deciden volver al sistema educativo, pero a los que la ausencia de plazas impide retomar sus estudios.

El Síndic analiza los elementos básicos que están ocasionando un incumplimiento de la provisión universal en los estudios de FP. A nivel autonómico, recuerda el Síndic que el Estatuto de autonomía de Cataluña de 2006 dispone que “todas las personas tienen derecho a la formación profesional y a la formación permanente, en los términos que establecen las leyes”²³. Mientras que la Ley 12/2009, de 10 de julio, de educación de la Comunidad Autónoma de Cataluña, regula las enseñanzas no obligatorias, pero de provisión universal, entre las que se encuentra la FP de grado medio; existiendo una obligación de la Administración de garantizar el acceso de cualquier persona a las enseñanzas de FP. El Síndic pone de manifiesto que este acceso universal no se cumple en la práctica, como se refleja en las quejas presentadas por los estudiantes sin plaza garantizada en este curso académico. A nivel estatal, la LOE establece que las Administraciones educativas deben promover las medidas necesarias para ofrecer a todas las personas la oportunidad de acceder a las enseñanzas de FP.²⁴

La Resolución se pronuncia sobre la falta de garantías de continuidad formativa para el alumnado escolarizado en las enseñanzas obligatorias y en los programas de formación e inserción (PFI).²⁵

En aplicación del marco normativo vigente, que prevé como criterio de prioridad el expediente académico, y en un contexto como el actual de falta de provisión universal, las personas que optan por retomar la formación para obtener una nueva cualificación o mejorar su empleabilidad, a pesar de estar fuera del sistema educativo y de tener estudios de formación profesional ya completados, pueden tener un acceso prioritario excluyendo al alumnado que quiere continuar sus estudios tras finalizar la educación secundaria obligatoria. De esta forma se está excluyendo a un alumnado que está interesado en continuar su formación, pero que es expulsado por el sistema educativo, mientras que los compañeros que opten por continuar su formación en bachillerato no sufrirán esta situación.

En lo que respecta a la presencialidad recuerda el Síndic que la pandemia ha obligado en los dos últimos cursos a limitarla, obligando a un sistema *on line* completo o bien al sistema híbrido. Y en la

23 Ver Art. 21 del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

24 Ver Art. 69 Ley Orgánica de Educación.

25 El Departamento de Educación de la Generalitat define los programas de formación e inserción (PFI) como programas voluntarios y dirigidos “(...) a los jóvenes que cumplan como mínimo 16 años de edad y como máximo 21 en el año de inicio del programa, que hayan dejado la educación secundaria obligatoria (ESO) sin obtener el título y que, en el momento de iniciar los programas, no sigan estudios en el sistema educativo ni participen en otras acciones de formación. La finalidad de estos programas es proporcionar a estos jóvenes la posibilidad de incorporarse de nuevo al sistema educativo para continuar estudios de formación profesional. Asimismo deben facilitar el aprendizaje imprescindible para acceder al mercado de trabajo con mejores posibilidades de obtener un empleo cualificado y duradero” (p. 1). Departamento de Educación de la Generalitat. (s. f.). Programas de formación e inserción (PFI). http://www.gencat.cat/ensenyament/eac/pdf/PFI_ES.pdf

Resolución se constata que esta reducción de la presencialidad se traduce en un riesgo de incremento del abandono educativo prematuro. Situación especialmente significativa en el alumnado con más dificultades de escolarización y con menos predisposición a la vinculación con la institución escolar, y que finaliza las enseñanzas obligatorias o que cursa enseñanzas secundarias postobligatorias. Destacamos estas referencias porque la Generalitat, ante la limitación de la oferta educativa contactó con los alumnos que no habían podido obtener plaza en el grado medio o superior que querían para ofrecerles la posibilidad de cursar otro grado o bien que continuaran sus estudios a distancia mediante el Institut Obert de Catalunya. Debemos tener presente que la formación a distancia en la FP tiene por fin acercar el sistema educativo a aquellas personas que por cuestiones de trabajo, personales o familiares no pueden seguir su formación por la vía tradicional; pero no es una alternativa ante la escasez de oferta pública presencial. Por ello, esta referencia del Síndic a los riesgos que conlleva la formación a distancia en los sectores más vulnerables del alumnado que opta por la FP debería llevar a la Administración autonómica a reflexionar sobre vías reales para solucionar este problema estructural.

La FP constituye la opción mayoritaria de los grupos sociales desfavorecidos para continuar su formación, por su vinculación con el mundo laboral y su mayor nivel de empleabilidad. Por tanto, si se coarta y obstaculiza el acceso a esta vía formativa prevista en el sistema educativo público se estaría obstaculizando la principal vía de educación postobligatoria de los sectores más vulnerables de la ciudadanía; como señala la Resolución del Síndic, la FP “es un sector educativo estratégico a la hora de combatir el abandono escolar prematuro y los efectos del origen social en el acceso desigual a las enseñanzas postobligatorias”. En definitiva, si es precisamente esta vía formativa la que se desatiende desde el sector público potenciando el acceso a centros privados, se están comprometiendo las políticas educativas de continuidad en la formación, de mejora de la cualificación de la ciudadanía, de reducción en el abandono educativo prematuro y de recualificación y mejora de la empleabilidad en toda la ciudadanía, pero de forma significativa en los colectivos vulnerables; en estos casos sería el alumnado con dificultades económicas quien no podría acudir a la oferta privada para continuar con su ciclo educativo.

La deficiente planificación de la Administración educativa es uno de los principales elementos sobre los que se pronuncia la Resolución objeto de análisis. Son varios los condicionantes que han coadyuvado para que durante el curso académico 2021/22 en la Comunidad Autónoma de Cataluña se incrementara la demanda en un 23% con respecto al curso anterior. El Síndic analiza los datos demográficos, económicos y el cambio de tendencia en la valoración social de este tipo de estudios. En lo que respecta a los datos demográficos, nos encontramos con un incremento significativo en el número de estudiantes que cursan cuarto de ESO; una tendencia que se va a mantener en los próximos cuatro cursos. A lo que cabe añadir que la tasa de graduación de la ESO es cada vez más elevada, por lo que un mayor número de alumnos puede acceder a los ciclos formativos de grado medio. Desde el punto de la vista de la valoración social, la visión sobre la FP ha cambiado, cada vez más se valora su alto nivel de empleabilidad y buena parte de las familias apoyan la elección de sus hijos por la FP como primera opción y no como una vía residual durante su etapa formativa. Sin embargo, es la crisis económica donde fundamentalmente se encuentra la razón de ser de este incremento en la solicitud de plazas para la FP; la pandemia ha provocado un elevado incremento del paro juvenil. Esta situación conlleva que el alumnado escolarizado se mantenga en el sistema educativo porque no tiene posibilidades de acceso al mercado laboral; y también que retornen aquellos jóvenes que lo abandonaron de forma prematura por las oportunidades de trabajo²⁶.

Estos condicionantes eran conocidos por la Administración en el momento de planificar la oferta académica para el curso 2020/21; además, son datos que reflejan la tendencia que desde hace

26 Ver al respecto Merino Pareja, R., Martínez García, J., Valls, O. (2020). Efectos secundarios y motivaciones de las personas jóvenes para escoger Formación Profesional. *Papers: Revista de sociología*, 105(2), 259-277.

varios años ya se viene asentando en la demanda de plazas para la FP. La cuestión es por qué la Administración no planificó de forma adecuada la respuesta que desde el sistema educativo público se ha de ofrecer a los estudiantes que quieren continuar o retomar su educación en los ciclos de FP. De hecho, es interesante el análisis que lleva a cabo el Síndic porque considera que el contexto actual es una oportunidad para revertir la elevada cifra de abandono educativo prematuro que existe en la Comunidad Autónoma de Cataluña. El incremento en la demanda de plazas de FP es positivo y desde esta perspectiva ha de ser asumido por la Administración, no es un obstáculo si no una vía para incrementar el nivel educativo de la población y, por ende, sus posibilidades de encontrar un empleo.

