

## II. EXTRANJERA

# LAS RELACIONES ENTRE ADMINISTRACION PUBLICA Y TERCER SECTOR, A PROPOSITO DE LA ASISTENCIA SOCIAL EN ITALIA

Por  
MARCOS VAQUER CABALLERÍA

**SUMARIO:** INTRODUCCIÓN.—I. EL VALOR CONSTITUCIONAL DE LA SOLIDARIDAD SOCIAL. DE LA CARIDAD A LA SOLIDARIDAD: 1. *La caridad, virtud teológica del Cristianismo y valor típico del Estado confesional.* 2. *La beneficencia, valor típico del Estado liberal. La laicización y jurisdicción de la asistencia social.* 3. *La solidaridad, valor típico del Estado social. Su autonomía y su fundamentación en la dignidad de la persona.*—II. LAS TRANSFORMACIONES DEL ESTADO ASISTENCIAL: 1. *Preliminar: noción de Estado asistencial, o de actividad asistencial del Estado social.* 2. *La regularización de la asistencia.* 3. *La globalización de las políticas sociales:* 3.1. Ampliación del objeto: de la *pobreza* a las situaciones de *necesidad* en general. 3.2. Ampliación del contenido, y su necesaria sistematización. 4. *La descentralización de las políticas sociales.* 5. *La crisis del Estado social y las nuevas formas de gestión pública:* 5.1. De la prestación de servicios a la prestación económica. 5.2. La descarga de la gestión en el llamado «tercer sector».—III. ACCIÓN ADMINISTRATIVA Y TERCER SECTOR: 1. *Público y privado en la actividad asistencial. La libertad de asistencia privada.* 2. *Las organizaciones sin ánimo de lucro en Italia:* 2.1. *Las instituciones públicas de asistencia y beneficencia (IPAB) de la Ley Crispi,* su evolución y el expurgo de las instituciones privadas por naturaleza. 2.2. *Las organizaciones no gubernamentales (ONG) reconocidas idóneas de la Ley de 26 de febrero de 1987,* núm. 49. 2.3. *Las organizaciones de voluntariado de la Ley marco de 11 de agosto de 1991,* núm. 266. 2.4. *Las cooperativas sociales de la Ley de 8 de noviembre de 1991,* núm. 381. 2.5. *Las organizaciones no lucrativas de utilidad social (ONLUS) del Decreto Legislativo de 4 de diciembre de 1997,* núm. 460; una síntesis antiformalista. 3. *Recapitulación final.*—BIBLIOGRAFÍA DE REFERENCIA.

### INTRODUCCIÓN (\*)

La Administración pública contemporánea desarrolla una importante actividad asistencial, que es consustancial a la cláusula de Estado social y al valor jurídico-constitucional de la solidaridad. Esta actividad está siendo impulsada por un importante acervo legislativo, desarrollado últimamente en España por las Comunidades Autónomas, que ofrece sugerentes materiales para la reflexión: así, por ejemplo, las nuevas formas de prestación

---

(\*) Este trabajo ha sido posible gracias a una investigación realizada entre junio y julio de 1999 en la *Scuola di Specializzazione In Studi Amministrativi (SPISA)* de la Universidad de Bolonia, financiada con una ayuda de la OTRI de la Universidad Carlos III de Madrid. Quiero hacer público mi agradecimiento al director de la SPISA, el Profesor Luciano VANDELLI, por la amabilidad de su acogida y las orientaciones recibidas.

(prestaciones económicas) y de organización de los servicios sociales (piénsese, por ejemplo, en la Administración indirecta a través de organizaciones de voluntariado y no gubernamentales —ONG—) constituyen un nuevo reto para el Derecho estatutario de las Administraciones públicas.

Pese a ello, la doctrina científica del Derecho administrativo español apenas se ocupa de ella, salvo notables excepciones como las monografías de GARCÉS y BELTRÁN, por ejemplo. Esta inhibición contrasta tanto con la atención que en el panorama comparado se dedica a la materia como con la dedicación que mereció también en nuestro país históricamente. No me refiero sólo a la larga tradición de pensamiento sobre la pobreza, su prevención y corrección desarrollada desde VICENS VIVES hasta Concepción ARENAL, sino también a los propios escritores clásicos del Derecho administrativo español. Recuérdese, por ejemplo, los espléndidos *Estudios sobre la beneficencia pública* de POSADA HERRERA, incluidos en sus *Lecciones de Administración* y rescatados del olvido por Francisco SOSA WAGNER en una coedición facsímil de las Universidades de León y de Oviedo de 1995.

La reconstrucción del estudio del sector puede ser iniciada por el Derecho comparado, que tanto adelanto nos lleva en la reflexión sobre la materia. Se ha elegido aquí el ordenamiento italiano como término de comparación con el español porque, de entre los diversos sistemas jurídicos continentales europeos —con los que acaso la comparación sea más provechosa por sus muchos elementos comunes con el nuestro—, el italiano es quizás el que presenta una evolución más similar al español en lo que se refiere a las relaciones históricas Iglesia-Estado, a la construcción de la asistencia social como un servicio público y a su descentralización territorial, además de haber servido su Constitución como uno de los referentes de la nuestra, también en esta materia. La asistencia social ha recibido, además, en aquel país una destacable atención de la doctrina científica, tanto constitucional como administrativa, de la que da noticia incompleta la bibliografía manejada en este estudio, y muchas de cuyas aportaciones pueden ser de gran interés entre nosotros.

## I. EL VALOR CONSTITUCIONAL DE LA SOLIDARIDAD SOCIAL. DE LA CARIDAD A LA SOLIDARIDAD

### 1. *La caridad, virtud teológica del Cristianismo y valor típico del Estado confesional*

No descubrimos nada si decimos que el Cristianismo ha ofrecido durante siglos el esquema de valores de que se ha nutrido la moral pública en la civilización occidental. Ni tampoco al recordar que la caridad es uno de dichos valores, ponderado como tal en la Biblia y recogido como virtud teológica en el Catecismo de la Iglesia Católica (1).

---

(1) En la primera carta de San Pablo a los Corintios se lee: «Ahora permanecen la fe, la esperanza, la caridad: las tres virtudes. Pero de ellas la más grande es la caridad» (1 Cor 13, 1-13).

El Estado, desde la Roma del Bajo Imperio al Estado moderno, hizo suyo este valor, creando algunas instituciones de caridad y, sobre todo, dejando desarrollarse libremente las constituidas por la Iglesia. LONGO (385) recuerda a estos efectos la siguiente Constitución de los emperadores Valentiniano y Marciano a Palladio, prefecto del pretorio (C. 1, 2, 12, 2): «Y como es propio de nuestra humanidad mirar por los indigentes y procurar que no falten alimentos a los pobres, mandamos que también los salarios, que hasta aquí se han suministrado a cargo público a las sacrosantas iglesias en diversas especies, se paguen asimismo ahora sin alteración, y por nadie absolutamente disminuidos, y damos perpetua validez a esta libérrima liberalidad» (2).

El tránsito hacia el Estado moderno trajo, sin embargo, la superación de la concepción medieval del «pobre de Cristo» en favor de una cierta «polivalencia» (MOROZZO DELLA ROCCA, en MONTICONE: 1 y ss.) en la visión del pauperismo. Esta nueva visión advierte su creciente trascendencia como fenómeno social, distingue entre clases de pobreza (sobre todo, entre la pobreza de necesidad y la pobreza voluntaria) y, si bien postula la caridad en unos casos, advierte también de sus peligros para el orden público y propone la represión del fenómeno en otros.

El pauperismo constituye, pues, no sólo un problema de moral pública, sino también de orden público, faceta ésta que cobra mayor importancia en la medida en que los procesos de urbanización de la sociedad masifican la pobreza.

## 2. *La beneficencia, valor típico del Estado liberal.* *La laicización y juridificación de la asistencia social*

En Italia, podemos considerar que el tránsito de la caridad a la beneficencia pública se produjo con la legislación emanada en la materia durante la segunda mitad del siglo XIX, y más concretamente con la Ley de 1890 —conocida como *Ley Crispi* por el Ministro del Interior que la impulsó—, que se halla todavía parcialmente en vigor.

En efecto, ya bajo el reinado de Víctor Manuel II, primero la Ley de 20 de noviembre de 1859 (todavía del Reino de Cerdeña) y poco después la de 3 de agosto de 1862, núm. 732 (ya posterior a la unificación), ambas sobre las Obras Pías, sujetaron a éstas a una disciplina jurídico-pública poniéndolas bajo la tutela de la correspondiente Diputación Provincial (arts. 18 y 14, respectivamente) y sometiendo sus actos constitutivos, regulatorios y más importantes de gestión a la aprobación de diferentes autoridades públicas (el Rey, el Ministro del Interior o la Diputación, según fuera el caso),

(2) «Et quia humanitatis nostrae est, egenis prospicere ac dare operam, ut pauperibus alimenta non desint, salaria etiam, quae sacrosanctis ecclesiis in diversis speciebus de publico haecenus ministrata sunt, iubemus nunc quoque inconcussa et a nullo prorsus immutata praestari, liberalitatique huic promptissimae perpetuam tribuimus firmitatem». Transcripción y traducción de la edición bilingüe del *Cuerpo del Derecho civil romano*, de GARCÍA DEL CORRAL, ed. facsímil, Lex Nova, 1988, tomo IV, pág. 31.

a las que se atribuían diversas potestades de vigilancia sobre su funcionamiento. Ambas Leyes definieron las Obras Pías en su artículo 1.º con idéntica expresión: «Son Obras Pías los institutos de caridad y de beneficencia, y cualquier ente moral que tenga en todo o en parte por fin socorrer a las clases menos acomodadas, tanto en estado de salud como de enfermedad, prestarles asistencia, educarlas, instruir las o formarlas para alguna profesión, arte u oficio».

Pero es en el reinado de Umberto I cuando la Ley de 17 de julio de 1890, núm. 6972 (la mencionada *Ley Crispi*), califica a las Obras Pías y demás entes morales de asistencia a los pobres como «instituciones *públicas* de beneficencia», culminando así la publicación de su régimen jurídico. Entre esta Ley y las anteriores había ciertamente variado la coyuntura política y la percepción social de las Obras Pías: entre los principales factores impulsores del reforzamiento de la intervención estatal en materia de beneficencia suele destacarse el advenimiento de la izquierda al poder, con el consecuente alejamiento del Estado de las posiciones de la Iglesia; y la publicación en 1872 de una primera estadística sobre las obras pías que reveló que en 1861 existían en Italia más de 17.000 de estas instituciones, que acumulaban un patrimonio superior a los mil millones de liras, esto es, más del doble de los ingresos del Estado y casi la mitad de la deuda pública tras la unificación (vid. SANDULLI: 757-759). Se hizo notorio, pues, no ya sólo el «gran peso en la determinación directiva de las comunidades locales» (SEPE: 137) de las Obras Pías, sino también su enorme capacidad financiera, de la que carecía el Estado para organizar una política social propia. Un importante patrimonio, además, excesivamente fragmentado, irracionalmente distribuido y sobre el que se vertían acusaciones de administración negligente, cuando no interesada, y a veces abiertamente hostil a la Ley entonces vigente de 1862 (vid. al respecto SEPE: 136-137).

La calificación que la Ley Crispi hizo de todas las instituciones de beneficencia —con independencia de quién fuera su fundador y cuáles sus fines y estatutos— como instituciones públicas (con su consiguiente sujeción a una completa tutela del poder público) expresa a la perfección la consideración a que en dicho período se llega de la beneficencia como un fin público, cuya salvaguarda corresponde al Estado. De paso refuerza la influencia del Estado sobre la vida local y pone en marcha una política de *indirizzo* de la asistencia social: todo ello con escasos medios propios, ya que basado en el control de patrimonios ajenos. Se ha afirmado que la Ley de 1890 determinó el paso «de la fase de la caridad a la de la beneficencia en sentido específico» (MAZZIOTTI: 751; CARDIA, 1988: 2); que es al tiempo un tránsito de la Iglesia al Estado en el control de dicha actividad (DE SIERVO, 1987: 446; DE GIORGI: 579).

La publicación que ha sido reseñada, la manifestación legal del recelo típico del Estado liberal hacia las organizaciones sociales colectivas, como cuerpos intermedios entre Estado e individuo, y el «estatocentrismo» que, sobre su base, ha sido imputado a la Ley Crispi (PASTORI: 1040, 1041), con ser ciertos, son también relativos. Parte de la doctrina que se ha ocupado de la materia recuerda, en efecto, que la Ley se propone en buena parte

respetar la voluntad de los fundadores de las instituciones de beneficencia, a las que mantiene sus patrimonios propios, así como los órganos de administración y fines establecidos estatutariamente (por todos, vid. DE SIERVO, 1994: 226; DE GIORGI: 579). De donde resulta «la imbricación de una intensa disciplina publicística con una notable permanencia de elementos privatísticos, lo que les confiere una impronta del todo peculiar respecto de otras instituciones públicas» (Sent. Corte Cost. núm. 195, de 21-25 mayo 1987). Dicha peculiaridad ha dado pie a cuestionar incluso la verdadera naturaleza jurídico-pública de estas instituciones (FERRARI, 1988: 1343 y ss.).

Las potestades públicas arbitradas por la Ley se ponen, desde este punto de vista, también al servicio de dicha voluntad fundacional (así, por ejemplo, en los arts. 44 y 46), si bien que sobre la base de su coincidencia con el interés público y en la justa medida de dicha coincidencia. Por ello, si sobreviene el conflicto entre voluntad fundacional e interés público, prima este último: así lo pone de manifiesto la circunstancia de que la fundación de nuevas instituciones públicas de beneficencia se haga mediante Decreto Real (que no se configura como un acto debido, sino discrecional, pues en la demanda o propuesta de fundación debe indicarse con qué medios se pretende cumplir el fin y se prevé recurso contra la resolución denegatoria: art. 51); o que por motivos de eficacia en la gestión se establezca, ya sea *ope legis* (arts. 54 a 56) o por decisión administrativa (art. 57), la concentración en las Congregaciones de Caridad de determinadas Instituciones Públicas de Beneficencia, o bien la posibilidad de reunir en grupos las que sean afines para su administración conjunta o coordinada (arts. 58 y 59).

El propósito racionalizador y directivo del sector salta a la vista en las medidas legales que acaban de recordarse. En la Circular que el Ministro del Interior y mentor de la Ley, Crispi, envía a los Prefectos, Subprefectos, Alcaldes, Presidentes de las Congregaciones de Caridad y administradores y representantes de las Obras Pías sobre la aplicación de la Ley, destaca precisamente que «entre los medios sancionados para hacer más provechosos los recursos de la beneficencia, los más eficaces son: la concentración de tales Instituciones en la respectiva Congregación de Caridad; la reunión en grupos homogéneos de otras; la revisión obligatoria de los estatutos; y en fin la transformación».

Y para ello se dota a la Administración pública de una auténtica potestad de organización sobre las instituciones de beneficencia. Se le atribuyen poderes que van, en efecto, más allá de la actividad de intervención sobre instituciones privadas y que son propios de la constitución y organización de auténticos entes públicos, aunque sea con la notable peculiaridad de poder ser éstos de iniciativa privada y gozar de una amplia autonomía. Esto supuesto, no sorprende que se declaren aplicables a los ingresos de las Instituciones Públicas de Beneficencia las normas vigentes para la recaudación de los ingresos municipales (art. 24), o que a sus enajenaciones, alquileres y demás contratos, cuando superen un determinado precio, les sean aplicables las mismas reglas de licitación que rigen para la contratación del Estado (art. 26). La publicación que la Ley Crispi hace del régi-

men jurídico de las instituciones de beneficencia es, como decíamos, peculiar pero, desde luego, no meramente nominal.