La realidad nos muestra que esta ausencia de planificación en tiempo y forma ha ocasionado que desde la Administración educativa se hayan tenido que improvisar soluciones que redundan en una clara merma de la calidad del sistema educativo, como el incremento de ratio o la creación inmediata de nuevos grupos, con las dificultades que ello ocasiona en los centros; además de las propuestas de enseñanza a distancia. Y de nuevo nos encontramos con una consecuencia directa de estas soluciones apresuradas, es la calidad del sistema educativo público la que se ve diezmada por la falta de planificación de la Administración competente. Y son, principalmente, los colectivos vulnerables que no pueden plantearse la posibilidad de acceder a la oferta privada de FP quienes van a sufrir un déficit como consecuencia de la incapacidad de la Administración para hacer frente a sus obligaciones.

La FP es una vía formativa que está muy vinculada a la inserción de los estudiantes en el mundo laboral, pero, ante todo, es un ciclo más de la formación de una persona y su principal finalidad es fomentar el máximo desarrollo de sus capacidades. El centro del sistema educativo en su conjunto es la persona, sus intereses, inquietudes y potencialidades; el mayor nivel de empleabilidad es una consecuencia de esta formación basada en el alumnado y no en la empresa. Esta premisa es esencial del conjunto del sistema educativo, pero es en el ámbito público donde aún debe quedar más patente. De ahí que la reflexión del Síndic resulta tan oportuna para relacionar el riesgo de abandono educativo con una oferta de plazas de FP que no responde a los intereses del estudiantado. Los datos ponen de manifiesto que para atender la demanda no cubierta en los ciclos formativos de grado medio se opta por dos vías: se deriva al bachillerato, o bien a otros ciclos con plazas vacantes o en los que sí es factible el incremento de la oferta. En la Resolución se analiza cómo el Departamento de Educación de la Generalitat expone que las plazas ofertadas responden a las necesidades del sistema productivo, y el Síndic recuerda que:

(...) el acceso al sistema educativo tiene valor por sí mismo como garantía del derecho de las personas al desarrollo personal y social y a la educación, más allá del retorno que dicho acceso pueda generar en el futuro a efectos de inserción laboral y de satisfacción de la demanda del sistema productivo (que también se debe considerar, pero no como principio superior).

Asimismo, entre las recomendaciones del Síndic se encuentra el refuerzo de los sistemas de orientación y acompañamiento del alumnado y, específicamente, de aquellos estudiantes que no pudieron acceder a los ciclos solicitados por falta de plazas.

En la Resolución se pide al Departamento de Educación que garantice plazas de ciclos formativos a todos los preinscritos en el proceso de admisión para el curso 2021/22, atendiendo con carácter preferente a la familia profesional solicitada. Y para ello solicita a la Administración que recurra a cualquiera de las vías: incrementos de ratio, apertura de nuevos grupos o de nuevos ciclos. Y para el curso 2022/23 hace un llamamiento directo a la necesidad de planificación, incrementando la oferta formativa en función del incremento de la demanda y consolidando de esta forma la tendencia de la FP; recuerda el Síndic la importancia de actuar con la suficiente previsión para no tener que acudir a soluciones de último minuto.

El último de los elementos analizados en la Resolución atiende a la desigual oferta en FP en las distintas comarcas catalanas, que supone una importante diferencia entre las oportunidades educativas de sus poblaciones. Los datos ponen de manifiesto cómo en aquellas comarcas que tienen una oferta más completa se obtienen mejores niveles de permanencia en el sistema educativo y también existe una mayor capacidad para hacer frente a las desigualdades sociales en el derecho a la educación. El Síndic recomienda que, en la medida de lo posible, se garantice la proximidad de la oferta como garantía del derecho a la educación; esta situación es de especial importancia en lo que respecta al alumnado más joven y donde la movilidad geográfica puede convertirse en un obstáculo insalvable para continuar con su formación.

3. DERECHO AL AGUA: LA PRESTACIÓN DE SERVICIO PÚBLICO DE UN RECURSO ESENCIAL

La Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció en su Resolución 64/292, de 28 de julio de 2010 el derecho al agua potable y al saneamiento como un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos. Y el Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS) núm. 6 de Naciones Unidas tiene como meta el acceso universal y equitativo al agua potable a un precio asequible para todos en 2030. Estos reconocimientos internacionales han sido claves para asentar este derecho y para iniciar una nueva etapa en la normativa comunitaria y nacional.

En nuestro texto constitucional no nos encontramos con un reconocimiento explícito del derecho al agua, si bien debemos partir de que el agua es un recurso esencial para la vida, y como tal supera la dimensión de prestación de un servicio y se enmarca en un núcleo mínimo inviolable existente en los derechos constitucionales de dimensión social; el derecho al agua es consustancial con la salud y el derecho a la vida. Como señala Rodríguez-Arana:

En realidad, la clave de toda esta cuestión se encuentra en la dignidad del ser humano, que es el canon desde el que plantear la cuestión. Para el Derecho en general, y por supuesto, y especialmente para el Derecho Público, la dignidad del ser humano es el principal pilar y fundamento de todas sus categorías e instituciones. Hasta tal punto es esto así que el propio Estado de Derecho entendido material y sustancialmente significa esencialmente que la dignidad de cada ser humano se levanta omnipotente y todopoderosa ante cualquier intento del poder público por lesionarla, conculcarla o laminarla. La dignidad del ser humano, su centralidad y capitalidad, que conforma indeleblemente es espacio de indisponibilidad del que disfrutan los derechos fundamentales de la persona, también los sociales, justifica, como entendió tempranamente la jurisprudencia constitucional alemana, que el derecho de todo ciudadano a unos recursos materiales mínimos surge de la garantía de la dignidad humana contenida en el artículo 1.1 de la Ley Fundamental de Bonn (2015b, p. 54)²⁷.

Ese mínimo vital de acceso al agua potable que ha de garantizarse a cualquier persona, pero con especial atención a los colectivos vulnerables, y que ha materializarse a través de un abastecimiento universal mínimo del agua de consumo humano²⁸.

En España el derecho al agua se garantiza mediante la prestación del servicio público de abastecimiento y saneamiento, ejercido bien directa o indirectamente por la Administración pública, en concreto por el nivel municipal²⁹. Si bien es verdad que, al igual que en otros países, la cobertura del servicio

27 De este mismo autor, véase Rodríguez-Arana Muñoz, J. (2015a). *Derecho Administrativo y derechos sociales fundamentales*. Instituto Nacional de Administración Pública.

28 Véase Mellado Ruiz, L. (2019). El derecho humano al agua como mínimo vital en Andalucía. *Revista Andaluza de Administración Pública*, (103), 101-143.

29 Asimismo, debemos tomar en consideración que este derecho había sido reconocido a colectivos específicos; en este sentido cabe mencionar la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979, la Convención sobre los derechos del niño de 1989 y la Convención sobre los

urbano de agua potable es prácticamente universal, el problema es la asequibilidad, que se convierte en un hándicap para el acceso de los consumidores con bajos ingresos³⁰.

El Texto Refundido de la Ley de Aguas, norma de referencia en la materia a nivel nacional, no reconoce de forma explícita este derecho; si bien dispone que el abastecimiento de agua a la población es el uso que goza de preferencia absoluta. También hace referencia la norma a la fijación de estructuras tarifarias que permitan atender las necesidades básicas a un precio asequible, si bien no especifica qué se considera una tarifa asequible ni introduce un suministro mínimo vital en caso de impago por circunstancias socioeconómicas³¹.

Según dispone el artículo 85 de la Ley de Bases de Régimen Local (LBRL) serán servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias³². Si ponemos este precepto en relación con el artículo 25 de la misma norma, nos encontramos con las siguientes previsiones:

1. El Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover actividades y prestar los servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal en los términos previstos en este artículo. 2. El Municipio ejercerá en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias: (...) c) Abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales.

En el articulado de la Ley también se determina que el abastecimiento domiciliario de agua potable y alcantarillado es uno de los servicios que los municipios deberán prestar en todo caso; especificando que para el caso de los municipios de población inferior a 20.000 habitantes será la Diputación provincial o entidad equivalente la responsable de coordinar su prestación³³.

derechos de las personas con discapacidad de 2006. A este respecto, ver Rodríguez Álvarez, A. (2018). El derecho al agua en el contexto internacional y en el ordenamiento jurídico interno español. *Revista de Derecho, Agua y Sostenibilidad*, 2, 12-13.

- 30 Véase García-Rubio, M. A., López-Ruiz, S., González-Gómez, F. (2019). Derechos humanos en España: Protección del derecho al agua en familias con problemas de asequibilidad por riesgo de pobreza y exclusión social. *Análisis crítico para una reforma legal. Agua y Territorio*, 13, 103-114.
- 31 Ver Art. 111 bis del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas. BOE núm. 176, de 24 de julio de 2001.
- 32 Véase Molina Giménez, A. (2001). El servicio público de abastecimiento de agua en poblaciones. El contexto liberalizador. Tirant lo Blanch. Véase también Font i Llovet, T., Galán Galán, A. (2017). El debate sobre los servicios públicos locales: público y privado, la efectividad de los derechos sociales, autonomía y financiación. *Anuario del Gobierno Local*, (1), 11-43. Ver Zamora Roselló, M. R. (2016). La vulnerabilidad de la ciudadanía y de la Administración local ante el nuevo modelo de gobernanza. En I. González Ríos (Dir.), *Derechos sociales y protección de colectivos vulnerables* (pp. 217-242). Tirant lo Blanch.
- 33 En el art. 26 Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (BOE núm. 80, de 3 abril de 1985) se añade: "Para coordinar la citada prestación de servicios la Diputación propondrá, con la conformidad de los municipios afectados, al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas la forma de prestación, consistente en la prestación directa por la Diputación o la implantación de fórmulas de gestión compartida a través de consorcios, mancomunidades u otras fórmulas. Para reducir los costes efectivos de los servicios el mencionado Ministerio decidirá sobre la propuesta formulada que deberá contar con el informe preceptivo de la Comunidad Autónoma si es la Administración que ejerce la tutela financiera. Cuando el municipio justifique ante la Diputación que puede prestar estos servicios con un coste efectivo menor que el derivado de la forma de gestión propuesta por la Diputación provincial o entidad equivalente, el municipio podrá asumir la prestación y coordinación de estos servicios si la Diputación lo considera acreditado. Cuando la Diputación o entidad equivalente asuma la prestación de estos servicios repercutirá a los municipios el coste efectivo del servicio en función de su uso. Si estos servicios estuvieran financiados por tasas y asume su prestación la Diputación o entidad equivalente, será a ésta a quien vaya destinada la tasa para la financiación de los servicios".

Para conocer las últimas novedades en materia del derecho al agua vamos a partir del análisis de la normativa comunitaria, en concreto de la Directiva 2020/2184, 16 de diciembre de 2020, relativa a la calidad de las aguas destinadas al consumo humano³⁴. A fin de tomar conciencia de la relevancia de este texto es necesario que nos remitamos a sus antecedentes, la Unión Europea ya tenía una regulación en materia de aguas destinadas al consumo humano, la Directiva 98/83/CE, pero la ciudadanía presionó para incluir novedades de calado en este marco normativo. Y fue a través de la Iniciativa Ciudadana Europea Right2Water como se canalizaron las demandas que solicitaban avanzar en las medidas comunitarias. Los fines se centraron en garantizar el agua y su saneamiento en la Unión Europea, fomentar e impulsar la consecución de estas garantías más allá de las fronteras comunitarias, e impedir la liberalización de los servicios de agua; es decir, asegurar su suministro como servicio público esencial³⁵.

Una de las consecuencias del movimiento Right2Water fue la Resolución del Parlamento de 8 de septiembre de 2015 sobre el seguimiento de la Iniciativa Ciudadana donde se hizo un llamamiento a los Estados miembros para que prestaran especial atención a las necesidades de los colectivos vulnerables. El paso determinante fue la adopción de la Directiva 2020/2184 que, con limitaciones, sigue la senda de las demandas trazadas por la citada Iniciativa. En los Considerandos de la norma comunitaria se solicita a los Estados miembros que adopten las medidas necesarias para mejorar el acceso al agua de consumo humano de los colectivos vulnerables y marginados. Y, si bien se reconoce la competencia estatal para concretar las personas que integrarán estos grupos a la vista de sus circunstancias, incide en la inclusión de los refugiados, las comunidades nómadas, las personas sin hogar y las culturas minoritarias, como los gitanos e itinerantes; en definitiva, origen étnico y circunstancias socioeconómicas como elementos que están marcando las limitaciones para acceder al agua de consumo humano en la Unión Europea. No se ofrece un catálogo cerrado de medidas para eliminar esta vulnerabilidad y garantizar el acceso al agua, pero sí se incluyen propuestas como la oferta de sistemas de suministro alternativos, dispositivos de tratamiento individuales, y la instalación de las infraestructuras necesarias para los campamentos³⁶.

El grueso de la regulación se encuentra en el artículo 16, donde se impone a los Estados la obligación de adoptar las medidas necesarias para mejorar o mantener el acceso de todos al agua de consumo humano, con especial atención a los colectivos vulnerables y marginados. Y es en este punto donde la Directiva también impone a los Estados una intervención mínima que habrá de comprender la identificación de las personas que no pueden acceder o tienen limitaciones para el acceso a las aguas destinadas al consumo humano, en particular los colectivos vulnerables y marginados y, además, identificar los motivos por los que carecen de este acceso. Asimismo, los Estados habrán de evaluar las posibilidades de mejorar el acceso de estos colectivos, informarles sobre las distintas opciones de conexión a la red de distribución o sobre los medios alternativos de acceso; y, una última referencia

Mientras que el art. 86.2 LBRL declara la reserva a favor de las Entidades Locales de una relación de actividades o servicios esenciales, entre los que se encuentra el abastecimiento domiciliario y la depuración de aguas.

- 34 Ver Directiva 2020/2184, 16 de diciembre de 2020, relativa a la calidad de las aguas destinadas al consumo humano (DOUE L 435, de 23 de diciembre de 2020).
- 35 La iniciativa “Right2Water”, cuyo título completo es “El derecho al agua y el saneamiento como derecho humano. ¡El agua no es un bien comercial, sino un bien público!”, se registró el 10 de mayo de 2012, y fue la primera Iniciativa Ciudadana Europea que logró obtener un millón de firmas.
- 36 En España existen asentamientos en los que malviven los trabajadores temporeros dedicados al sector agrícola y que no tienen acceso al agua. La crisis del COVID-19 ha recrudecido la ya lamentable situación de estos trabajadores; en marzo de 2020 el Colectivo de Trabajadores Africanos dirigió una solicitud al Ministerio de Sanidad para que garantizara el acceso al agua en los asentamientos chabolistas de la provincia de Huelva, donde habitaban miles de trabajadores dedicados a la campaña de recolección de la fresa. Véase Ramajo, J. (20 de marzo de 2020). Temporeros inmigrantes de Huelva piden a Sanidad acceso al agua en las chabolas para evitar el contagio del COVID-19. *elDiario.es*. https://www.eldiario.es/andalucia/huelva/trabajadores-gobierno-asentamientos-lepe-covid19_1_1011978.html

para la adopción de cualesquiera otras medidas que consideren necesarias y adecuadas y que permitan garantizar el acceso de los colectivos vulnerables y marginados al agua.