Dicha tendencia publicadora se vio reforzada en el período giolittiano. En primer lugar, con la modificación de la Ley Crispi introducida por la Ley de 18 de julio de 1904, núm. 390, que reforzó la administrativización de la asistencia, territorializándola y especializándola con el propósito de «hacer eficaz toda la parte innovadora de la ley crispi de 1890» (SEPE: 135). Para ello fueron creadas Comisiones Provinciales de asistencia y beneficencia y, a nivel nacional, un Consejo Superior, órganos todos ellos dominados por funcionarios y autoridades del Estado, que en la nueva filosofía debía convertirse en «“supremo” órgano de la convivencia social» (SEPE: 134). La Ley de 19 de mayo de 1907, núm. 270, ofrece en segundo lugar un dato ilustrativo, aunque sea parcial, de la tendencia a la publicación de las instituciones de beneficencia, pues extendió a sus empleados las disposiciones de la Ley de 6 de marzo de 1904, núm. 88, institutiva de la Caja de Previsión para las pensiones de los secretarios y empleados municipales.

Desde entonces, las instituciones de beneficencia, IPAB, han llegado a ser «la categoría más numerosa de (...) entes públicos no territoriales» en Italia (DE SIERVO, 1994: 223); y por ello no nos debe sorprender que «el estudio sobre las instituciones públicas de beneficencia ha empezado a trascender la materia de la asistencia pública, para fungir como elemento de estudio en el debate sobre la distinción entre ente público y ente privado» en la literatura jurídica del país (SANDULLI: 763, que aporta una amplia bibliografía ilustrativa). De dicho debate a propósito de las IPAB nos ocuparemos con cierto detenimiento en el apartado III.2.1 de este trabajo, ya que no carece de interés doctrinal ahora que el ordenamiento vuelve a situar a algunas organizaciones asistenciales de fundación privada a caballo entre lo privado y lo público.

Además de la beneficencia «pública» de las IPAB —y podríamos añadir que a su sombra—, la Ley Crispi diseñó también un sistema de «beneficencia legal», estricta y orgánicamente pública, en forma de Congregaciones de Caridad, de las que *ope legis* se instituye una en cada Municipio (art. 3) y que se componen de un número variable de miembros elegidos por el consejo municipal (arts. 5 y 6). Las Congregaciones de Caridad reciben los bienes destinados a los pobres de conformidad con lo dispuesto en el Código civil, administran las Instituciones Públicas de Beneficencia que no estén gobernadas por el órgano dispuesto en sus estatutos o reglamentos internos y, en fin, cuidan los intereses de los pobres del Municipio y asumen su representación legal ante las Autoridades administrativas y judiciales (arts. 7 y 8).

El período liberal, en definitiva, otorga carta de naturaleza a la intervención asistencial del Estado, que expresa así frente «al fenómeno de la indigencia, su voluntad y su acción de suprema personalidad jurídica organizadora de un pueblo», como escribe BRONDI en 1905. Esta intervención del Estado liberal permite añadir al estudio de la asistencia, junto a su consideración histórica, filosófica o sociológica, «un nuevo elemento, el ju-

*rídico*; es por el hecho de tal intervención que las nociones y los institutos religiosos, éticos y sociales, si no se transforman en nociones e instituciones jurídicas, al menos del elemento jurídico asumen de varios modos la impronta» (BRONDI: 6; la cursiva en el original).

Pero, de otro lado, falta todavía en este período la asunción de la solidaridad social como un valor jurídico intrínseco, o al menos su explicitación y tematización, lo que permite dudar si la motivación de la asunción de la función de beneficencia por el Estado no es entonces más bien extrínseca y su naturaleza de orden público, dirigida a controlar a sujetos potencialmente peligrosos para la paz social y evitar posibles desórdenes (en este sentido, CARDIA, 1988: 2, con cita de CHERUBINI).

Para explicar este sesgo conviene recordar que el Estado liberal es todavía un Estado censitario o, en la expresiva fórmula utilizada por GIANNINI (1988: 35 y ss.), un Estado «monoclase». En él, los parlamentarios representan sólo a la clase «burguesa», a la población cualificada por su dinero o su instrucción, que es la única que disfruta del derecho de sufragio activo. Aunque ya proclamador del principio de igualdad, el Estado liberal se construye sobre la desigualdad política, y difícilmente desde ella puede obligarse a la igualdad social: quienes no disfrutaban de derechos políticos, difícilmente pueden ser titulares de derechos sociales. La beneficencia es entonces, o bien un *beau geste*, es decir, una liberalidad del Estado hacia el pueblo (más estrictamente, hacia la parte del pueblo que carece de medios y, por ello, no es representada en el Estado); o más sencillamente una técnica de policía de seguridad.

Sólo con la emergencia de los partidos de clase y la universalización del sufragio, esto es, con la implantación del Estado democrático y social o «pluriclase», los indigentes, los marginados y los desasistidos pasan a ingresar en la comunidad política, a formar parte de la ciudadanía. Es entonces cuando el Estado *interioriza* la asistencia como un deber jurídico.

### 3. *La solidaridad, valor típico del Estado social.*

#### *Su autonomía y su fundamentación en la dignidad de la persona*

La concepción de la beneficencia pública ya fue superada en Italia en el período fascista, al menos terminológicamente, con la reforma de la Ley Crispi realizada con Real Decreto de 30 de diciembre de 1923, núm. 2841 (GIANNINI, 1975: 153). El Decreto sustituye, en efecto, la denominación legal de las hasta entonces «Instituciones Públicas de Beneficencia» por «Instituciones Públicas de Asistencia y Beneficencia» (IPAB), e introduce otras reformas como su división en dos clases, según sean su ámbito territorial y sus recursos financieros, para flexibilizar en consecuencia su régimen jurídico; la supresión de las Comisiones Provinciales y el Consejo Superior creados por la reforma giolittiana de 1904, devolviendo la Ley en lo organizativo a la situación anterior; o la atribución en lo sucesivo al Subprefecto (y, por ende, al Estado) de la potestad de nombrar a la mitad más uno de los miembros de las Congregaciones de Caridad, que hasta enton-

ces se elegían íntegramente por el Consejo Municipal. Todavía en el período fascista, la Ley de 3 de junio de 1937, núm. 847, sustituye las Congregaciones de Caridad por Entes Municipales de Asistencia (*Enti Comunali di Assistenza: ECA*), que, como aquéllas, deben existir en todos los Municipios pero que ven respecto de ellas mejorada su financiación.

Parcialmente reveladores de la evolución experimentada por la asistencia social durante el período son los informes de Mussolini que acompañan a los Proyectos a su aprobación por el Rey, en el primer caso, y por el Parlamento en el segundo, y que se publican al pie de los respectivos textos normativos por la *Gazzetta Ufficiale* con indisimulado afán hagiográfico. En el primero se fundamenta la nueva denominación dada a las IPAB en una visión más social de la Ley, que «no afecta sólo a las instituciones puramente caritativas, sino también a las que, más que a satisfacer las necesidades de los individuos, miran a fines generales de conservación, de tranquilidad, de bienestar y de mejoramiento económico y moral de la sociedad»; y postula un nuevo concepto de pobreza más abierto: «pobre no es ya a quien le falta absolutamente todo, sino quien no tenga en medida suficiente cuanto precise para subsistir convenientemente, según su condición individual y social, y deba procurarse lo necesario con industria y dificultad, aunque no tenga necesidad de recurrir a la compasión ajena». En el segundo informe se alude ya al «concepto de la solidaridad social».

Una década más tarde, la Constitución republicana de 1947 consagró expresamente el valor de la solidaridad como principio constitucional. Según su artículo 2: «La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ya sea como individuo o en las formaciones sociales en que se desarrolla su personalidad, y requiere el cumplimiento de los deberes inderogables de *solidaridad política, económica y social*». No sólo se proclama la solidaridad como un deber constitucional, sino que éste es inducido de los derechos de la persona en cuanto que miembro de la sociedad. En efecto, el precepto se refiere sucesivamente a la persona en sus dos aspectos, individual y social, y seguidamente vincula el segundo al cumplimiento de un deber de solidaridad, pues sólo en sociedad cabe hablar de solidaridad, del mismo modo que sólo la solidaridad hace a una sociedad compacta, cabal o plena. Como ha recordado GALEOTTI (3), la etimología latina del término solidaridad proviene de *solidum, soldum*, que significa precisamente «entero», «compacto». El término saltó primero al lenguaje jurídico privado (*obligatio in solidum*: aquella en que cada uno de los deudores se hace responsable de la *entera* obligación, y por tanto también por la parte que corresponda a sus codeudores) y sólo mucho más tarde al público (principio de solidaridad, por el que los miembros de la sociedad se hacen responsables de sus conciudadanos, haciendo más *compacta* a dicha sociedad).

La solidaridad se fundamenta en la igualdad en dignidad (social, jurídica, política, económica, cultural) de las personas y consiste en la acción positiva tendente a la igualación efectiva de las mismas en las condiciones mínimas, al menos, para el disfrute de dicha dignidad. Es así como el artículo 3 de la Constitución italiana proclama en su primer apartado que «todos los ciudadanos tienen *la misma dignidad social* y son iguales ante la



Ley, sin distinción de sexo, de raza, de lengua, de religión, de opiniones políticas, de condiciones personales y sociales»; para, a continuación, y aunque ya no expresamente, abundar en el principio de solidaridad en su apartado 2.º, donde el principio jurídico del artículo 2 se concreta en una función pública: «Corresponde a la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana (*sic*) y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del País».

Si como deber —tal y como se manifiesta en el art. 2 Const. It.— la *solidaridad obliga a todos los sujetos de Derecho (individuos, personas jurídicas de Derecho privado y de Derecho público, cada uno en la medida de su diversa capacidad)*, como función —es decir, según aparece en el art. 3.2— obliga sólo a los poderes públicos.

Aunque expresados y sistematizados en manera diversa, los elementos constitutivos del Estado asistencial en España son exactamente los mismos (arts. 1.1, 9.2, 14 CE). En Estados así constituidos, la asistencia social ya no puede fungir simplemente como un elemento de la seguridad ciudadana, porque adquiere fundamento expreso y autónomo en el valor (o principio) jurídico de la solidaridad, a su vez fundado en la dignidad que a la persona reconoce el Estado social de Derecho.

## II. LAS TRANSFORMACIONES DEL ESTADO ASISTENCIAL

### 1. *Preliminar: noción de Estado asistencial, o de actividad asistencial del Estado social*

GIANNINI —para quien, por cierto, la cláusula de Estado social es inútil, ya sea por ser meramente descriptiva del Estado que califica como «pluriclase», como también si se le quiere dar un alcance prescriptivo (1988: 99; 1977 *in toto*)— define el Estado asistencial como «ordenamiento estatal con Administraciones, a menudo de entes públicos distintos del Estado, las cuales tienen funciones de asistencia general, esto es, a todos». Mientras en los primeros tiempos el Estado pluriclase prestaba asistencia sólo a las categorías infraprotegidas, «el Estado asistencial presta a todos servicios iguales en calidad, en modo óptimo en lo posible, sin hacer distinción de *status* o de renta del beneficiario». Concluye el autor que «la realidad es que el Estado asistencial no es más que el Estado pluriclase, visto bajo el ángulo de los servicios sociales» (1988: 101).

Hay en esta concepción del Estado asistencial dos elementos: uno propiamente definitorio (el Estado asistencial no es sino el Estado social —o pluriclase— visto desde la perspectiva de los servicios sociales) y otro descriptivo (según el cual los servicios sociales se caracterizarían hoy, en el Estado asistencial, por la universalidad de su destinatario). Su problema es que, para sernos de alguna utilidad, nos obliga a definir los servicios sociales, de los que el autor se limita a hacer una enumeración en sí misma

vaga, pues «el término a veces asume significados latísimos»: en ellos incluye «las muchas especies de asistencia en sentido propio», la previsión social, la instrucción pública, la sanidad y, en fin, «el entero cuerpo de los así llamados servicios pretendidamente sociales» (*ibidem*).

Para una mejor definición de los servicios sociales y, por su mediación, del Estado asistencial en el amplio sentido en que lo maneja GIANNINI, podemos partir de otro trabajo del gran iuspublicista italiano dedicado también a la asistencia, y al que se volverá a hacer alusión más adelante, en el que alude a la distinción entre servicios «atinentes al territorio» y servicios «atinentes a la persona» (GIANNINI, 1975: 153), distinción que parece inspirada en la vieja doctrina según la cual los elementos esenciales de todo Estado son territorio y población. Evidentemente, todos los servicios públicos son servicios a la persona, pues sólo la persona es sujeto de Derecho y destinatario de la actividad del Estado. Pero no es menos cierto que algunos de ellos tienen un carácter logístico, por lo que sirven a la persona de forma mediata, y lo hacen territorialmente porque el territorio es el medio de la persona (transportes, telecomunicaciones, por ejemplo); mientras que otros la sirven inmediatamente (educación, sanidad, por ejemplo). Pues bien, los servicios sociales son precisamente los servicios que la sociedad (personificada en el Estado) presta a la persona en tanto que miembro de la misma; los servicios, en definitiva, «atinentes a la persona».

La fórmula del *Estado asistencial* expresa, pues, *la dimensión esencial del Estado social por la que éste se ocupa de la prestación de servicios a la persona en sociedad*. Luego conforman el Estado asistencial las políticas o servicios sociales en sentido amplio, esto es, los que tienen por objeto directo proveer a la persona de las condiciones necesarias e idóneas para el desarrollo de una vida digna en sociedad: *manutención (o una renta mínima para acceder a ella), salud, educación y cultura*. Sólo bajo dichas condiciones el individuo es efectivamente un ciudadano.

El concepto sigue siendo, sin embargo, demasiado amplio para su tratamiento tanto legislativo como doctrinal y, por ello, dentro del mismo han ido decantándose históricamente sectores diversos. Y lo han hecho fundamentalmente según dos criterios: bien sea por su objeto, bien por su configuración o contenido legales.

a) *Por su objeto*. En primer lugar, ha adquirido tradición y autonomía propias el tratamiento de las necesidades o déficits más comunes a la persona: así, en el período de la infancia y la juventud, su formación intelectual, estética y física (sector de la educación); en la situación de enfermedad, los servicios sanitarios (sector de la sanidad); para el tiempo de ocio, la animación cultural (sector cultural). Estos son servicios universalizables por naturaleza, porque satisfacen necesidades que son comunes a toda la población, al menos en algún momento de su vida; su existencia y calidad, por ello mismo, no son polémicas; y ambas circunstancias permiten que, como afirma GIANNINI, hayan llegado a ser históricamente universales en el Estado social (o pluriclase) de nuestros días, aunque algunos de ellos nacieran como formas de beneficencia. Como también ha dicho la Corte

Constitucional en su Sentencia de 30 de julio de 1981, núm. 174: «es claro que se tiende (...) a una asistencia provista sobre la base de *standards* comunes a toda la población».

Pero también parece claro que con estos *standards* comunes se cubren necesidades igualmente comunes, aunque vividas con diversa intensidad. Por ello, al lado de estos sectores, también se ha definido otro de forma residual, que es al que llamamos asistencial en sentido estricto y el que ocupa este trabajo. Es el que tiene por objeto:

1.º La adopción de las prestaciones comunitarias complementarias de las tradicionales (esto es, de las históricamente decantadas en un sector autónomo del ordenamiento), para atender la diferente intensidad de las necesidades comunes.

2.º La prevención/corrección de situaciones de necesidad distintivas de determinados individuos o grupos, que los margina socialmente haciendo necesaria una acción especial de integración: tradicionalmente, la pobreza (y su causa/efecto masivo: el desempleo), con especial consideración de los entornos más sensibles de la infancia y la vejez; pero también las incapacidades físicas, sensoriales o psíquicas; la aculturación de los inmigrantes y refugiados; o las drogodependencias, por ejemplo. Potencialmente, en abstracto, tales circunstancias pueden avenirle a cualquiera, pero su carácter minoritario y, sobre todo, su consistencia en un factor de marginación las presentan como fenómenos diferenciales.

Si aquellos a que nos referíamos antes son servicios sociales *universales* o *comunitarios*, por prestarse igualitariamente a toda la población, éstos por contraposición pueden ser calificados como servicios sociales *integrativos* o *especializados*, por prestarse diferenciadamente a determinados colectivos para lograr su igualación, su plena inserción en una sociedad idealmente igualitaria.