En la actualidad, en nuestro país nos encontramos en una fase de transición porque se encuentra pendiente de aprobación la normativa reguladora de los criterios técnico-sanitarios del suministro y control de la calidad del agua de consumo; mediante esta disposición se incorporarán al derecho español las previsiones de la Directiva 2020/2184. El Proyecto de Real Decreto reconoce una doble finalidad en su Exposición de Motivos, por un lado facilitar el acceso al agua de consumo y, de otro, garantizar que sea salubre y limpia, protegiendo a la salud humana de los efectos perniciosos de cualquier contaminación³⁷.

En el articulado de esta norma se imponen a la Administración Local, junto a la autoridad competente en programas sociales, las obligaciones de mejora del acceso al agua de consumo de la población vulnerable y marginal³⁸; asimismo, habrán de asumir funciones en materia de identificación, evaluación e información a los colectivos vulnerables. Entre las obligaciones para la garantía del acceso al agua, el futuro Real Decreto también incluye la elaboración de un informe sobre la situación del derecho al acceso al agua en el municipio, que habrá de remitirse al Ministerio de Derecho Sociales y Agenda 2030. También se hace una llamada a la Administración local para que implante mecanismos de acción social; dejando un amplio margen de decisión al nivel local para que opte por los instrumentos que mejor se adapten a las peculiaridades de su territorio y población. Tan sólo se hace mención a las bonificaciones en las tarifas y tasas, y los Fondos de Solidaridad, pero a título ejemplificativo. De esta forma se está ofreciendo un marco normativo a las actuaciones que ya estaban siendo asumidas por el nivel local; puesto que, a pesar de las disparidades, los mecanismos de acción social para garantizar el acceso al agua están asentados en las políticas sociales municipales.

Uno de los temas pendientes es la desigualdad que también se constata en el uso discrecional del agua. Mientras en los núcleos familiares con más recursos existe una mayor proporción de usos discretionales del agua, en aquellos otros más desfavorecidos deben hacer un esfuerzo por reducir el consumo hasta un suministro básico que les permite satisfacer sus necesidades vitales; existiendo un claro ahorro en materia de recursos hídricos debido a motivos económicos³⁹. Datos que permiten constatar el riesgo de pobreza hídrica y que deberían quedar reflejados en un modelo tarifario que posibilitara una distribución más equitativa de los costes ambientales.

3.1. Iniciativas para garantizar el Derecho al Agua de los colectivos vulnerables

La realidad es que en España se encuentra garantizado el suministro de agua por parte de los Ayuntamientos, que prestan especial atención a los colectivos vulnerables. En 2017 se alcanzó ya un compromiso entre los operadores del ciclo urbano del agua, los Ayuntamientos y la Administración General del Estado; este compromiso se renovó en 2020. Asimismo, cabe recordar que, entre las medidas y propuestas extraordinarias de la Comisión de Medio Ambiente de la Federación Española de Municipios y Provincias, aprobadas por la Junta de Gobierno de la Federación, debemos destacar el “fomento de la puesta en marcha de mecanismos de acción social que ofrezcan condiciones especiales más favorables a determinados hogares con dificultades para poder acceder al pago de los servicios de agua”.

37 Véase Lara García, A. y Del Moral Ituarte, L. (2021). El derecho humano al agua en España en el contexto europeo (2010- 2020). Implicaciones para las políticas y los modelos de gestión del ciclo urbano. *Relaciones Internacionales*, (45), 305- 326.

38 Ver Art. 11 del Proyecto de Real Decreto.

39 Véase Villar Navascués, R. A., Hernández Hernández, M, & Rico Amorós, A. M. (2020). Economic recovery or increase in urban inequality? Consumption trends and water price perception in the households of Alicante coastline. *Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles*, (87). <https://doi.org/10.21138/bage.2994>

Ya en 2014, el Defensor del Pueblo Andaluz puso de relieve, en uno de sus Informes, que las asociaciones del tercer sector habían detectado una menor incidencia de los cortes de suministro de agua frente a los de suministro eléctrico. Eran varios los motivos que se encontraban detrás de estos datos: la posibilidad de activar protocolos de mediación, la mayor complejidad del procedimiento exigido para el corte del agua y, principalmente, que en las empresas suministradoras existía una participación municipal, lo que posibilitaba que la administración pudiera adoptar medidas que evitaran los cortes.

La práctica pone de relieve como, de forma paulatina, se han ido implementado técnicas para garantizar el abastecimiento a los colectivos vulnerables; la Federación Española de Municipios y Provincias en colaboración con la Asociación Española de Abastecimientos de Agua y Saneamiento han elaborado una guía en donde se recogen los mecanismos de acción social que se están empleando para reducir las desigualdades que pudieran surgir para el acceso al abastecimiento de agua de los consumidores vulnerables⁴⁰. En este sentido destacan dos tipos de mecanismos: bonificación de tarifas y fondos de solidaridad, que se complementan con ayudas para reducir un consumo ineficiente y fomentar el ahorro⁴¹.

Las bonificaciones son el mecanismo más difundido y comprende reducciones en las tarifas, y están destinadas a los consumidores vulnerables, identificados a partir de criterios objetivos. En cada municipio se van a establecer unos requisitos para el acceso a estas bonificaciones; los criterios responden a una variada motivación y se agrupan en función del elemento de vulnerabilidad sobre el que se quiera prestar especial atención, así nos encontramos con criterios de renta, indirectos y de aspectos sociales, territoriales o basados directamente en políticas sociales. Los criterios de renta tienen como objetivo a las personas que no superan unos determinados umbrales de ingresos, calculados a partir de indicadores como el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM); por su parte, los criterios indirectos y de aspectos sociales introducen elementos de corrección como el número de miembros de la unidad familiar, o atienden cuestiones sociales como la atención a población en una determinada franja de edad; mientras que los criterios territoriales son aplicados a áreas o barrios con mayor vulnerabilidad social; y los criterios basados en políticas sociales atienden

40 Ver al respecto Federación Española de Municipios y Provincias, y Asociación Española de Abastecimientos de Agua y Saneamiento (2017). *Guía para la aplicación de Mecanismos de Acción Social en el sector del agua urbana*. Federación Española de Municipios y Provincias. Debemos destacar que existe una vulnerabilidad real en nuestro país en lo que respecta al acceso al agua, de ahí que sean numerosos los colectivos preocupados por ofrecer una solución a esta realidad. En este sentido podemos mencionar el convenio firmado en abril de 2021 entre la Asociación por la Excelencia de los Servicios Públicos y la organización Cáritas para identificar los indicadores más efectivos que permitan a las administraciones públicas concretar qué personas son vulnerables y necesitan un apoyo que les permita garantizar su derecho de acceso al agua.