La diferencia entre servicios «comunitarios» y «especializados» es común en nuestra legislación autonómica sobre servicios sociales: así, por ejemplo, en la Ley andaluza 2/1988, la Ley aragonesa 4/1987, etc.

En Italia, el importante Decreto Legislativo núm. 112 de 1998, de articulación de la Ley *Bassanini*, núm. 59 de 1997, por el que se ha producido el último impulso descentralizador del Estado italiano hasta hoy, adopta una sistemática que recuerda a los criterios clasificatorios aquí seguidos para definir la actividad asistencial del Estado. En efecto, el Decreto se estructura en cinco Títulos, de los cuales el primero se dedica a «disposiciones generales». De los tres restantes, el primero y el último se refieren, respectivamente, al «desarrollo económico y actividades productivas» y a la «policía administrativa regional y local y régimen autorizador», esto es, a actividades las primeras (artesano, industria, energía, turismo, etc.) de naturaleza privada, sin perjuicio de la eventual iniciativa de los poderes públicos y sus diversas competencias de intervención y fomento; mientras que las del Título V son actividades de policía o intervención administrativa. Quedan, pues, dos títulos, los dos intermedios, dedicados específicamente

mente a los servicios públicos o actividad prestacional del Estado: y se titulan, precisamente, «territorio, ambiente e infraestructuras» y «servicios a la persona y a la comunidad», es decir, servicios atinentes al territorio y a la persona, respectivamente, en la terminología que aquí hemos tomado de GIANNINI. Los segundos se identifican con los que aquí hemos denominado servicios sociales en sentido amplio. De hecho, el equivalente a este Título en el precedente Decreto descentralizador 616/1977 se denominaba «servicios sociales», pero el Ejecutivo ha preferido en esta ocasión reservar tal denominación para su acepción estricta. Los Capítulos en que se subdivide el Título IV son, en efecto, «tutela de la salud», «servicios sociales», «instrucción escolar», «formación profesional», «bienes y actividades culturales», «espectáculo» y «deporte». El Decreto Legislativo, en definitiva, establece una *summa divisio* de los servicios públicos en territoriales y personales, para situar a los «servicios sociales» como una especie de este segundo género, en línea con lo aquí expuesto.

b) *Por su configuración legal.* En segundo lugar, históricamente buena parte de las prestaciones sociales se han configurado bajo la forma de un seguro social, esto es, de forma contributiva: así, las prestaciones por desempleo, jubilación, viudedad, enfermedad, etc., lo que permite distinguir entre prestaciones de la «previsión social» y las restantes, que constituyen la «asistencia social» *stricto sensu*. Las primeras se han construido históricamente sobre la noción de *riesgo*, para su prevención y aseguramiento a partir de las contribuciones de los propios beneficiarios del seguro, que son los trabajadores; las segundas se erigen sobre la noción de *necesidad*, tienen por destinatario a los ciudadanos en general, no son contributivas y, por tanto, constituyen una forma de solidaridad plena.

La diferencia entre una y otra clase de prestaciones, aunque convencional y por tanto mutable (sólo es cuestión de política legislativa que en el futuro las prestaciones sociales se financien contributiva o tributariamente), sigue siendo habitual en los ordenamientos positivos, de forma que no podemos considerarla superada (en este sentido, BALDASSARRE: 19). En el italiano, por ejemplo, el Decreto Legislativo 112/1998 define los servicios sociales como las prestaciones destinadas a superar las situaciones de necesidad de la persona, excluidas las aseguradas por el «sistema previdenziale». Y en España, nuestra Constitución reserva determinadas funciones al Estado en materia de «Seguridad Social» (art. 149.1.17.<sup>ª</sup>), mientras que habilita la asunción plena por las Comunidades de la materia «asistencia social» (art. 148.1. 20.<sup>ª</sup>).

En todo caso, nótese que se distingue aquí entre «prevención/seguridad social» y «asistencia social» sobre la base de un criterio teleológico, y no el temporal de clasificación de los servicios en preventivos y correctivos (esto es, *ex ante* y *ex post*), como el que utilizaba, por ejemplo, BRONDI en su trabajo ya citado de 1905. La asistencia a que aquí nos referimos se vale de medidas tanto previsoras como correctoras. Y ello porque me parece más discriminador el criterio de los fines que el de los instrumentos, que siempre es más contingente. En efecto, el ordenamiento jurídico tiende ya hoy

a superar ciertas barreras convencionales que lastraban las políticas que se trataban de ordenar: así, por ejemplo, la legislación sanitaria engloba, dentro del tratamiento sistemático de las políticas de salud, los servicios sanitarios (primordialmente correctivos o curativos) junto a los sociosanitarios o de salud pública (en los que adquieren gran importancia las medidas preventivas, informativas, etc.). Otro tanto hay que decir de la lucha contra las drogodependencias o contra las disminuciones físicas, psíquicas y sensoriales (que la Constitución española llama a combatir en su artículo 49 con «una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración»), por poner dos ejemplos de los servicios aquí calificados de asistencia social en sentido estricto.

La combinación de los dos criterios de discriminación utilizados nos permite definir ya a los *servicios sociales en sentido estricto* como el conjunto de prestaciones públicas no contributivas ofrecidas a la persona bien sea para atender su especial intensidad de necesidades comunes, no cubierta por los servicios públicos tradicionales (como la educación, la sanidad o la cultura), bien sea en razón de una situación de necesidad particular o diferencial. La definición, como se ve, es convencional y un tanto alambicada, pero no cabe otra para definir un sector formado históricamente con materiales sobre todo residuales aglutinados en torno a un valor, el de la solidaridad social.

## 2. La regularización de la asistencia

El tránsito de la idea de «beneficencia» a la actual de «asistencia» trae causa, como se ha visto, de la emergencia del valor constitucional de la solidaridad. La plasmación de dicho valor en la Constitución, norma jurídica suprema, tiene un inevitable efecto «en cascada» de juridificación de la correspondiente función asistencial del Estado. En Italia, la legislación decimonónica sobre beneficencia pública, además de escasa, era antes organizativa (de ordenación de las estructuras y medios efectivamente dispuestos al servicio de la beneficencia pública o privada) que sustantiva o material (esto es, de disciplina de la actividad). Piénsese, por ejemplo, en la tantas veces citada Ley Crispi. Hoy, por el contrario, el ordenamiento jurídico regula con profusión y densidad progresivas la actividad administrativa asistencial, articulándola en forma de situaciones jurídicas de la Administración competente (potestades-funciones) y las correlativas de los ciudadanos (reconocimiento de intereses legítimos, incluso de derechos subjetivos perfectos, de libertad y de prestación), que se ponen bajo control jurisdiccional (3).

---

(3) Como ha observado el *Tribunale Amministrativo Regionale* (en adelante, TAR) de la Toscana (Sec. III) en su Sentencia de 10 de noviembre de 1994, «en el ámbito de la asistencia social, los espacios de discrecionalidad a reconocer en las estructuras públicas dispuestas para tal fin se han ido reduciendo poco a poco (sólo en algunos casos desapareciendo del todo), signo de que la creación de un sistema general de asistencia social en el ámbito del sector de la seguridad social ya ha superado el viejo concepto de beneficencia con absorción de la segunda en la primera».

### 3. *La globalización de las políticas sociales*

En su Sentencia de 30 de julio de 1981, núm. 174, la *Corte Costituzionale* italiana, al analizar determinados aspectos del Decreto del Presidente de la República 616/1977, certificó ya la existencia de «una nueva línea de política social» —otorgando a ésta el sentido amplio a que antes nos hemos referido— con los siguientes rasgos característicos: «la *ampliatio* de los destinatarios, que prescinde en algunos casos del estado de necesidad; la diversificación de las prestaciones, unida a la extensión del carácter de no discrecionalidad de su erogación; la tendencia a superar la tipificación de las intervenciones según las categorías individualizadas por la actividad laboral de los asistibles, haciéndose en su lugar referencia a los diversos estadios de la vida humana (infancia, vejez) que mayormente reclaman el disfrute de los servicios sociales (...)». Más recientemente, la decisión del Consejo de Estado de 13 de mayo de 1998 (4) ha insistido en estas transformaciones. Efectivamente, las políticas sociales —y ahora me refiero ya concretamente a las antes definidas en su acepción estricta— experimentan en las últimas décadas un proceso de ampliación y diversificación que será comentado a continuación.

#### 3.1. *Ampliación del objeto: de la pobreza a las situaciones de necesidad en general*

El sistema legal decimonónico de la beneficencia centraba su atención sobre el fenómeno de la pobreza. Así, como ya sabemos, la Ley sarda de 1859 y la sucesiva italiana de 1862 proclaman su finalidad «di socorrere alle classi meno agiate» (socorrer a las clases menos acomodadas, o desahogadas) en su artículo 1.º. También la Ley Crispi de 1890 define su objeto en su artículo 1.º sujetando a la Ley las Instituciones que tengan en todo o en parte por fin «prestar asistencia a los pobres, tanto en estado de salud como de enfermedad», o «procurarles educación, instrucción, preparación para alguna profesión, arte u oficio, o de cualquier otro modo su mejora moral y económica».

Sobre tal base legal, la doctrina científica del período se ocupó de definir y clasificar el fenómeno de la pobreza a los efectos de conceptualizar la beneficencia pública y, sobre todo, acotar el alcance de la beneficencia legal. Las clasificaciones de la pobreza fueron abundantes en el período y sorprendente es tanto la similitud de los patrones adoptados como los sofisticados niveles de desagregación que llegaron a veces a alcanzar.

Así, por ejemplo, se distingue entre la indigencia (definida como la miseria absoluta, esto es, la carencia de los medios indispensables para el sostenimiento de la persona) y la pobreza (miseria relativa, esto es, caren-

---

(4) En *Il Consiglio di Stato*, mayo-junio 1998, págs. 781-782.

cia de medios para la satisfacción de otras necesidades) con el propósito de limitar a la indigencia la beneficencia legal (así, BRONDI: 14). Dentro de la indigencia suele distinguirse, a su vez, entre indigentes aptos e ineptos para el trabajo, división que ya adoptara el célebre estatuto inglés de la Reina Isabel de 1601. Los primeros se clasificarían todavía entre «rebeldes al trabajo» y «carentes de trabajo» (5); mientras que entre los segundos cabe distinguir según la incapacidad para el trabajo se deba a la edad —en el caso de los demasiado jóvenes o viejos— o a la enfermedad, ya sea física o intelectual, ya temporal o permanente (BRONDI: 22). Y así sucesivamente, pues la taxonomía da para mucho más (6).

Hoy, sin embargo, en el Estado «pluriclase» la asistencia pública ha extendido su objeto de las situaciones de pobreza a las situaciones de necesidad en general. Dentro de ellas, es cierto que se concentra en determinados colectivos típicos, pero lo hace por razón no tanto de su adscripción a una clase social cuanto de cuál sea su factor de marginación (donde entran tanto la pobreza como la vejez, la discapacidad física o psíquica, la drogodependencia, la pertenencia a una minoría racial, etc). De ello dan buena muestra algunas de las leyes italianas más recientes de protección social. Así, por ejemplo, la Ley de 27 de diciembre de 1997, núm. 449, de medidas para la estabilización de la finanza pública, crea el Fondo para las Políticas Sociales y sitúa como su fin primero «la promoción de intervenciones para la realización de *standard* esenciales y uniformes de prestaciones sociales en todo el territorio del Estado, concernientes a los derechos de la infancia y de la adolescencia, la condición de los ancianos, la integración y la autonomía de los portadores de *handicap*, el sostén de las familias, la prevención y el tratamiento de las tóxico-dependencias, la inserción y la integración de los ciudadanos extranjeros». Todavía más recientemente, el Decreto Legislativo de 31 de marzo de 1998, núm. 112, ha definido a sus efectos (que son los de la descentralización territorial de este sector, entre otros) los servicios sociales como «todas las actividades relativas a la predisposición y prestación de servicios, gratuitos y de pago, o de prestaciones económicas destinadas a remover y superar las situaciones de necesidad y de dificultad que la persona humana (*sic*) encuentra en el curso de su vida, excluidas sólo las aseguradas por el sistema de previsión social y por el sanitario, así como las aseguradas en sede de la administración de justicia» (art. 128).

Luego el objeto de los servicios sociales está hoy abierto en general a las situaciones vitales de necesidad o dificultad de la persona: infancia y adolescencia, vejez, disminuciones físicas, psíquicas o sensoriales y extranjería, a las que el artículo 129 del Decreto Legislativo 112/1998 añade aquellas cuya competencia reserva al Estado: refugiados, víctimas del terrorismo e inválidos civiles.

(5) O, en otra terminología equivalente (la utilizada en España por POSADA HERRERA, *op. cit.*: 30), entre «voluntarios» (o «vagos», sin más) e «involuntarios».

(6) Para una aproximación más extensa y documentada al lenguaje histórico de la pobreza desde la perspectiva española, puede consultarse MAZA ZORRILLA, *Pobreza y asistencia social en España. siglos XVI a XX: aproximación histórica*, Universidad de Valladolid, 1987, págs. 13 y ss.

3.2. *Ampliación del contenido, y su necesaria sistematización.*

Puede afirmarse sin temor a exagerar que el de los servicios sociales es uno de los sectores de la acción administrativa cuya articulación experimenta más dinamismo en las últimas décadas: continuamente se ensayan nuevas instituciones y técnicas de prestación, nuevas formas de organización de los servicios y de relación con los servicios sociales privados. El cuadro resultante de los servicios sociales es muy variado. Con ánimo ilustrativo antes que exhaustivo, me atrevo a proponer la siguiente clasificación:

Prestaciones económicas	{	<ul style="list-style-type: none"> <li>Continuadas: renta mínima de inserción.</li> <li>Temporales: ayudas de maternidad.</li> <li>Extraordinarias                             <ul style="list-style-type: none"> <li>— Ayudas para vivienda.</li> <li>— Ayudas para contingencias extraordinarias.</li> </ul> </li> </ul>
Prestaciones de servicios	{	<ul style="list-style-type: none"> <li>Asist. domiciliaria                             <ul style="list-style-type: none"> <li>— Presencial: servicios de transporte, lavandería, cocina, etc.</li> <li>— Teléfonos de ayuda.</li> </ul> </li> <li>Serv. residenciales y semirresidenciales                             <ul style="list-style-type: none"> <li>— Albergues y dormitorios públicos.</li> <li>— Asilos de ancianos.</li> <li>— Comunidades residenciales.</li> <li>— Guarderías infantiles.</li> <li>— Comedores sociales.</li> <li>— Centros diurnos.</li> </ul> </li> <li>Servicios de información y asesoramiento.</li> <li>Servicios socioeducativos: cursos de alfabetización, cursos para mayores, para inmigrantes, etc.</li> <li>Servicios de rehabilitación, recuperación psicofísica y resocialización.</li> <li>Servicios de asistencia psicosocial a la maternidad, la infancia y la adolescencia.</li> </ul>

A todas estas actividades prestacionales o de servicio público en sentido estricto, que ocupan el centro de la actividad socioasistencial, se añaden otras actividades administrativas de diversa naturaleza, como las obras públicas de eliminación de barreras urbanísticas y arquitectónicas, las campañas publicitarias de información y sensibilización a la población, o la actividad de programación y coordinación de todas las anteriores.

En los últimos años se ha tratado de poner coto a la dispersión de estas políticas, a la estancamiento de sus diferentes regulaciones y gestiones. Si



bien el Estado italiano no ha dictado la tan esperada Ley general reformadora y marco de las políticas sociales, sí ha aprobado alguna medida parcial para la coordinación de tales políticas a nivel nacional: en esta perspectiva se sitúan el Fondo Nacional para las Políticas Sociales (art. 59, ap. 44, de la Ley 449/1997) y el llamado *redditometro* (*ibidem*, ap. 51), con el que trata de establecerse una escala *standard* de medida de la pobreza utilizable por los diversos poderes públicos territoriales competentes, por ejemplo.

Son en todo caso las Regiones las que, en su legislación sectorial, más han evidenciado esta tendencia a la globalización de las políticas sociales, a su sistematización en una red coordinada. A tal efecto, por ejemplo, la Ley regional de Umbria de 23 de enero de 1997, núm. 3, ya utiliza la expresión «sistema de protección social» en su artículo 2; en el 34 establece el «plan social regional» como «instrumento de gobierno del sistema de los servicios y de las actividades sociales mediante el cual la Región define las directrices, los objetivos y las prioridades sociales así como los criterios de actuación de las intervenciones sociales»; y en el artículo 45 establece un único «Fondo social regional» para financiar todas las políticas regionales y municipales en este sector. Esta aproximación globalista de la nueva Ley permite a la Región derogar expresamente nada menos que ocho leyes, lo que ilustra mejor que cualquier otro dato el esfuerzo de simplificación codificadora realizado. Similar es la orientación de la Ley regional de la Toscana de 3 de octubre de 1997, núm. 72, que se propone organizar un «sistema socioasistencial de la Región» «dirigido a realizar una red de protección social, de oportunidades y de garantías al objeto del pleno desarrollo humano y al bienestar de la comunidad, al sostenimiento de los proyectos de vida de las personas y de las familias» (art. 2). Este sistema global se programa con un «plan integrado social regional» con el que se «coordina y racionaliza las políticas en materia de asistencia social» (art. 9) y se financia con un «fondo regional para la asistencia social» (art. 16).

#### 4. *La descentralización de las políticas sociales*

Existe un cierto consenso en la doctrina científica italiana sobre la conveniencia de la atribución de la gestión de la asistencia social pública al nivel territorial local. Así, por ejemplo, GIANNINI (1975: 153) se apoya en las conclusiones de la Comisión Redcliffe Meaud para la reorganización de los poderes locales en Inglaterra y, más concretamente, en su clasificación general ya mencionada de los servicios públicos en «atinentes al territorio» y «atinentes a la persona», para defender que, si bien los primeros pueden ser confiados a entes de ámbito superior, los servicios atinentes a la persona (como la asistencia, la escuela o la sanidad, por ejemplo) se prestan óptimamente por los entes de ámbito territorial local. Desde un punto de vista diverso pero, en este aspecto, concurrente, otros autores han invocado el principio de subsidiariedad para sostener también la preferencia de la gestión local.

En Italia, la Constitución atribuye a las Regiones tanto la potestad legislativa («en los límites de los principios fundamentales establecidos por las leyes del Estado»: art. 117) como las funciones administrativas, «salvo aquellas de interés exclusivamente local, que pueden ser atribuidas por las leyes de la República a las Provincias, a los Municipios o a otros entes locales» (art. 118), entre otras materias, en la que aquí nos ocupa de «beneficencia pública y asistencia sanitaria y hospitalaria».

La descentralización de los servicios sociales ha recibido tres impulsos normativos sucesivos desde la década de los años setenta, en la que se puso en marcha el proceso descentralizador en desarrollo de la Constitución: en primer lugar, el Decreto del Presidente de la República núm. 9 de 1972; en segundo lugar, el Decreto del Presidente de la República núm. 616 de 1977; y, por último hasta hoy, el Decreto Legislativo núm. 112 de 1998.

El artículo 25 del DPR de 24 de julio de 1977, núm. 616, atribuyó a las Regiones la potestad legislativa para determinar los ámbitos territoriales adecuados para la gestión de los servicios sociales y sanitarios, promoviendo formas de cooperación entre los entes locales territoriales y, donde fuera necesario, promoviendo formas incluso obligatorias de asociación entre ellos. En lo demás, atribuyó a los Municipios «todas las funciones administrativas relativas a la organización y a la prestación de los servicios de asistencia y beneficencia» y, en particular, les transfirió «las funciones, el personal y los bienes de las instituciones públicas de asistencia y beneficencia operantes en el ámbito regional». Esta última determinación relativa a las IPAB planteaba dos problemas de relevancia constitucional: el primero, el de su compatibilidad con la declaración constitucional de la libertad de asistencia privada contenida en el último inciso del artículo 38 CI, habida cuenta que las instituciones transferidas a los Municipios eran en su mayoría de iniciativa privada; el segundo, el de su eventual exceso sobre la delegación legislativa atribuida al Gobierno, que no preveía tal cosa; ni de él ni del modelo constitucional podía extraerse tal exclusión de las IPAB de la esfera de intereses propia de las Regiones. La Corte Constitucional, en su sentencia de 30 de julio de 1981, núm. 173, obvió el primero de los problemas, considerando innecesario su estudio al apreciar el segundo y, en consecuencia, declarar inconstitucional la transferencia a los Municipios de las IPAB operada en los términos indicados.

A la vista de esta jurisprudencia constitucional, el Decreto Legislativo de 31 de marzo de 1998, núm. 112, por último, ha redistribuido las competencias en la materia en términos más abiertos: su artículo 131 confiere en general a las Regiones y a los entes locales las funciones y tareas administrativas en la materia «servicios sociales», atribuyendo en particular una posición gestora central a los Municipios para la prestación de los servicios y de las prestaciones sociales y el diseño y realización de la red de servicios sociales. A las Regiones compete, de acuerdo con el artículo 132, adoptar la Ley de reparto específico de funciones entre Municipios, demás entes locales y la propia Región, a cuyos efectos se exige la atribución a la esfera competencial local de las funciones administrativas concernientes a los servicios sociales relativos a los menores, los jóvenes, los ancianos, la

familia, los portadores de *handicap* y disminuciones sensoriales, los tóxico-dependientes y alcohol-dependientes, así como los inválidos civiles (respecto de los cuales, sin embargo, las funciones relativas a pensiones, asignaciones e indemnizaciones se reparten entre Estado —*Istituto nazionale della previdenza sociale: INPS*— y Regiones en el art. 130). A las Regiones se transfieren también, para su atribución «a las Provincias, los Municipios y los demás entes locales en el ámbito de sus respectivas competencias», las funciones de promoción y coordinación operativa de los sujetos y estructuras que actúan en el ámbito de los servicios sociales, en particular las organizaciones de cooperación social y voluntariado y las IPAB.

Como resultado de esta descentralización, el Estado conserva dos grandes grupos de funciones: *a*) las que Erminio FERRARI (1998: 436) califica como de «gobierno del sistema de los servicios sociales», tales como la determinación de los principios y objetivos de la política social, los criterios generales de su programación, los estándares funcionales y organizativos de los servicios sociales, etc.; y *b*) una serie de contadas funciones prestacionales propias: así, por ejemplo, en materia de extranjería y víctimas del terrorismo.

La primera, la más importante y pacífica de tales funciones, la de «gobierno del sistema», sólo se ha ejercido hasta el momento aisladamente, por ejemplo regulando y dotando el Fondo Nacional para las Políticas Sociales, creado por la Ley 449/1997 y modificado en el artículo 133 del propio DLeg. 112/1998, siendo así que, para su ejercicio, compete al Estado dictar una Ley «que sería a un tiempo ley marco (7) a los fines del artículo 117 Cost. y ley de reforma económico-social en el sentido de los Estatutos especiales», como ha recordado la Corte Constitucional en su Sentencia de 30 de julio de 1981, núm. 174. Sin embargo, las Regiones han ido dictando su legislación sobre servicios sociales «a cielo abierto», sin que el Estado, a su vez, haya dictado una Ley marco en la materia, pese a la larga sucesión de proyectos decaídos en el Parlamento y a que había sido unánimemente reclamada por expertos (como la Comisión a que se hará alusión a continuación), por la doctrina científica (por todos, DE SIERVO, 1987: 453, de nuevo en 1994: 224, 228, 230 y 233; SALA: 44; SANDULLI: 779; PASTORI: 1043; P. CAPUTI, 1999: 393) e incluso por la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En efecto, ya la Sentencia de 30-7-1981, núm. 173, abre su fundamento jurídico 12.º con la siguiente advertencia: «muy serias son las consecuencias de la carencia, todavía hoy, de la ley sobre la reforma de la asistencia pública». Siete años después, la Corte insistía en el fundamento jurídico 8.º de la Sentencia de 7 de abril de 1988, núm. 396, con la que se veía obligada a declarar inconstitucional el artículo 1.º de la Ley Crispi de

---

(7) A lo largo del trabajo se han traducido las categorías italianas de la *legge cornice* o *legge quadro* del artículo 117 de la Cost. It. por «ley marco», por ser ésta su traducción literal y más habitual, pese a no tener una correspondencia exacta con la figura del artículo 150.1 CE. La *legge cornice* es una Ley estatal que fija los principios fundamentales en materias para las que la potestad legislativa está atribuida a las Regiones, que la pueden ejercer incluso en defecto de regulación estatal, por lo que presenta ciertas similitudes con la ley básica española.

1890, provocando un cierto vacío legal, precisamente por la inactividad del legislador en su derogación y sustitución: «la Corte no puede dejar de subrayar cómo, no obstante el largo tiempo transcurrido, se ha dejado irrealizado el auspicio que, en la ya citada sent. 173/1981, había sido formulado, aunque sea de forma indirecta, acerca de la exigencia de una intervención legislativa de carácter general», «auspicio» que sigue hoy sin ser atendido, más de una década después.

Para ilustrar y confirmar la gravedad de la situación sirven las palabras del informe de 1996 de la Comisión de Investigación sobre la Pobreza y sobre la Marginación constituida por el Gobierno: «no ha existido una voluntad de proveer un conjunto de referencias e indicaciones unitarias que permitieran reconducir las diferenciaciones y articulaciones locales en un sistema de seguridad social cuando menos coherente a nivel nacional desde el punto de vista de la garantía de los derechos sociales mínimos. (...) Esta situación ha llevado con el tiempo a la consolidación de un sistema de ciudadanía social diferenciado formalmente sobre el territorio nacional que ve coexistir realidades muy diferentes y en cuyo interior los ciudadanos disfrutaban “paquetes de derechos” muy diversos entre sí, que no dependen de la condición de necesidad, sino del lugar en que la necesidad surge y de la particular configuración que en ese particular lugar tienen los sistemas de tutela e intervención para tales situaciones» (COMISIÓN...: 7-8). Estas son las perversas consecuencias de una pertinaz inhibición del Estado que cabe calificar de inconstitucional por omisión.

## 5. *La crisis del Estado social y las nuevas formas de gestión pública*

### 5.1. *De la prestación de servicios a la prestación económica.*

Como ya sabemos, en Italia el artículo 128 del Decreto Legislativo 112/1998 define los «servicios sociales» como todo tipo de actividad relativa a la provisión de servicios o de *prestaciones económicas* destinados a remover y superar situaciones de necesidad o dificultad de la persona. Luego los «servicios sociales» no adoptan siempre la forma de servicios públicos *stricto sensu*.

En efecto, los poderes públicos ensayan hoy otras formas de asistencia social, no consistentes ya en proveer al necesitado de los bienes y servicios necesarios para su subsistencia o para su integración social, sino de los recursos financieros para que pueda procurárselos libremente por sí mismo. Las ventajas de esta opción parecen claras: reducción de costes de la gestión, mayor autonomía del beneficiario. La prestación económica despersonaliza la relación jurídica entre gestor público y ciudadano, por lo que resulta, desde luego, menos comprometida que la de servicios: compromete menos recursos (menos personal y menos bienes precisan ser afectados) y diluye la responsabilidad del gestor sobre los resultados (tanto la responsabilidad social —la que cabe medir por la calidad del servicio o grado de satisfacción de su usuario— como la jurídica —la patrimonial y penal que

puede derivarse de la prestación de un servicio—). Pero, por ello mismo, no carece de inconvenientes: se produce una pérdida de control del destino que el beneficiario da a los fondos públicos y, por ello, el riesgo de una menor eficacia en la consecución de los fines de solidaridad perseguidos. Esta consideración obliga a matizar la opinión según la cual las ventajas mencionadas redundan en una mayor eficiencia. No debemos olvidar que la eficiencia no es minimización de costes sin más, sino consecución de objetivos a coste mínimo. Y en cuanto a la consecución de objetivos, parece claro que la prestación económica para el goce de una renta mínima no garantiza en sí misma la inserción social de sus beneficiarios: puede decirse que es un «factor higiénico» de la misma, una condición necesaria, pero no siempre suficiente. Por ello debe concebirse, en su caso, como una herramienta lógicamente previa a los servicios sociales antes que sustitutiva de los mismos.

En Italia, un ejemplo de este tipo de prestaciones económicas ha sido puesto en marcha con carácter experimental a nivel nacional con la implantación del *reddito minimo di inserimento* («renta mínima de inserción»), aprobado por la Ley 449/1997, ya citada, de medidas para la estabilización de la finanza pública. La institución se introduce en el apartado 47 del artículo 59 de la Ley, «en vía experimental, en espera de la reforma de los institutos que prevén la transferencia de rentas a las personas, y en los límites de los recursos preordenados a tal fin en el ámbito del Fondo» ya citado para las Políticas Sociales. Sus beneficiarios son «los sujetos privados de renta solos o con uno o más hijos a su cargo e imposibilitados de proveer por causas psíquicas, físicas y sociales al mantenimiento propio y de los hijos». La duración y los términos precisos del «experimento» deberán ser fijados por el Gobierno mediante Decreto Legislativo.

Esta modalidad de prestación recuerda por su contenido a las prestaciones por desempleo de la Seguridad Social, si bien es manifiestamente diversa, pues no se basa en el aseguramiento mediante la contribución del beneficiario, es decir, en la noción de *riesgo*, sino en una filosofía de solidaridad pura y, por tanto, en la noción de *necesidad*. Esto supuesto, a ambas les resulta aplicable lo dicho en el párrafo anterior y, en efecto, en línea con lo ahí concluido, las prestaciones por desempleo cada día más se complementan con prestaciones de servicios públicos, ya no sólo de colocación, sino también de formación, por ejemplo, a los desempleados.

Ambas plantean, por último, un problema de encaje en las clasificaciones al uso de las formas de actividad de las Administraciones públicas, que las sitúa a caballo entre las configuraciones tradicionales de las actividades de fomento y de servicio público. Por su finalidad, estas prestaciones económicas no son fomento y, por su naturaleza, no son servicio público, si por tal entendemos exclusivamente la prestación de servicios. En efecto, en primer lugar, aunque consisten en la aportación de una prestación o ayuda económica, no pueden catalogarse como actividad de fomento porque no tienen por objeto incentivar una actividad privada de interés general, sino subvenir a situaciones de necesidad de la persona. Y, en segundo lugar, tampoco son actividad de servicio público, al menos en el sentido

estricto que sigue dando a este concepto parte de nuestra doctrina, porque no consisten en la prestación de un servicio de contenido económico (susceptible por ello de gestión por privados pero cuya titularidad se reserva el poder público), sino en una prestación monetaria. La adecuada resolución de esta dificultad aconseja apoyar la corriente doctrinal que propugna sustituir la equívoca noción de actividad de servicio público por la de actividad prestacional de las Administraciones públicas, término que permite englobar en ella, sin forzarla, a la prestación económica junto a la prestación de servicios.

### 5.2. *La descarga de la gestión en el llamado «tercer sector».*

La segunda gran manifestación de la crisis de confianza del Estado social se observa, en esta materia, en la progresiva sustitución de la gestión directa y con medios propios de la Administración, de los servicios públicos asistenciales, por formas diversas de regulación y financiación de su prestación por entes del llamado «tercer sector», que ha llevado a dicho sector a experimentar un espectacular auge y mutación. En su informe de 1996 sobre «las políticas sociales contra la exclusión social», la Comisión de Investigación sobre la Pobreza y la Marginación constituida por el Gobierno italiano da cuenta, por ejemplo, de que en la política de integración social de los ancianos mediante asistencia domiciliaria «la tendencia va hacia una progresiva reducción de la organización municipal dedicada a esta función y a la externalización de la prestación del servicio», y ofrece algunos datos al respecto: en Bolonia y Catania el personal de cooperativas con convención representa el 80 por 100, en Milán el 65 por 100, en las demás ciudades estudiadas (con la sola excepción de Nápoles) se sitúa en torno a la mitad del personal operativo (COMISIÓN...: 87-88). La incorporación de organizaciones del llamado «tercer sector» a la gestión de los servicios públicos sociales mediante convenio se ha convertido, pues, en un fenómeno habitual, que incluso supera a la gestión con los medios propios de los poderes públicos en algunos casos. Como ventajas de esta forma de gestión la Comisión apunta la disminución de costes y la mayor flexibilidad operativa (*ibidem*). Tal es la percepción mayoritaria en una coyuntura en la que el servicio público y, sobre todo, su gestión directa se hallan sometidos a revisión, apareciendo el tercer sector «como sustituto del sector público ineficiente» (ITALIA y ZUCCHETTI: 15-16).