41 Este sistema de bonos sociales no es exclusivo del abastecimiento de agua y el saneamiento, sino que también existe en otros ámbitos como en el suministro eléctrico. Recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado sobre cómo ha de financiarse la obligación de servicio público relativa al descuento del que disfrutan determinados consumidores vulnerables en el precio de la electricidad en el contexto de un litigio español, en concreto entre la Administración General del Estado y varias sociedades españolas que ejercen su actividad en el sector eléctrico. Consideramos de interés para nuestro estudio incluir las conclusiones del Tribunal de Justicia que estima que la normativa comunitaria "se opone a que el coste de una obligación de servicio público, consistente en suministrar electricidad a tarifa reducida a determinados consumidores vulnerables, se haga recaer exclusivamente en las matrices de los grupos de sociedades o, en su caso, sociedades que desarrollen simultáneamente las actividades de producción, distribución y comercialización de energía eléctrica, ya que este criterio, elegido por el legislador nacional para distinguir entre las sociedades que deben asumir ese coste y aquellas que quedan totalmente eximidas de hacerlo, conduce a una diferencia de trato entre las distintas sociedades que operan en ese mercado que no está justificada de manera objetiva" (2021). Asimismo, estima el Tribunal que la normativa comunitaria "no se opone a que el régimen de financiación de una obligación de servicio público, consistente en suministrar electricidad a tarifa reducida a determinados consumidores vulnerables, se establezca sin límite temporal y sin medida compensatoria" (2021). Véase Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de octubre de 2021, asunto C-683/19, ECLI:EU:C:2021:847.

a grupos concretos, como las víctimas de la violencia de género, las personas con discapacidad, o los refugiados, entre otros colectivos especialmente vulnerables.

Por ejemplo, en el caso del municipio de Sevilla los colectivos beneficiarios serán las personas en riesgo de exclusión social, según las previsiones del Ayuntamiento de la localidad; en situación de vulnerabilidad severa, cuando los ingresos brutos de todas las personas que conviven en el mismo hogar son inferiores a la Renta Mínima de Inserción (que para el año 2021 se sitúa en 419,52 € al mes); o bien en situación de vulnerabilidad, cuando los ingresos brutos de todos los convivientes son inferiores al IPREM (7908,6 € al año). Si bien con carácter general los colectivos beneficiarios suelen ser jubilados y pensionistas, familias numerosas, domicilios con más de 3 habitantes, personas en situación de vulnerabilidad y, tras la crisis del COVID-19 se han añadido el grupo conformado por las personas en situación de ERTE como consecuencia de la pandemia⁴².

Mientras que los fondos de solidaridad, asumen los costes de los suministros básicos de aquellas unidades de convivencia que no pueden hacer frente a las tarifas de abastecimiento y saneamiento. En este caso nos encontramos con dos modelos, uno dedicado de forma exclusiva a los costes del agua y otro que incluye todos los suministros básicos, entre ellos el agua; los primeros están gestionados por los operadores o por la administración local, y los segundos por los servicios sociales.

Podemos tomar como referencia la gestión que se lleva a cabo por la Empresa Municipal de Aguas de Málaga (EMASA); el fondo social que tiene constituido desde 2012 se nutre de una reserva de los presupuestos de la empresa y su finalidad es abonar las facturas de los consumidores que tengan problemas económicos. Se prevén dos tipos de ayudas: para el pago de deudas vencidas o para el mantenimiento del servicio, que pueden ser complementarias; las primeras pueden ser a fondo perdido, comprendiendo una cuantía no superior a 1000 €, o bien una ayuda financiera sin intereses. Por otro lado, las ayudas para el mantenimiento del servicio se destinan a familias con grandes dificultades para abonar los costes y pueden comprender hasta las siguientes tres facturas bimestrales.

Entre los requisitos específicos que deben cumplir los beneficiarios de estas ayudas se encuentra una limitación en el consumo de agua de las facturas pendientes de pago, que ha de ser inferior a 133 litros por habitante y día. Excepcionalmente se podrá ampliar la ayuda a consumos superiores si se recibe una formación sobre consumo responsable impartida por EMASSA o entidades reconocidas por la misma; pudiendo ser alegada esta excepción una sola vez. Esta medida de ahorro y gestión eficiente del agua suele ser uno de los requisitos; la finalidad es doble, de un lado se fomenta el uso eficiente de un recurso limitado y escaso y, de otro, se dota a los consumidores vulnerables de herramientas para poder minimizar el coste de sus facturas.

En el caso de este fondo social, si bien los costes son asumidos por los presupuestos de EMASSA, son los servicios del Ayuntamiento de Málaga los responsables de gestionar la tramitación y concesión de estas ayudas. La solicitud se presenta ante los Servicios Sociales municipales, que serán los

42 Como señala Mellado Ruiz: "La especial vulnerabilidad de los mismos (consumidores vulnerables), con proyecciones específicas en ámbitos tan sensibles como el suministro eléctrico, el acceso al agua o el disfrute de una vivienda digna y adecuada, por poner solo tres ejemplos conocidos, era ya una realidad, pero se ha visto exponencialmente acrecentada debido a la actual pandemia sanitaria, y a la crisis económica vinculada a la misma en muchos casos. La protección de los consumidores vulnerables, como genérico deber público constitucional, o como obligación más específica de servicio público, exige hoy, pues, un marco jurídico reforzado y, en segundo plano, lógicamente, una acción administrativa de desarrollo eficaz, inteligente y «empática», podría decirse" (2021, p. 12). Ver al respecto Mellado Ruiz, L. (2021). La protección de los consumidores vulnerables en tiempos de covid-19. *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: Revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, 9(1), 11-29.

Véase Carlón Ruiz, M. (2021). Los servicios públicos en tiempos de pandemia (o cómo mantener la esencialidad sin perder el equilibrio). *Revista General de Derecho Administrativo*, (57).

competentes para evaluar la solicitud; tras este trámite se comprueba la documentación por parte de EMASA, debemos tener presente que existen requisitos específicos como la no existencia de deudas con EMASA por otros conceptos distintos; y por último, y tras estos dos trámites iniciales favorables, será el Área de Sostenibilidad Medioambiental del Ayuntamiento de Málaga quien finalmente apruebe o deniegue la concesión de la ayuda. En definitiva, un sistema mixto en el que participan EMASA y el Ayuntamiento, que tiene por fin garantizar el cumplimiento de todos los requisitos exigidos y que los beneficiarios formen parte de los colectivos vulnerables por razón económica que exige el fondo social.

Además, nos encontramos con modelos de fondos sociales en los que son ONG acreditadas las que valoran en estado de vulnerabilidad de los potenciales beneficiarios. En este supuesto es necesario el acuerdo de colaboración entre el ente local y la ONG, y es una vía para liberar a los Servicios Sociales municipales en casos de saturación o como mecanismo para llegar a un mayor volumen de población que pudiera encontrarse en esta situación de riesgo.

Es evidente que los colectivos vulnerables y potenciales beneficiarios de estas ayudas presentan una problemática que no se va a circunscribir al abono de la tarifa de abastecimiento de agua y saneamiento; es por ello que consideramos clave la participación en el procedimiento de los Servicios Sociales municipales como vía para poder llevar a cabo una valoración completa de las personas afectadas y poder ofrecer un paquete de soluciones que trate de paliar la situación de vulnerabilidad.

4. CONCLUSIONES

Las garantías de acceso y prestación de los servicios públicos a los colectivos vulnerables necesitan de un reconocimiento previo en el marco normativo. Nos encontramos en este sentido con el derecho a la educación, reconocido constitucionalmente y un derecho de carácter básico y esencial, con una amplia regulación de desarrollo a nivel nacional y autonómico pero que aún presenta deficiencias en lo que respecta a su garantía en igualdad de condiciones para las personas con discapacidad. Es evidente que este colectivo tiene un derecho reconocido expresamente que además se encuentra reforzado por el mandato a los poderes públicos para garantizar su acceso en igualdad de condiciones y para la promoción y defensa de las personas en esta situación de vulnerabilidad; pero es un hecho que son las limitaciones materiales y personales las que, en ocasiones, actúan como limitadoras de un derecho fundamental.