Pero quizás quepa aventurar también otras causas de este fenómeno, causas no ya sólo reconducibles a la eficiencia de los servicios (optimización de recursos), sino a su misma eficacia (consecución de fines) y calidad (satisfacción de destinatarios). Nótese que la emergencia del tercer sector no es homogénea en todas las ramas de la actividad de interés general, sino que se concentra manifiestamente en el ámbito de los que aquí hemos llamado servicios sociales en sentido amplio o servicios a la persona: educación, cultura y, sobre todo, asistencia sanitaria y asistencia social. No cabe decir lo mismo de los servicios al territorio, que siguen pres-

tándose bien directamente por el sector público (Administraciones titulares y sus entes instrumentales), bien indirectamente por el sector privado. Luego, junto a planteamientos generales sobre la eficiencia del sector público en el Estado social, hay que buscar explicaciones basadas en la peculiaridad de los servicios sociales en general y los asistenciales en particular. Presentan, en efecto, estos servicios una «textura» peculiar, cuyo estudio excede del objeto de este trabajo pero que podemos apuntar al menos en los siguientes aspectos, que se encadenan lógicamente: 1.º máxima proximidad a las ideas de dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad (pues hablamos de actividades de prestación que tienen por objeto determinadas dimensiones de la personalidad); 2.º consecuente dificultad de su programación legal sustantiva, más allá de lo meramente organizativo, y 3.º dificultad también para su prestación burocrática, pese a los esfuerzos hechos en las últimas décadas para la «humanización» de ésta (programas de calidad, etc.). Nada hay de extraño, pues, en que el Estado descargue cada día más su gestión en el tercer sector.

Con las expresiones «tercer sector», sector *non profit* o sector «privado social» se quiere identificar, en una primera aproximación imprecisa, un ámbito organizativo diferente tanto del Estado como del mercado. Más estrictamente, constituye el conjunto de organizaciones de iniciativa privada, normalmente sin ánimo de lucro, dirigidas a fines de solidaridad social. Nótese que ausencia de ánimo de lucro y servicialidad al interés general (género del que los fines de solidaridad social constituyen una especie) no es necesariamente lo mismo: de un lado, porque en algunos países (entre los cuales no se encuentra España, pero sí Italia, por ejemplo: vid. art. 28, p. 3.º, del Cód. Civil italiano) una fundación (entidad sin ánimo de lucro) puede tener por fin la tutela de intereses familiares del fundador y, por tanto, particulares, no generales; de otro lado, porque entidades con ánimo de lucro pueden ser de interés general e incluso perseguir fines de solidaridad social (es el caso emblemático, siguiendo con el modelo italiano, de las cooperativas sociales). De ahí que, como se observará más detalladamente en el tercer y último apartado (III) de este estudio, las leyes italianas reguladoras tanto de las ONG como la del voluntariado exijan separadamente, en la delimitación de su ámbito de aplicación, la carencia de ánimo de lucro y la servicialidad a fines de solidaridad; mientras que la más amplia Ley de las ONLUS sustituya el primer requisito aludido por la prohibición de retribuir con bienes, fondos, reservas o capitales a terceros que no compartan los mismos fines. Puede decirse, en definitiva, que con la expresión tercer sector quiere hacerse referencia a la *filantropía social organizada*.

Si en el mundo anglosajón, donde primero se desarrolló el sector y mereció la atención de la doctrina, el fenómeno se conoce como sector *non profit*, en el modelo continental europeo, y preferentemente en el latino, se utiliza más la expresión «tercer sector». Tal diferencia terminológica no puede atribuirse a la casualidad, si se tiene presente que en los países anglosajones los poderes públicos tienen una larga tradición de confianza a agentes sociales de la prestación de los servicios a la persona (educación, sanidad, cultura), cuya titularidad se les reconoce y acompaña de la finan-

ciación y vigilancia que demandan el interés general; mientras que los países continentales han tratado de desarrollar más bien su Estado social sobre la base de la tradicional separación entre lo público y lo privado, mediante la publicación y gestión directa de ciertos servicios esenciales.

«Debemos en este punto destacar que en nuestro ordenamiento la configuración de disciplinas particulares de los entes jurídicos privados orientadas a la tutela de particulares finalidades sociales es bastante poco conocida y utilizada. Tales disciplinas deberían dar garantía de que los fines que interesan a los centros del gobierno institucional nacional o local vengan adecuadamente perseguidos por entes privados.

Demasiados elementos de nuestra tradición jurídica se han opuesto siempre a la adopción de tales instrumentos normativos: la decimonónica aversión a los entes intermedios entre ciudadanos y Estado-gobierno, la hostilidad a la mano muerta eclesiástica y de los entes morales, la centralización burocrática de las funciones administrativas, la tendencia de nuestro Derecho a una rígida partición de los campos público y privado, la configuración, para los servicios públicos y para lo que en cualquier modo gravita en campo público, de conformaciones subjetivas y de instrumentos operativos particulares» (DE CARLI: 239).

El texto reproducido se refiere a Italia, pero es enteramente aplicable a Francia o a España. Es en estos países donde más novedad y problemas de encaje dogmático plantea el fenómeno de que hablamos, que, sin embargo, empieza también a experimentar un fuerte desarrollo en las últimas décadas de la mano de la superación histórica de la mayoría de los obstáculos mencionados y, sobre todo, de la aludida crisis del Estado social, del paradigma de la gestión privada como modelo de eficiencia y de la influencia de las instituciones anglosajonas. Se habla en ellos de «tercer sector» (aludiendo aquí el término sector a la división en «sector público» y «sector privado») porque es privado por su origen o iniciativa pero público por su finalidad, con una notable publicación de su régimen jurídico, lo que lo caracteriza como un *tertium genus* con elementos *originarios* del sector privado y otros *adquiridos* del público.

El dato fundamental de su establecimiento por iniciativa de sujetos privados o de Derecho ordinario llama primariamente, en efecto, a su inclusión en el sector privado, y a la aplicación al mismo del Derecho común o privado, empezando por la autonomía de la voluntad. Pero inmediatamente se constata que su servicialidad a fines de interés general (y público) legitima también su regulación por el Derecho público, con el objeto de establecer incentivos y controles por el poder administrativo y, lo que es a estos efectos más importante, de delimitar un ámbito específico de la



autonomía de la voluntad en la actividad de las organizaciones del tercer sector que sea coincidente con la interpretación que el poder público haga del interés general. Una disciplina jurídico-pública, pues, particularmente intensa porque no sirve sólo a intereses de terceros y de miembros o partícipes en la organización, sino también a intereses públicos. A tal efecto, el Estado ha ejercido su poder regulador para configurar estatutos-tipo especiales para determinadas organizaciones sociales al servicio de determinados fines, con el objeto de funcionalizar su actividad y erigirlas en colaboradoras de la propia Administración pública en la prestación de los servicios públicos sociales.

En efecto, la autonomía de la voluntad es plenamente consustancial al negocio fundacional o constitutivo de la organización y vuelve a ser ejercitada en el momento de su acogimiento al estatuto especial mencionado; sigue rigiendo en el momento sucesivo, el de la actividad de la organización así constituida y acogida a dicho estatuto, pero ya constreñida a la compatibilidad con la determinación que del interés general hagan los poderes públicos, so pena de la pérdida del privilegiado régimen «exorbitante» de que la ha hecho acreedora, esto es, no de la pérdida de su personalidad y capacidad de Derecho privado, sino de su devolución al régimen común. Esta *superposición* de regímenes, uno jurídico-privado y otro administrativo, en la que la aplicación del segundo es decantada por la propia organización voluntariamente en el ejercicio del primero, y en la que el segundo y especial *prima*, mientras rige, sobre el primero u ordinario (sin derogarlo ni confundirse con él), es, a mi juicio, la que sitúa al tercer sector a medio camino entre el sector público y el sector privado y la que, unida a la heterogeneidad de las especies organizativas que alberga, dificulta sobremanera su aprehensión como categoría jurídica.

Dos precisiones pueden hacerse al respecto, para ilustrar mejor esta dificultad: la primera, que hablamos de superposición de regímenes y no de sustitución de uno por otro, porque, tratándose de entes de iniciativa privada y de tipología asociativa o fundacional, el régimen jurídico-público no puede ya desplazar al jurídico-privado. En otros términos, el Derecho imperativo no puede anular la autonomía de la voluntad porque lo impide el modelo constitucional que, al consagrar las libertades constitucionales de asociación y de fundación —en lo organizativo— y de asistencia —en lo material—, ha querido dejar abierto el camino de las organizaciones privadas al servicio de intereses generales. La funcionalización que de tales organizaciones se hace al servicio del interés público es, por ello, voluntaria, de manera que podemos concluir que se trata de un *Derecho imperativo electivo*: indisponible pero sólo en la medida en que la organización de que se trate opte por acogerse a dicho *status* peculiar. Sobre ello nos extenderemos más adelante.

En segundo lugar, hablamos de la superposición de dos planos que no son paralelos, puesto que se forman con vectores bien diversos, por lo que el espacio que se configura entre ellos (que es el espacio del tercer sector) varía prácticamente en cada punto que se tome en consideración; presenta, como gusta decir ahora, una geometría variable. El primero, el plano jurídico-privado, delimita negativamente la capacidad de obrar de la orga-

nización —la persona jurídica— en función de la estructura de los intereses constitutivos (entes de base asociativa o corporativa y entes de base fundacional o institucional) y la naturaleza y fines de su actividad (entes con ánimo de lucro o sin ánimo de lucro), resultando un conjunto de categorías organizativas típicas y formales idóneas para las diversas modalidades de organización social: sociedades mercantiles (de entre las cuales, colectivas o capitalistas), asociaciones, fundaciones, etc. El plano jurídico-público, por el contrario, no persigue subvertir ni alterar este orden de la actividad social, sino, sobre su base, delimitar positivamente las concretas condiciones de su integración en determinadas políticas públicas, para lo que le basta con introducir modulaciones «en más» y «en menos» en su capacidad de obrar. Por ello es indiferente a las anteriores categorías formales, sentando más bien las reglas de carácter material, orgánico y funcional, que hagan posible y doten de garantías a su colaboración con las Administraciones públicas en la gestión de servicios públicos. Frente a la abstracción y estabilidad connaturales al primer plano, el segundo se caracteriza por variar normalmente en la materia (según el sector de actividad de que se trate: asistencial, ambiental, cultural, etc.), en el espacio (por la habitual descentralización de la potestad legislativa en la materia) y en el tiempo (por su instrumentalidad respecto de las cambiantes políticas públicas), como es habitual en el Derecho público.

### III. ACCIÓN ADMINISTRATIVA Y TERCER SECTOR

#### 1. *Público y privado en la actividad asistencial.* *La libertad de asistencia privada*

La actividad asistencial del Estado halla fundamento constitucional, como ya se ha advertido, en la proclamación de la igual dignidad de la persona, el valor de la solidaridad y el deber de los poderes públicos de remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando la efectividad de la libertad y la igualdad de los hombres, impiden el libre desarrollo de su personalidad. Así resulta de los artículos 2 y 3 de la Constitución italiana, como también de los artículos 9, 10 y 14 de la española.

De dichos materiales constitucionales resulta que la asistencia social puede ser, desde luego, objeto de servicio público. E incluso debe serlo, como ahora se verá. Sin embargo, dicha actividad no puede identificarse sin más con un servicio público —en sentido orgánico o subjetivo, esto es, entendido como resultado de una *publicatio* o reserva integral al sector público— porque lo impiden, a su vez, los artículos 38 de la Constitución italiana y 41 de la española, en cuanto proclaman la libertad de la asistencia privada.

Según el artículo 38 de la Constitución italiana:

«Todo ciudadano discapacitado para el trabajo y desprovisto de los medios necesarios para vivir tiene derecho al mantenimiento y a la asistencia social.

Los trabajadores tienen derecho a que se prevean y aseguren medios adecuados a sus exigencias vitales en caso de infortunio, enfermedad, invalidez y vejez, desocupación involuntaria.

Los discapacitados y los disminuidos tienen derecho a la educación y a la formación profesional.

A los objetos previstos en este artículo proveen órganos e institutos predispuestos o integrados por el Estado.

La asistencia privada es libre.»

De un lado, la asistencia pública es mandada por la Constitución; de otro, la libertad de la privada es garantizada por ella. Esta determinación constitucional ha afectado al modelo de monopolio público de la entera actividad asistencial seguido por el legislador italiano desde la *Ley Crispi*, como ha afirmado la Sentencia de la Corte Constitucional de 7 de abril de 1988, núm. 396, que declaró inconstitucional el artículo 1.º de dicha Ley (el que proclamaba antes públicos a todas las instituciones de beneficencia) en cuanto excluía la posibilidad de la personalidad de Derecho privado de las IPAB, aun cuando tuvieran los requisitos de una institución privada, y constató que, por efecto de la Constitución, se había producido una «inversión de tendencia, en el sentido de la superación del principio de publicación generalizada» y a favor del «principio pluralístico» que entiende instaurado por la Constitución republicana.

Más aún, cabría incluso plantearse si la proclamación de la libertad de la asistencia privada no aboca a introducir un principio de orden en las relaciones entre asistencia pública y privada. Me refiero al principio de subsidiariedad «horizontal», entendiéndolo por tal no ya la prelación entre los diversos escalones territoriales del Estado (que podríamos denominar subsidiariedad «vertical»), sino la subordinación de la iniciativa estatal respecto de la social. Este principio es hoy objeto de un sugerente debate en Italia, y no falta quien afirme que «el campo de los servicios sociales constituye el terreno naturalmente idóneo para dar aplicación al principio de subsidiariedad» (PASTORI: 1045) en el sentido aquí indicado.

En cualquier caso, quepa o no reinterpretar el pluralismo como subsidiariedad horizontal, la conclusión alcanzada por la Corte Constitucional italiana sobre la aplicación del principio del pluralismo a los servicios asistenciales puede ser vista como expresión particular de un postulado más general, según el cual dicho principio rige con carácter general para todos los servicios sociales, entendidos en sentido amplio. Giuseppe CAIA ya ha llamado la atención sobre el hecho de que «solamente los servicios públicos de contenido económico-productivo son susceptibles de ser monopolizados por los poderes públicos» (en MAZZAROLLI *et al.*: 947). CAIA ejemplifica este postulado en la Constitución italiana, en la que, de un lado, el artículo 43 menciona sólo las empresas como objeto de la reserva de determinadas actividades a la mano pública; mientras que, de otro, los artículos 33, apartados 1 y 3, y 38, en su inciso final, excluyen el monopolio público para las prestaciones de servicios inherentes a la instrucción y la

asistencia, que son —dice— actividades típicas pertinentes a la esfera social de una comunidad moderna de individuos.

La clasificación de los servicios públicos en «sociales» (o «asistenciales» o «de solidaridad»), de un lado, y «económicos», de otro, es convencional en las doctrinas científicas tanto italiana como española y ha recibido nuevo impulso y significado en el marco del Derecho comunitario europeo de la competencia (8).

Las categorías que manejamos son abstractas y tendenciales, por lo que sirven mejor a propósitos expositivos que prescriptivos. Esto supuesto, esta clasificación de los servicios guarda, creo yo, íntima conexión con la otra que ha sido utilizada más atrás acudiendo a GIANNINI: la que distingue entre servicios a la «persona» y «al territorio». Y es que una y otra taxonomía se apoyan, en definitiva, en la *summa divisio* de los bienes jurídicos en personas y cosas. Servicios «sociales» o a la persona son los que tienen por objeto inmediato a ésta. Servicios al «territorio» son, como también se ha dicho en su momento, los que tienen las cosas por objeto inmediato (aunque su destinatario final sea también la persona), cosas cuyo soporte común es el territorio y que constituyen recursos escasos. Por ello mismo, la administración de dichas cosas o recursos es intrínsecamente económica, lo que permite concluir que los servicios al territorio son, en línea de principio, servicios económicos.

CAIA no explica, en cualquier caso, la razón de esta diferenciación básica en el régimen jurídico de uno y otro orden de servicios. A mi juicio, dicha explicación puede basarse en que la salud, la educación, la cultura o la integración social, objeto de los llamados «servicios sociales» en sentido amplio, no son bienes jurídicos ordinarios, la configuración de cuyo régimen jurídico sea más o menos libre, sino dimensiones necesarias de la personalidad, que es el suelo axiológico de todo el ordenamiento jurídico. Como tales, son objeto no sólo de derechos de prestación, sino también de libertades fundamentales cuya garantía se ve favorecida por el pluralismo en dicha prestación. Se cierra así el razonamiento aquí esbozado, según el cual los servicios sociales en sentido amplio (o servicios a la persona) han de ser por naturaleza plurales en un Estado social y democrático de Derecho.

---

(8) Al alcance y los problemas de aplicación de tan abstracta clasificación en este marco del Derecho comunitario (que extiende con carácter general la competencia a los servicios económicos, aunque admitiendo su atenuación o excepción en los de interés general) me he referido ya en otro trabajo (MARCOS VAQUER CABALLERÍA, *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios*, Madrid, Marcial Pons, 1999, págs. 157 y ss.), al que me permito remitir en este momento.

## 2. *Las organizaciones sin ánimo de lucro en Italia*

### 2.1. *Las instituciones públicas de asistencia y beneficencia (IPAB) de la Ley Crispi, su evolución y el expurgo de las instituciones privadas por naturaleza.*

La doctrina científica que se ocupó de las IPAB tras la aprobación de la Ley Crispi coincidió mayoritariamente en confirmar su naturaleza jurídica pública, por razón de su finalidad pública y de acuerdo con la denominación legal recibida (vid. SANDULLI: 764; SEPE: 131-133). Así, por ejemplo, para BRONDI (10), «si bien su origen se deba a una afirmación de voluntad privada, individual o colectiva, tienen también la impronta pública, por el fin público que forma la razón de su existencia».

De entre esta corriente dominante destaca Santi ROMANO, por su doctrina más elaborada, basada en la consideración de las IPAB como una manifestación de autarquía. ROMANO distingue, dentro de los que denomina «sujetos auxiliares del Estado» (que son también, como él, sujetos activos de la potestad administrativa), entre los sujetos «autárquicos» y los privados que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos. La distinción consiste en que «la autarquía es una forma específica de la capacidad de Derecho público», luego no un ejercicio privado de funciones públicas, y se fundamenta en que a los intereses a que sirven los sujetos autárquicos «no les es extraña una persona superior, el Estado, al que, en abstracto, podrían ser confiados, excluyendo aquella capacidad» (1937: 84-85).

Luego los intereses de los sujetos autárquicos son públicos, lo cual no quiere decir —en los últimos escritos del autor que se ocuparon del tema, en los que matizó su doctrina anterior— que coincidan necesariamente con los del Estado, sino que no le son extraños ni indiferentes, de forma que «los intereses particulares» del sujeto autárquico «deben subordinarse a aquél, más elevado y general,» del Estado (1937: 85). «La actividad del sujeto autárquico no es meramente lícita, es decir, no es privada, sino que es funcional, en el sentido de que debe explicarse en función del interés superior del Estado y, por tanto, es pública. El ordenamiento que liga entre sí al Estado y a los entes autárquicos es una especie de ordenamiento de familia, de una familia cuya cabeza es el Estado» (1950: 357-358). Pues bien, ROMANO incluye expresamente a las Instituciones Públicas de Beneficencia entre las personas jurídicas públicas de naturaleza autárquica, lo que juzga perfectamente compatible con que carezcan de poderes de imperio y con que puedan ser de fundación privada (1937: 88, 91, 93).

Prácticamente la única voz discrepante, en el panorama descrito, fue la de LONGO. El autor escribió precisamente en el Tratado de ORLANDO, el mismo en que lo hizo BRONDI, a continuación de éste, discrepando expresamente de él, así como de ROMANO y demás autores coetáneos que cita. LONGO acepta que las IPAB sean públicas «si con ello se quiere indicar que son consideradas por nuestro ordenamiento vigente como sujetas a una serie compleja de influencias y vigilancias de parte del Estado, y por lo que

se refiere a los límites de su libertad de constitución, y por lo que se refiere a su actividad y administración; si se quiere indicar que esta amplitud de injerencia del Estado llega al punto de transformar radicalmente las finalidades (...)» (387), pero sitúa la cuestión en el plano sustancialista de su naturaleza intrínseca, más allá de su configuración legal. En él, «las instituciones de beneficencia son, por sí mismas y en sí mismas, una manifestación de voluntad privada, nacen y se desarrollan en el campo del Derecho privado, por cuanto afecta a la constitución y a la administración y a la libre consecución de su fin» (394).

La posición de LONGO, como digo minoritaria, si no única, en su contexto histórico, ha sido posteriormente reivindicada y aun considerada premonitoria (vid. SANDULLI: 767). Porque hoy, de un lado, se consideran científicamente superadas la aversión a los cuerpos intermedios entre Estado e individuo y la consecuente identificación entre fines de interés público y organización pública; y, de otro lado, como sabemos, la sentencia de 7 de abril de 1988, núm. 396, de la Corte Constitucional ha declarado inconstitucional el artículo 1.º de la Ley Crispi en tanto que contrario a la libertad constitucional de asistencia privada. En todo caso, debemos resistir la tentación de valoraciones injustas por anacrónicas: a diferencia de las personas físicas, las personas jurídicas no tienen más existencia y naturaleza jurídicas que la que les atribuye el ordenamiento. Esto supuesto, cuando la Corte Constitucional afirma que el inciso final del artículo 38 de la Constitución sanciona el derecho de los privados «de instituir libremente entes de asistencia y, *consecuentemente*, el de ver reconocida, para tales entes, una calificación jurídica conforme a su propia *efectiva naturaleza*» (la cursiva es nuestra), la Corte está derivando tal naturaleza del texto constitucional, no de apriorismo iusnatural alguno. En efecto, la proclamación constitucional de la libertad de la asistencia privada presupone la existencia de una asistencia privada, luego la Constitución sienta una institución que a su intérprete compete perfilar conforme a su imagen característica: asistencia privada es la promovida por privados en ejercicio de la autonomía de la voluntad, y su libertad la hace acreedora —nos dice la Corte Constitucional— de un régimen de Derecho privado incompatible con el contenido en la *Ley Crispi*.

Pero en el tiempo en que LONGO escribía, ni la Constitución de 1947 había sido promulgada ni las IPAB eran realmente, en su configuración legal, entes privados (aunque sí de iniciativa eventualmente privada), según se ha expuesto en un somero análisis de las mismas en la parte histórica de este trabajo (vid. *supra*, ap. I.2). Allí se ha visto que su disciplina, ciertamente singular, no constreñía simplemente, sino que anulaba o desplazaba la autonomía de la voluntad en varios e importantes aspectos de su régimen jurídico (9) y los sujetaba a potestades administrativas que, más que

---

(9) A cuanto decimos no cabe oponer el hecho de que, en lo que no fuera incompatible con dicha disciplina ni en consecuencia se viera desplazado por ella, la Ley Crispi respetase la finalidad fundacional del ente y sus estatutos. En una sentencia de 29 de diciembre de 1995, el TAR de Lombardia-Milano afirma que las IPAB «son entes públicos caracterizados por un régimen jurídico absolutamente peculiar en el que se entrelazan perfiles

de intervención, eran de organización. Precisamente porque el artículo 1 de la Ley Crispi configuraba a los IPAB como auténticos entes públicos es por lo que ha sido declarado inconstitucional: no se declara inconstitucional, a mi juicio, una declaración legal puramente formal, un mero *nomen legis*, sino un auténtico *nomen iuris*, por aplicación a los entes de iniciativa privada de un régimen legal singular e incompatible con la libertad garantizada ex artículo 38 Const. It. (en este sentido, FERRARA: 462). Luego, por lo mismo, la calificación de las IPAB de iniciativa particular como entes privados entre 1890 y 1947 sólo podía apoyarse en voluntaristas argumentos de *deber ser*, de *lege condenda*, y en este sentido —que no es, desde luego, el que le dio su autor— sí puede considerarse premonitorio el trabajo de LONGO.

El debate aquí resumido ha trascendido del ámbito sectorial de la asistencia a la teoría general del Derecho público de la organización, llegando a capitalizar las discusiones sobre la naturaleza de los entes públicos y privados y los criterios de su distinción en la doctrina italiana [pueden verse, por todos, los trabajos aquí citados de FERRARA, FERRARI (1988), SANDULLI y DE SIERVO (1994) para hacerse idea de ello]. Pese a su interés histórico y científico, ha sido superado en el plano positivo: la Sentencia de la Corte Constitucional de 1988, como se acaba de recordar, declaró inconstitucional la publicación indiscriminada de las instituciones de beneficencia operada por el artículo 1.º de la Ley Crispi y permitió a las instituciones de beneficencia de ámbito regional o infrarregional que siguieran reuniendo los requisitos de una institución privada refundarse como personas jurídicas de Derecho privado. Para su ejecución se dictó el Decreto del Presidente del Consejo de Ministros de 16 de febrero de 1990. En él se determinó qué instituciones debía entenderse que reunían los requisitos para el reconocimiento de su personalidad jurídica de Derecho privado (las de carácter asociativo, las de carácter institucional promovidas y administradas por privados y las de inspiración religiosa) y se estableció el procedimiento para que las instituciones interesadas pudieran instar de las Regiones tal reconocimiento. Tales organizaciones pueden, pues, acogerse a la forma de personificación jurídico-privada que corresponda a su estructura (asociación, fundación, cooperativa) y a los regímenes específicos que, en su caso, sean aplicables a su actividad y a la forma solidaria de su prestación (organizaciones de voluntariado, cooperativas sociales).

En lo referente a las instituciones públicas de asistencia y beneficencia en sentido estricto, esto es, las creadas por entes públicos y las restantes no reconocidas como ente privado, han sido, como ya sabemos, transferi-

---

publicísticos y perfiles privatísticos». Entes públicos singulares, en definitiva, cuya autonomía se reconduce en consecuencia a la noción de autonomía administrativa como potestad enmarcada en la heteronomía legal, antes que a la de autonomía de la voluntad. Tal es la terminología utilizada por el Tribunal cuando advierte que el de una IPAB es un «estatuto de un ente público, expresión de potestad estatutaria autónoma» que «constituye la fuente normativa de su ordenamiento», su «ley fundamental» en tanto que representa «un *quid novi* y diverso respecto de las leyes del ordenamiento general, en el ámbito que le es reservado por este último» (*I TAR*, febrero 1996, págs. 489-494).

das al ámbito competencial regional y, sobre todo, local, y siguen provisionalmente reguladas por la Ley Crispi hasta que se dicte la esperada ley marco de la asistencia. Entretanto, los artículos 22 y 23 de la Ley de 8 de junio de 1990, núm. 142, sobre ordenamiento de las autonomías locales, han previsto las «instituciones» —tipo de sujeto organizativo sin personalidad jurídica pero con autonomía de gestión— precisamente para la prestación «de los servicios sociales sin relevancia empresarial» de competencia local, por lo que es previsible que éste sea el futuro organizativo del sector asistencial municipal (en este sentido, P. CAPUTI, 1999: 396-397).

## 2.2. *Las organizaciones no gubernamentales (ONG) reconocidas idóneas de la Ley de 26 de febrero de 1987, núm. 49.*

La Ley 49/1987 disciplina la cooperación de Italia con los países en vía de desarrollo, actividad que proclama dirigida a objetivos de solidaridad entre los pueblos y de plena realización de los derechos del hombre (art. 1.1). Constituye, pues, la aplicación del principio de solidaridad en su dimensión internacional y, como tal, está integrada nuclearmente por la prestación de servicios sociales (en sentido amplio: también educativos, sanitarios, etc.) a la población de países terceros.

Pues bien, la cooperación al desarrollo «comprende las iniciativas públicas y privadas» (art. 1.3) y muy singularmente las de determinados sujetos, que son incluso contemplados en la definición de la actividad: según el artículo 2.3.e), se considera actividad de cooperación, entre otras, «el sostenimiento de la realización de proyectos e intervenciones de *organizaciones no gubernamentales idóneas* también mediante el envío de voluntarios y de personal propio a los países en vía de desarrollo».

El reconocimiento de idoneidad a las organizaciones no gubernamentales que operan en el campo de la cooperación con países en vías de desarrollo es un acto administrativo de la competencia del Ministro de Asuntos Exteriores (órgano la Comisión para las Organizaciones no Gubernamentales) regulado por el artículo 28 de la Ley. Se otorga a solicitud de la propia organización interesada para uno o varios sectores de intervención (para la realización de programas a corto o medio plazo en los países en vías de desarrollo; para la selección, formación y empleo de voluntarios en el servicio civil; para actividades de formación *in loco* de ciudadanos de los países en vías de desarrollo), siempre y cuando ésta reúna una serie de condiciones, de entre las cuales:

- No perseguir finalidad de lucro y estar obligadas a destinar cualquier ingreso, incluidos los derivados de actividades comerciales accesorias u otras formas de autofinanciación, a los fines institucionales de cooperación al desarrollo.
- No tener relaciones de dependencia con entes con finalidad de lucro ni estar vinculadas de ningún modo a los intereses de entes públicos o privados, italianos o extranjeros, que tengan finalidad de lucro.



- Aceptar controles administrativos periódicos y obligarse a presentar una relación anual sobre el estado de avance de los programas en curso.

Los principales efectos de la idoneidad de las ONG consisten en que «pueden ser concedidas contribuciones para el desarrollo de actividades de cooperación por ellas promovidas, en medida no superior al 70 por 100 del importe de las iniciativas programadas, que debe ser integrado en la cuota restante por formas autónomas, directas o indirectas, de financiación. A ellas les puede ser además confiado el encargo de realizar específicos programas de cooperación cuyas cargas serán financiadas por la Dirección General para la Cooperación al Desarrollo» (art. 29.2). De estos dos efectos, el primero puede ser concebido como la mera previsión legal de una medida de fomento administrativo. Pero el segundo consiste cabalmente en la habilitación para la atribución de la gestión de un servicio público a una organización de iniciativa privada, exonerándola, a lo que parece, de su licitación abierta al mercado.

A ello se añade que si la ONG idónea contrata voluntarios para el ejercicio de actividades de ejecución de sus programas de cooperación reconocidos conformes a la Ley que se comenta, es la Dirección General para la Cooperación al Desarrollo quien se hace cargo de los gastos de los seguros de invalidez, vejez, viudedad, enfermedad, etc., del voluntario (art. 31). Cuando, por el contrario, se contratan cooperantes (no voluntarios) para el desempeño de tareas de «relevante responsabilidad técnica, gestora y organizativa» en tales programas de cooperación, es el Fondo Especial para la Cooperación al Desarrollo, gestionado por la misma DG y regulado en el artículo 14 de la Ley, quien corre con los gastos (art. 32.1).

Por último, tanto los voluntarios como los cooperantes contratados por ONG idóneas que sean empleados del Estado o de un ente público pueden obtener, bajo determinadas condiciones, el *collocamento in aspettativa senza assegni* durante la duración del contrato de cooperación (10). Los voluntarios, además, ven computado el entero período de su contrato con la ONG «a efectos de la progresión de la carrera, de la atribución de los aumentos periódicos de salario y del tratamiento de jubilación y previsión» (arts. 32.2 y 33.1).