En idéntico sentido debemos analizar las limitaciones estudiadas para el acceso a la FP; paradójicamente una vía de enseñanza que favorece la empleabilidad de los más jóvenes y que ha actuado de forma clave para reducir el abandono educativo y promover la reinserción en el sistema formativo de aquellos que lo abandonaron de forma temprana, penaliza al alumnado con rentas más bajas porque redirige la alta demanda hacia la oferta privada. En definitiva, una vez que gracias a la inversión pública se logra relanzar la FP es el sector privado quien va a beneficiarse del incremento de alumnado. Y todo ello, como consecuencia de una ausencia de planificación por parte de la Administración educativa, que parece ajena a un incremento de solicitudes que ella misma había potenciado.

En lo que respecta al derecho al agua nos encontramos con importantes limitaciones en su marco normativo, a diferencia del derecho a la educación no existe una referencia expresa en nuestro texto constitucional ni tampoco el marco normativo vigente ha ofrecido una regulación clara sobre la atención a los colectivos vulnerables. No obstante, y como resultado de las iniciativas internacionales y comunitarias, nos encontramos con una tendencia a corto plazo que sí incluye un mandato expreso y claro de protección de estos grupos con dificultades para poder acceder a este recurso esencial para la vida. Asimismo, debemos destacar el esfuerzo que desde la Administración local se ha realizado para garantizar el suministro de agua y las medidas adoptadas a tal fin.

El estudio de estos dos derechos básicos y esenciales para la vida y para el desarrollo de la persona son una muestra de las deficiencias que aún persisten en el acceso y prestación de los servicios públicos a los colectivos vulnerables. Son varias las reflexiones que podemos extraer del estudio realizado, en primer lugar, cabe destacar como elemento básico la identificación de los colectivos que necesitan de este apoyo especial o refuerzo para que pueda garantizarse su acceso y disfrute del servicio en condiciones de igualdad. Es determinante identificar al colectivo para poder ofrecer una respuesta acorde con sus necesidades; de ahí que en unos casos a través de la administración educativa y en otros a través de los servicios sociales, la garantía del acceso a la educación o al agua haya de conocer cuál es el elemento que distingue a estas personas vulnerables para evitar su exclusión.

En segundo lugar, también hemos comprobado que la existencia de un completo marco normativo no es garantía suficiente para que el acceso y la prestación del servicio se encuentren asegurados sin que existan exclusiones o un acceso desigual. Lo hemos podido comprobar en el derecho a la educación, donde la discapacidad o la situación socioeconómica pueden llegar a marcar una vía formativa distinta a la más adecuada para el estudiantado. De ahí la relevancia de la labor de la Administración, asegurando la disponibilidad de medios personales y materiales para garantizar la prestación plena del servicio.

También hemos analizado cómo el sector privado participa de la prestación de un servicio público, incluso cómo es capaz de sustituir y mejorar la oferta pública; en estos casos la vulnerabilidad por razones socioeconómicas exige de una atención especial por parte de la Administración. Si bien la oferta privada no es un problema en sí mismo para la prestación del servicio público a los colectivos vulnerables, la dificultad radica en la correcta gestión que desde el sector público se ha de llevar a cabo para garantizar las condiciones de igualdad y el cumplimiento de los derechos legalmente reconocidos.

En definitiva, existen colectivos vulnerables que cada día ven mermados sus derechos por deficiencias en el acceso y prestación de servicios públicos básicos y que constituyen un mínimo esencial para su bienestar y desarrollo. Y es en este punto donde la labor de la Administración ha de fortalecerse, eliminando cualquier tipo de barrera o limitación a la que puedan enfrentarse estos colectivos y garantizando la mejora constante en el desarrollo de los servicios públicos.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Adecco Group Institute (2021). *Informe Infoempleo Adecco: Oferta y Demanda de Empleo en España* (Informe XXIV edición).
- Alenza García, J. F. (2019). Aproximación a un concepto jurídico de vulnerabilidad. En I. del Guayo Castiella, A. Fernández Carballal (Coords.), *Los desafíos del derecho público en el siglo XXI: libro conmemorativo del XXV aniversario del acceso a la Cátedra del Profesor Jaime Rodríguez-Arana Muñoz* (pp. 39-62). Instituto Nacional de Administración Pública.
- Alonso-Olea García, B., & Medina González, S. (2021). *Derecho de los servicios públicos sociales*. Aranzadi Thomson Reuters.
- Aunión, JA, & Martín-Arroyo, J. (18 de septiembre de 2021). Los fondos de inversión buscan negocio en la FP ante la escalada de demanda y la escasez de plazas. *El País*. <https://elpais.com/educacion/2021-09-18/los-fondos-de-inversion-buscan-negocio-en-la-fp-ante-la-escalada-de-demanda-y-la-escasez-plazas.html?outputType=amp>
- Ávila Rodríguez, C. (2016). La protección de los derechos sociales de los colectivos vulnerables: el papel de los Comisionados Parlamentarios. En I. González Ríos (Dir.), *Derechos sociales y protección de colectivos vulnerables* (pp. 91-158). Tirant lo Blanch.

- Carlón Ruiz, M. (2016). La constitucionalización del servicio público y su evolución en clave europea: entre mutación y reforma. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (177), 227-256.
- Carlón Ruiz, M. (2021). Los servicios públicos en tiempos de pandemia (o cómo mantener la esencialidad sin perder el equilibrio). *Revista General de Derecho Administrativo*, (57), 1.
- Duguit, L. (1926). *Manual de Derecho constitucional* (J. Acuña, Trad.). Francisco Beltrán.
- Federación Española de Municipios y Provincias, Asociación Española de Abastecimientos de Agua y Saneamiento (2017). *Guía para la aplicación de Mecanismos de Acción Social en el sector del agua urbana*. Federación Española de Municipios y Provincias.
- Feito Grande, L. (2007). Vulnerabilidad. *Anales del sistema sanitario de Navarra*, 30 (Supl. 3), 7-22.
- Fernández Rodríguez, J. (2019). La reconfiguración del derecho a la educación de las personas con discapacidad. En E. Belda (Dir.), *Derecho a la educación de las personas con discapacidad* (pp. 59-92). Tirant lo Blanch.
- Tornos Mas, J., Galán Galán, A. (2007). *La configuración los servicios sociales como servicio público. Derecho subjetivo de los ciudadanos a la prestación del servicio*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- Font i Llovet, T., Galán Galán, A. (2017). El debate sobre los servicios públicos locales: público y privado, la efectividad de los derechos sociales, autonomía y financiación. *Anuario del Gobierno Local*, (1), 11-43.
- García-Rubio, M. A., López-Ruiz, S., González-Gómez, F. (2019). Derechos humanos en España: Protección del derecho al agua en familias con problemas de asequibilidad por riesgo de pobreza y exclusión social. Análisis crítico para una reforma legal. *Aqua y Territorio*, (13), 103-114.
- Garrido Falla, F. (1994). El concepto de servicio público en Derecho español. *Revista de Administración Pública*, (135), 7-36.
- Lara García, A. y Del Moral Ituarte, L. (2020). El derecho humano al agua en España en el contexto europeo (2010-2020). Implicaciones para las políticas y los modelos de gestión del ciclo urbano. *Relaciones Internacionales*, (45), 305-326.
- Lledo Fernández, B. (2021). Vulnerabilidad. *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, (20), 242-257.
- Marcos del Cano, A. (Ed.). (2020). *En tiempos de vulnerabilidad: Reflexión desde los Derechos Humanos*. Dykinson, S.L.
- Martín, J. (2021, 9 de agosto). Jóvenes sin plaza pública de FP en Madrid: "Si no puedes pagar un privado, te obliga a hacer un año sabático o trabajar". *Noticias RTVE*. <https://www.rtve.es/noticias/20210809/jovenes-sin-plaza-publica-fp-madrid/2155732.shtml>
- Meilán Gil, J. (2005). El servicio público en el contexto constitucional y comunitario. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, (9), 527-542.
- Mellado Ruiz, L. (2019). El derecho humano al agua como mínimo vital en Andalucía. *Revista Andaluza de Administración Pública*, (103), 101-143.
- Mellado Ruiz, L. (2021). La protección de los consumidores vulnerables en tiempos de covid-19. *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: Revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, 9(1), 11-29.

Merino Pareja, R., Martínez García, J., Valls, O. (2020). Efectos secundarios y motivaciones de las personas jóvenes para escoger Formación Profesional. *Papers. Revista de sociología*, 105 (2), 259-277.

Molina Giménez, A. (2001). *El servicio público de abastecimiento de agua en poblaciones. El contexto liberalizador*. Tirant lo Blanch.

Ramajo, J. (2020, 20 de marzo). Temporeros inmigrantes de Huelva piden a Sanidad acceso al agua en las chabolas para evitar el contagio del COVID-19. *elDiario.es*. https://www.eldiario.es/andalucia/huelva/trabajadores-gobierno-asentamientos-lepe-covid19_1_1011978.html

Rodríguez Álvarez, A. (2018). El derecho al agua en el contexto internacional y en el ordenamiento jurídico interno español. *Revista de Derecho, Agua y Sostenibilidad*, (2), 1-36.

Rodríguez-Arana, J. (2005). Servicio Público y Derecho Comunitario Europeo. *Revista Catalana de dret públic*, (31), 375-398.

Rodríguez-Arana Muñoz, J. (2013). Sobre Las Transformaciones del Derecho Público, de León Duguit. *Revista de Administración Pública*, (190), 61-100.

Rodríguez-Arana Muñoz, J. (2015a). *Derecho Administrativo y derechos sociales fundamentales*. Instituto Nacional de Administración Pública.

Rodríguez-Arana Muñoz, J. (2015b). Dimensiones del Estado Social y derechos fundamentales sociales. *Revista de Investigações Constitucionais*, 2(2), 31-62.

Ruiz Dorado, M., & Zambrana Vázquez, D. (2019). El derecho a la educación de las personas con discapacidad: la experiencia de México y España. En E. Belda (Dir.), *Derecho a la educación de las personas con discapacidad* (págs. 13-57). Tirant lo Blanch.

Villar Navascués, R. A., Hernández Hernández, M., & Rico Amorós, A. M. (2020). Economic recovery or increase in urban inequality? Consumption trends and water price perception in the households of Alicante coastline. *Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles*, (87). <https://doi.org/10.21138/bage.2994>

Zamora Roselló, M. R. (2016). La vulnerabilidad de la ciudadanía y de la Administración local ante el nuevo modelo de gobernanza. En I. González Ríos (Dir.), *Derechos sociales y protección de colectivos vulnerables* (pp. 217-242). Tirant lo Blanch.

Consejo de Egresados

I. A

1. Abarca Cusimayta, Almendra
2. Acosta Álvarez, Gloria María
3. Aguilar Obregón, Alan Kenny
4. Aguirre Alván, Rossana Lisset
5. Alberto Chagua, Luz Milagros
6. Alvarado Ordoñez, Ángela
7. Ancieta Sánchez, Wendy Valeria
8. Angulo Carvallo, Ana Cecilia
9. Angulo Remuzgo, Angélica
10. Angulo Santos, Ana Lucía
11. Arroyo García, Renato Mario
12. Arroyo Tocto, Víctor
13. Ataupillco Calderón, Saly Eveling
14. Azerrad Urrutia, Cecilia

B

15. Balbuena Pérez, Humberto Manuel
16. Bar Infantes, Ricardo José
17. Barbieri Rodríguez, Carla Pamela
18. Bayro Valenza, Claudia Livia
19. Bellota Zapata, Jose Carlos
20. Benavides Mendoza, Elmer Alberto
21. Bernal Alcalá, María Elena
22. Bonnett Escobar, Francisco Roberto
23. Briceño Barboza, Sofía
24. Bringas Aceijas, José Gonzalo
25. Brocq Montalva, Gonzalo

C

26. Caballero Alvarado, Víctor Raúl
27. Caballero Beraún, Luis de Jesús
28. Cabrera León, Jennifer Elizabeth
29. Cacñahuaray Huillcahuari, Lucy
30. Caiceda Safra, Paola
31. Camones Avendaño, Gabriella Lorenzo
32. Campos Kou, Alexandra Cecilia

33. Cano Nuñez, Patricia M.
34. Carbonell Bonilla, Teresa de Jesús
35. Cárdenas Hurtado, Renato
36. Carretera Estrada, Nacory
37. Carrillo García, Giuliana Vanessa
38. Castañeda Cáceda, Jaime
39. Castañeda Panduro, Cinthia Irene
40. Castillo Chávez, Christian Daniel
41. Castillo Meza, Miguel Antonio
42. Castillo Santillana, Nicol Brigit
43. Castro Ausejo, Sheila
44. Caycho Bravo, Diana
45. Celis Velásquez, Samantha
46. Chaupis Sosa, Daniela Anyela
47. Chávez Granda, Julissa
48. Chávez Gutiérrez, Wendy Elizabeth
49. Chávez Manrique De Lara, Katherine Stefany
50. Chinchay Yacunta, Juan José
51. Ciriaco Bellido, Carlos
52. Común Túpac, Virginia
53. Cordero Maldonado, Lorena del Pilar
54. Córdova Pineda, Daniel Alberto
55. Coronel Meza, Marco Antonio
56. Coronel Pardavé, Natalia
57. Cuadros Gómez, Henry
58. Cubas Sáenz, Alessandra Patricia
59. Cuyutupa Luque, Jorge Carlos

D

60. Delgado de la Flor Dondero, Cinthya
61. Delgado Peralta, Wilmer Alexander
62. Díaz Berrú, Katherine Elizabeth
63. Díaz Kong, Alejandra Sarai
64. Diaz Montalvo, Jorge Armando
65. Dongo Flores, Jose Carlos
66. Durán Vargas, Michael

E

67. Echevarría Carrasco, Katherine Pierina
68. Egúsquiza Cerrón, Pierina Fiorella
69. Escobedo Del Carpio, Rocío
70. Espinoza Escobar, Joaquín Patricio
71. Espinoza Unda, Marcelo Daniel

F

72. Farfán Sousa, Ronnie Aldo
73. Fernández Buitrón, José
74. Fernández Rojas, Paolo Junior
75. Figueroa Zárate, Elisa Angelina
76. Flores Menéndez, Fiorella Patricia
77. Fuentes Garrido, Claudia Alejandra
78. Fung Romero, Cindy Meylan
79. Fustamante Fuentes, Sandra Gianina

G

80. Gálvez Paiba, Mónica Patricia
81. Gamarra Aliaga, Nicole Adriana
82. Gamarra Barrantes, Lily Carolina
83. Garaycott Ortiz, Richie Orlando
84. Gastañeta Bastidas, Adria
85. Gómez Bellota, Edson Américo
86. Guardia Muguruza, Lorena
87. Guerreros Gallegos, Luis Enrique
88. Gurreonero Aguado, Leyla Fiorella
89. Gutierrez Avendaño, Michel Fabricio
90. Gutiérrez Suarez, Sara
91. Guzmán Alarcón, Alisson Lisette