(10) La situación de «collocamento in aspettativa» se encuentra regulada con carácter general en los artículos 66 a 71 del DPR de 10 de enero de 1957, núm. 3, por el que se aprobó el texto único de las disposiciones concernientes al estatuto de los empleados civiles del Estado. Prevista allí para los casos de prestación del servicio militar, enfermedad y causas familiares (supuestos a los que se añade la asunción de cargos parlamentarios, en los entes territoriales o en las organizaciones sindicales y, como acaba de verse, también la actividad de voluntario o de cooperante), en todo caso supone la reserva del puesto del empleado «puesto en expectativa». Cuando la situación se produce por causa del servicio militar, la situación se obtiene «senza assegni» (sin retribución) pero su duración se computa a todos los efectos (progresión de carrera, aumentos periódicos, jubilación y seguridad social). Cuando es por enfermedad, se percibe el entero salario los doce primeros meses y la mitad a partir de dicho momento, y su duración se computa a los efectos antes enunciados. Finalmente, cuando es por causas familiares, no se tiene derecho a retribución ninguna ni al cómputo del tiempo de su duración.

A la vista de estos datos legales, ¿qué clase de relación jurídico-administrativa es la establecida con las ONG idóneas? Las ONG son, desde luego, organizaciones de iniciativa privada, ya sea fundacional o asociativa. Tales organizaciones pueden solicitar o no el reconocimiento de idoneidad, lo cual forma parte de su autonomía de la voluntad. Pero si lo hacen, y el reconocimiento es otorgado, pasan a ser sujetos de un régimen estatutario muy particular, sometido, de un lado, a una severa disciplina restrictiva de dicha autonomía de la voluntad (so pena de la pérdida de tal régimen) y, de otro, al reconocimiento de un cuadro de beneficios que, a mi juicio, van más allá del fomento, pues algunos son más propios de una relación organizativa de instrumentalidad (recuérdese lo visto a propósito de la gestión de programas públicos de cooperación y de la situación administrativa de los empleados públicos). Luego puede, a mi juicio, plantearse si el reconocimiento de idoneidad de las ONG no funcionaliza su actividad, transformándola de una actividad privada de interés general en una auténtica función pública, en cuyo caso no sería aventurado decir que las ONG reconocidas idóneas son una nueva forma de Administración indirecta o, en la terminología antes recogida de Santi ROMANO, de Administración autárquica.

2.3. *Las organizaciones de voluntariado de la Ley marco de 11 de agosto de 1991, núm. 266.*

Dentro del macroconcepto del tercer sector, merece tratamiento destacado la actividad/organización de voluntariado, por representar la quintaesencia del valor de la solidaridad, su «más directa realización» (S. Corte Cost. It. 28 febrero 1992, núm. 75), ya que en ella carece de ánimo de lucro no sólo la persona jurídica titular de la actividad/organización, sino también las personas físicas que en ella se integran.

El voluntariado es, desde luego, una actividad en alza, un fenómeno ciertamente de moda que «encuentra terreno fértil para su afirmación y desarrollo» «en los espacios dejados libres por la retirada del Estado» social en crisis (P. CAPUTI JAMBRENGHI, 1997: 1013). La legislación italiana se ha hecho eco de este fenómeno y lo ha amparado, primero dispersamente, mediante alusiones y regulaciones sectoriales, y después sistemáticamente, con la Ley marco del voluntariado y las múltiples leyes regionales de desarrollo de la misma.

Como decimos, ya algunas leyes sectoriales habían establecido en la década de los setenta formas convencionales de colaboración de las Administraciones públicas con las organizaciones de voluntariado en la gestión de las correspondientes políticas públicas. Pueden citarse, por ejemplo, las siguientes:

a) La legislación sobre estupefacientes y sustancias psicotrópicas (contenida primero en la Ley de 22 de diciembre de 1975, núm. 685, y hoy sustituida por el Decreto del Presidente de la República de 9 de octubre de

1990, núm. 309), que habilita a las Administraciones competentes en la materia a valerse de la colaboración de «grupos de voluntariado o de los entes auxiliares» que resulten inscritos en un censo constituido al efecto (nótese la proximidad con la categoría de los «sujetos auxiliares» del Estado utilizada por Santi ROMANO). Tal colaboración se establece mediante convenio, precisándose que la actividad desarrollada por estos sujetos en ejecución del convenio «se ejecuta en conexión con el servicio público que ha dirigido al tóxico-dependiente y se somete al control y a las directrices de programación de la Región en la materia» (arts. 115 a.117 del DPR 309/1990).

b) La Ley de 22 de mayo de 1978, núm. 194, sobre tutela social de la maternidad e interrupción voluntaria del embarazo, cuyo artículo 2 prevé la colaboración de las asociaciones de voluntariado con los consultores familiares, sobre la base de reglamentos o convenios *ad hoc*.

c) La Ley de 23 de diciembre de 1978, núm. 833, reguladora del servicio sanitario nacional, cuyo artículo 45 reconoce «la función de las asociaciones de voluntariado libremente constituidas con la finalidad de concurrir a la consecución de los fines institucionales del servicio sanitario nacional» y prevé de nuevo que sus relaciones con las unidades sanitarias locales se regulen mediante convenios en el ámbito de la programación y de la legislación sanitaria regional. Esta enfática valorización de las organizaciones de voluntariado y la regulación que se hace de sus convenios, diferenciada de la que se hace de los convenios de las instituciones privadas en general en el artículo anterior, han llevado a la doctrina a entender que, a diferencia de estos últimos (vid. Sent. TAR Emilia-Romagna de 27 noviembre 1984, núm. 510, en *I TAR*, enero 1985, pág. 179), la celebración de los convenios con las organizaciones de voluntariado no es una potestad discrecional de la Administración sanitaria, sino una decisión de la Ley vinculante para dicha Administración (MARTINO, en ROVERSI MONACO: 445; QUARANTA: 229), que deberá por tanto darle ejecución siempre y en la forma en que las necesidades del servicio lo permitan.

Posteriormente ya a la Ley del voluntariado, el artículo 18 de la Ley marco para la asistencia, la integración social y los derechos de las personas «handicapadas», de 5 de febrero de 1992, núm. 104, ha vuelto a prever la colaboración mediante convenio de las organizaciones de voluntariado, entre otras, con las Administraciones competentes.

Pero es la Ley de 11 de agosto de 1991, núm. 266, Ley marco sobre el voluntariado, la que, en los términos de su artículo 1.2, establece con carácter general «los principios a los que las Regiones y las Provincias Autónomas deben atenerse al disciplinar las relaciones entre las instituciones públicas y las organizaciones de voluntariado así como los criterios a que deben uniformarse las Administraciones estatales y los entes locales en las mismas relaciones». Importa desde un primer momento destacar que, como se observa en el precepto reproducido, el objeto de la Ley no es tanto definir y ordenar la actividad y las organizaciones de voluntariado cuanto disciplinar sus relaciones con las Administraciones públicas. Quiere esto decir que cabe, sin duda, actividad de voluntariado más allá de la Ley

266/1991 en particular y del Derecho administrativo en general, actividad que se regirá entonces por la autonomía de la voluntad de su titular y por el Derecho privado o común.

El voluntariado es libre, ya que no es otra cosa que una forma altruista de desarrollar actividades (animación cultural, servicios sociales, etc.) cuyo desempeño suele tener reconocida constitucionalmente la libertad. La Ley que nos ocupa no disciplina, pues, esta actividad privada, sino las condiciones y requisitos de la posible colaboración de las organizaciones de voluntariado en la prestación de servicios públicos. Desde esta perspectiva, a mi juicio, la libertad constitucional de la actividad privada de asistencia (como de la cultural, o de otras a que puede servir el voluntariado) es plenamente compatible con la funcionalización por el Estado no de ella, sino de cierta forma de su prestación por sujetos de Derecho privado a la que éstos pueden acogerse voluntariamente.

A los fines de la Ley 266/1991 —y por tanto no a cualesquiera otros—, «por actividad de voluntariado debe entenderse la prestada de forma personal, espontánea y gratuita, *a través de la organización* de que el voluntario forma parte, *sin fines de lucro incluso indirecto y exclusivamente para fines de solidaridad*» (art. 2.1; la cursiva es nuestra).

De la definición legal pueden extraerse al menos dos consecuencias. La primera, que el voluntariado no se define material sino finalísticamente; en otros términos, que el voluntariado no se identifica con una determinada actividad sectorial, tal como servicios sociales, sanidad, medio ambiente u otras, sino que consiste en una forma altruista de desarrollar muy diversas actividades, y singularmente las que se acaban de citar. A este perfil «horizontal» ha hecho alusión la Corte Constitucional italiana, para extraer de él consecuencias organizativas: «el voluntariado constituye un modo de ser de la persona en el ámbito de las relaciones sociales o, dicho de otro modo, un paradigma de la acción social referible a individuos singulares o a asociaciones de más individuos. En cuanto tal, rehúye cualquier rígida clasificación de competencia, en el sentido de que puede encontrar espacio y se puede realizar en el interior de cualquier campo de la vida comunitaria» (Sent. de 28 de febrero de 1992, núm. 75). Lo cual no impide que, siendo los servicios sociales un sector de actividad dirigida a realizar el principio de solidaridad, y siendo el voluntariado «la más directa realización del principio de solidaridad social» (*ibidem*), aquéllos constituyan un ámbito idóneo para el ejercicio de éste. Así lo confirman las leyes regionales sobre asistencia y servicios sociales, que suelen proclamar la relevancia social y económica del voluntariado y regular su concurrencia en la realización de los objetivos de la política socioasistencial: son los casos, por ejemplo, del artículo 23 de la Ley de la Toscana de 3 de octubre de 1997, núm. 72; los artículos 33 y 34 de la Ley de Umbria de 23 de enero de 1997, núm. 3; el artículo 17 de la Ley del Lacio de 9 de septiembre de 1996, núm. 38; los artículos 18.2 y 19 de la Ley del Piamonte de 13 de abril de 1995, núm. 62, etc.

En segundo lugar, puede observarse que el regulado por la Ley es necesariamente un voluntariado *puro y organizado*. *Puro* porque la Ley exige

que la actividad del voluntario sea gratuita, esto es, prohíbe que sea retribuida en modo alguno (más allá del mero reembolso de los gastos en que haya efectivamente incurrido: art. 2.2) (11), así como también su compatibilidad con cualquier forma de relación de trabajo, subordinado o autónomo, del voluntario con la organización a que pertenece (art. 2.3). *Organizado* porque la Ley distingue conceptualmente, pero vincula aplicativamente, la actividad y la organización de voluntariado, de forma que la primera sólo puede desarrollarse a través de la segunda y ésta no es concebida más que como «vehículo para la actividad del individuo». Por esta razón, la gratuidad que la Ley requiere de la actividad del individuo debe entenderse exigible también para las prestaciones de la organización (Sent. TAR Puglia-Bari, II Sez., de 21 de octubre de 1995, en *I TAR*, diciembre 1995, págs. 4989-4992).

La organización de voluntariado es regulada en el artículo 3 de la Ley. Puede adoptar cualquier forma jurídica (siempre que sea compatible con su fin solidario: art. 3.2; e incluyendo las formas de organización carentes de personalidad jurídica: art. 5.2), pero la Ley exige que su acto constitutivo o sus estatutos contemplen expresamente la ausencia de ánimo de lucro, la democraticidad de su estructura, la electividad y gratuidad de los cargos asociativos y la gratuidad de las prestaciones de sus miembros, entre otros requisitos (12). Tales organizaciones pueden, desde luego, desarrollar sus actividades mediante estructuras propias, pero también «en las formas y en los modos previstos por la Ley, en el ámbito de estructuras públicas o con ellas convenidas» (art. 3.5). He aquí la funcionalización de la actividad de voluntariado a que antes se ha hecho alusión. Para acceder a estas formas de desarrollo de la actividad, la Ley exige que las organizaciones hayan sido inscritas previamente en los registros generales regulados al efecto por las Regiones y las Provincias Autónomas. La inscripción es concebida en el artículo 6 como un «derecho» de las organizaciones que

---

(11) El Consejo de Justicia Administrativa de la Región siciliana excluye por esta razón a las asociaciones mutualistas como organizaciones de voluntariado, ya que aquéllas prestan servicios a los propios socios, mientras que éstas «deben desarrollar su actividad a favor de terceros. La ley, de hecho, acentúa la ausencia de fines de lucro incluso indirecto; de forma que ninguna ventaja puede derivarse a favor de quien realiza la actividad» (Decisión de 5 de mayo de 1997, en *II Cons. St.*, mayo-junio 1997, págs. 883-886).

(12) Esta libertad de forma puede tener, además de los explicitados en la Ley, algunos límites implícitos. El Consejo de Estado tiene establecido que «del contexto de la Ley resulta que la misma no hace referencia a entes de naturaleza pública, presuponiendo más bien el carácter privado de las organizaciones de voluntariado», lo que le permite concluir que no pueden ser inscritas las IPAB, sino sólo las que, habiéndolo sido en origen, subsisten hoy como organizaciones de Derecho privado (Cons. St., Sez. I, 25 de mayo de 1994, núm. 739/94, en *II Consiglio di Stato*, noviembre 1995, págs. 1621-1623); sólo un año más tarde, el TAR de Lombardia-Brescia ha fallado lo contrario, afirmando que «aunque no esté expresamente contemplada por el legislador, la circunstancia de que una estructura sea pública, como las IPAB, no entra en conflicto con las finalidades de la Ley» ni impide *per se* su inscripción como organización de voluntariado (Sent. de 16 de mayo de 1995, en *I TAR*, julio-agosto 1995, págs. 2964-2965). Por otro lado, la doctrina ha expresado dudas sobre la posibilidad de inscripción como organizaciones de voluntariado de las fundaciones, que por naturaleza difícilmente pueden compatibilizarse con la democraticidad interna requerida por la Ley (P. CAPUTI, 1999: 399).

cumplan los requisitos del artículo 3 —derecho cuya efectividad aconseja que las Regiones y Provincias Autónomas determinen en su desarrollo legislativo alguno de dichos requisitos, expresado en la Ley marco mediante conceptos jurídicos indeterminados, como el de la democraticidad— y como «condición necesaria para acceder a las contribuciones públicas así como para estipular las convenciones y para beneficiarse de las medidas fiscales» (art. 6.2) previstas en la Ley.

Se confirma, por tanto, cuanto se ha adelantado más atrás: el cumplimiento de ciertos requisitos (tanto sustantivos —democraticidad, etc.— como procedimentales —inscripción en el registro administrativo—) no es condición para la existencia y capacidad jurídico-privada de las organizaciones de voluntariado, sino sólo para la aplicación del régimen especial contemplado en la Ley 266/1991: es decir, la previsión de la eventual financiación pública de determinadas actividades o proyectos —art. 5.1.c)—; la legitimación para poder estipular convenios de colaboración con los poderes públicos (art. 7); el disfrute de ciertos beneficios fiscales (art. 8); la participación consultiva en la programación pública de las intervenciones en los sectores en que operan —art. 10.2.b)—; la participación de sus miembros en los cursos de formación, cualificación y actualización profesional desarrollados o promovidos por las Regiones, las Provincias Autónomas y los entes locales en los sectores de directa actividad de las organizaciones —art. 10.2.f)—; y la aplicación de lo dispuesto en el Capítulo V de la Ley de 7 de agosto de 1990, núm. 241, sobre derecho a la información y acceso a los documentos administrativos (art. 11), al que por tanto tienen derecho las organizaciones de voluntariado inscritas, en virtud de una presunción *ope legis* de la concurrencia en ellas del interés a que se refiere el artículo 22.1 de la última Ley citada.

De las anteriores reglas merece destacarse la relativa a los convenios, aspecto que, como se verá, va más allá del fomento y la intervención de una actividad privada para adentrarse parcialmente en la publicación de la misma y de la organización que la ejerce bajo ciertas condiciones. La Ley deja aparentemente abierto el objeto posible de los convenios de colaboración que firmen estas organizaciones de voluntariado con las Administraciones públicas, de modo que podrían incluir la cesión de bienes para su utilización exclusiva por las organizaciones de voluntariado, la aportación de bienes o la prestación de servicios por éstas a la Administración, o al público por cuenta de ella, etc.