H

92. Herencia Chuquihuanca, Amaru Ernesto
93. Hernández Gonzales-Mugaburú, Andrea
94. Hinostroza Sobrevilla, Luis Martín
95. Huapaya Nava, Mario

J

96. Jaime Zamora, Carlos Martín
97. Jiménez Alemán, Jose Alonso

98. Jiménez Aquiña, Alejandra
99. Jiménez Arrieta, Yoel
100. Jiménez Chávez, Cinthia Paola

K

101. King Kee Handabaka, Alberto Orlando
102. Kuroki Távara, Kioshy Alfredo

L

103. Lafitte Lamas, Samara Annel
104. Landa Farfán, Luis Arturo
105. Lanegra Ramírez, Óscar José
106. Lapoint Castillo, Andrea
107. León Cabezudo, Liz
108. León Vargas, Víctor
109. Limaca Chahua, Ayme Denisse
110. Límaco Medina, Daniel Gustavo
111. Llanos Vergara, Juan Antonio
112. Lolay Huamanyauri, Ingrid Vanessa
113. Lolay Huamanyauri, Yoselin
114. López Matzukaka, Jaime

M

115. Macassi Zavala, Juan Pablo
116. Maita Uría, Dionel
117. Mancada Alcántara, Enrique Alberto
118. Manrique Chávez, Renoir Katia
119. Manrique Kukerelo, Diana Lucía
120. Mantilla Acosta, Bertha
121. Mantilla Acosta, Carla Elizabeth
122. Martínez del Águila, Shane Starsky Mathias
123. Mayhuasca Torres, Pamela
124. Mayorca Munive, Gonzalo
125. Melgar Córdova, Eduardo R.
126. Mendiola Florez, David Enrique
127. Mendoza Guerra, Juan Pablo
128. Mendoza Guerra, Víctor Andrés
129. Mendoza Jesus, Jenny Estephany
130. Mendoza Luna, José Luis Leoncio
131. Merodio Mejía, Lourdes Inés

- 132. Miranda Cabrera, Marycielo Lisbeth
- 133. Mogrovejo Rivera, Milagros María
- 134. Montenegro Monteza, Favio Martín
- 135. Montes Huamán, Tania Lorena
- 136. Montes Huamán, Tatiana
- 137. Montoro Rodriguez, Daniela
- 138. Mora Paniagua, Carol Julissa
- 139. Morote Tipe, Leyla Kerly
- 140. Muñoz Toalino, Luis Alberto

N

- 141. Navarrete Delgado, Cinthya Rosario
- 142. Nieto Donayre, Silvana de los Ángeles
- 143. Nolasco Sánchez, Lei-Ly
- 144. Noriega Egas, Carmen Rocío

O

- 145. Ochoa Richard, Fiorella Giannina
- 146. Ocón Soto, Luis
- 147. Olaechea Barbieri, Vilma Karina
- 148. Olavide Cuba, Ana Zoraida
- 149. Oliva Castro, Marisol
- 150. Ordoñez Zenteno, César Augusto
- 151. Orellana Maldonado, Sybila Antonella
- 152. Ortiz Fernández, Andrea María

P

- 153. Pahuacho Camarena, Milagros
- 154. Palacios Arzapalo, Gladys Giovana
- 155. Pancca Mamani, Erika Fabiola
- 156. Pantoja Acuña, Paola Janet
- 157. Paredes Gutiérrez, Marcela Inés
- 158. Paredes Marroquin, Juan Alberto
- 159. Patiño Muñoz, Manuel Alberto
- 160. Paz Aparicio, Leonardo Daniel
- 161. Pereira Pinedo, Erika Mercedes
- 162. Pérez Huamani, Claudia
- 163. Pizarro Breña, Crizia María
- 164. Porcel Cornejo, Tely Bladimir
- 165. Poves Montero, Joyce Pamela
- 166. Prada Trujillo, Hans Herbert

- 167. Pretel Tinoco, Patricia Teresa
- 168. Prudencia Gallegos, Luz Gudelia
- 169. Puicon Che, Carlos Daniel

Q

- 170. Quiñones Quiñones, Adan Arturo Alexander
- 171. Quispe Andía, Mónica Fiorela
- 172. Quispe Ramírez, Rosa Elvira
- 173. Quisquia Cárdenas, Stephanie Marissa

R

- 174. Ramirez Arias, Diego Jesús
- 175. Ramirez Camana, Valeria
- 176. Ramo Quispe, Adriana
- 177. Ramos Lopinta, Elvia María
- 178. Ramos Torres, Tamara Victoria
- 179. Ricapa Yaipén, Karla Zenaida
- 180. Rimac Narro, José Luis
- 181. River Vela, Diana
- 182. Rivera Rojas, Carlos Mariano
- 183. Rivero Moscoso, Ángel Renán
- 184. Rodríguez Carrillo, Karen Stefanie
- 185. Rodríguez Ríos, Sandra Milagros
- 186. Rodríguez Yupanqui, Sofía
- 187. Román Palomino, Karin Nilda
- 188. Romano Vergara, Natalia Alessandra
- 189. Ruiz Ramos, Elva Irene

S

- 190. Sacsa Tello, Eva Yushara
- 191. Salas Fernández, Andrés Edgardo
- 192. Salazar Mesías, Gary Octavio
- 193. Salazar Vallejo, Renzo Javier
- 194. Salazar Verdi, Sandy Carmen
- 195. Salinas Lau, Javier Augusto
- 196. Salvatierra Sinche, Jordano Antonio
- 197. Sánchez Povis, Lucio
- 198. Sanchez Yaringaño, Gadwyn
- 199. Santillán Espinoza, Jessica Victoria
- 200. Santos Loyola, Carlos

201. Scapa Passalacqua, Daphne
202. Seminario Córdova, Renzo
203. Shimabukuro Tokashiki, Néstor Raúl
204. Silva Jáuregui, Claudia Giuliana
205. Silvestre Bermúdez, Julia Katty
206. Solís de la Cruz, Valeria Victoria
207. Soto Huerta, Alexander Palermo
208. Suárez Blanco, Walter Gabriel
209. Suca Concha, Alejandro

T

210. Tam Mendiola, Marcia
211. Tantalean Leóng, Mónica Gabriela
212. Toledo Asenjo, César
213. Tomaylla Catacora, Juan Victor
214. Torres Gamboa, Gerardo Santos
215. Trujillo Castañeda, Pamela
216. Tullume Carrión, Giovanna Elizabeth

U

217. Ulffe Carrera, Jessica De Luren
218. Ulloa Zegarra, Sylvia Karina
219. Umezagua Makikado, Angie Carolina
220. Uribe Almeida, María Pía
221. Urrutia Aliano, Luis Eduardo

V

222. Valdez Reyes, Laura Rosa
223. Vargas Antonio, Héctor Diego
224. Vargas Tacuri, Victor David
225. Vásquez Flores, Luis Ángel
226. Vega Gutiérrez, Jesús Andrés
227. Velásquez Ipanaqué, Claudia Katherine
228. Velazco Yábar, Alessandro Carlo André
229. Ventura Ferro, Leonardo
230. Vera Torrejón, Jose Antonio
231. Vergaray De La Cruz, Marta Yolanda
232. Vigil Martinez, Lourdes
233. Vilca Pulgar, Ericka Elizabeth
234. Vilela García, Luis Fernando
235. Villa Castillo, Rosamaría
236. Villegas Calderón, César Pool
237. Villegas Vega, Paul
238. Villegas Vega, Pedro

Z

239. Zambrano Olivera, Elisa Pamela