Ahora bien, debe tenerse presente que la Ley exige que los convenios contengan estipulaciones tendentes a «garantizar la existencia de las condiciones necesarias para desarrollar con continuidad las actividades objeto de la convención, así como el respeto de los derechos y de la dignidad de los usuarios. Deben además prever formas de verificación de las prestaciones y de control de su calidad así como las modalidades de reembolso de los gastos». Las alusiones a los usuarios, al control de las prestaciones y al reembolso de los gastos hacen pensar que la *ratio* del convenio es la concertación de prestaciones (aportación de bienes, prestación de servicios) por parte de la organización de voluntariado en favor de la Administración

o de los ciudadanos por cuenta de ésta. Luego otras cláusulas u objetos eventuales del convenio, como la cesión de la propiedad o el uso de bienes y medios de la Administración a las organizaciones de voluntariado, serán desde luego posibles, pero sólo a título complementario o contraprestativo de las anteriores, no exclusivo (en este sentido, Francesco RIGANO y Emanuele ROSSI, en BRUSCUGLIA: 78; en contra, PERFETTI, en MATTIONI *et al.*: 90). Si la relación jurídica que quiere establecerse tiene por único objeto una cesión de uso o una transmisión patrimonial de la Administración a la organización de voluntariado, de forma disconexa de la prestación de un servicio propio del objeto de ésta, parece lógico entender que deba sujetarse al régimen general de los negocios patrimoniales y demaniales de las Administraciones públicas, y no al régimen específico del convenio establecido en la Ley del voluntariado.

El objeto típico del convenio es, en definitiva, la provisión de bienes o servicios a la Administración o al público por cuenta de ésta, lo que la organización de voluntariado podrá hacer con sus propios medios (recibiendo como única contraprestación el reembolso de los gastos en que incurra) o bien en el ámbito de estructuras públicas o privadas concertadas (cediéndosele además espacio y medios de un hospital público o de una casa privada de curas concertada con la Unidad Sanitaria Local, por ejemplo).

En todos estos casos, para la celebración de un convenio con la Administración pública o con un ente público, las organizaciones de voluntariado se benefician de una suerte de restricción licitatoria que excluye de la adjudicación del contrato a cualquier otro ente. Sólo podrá concurrir a la adjudicación del convenio esta clase de organizaciones, entre las que se seleccionará la idónea según los criterios de prioridad que fijan las leyes regionales, y no otras que, aun teniendo el mismo objeto o actividad, no reúnan todos los requisitos para su inscripción en el registro regional contemplado por la Ley, tales como la ausencia de ánimo de lucro o la democraticidad. Nótese, además, que las prestaciones de las organizaciones de voluntariado cumplidas en ejecución de estos convenios con entes públicos ya no son gratuitas —a diferencia de cuanto se exige para el resto de su actividad—, sino que se prevé el reembolso de los gastos en que se incurra, porque «respecto de su actividad institucional [la de los entes públicos] las organizaciones de voluntariado vienen a desarrollar una verdadera y propia función integrativa» (Sent. TAR Puglia-Bari de 12 de octubre de 1995, *cit.*). Como se observa, en cierto modo, las organizaciones de voluntariado entran en el «ordenamiento de familia» de las Administraciones públicas de que hablara Santi ROMANO, máxime si se tiene presente que mediante convenio puede estipularse que la organización firmante desarrolle su actividad «en el ámbito de estructuras públicas» (art. 3.5).

La imprecisión de esta última previsión legal, que deberá concretarse en la legislación regional de desarrollo —art. 10.2.a)—, no impide derivar de ella alguna consecuencia: cuando las organizaciones de voluntariado actúen en el seno de «estructuras públicas» cabe pensar que lo hacen por cuenta de las Administraciones públicas, como un medio de las mismas en la gestión de servicios públicos, de modo que tal actividad «tenderá a asu-

mir, en los actos que podrá emanar, aspectos y características de las mismas estructuras públicas. En consecuencia, algunas reglas relativas a la resolución administrativa (p. ej., la motivación) podrán y deberán ser aplicadas, en tales casos, también a las organizaciones de voluntariado» (ITALIA: 105; de nuevo, en ITALIA y ZUCCHETTI: 123).

Lo dicho para la motivación de los actos puede valer también, por ejemplo, para el acceso a la documentación y, por qué no, para la responsabilidad patrimonial causada por voluntarios «en el ámbito de estructuras públicas», por ejemplo. Aunque el artículo 7.3 de la Ley 266/1991 establece como elemento esencial del convenio el aseguramiento de la responsabilidad civil hacia terceros (cuyos costes son a cargo del ente público firmante del convenio), se ha afirmado, en efecto, que la Administración es también indirectamente responsable «por no haber hecho valer los controles, sobre la calidad del producto o sobre las modalidades del servicio, que deben ser previstos por el convenio» (Francesco RIGANO y Emmanuele ROSSI, en BRUSCUGLIA: 83; sobre la responsabilidad indirecta de la Administración por *culpa in vigilando* a sujetos extraños a la organización administrativa, vid. VIRGA: 419). Dicha responsabilidad alcanzaría a cubrir las indemnizaciones que excedan de la cantidad asegurada y los supuestos no cubiertos por la póliza (Marco SGROI, en MATTIONI *et al.*: 150-151). Y se haría plena (vale decir directa) en los casos de prestaciones atinentes a aquellos derechos constitucionales cuya tutela se confía al Estado (como el derecho a la salud), porque en ellos «la organización asume un rol auxiliar y la Administración permanece la única destinataria de la pretensión del ciudadano-usuario» (RIGANO y ROSSI: *ibidem*).

Las leyes regionales dictadas en el marco de la Ley estatal nada dicen al respecto, si bien desarrollan esta posibilidad concertada de mixtura de lo público y lo privado en línea con lo expuesto. Así, por ejemplo:

a) Las Leyes de Liguria de 28 de mayo de 1992, núm. 15, y de Friuli-Venezia Giulia de 20 de febrero de 1995, núm. 12, prevén que pueda acordarse «la utilización de personal, estructuras, instrumentos y medios puestos a disposición por los entes públicos», en la expresión de la primera.

b) La Ley de Marche de 13 de abril de 1995, núm. 48, exige que tales acuerdos garanticen: 1.º) el respeto por parte del voluntario de las leyes y de los reglamentos internos relativos a las actividades de la estructura (lo que parece implicar que la actividad de dicho voluntario en el ámbito de la estructura pública se equipara con la actividad de ésta, sujetándose a su mismo régimen); 2.º) la reconocibilidad del voluntario y de la organización a que pertenece, y 3.º) el respeto de la libertad, de la dignidad personal, de los derechos y de la privacidad de los usuarios, incluido el derecho al rechazo de la prestación del voluntariado.

c) La Ley de Calabria de 19 de abril de 1995, núm. 18, llega a reconocer a las organizaciones de voluntariado y a los voluntarios individuales el *derecho* de «acceder a las estructuras y a los servicios públicos, donde se requiera para la prestación del servicio; insertarse para integrar y colaborar con los servicios en el ámbito de las actividades propias de los mismos



sin sustituir personal dependiente». Aunque tal posibilidad se afirme como un «derecho», parece lógico entender que sólo puede ejercerse concertadamente con el ente público en cuyas estructuras pretenda insertarse, de forma que el verdadero objeto del derecho es la celebración del convenio de colaboración, a cuya firma no podrá negarse la Administración sino motivadamente y por razones objetivas del servicio o de inidoneidad de la organización de voluntariado.

Así se establece, en efecto, en la Ley de la Emilia-Romagna de 2 de septiembre de 1996, núm. 37, cuyo artículo 7 prevé que «los miembros de las organizaciones de voluntariado inscritas en el Registro regional tienen título para acceder a las estructuras y a los servicios públicos o privados concertados con entes públicos, operantes en los sectores de su interés para el desarrollo de sus actividades, siempre que éstas sean compatibles con las disposiciones de los estatutos y de los reglamentos de los mismos entes. La eventual denegación del acceso debe ser motivada», añadiéndose a continuación que «el acceso está en todo caso subordinado a acuerdo entre la estructura o el servicio y la organización de voluntariado, en orden a las modalidades de presencia del voluntariado y a las modalidades de relación entre los voluntarios y el personal de la estructura o servicio». El convenio que se firme deberá prever, entre otras estipulaciones, como ya hemos visto que exige también la Ley de la Región de las Marcas, «el respeto por parte del voluntario de la normativa específica relativa a la actividad desarrollada y de las normas para la utilización de los medios de la estructura o servicio».

Pero, como ya se advertía más atrás, muchas son las lagunas legales en la regulación de estos convenios por los que los voluntarios pueden desarrollar su actividad en el seno de estructuras o servicios públicos: ¿hasta qué punto su actuación está sujeta a las reglas de los procedimientos (trámites, plazos y su cómputo, etc.) y los actos administrativos (motivación, notificación, acceso, etc.)?; ¿quién y cómo es responsable de las lesiones que puedan causar en el ejercicio de dicha actividad?; ¿están sujetos a órdenes e instrucciones de los responsables del servicio público?; ¿resulta aplicable la misma potestad unilateral de revocación prevista en el artículo 11 de la Ley 241/1990 para la terminación convencional del procedimiento administrativo, por ejemplo?; ¿qué orden jurisdiccional es competente para conocer de las controversias que surjan en torno a estos convenios?

No cabe responder a todas y cada una de estas preguntas sin un conocimiento profundo del Derecho público italiano. Para alguna ya se ha apuntado solución en párrafos anteriores. Y en la misma línea conviene recordar la jurisprudencia que (en aplicación de la legislación sanitaria) ha configurado los convenios entre las Unidades Sanitarias Locales y las «casas de cura privadas» como relaciones publicísticas, calificables como concesiones de servicio público, que se reconducen a opciones de programación sanitaria y que, también en su fase ejecutiva, siguen sujetas a poderes autoritarios de control e intervención; de donde se sigue que las controver-

sias inherentes a tales convenciones competen al orden jurisdiccional administrativo (por todas, Sent. de la Corte de Casación de 7 de agosto de 1989, núm. 3609, en *Il Consiglio di Stato*, diciembre 1989, págs. 1795-1796; Sent. TAR Lombardia-Milano de 29 de abril de 1996, en *I TAR*, julio-agosto 1996, págs. 2418-2420). Esta asimilación a la concesión de servicio público hace, pues, aplicable la jurisprudencia según la cual en tal relación la Administración pública «conserva plenamente el deber, y no la facultad, de asegurar el interés público para reconducir a legalidad *la fattispecie* o bien para realizar sobrevenidas exigencias de carácter público» (Sent. TAR Puglia-Bari de 4 de agosto de 1987, núm. 572, en *I TAR*, octubre 1987, pág. 3477; para un comentario más extenso de esta línea jurisprudencial, con cita de otros fallos, vid. PERFETTI, en MATTIONI *et al.*: 90 y ss.). Parece lógico extender dicha jurisprudencia a los convenios con las organizaciones de voluntariado, también en materias diversas a la sanitaria, al menos cuando éstos tengan por objeto la prestación de servicios públicos por dichas organizaciones.

2.4. *Las cooperativas sociales de la Ley de 8 de noviembre de 1991, núm. 381.*

Sólo un trimestre después de la Ley marco del voluntariado fue promulgada la Ley de 8 de noviembre de 1991, núm. 381, de disciplina de las cooperativas sociales. Esta otra organización sirve también «al interés general de la comunidad, a la promoción humana y a la integración social de los ciudadanos», si bien se identifica por hacerlo necesariamente de alguna de las dos siguientes formas:

- 1.º Bien sea gestionando servicios sociosanitarios y educativos.
- 2.º O bien mediante actividades diversas —agrícolas, comerciales o de servicios— dirigidas a la inserción laboral de determinadas personas (*persone svantaggiate*), tales como los inválidos físicos, psíquicos y sensoriales, sometidos a tratamiento psiquiátrico, tóxico-dependientes, alcohólicos, menores en edad laboral y con dificultades familiares, o condenados admitidos en medidas alternativas a la privación de libertad, junto a otras personas que puede determinar el Gobierno (art. 1.1 en relación con el 4.1). En este segundo supuesto, los beneficiarios de la inserción (cuya condición habrá de acreditarse mediante documento administrativo) deben constituir al menos el treinta por ciento de los trabajadores de la cooperativa y, en la medida en que sea compatible con su «estado subjetivo» (expresión que parece aludir a la posibilidad de que tengan disminuida su capacidad de obrar), ser socios de la misma.

A diferencia de las organizaciones estudiadas anteriormente, las cooperativas sociales buscan el provecho económico de sus socios; son, pues, organizaciones con ánimo de lucro, circunstancia ésta que las diferencia esencialmente de las organizaciones de voluntariado (en este sentido, ITA-

LIA: 134; de nuevo, en ITALIA y ZUCCHETTI: 186 y ss.), por más que también las cooperativas sociales puedan servirse limitadamente de voluntarios, quienes desarrollan su actividad gratuitamente (según el art. 2.2 de la Ley, el número de los socios voluntarios no puede superar la mitad del número total de socios de la cooperativa).

Pues bien, las cooperativas que reúnan las condiciones indicadas reciben la denominación oficial de «cooperativas sociales» y se benefician de ciertas medidas fiscales favorables (art. 7) al tiempo que se sujetan a inspecciones administrativas con periodicidad al menos anual (art. 3.3). Pero lo más importante a nuestros efectos es que «los entes públicos pueden, *incluso con inaplicación de la disciplina en materia de contratos de la Administración pública*, estipular convenciones con las cooperativas» del segundo tipo antes descrito (las de inserción laboral) que se inscriban en el registro que debe establecerse en la legislación regional (arts. 5 y 9.1; la cursiva es nuestra). La Ley —a diferencia de cuanto vimos que ocurría en la del voluntariado— sí determina explícitamente el objeto posible de tales convenios, que debe consistir en la provisión de bienes y servicios diversos de los socios sanitarios y educativos teniendo por finalidad la creación de oportunidades de trabajo para las personas del artículo 4.

El artículo 20 de la Ley de 6 de febrero de 1996, núm. 52, ha tenido que modificar el artículo 5 citado de la Ley sobre cooperativas sociales para adaptarlo al ordenamiento comunitario europeo. A tal efecto, se precisa ahora que los convenios excluidos de la legislación de contratos de las Administraciones públicas son sólo aquellos cuyo importe sea inferior a los establecidos en las directivas sobre contratación pública. En tales casos, pues, las relaciones entre cooperativas sociales y Administraciones públicas pueden trabarse convencional y directamente, sin necesidad de acudir éstas al «mercado» para la provisión de los bienes y servicios de que se trate conforme a la legislación sobre contratos de las Administraciones públicas. En otros términos, las cooperativas sociales se equiparan, a estos concretos efectos, en sus relaciones con la Administración a los entes instrumentales de ésta. En los contratos de importe superior, la sujeción al Derecho comunitario sobre contratación pública (y al interno dictado para su trasposición) es obligada, por lo que la Ley sólo autoriza a incluir en las condiciones del contrato la obligación de ejecutarlo con empleo de personas *svantaggiate* y con adopción de programas específicos de recuperación e inserción laboral.

2.5. *Las organizaciones no lucrativas de utilidad social (ONLUS) del Decreto Legislativo de 4 de diciembre de 1997, núm. 460; una síntesis antiformalista.*

Aunque dedicado exclusivamente a su régimen fiscal, el Decreto Legislativo de 4 de diciembre de 1997, núm. 460, ha establecido en su Sección 2.ª (arts. 10 y ss.) una nueva categoría organizativa, la de las organizaciones no lucrativas de utilidad social (ONLUS), que reúne a todas las ante-

riores y puede, por tanto, considerarse como una expresión sintética del llamado tercer sector. Su definición, pues, constituye la más comprensiva y acabada definición legal de dicho sector de que disponemos en el ordenamiento italiano.

Las ONLUS reciben una meticulosa caracterización legal en el artículo 10. Lo primero que debe llamar nuestra atención es que, al igual que hemos visto que ocurre con las ONG idóneas y con las organizaciones de voluntariado, la ONLUS es una categoría subjetiva informal: pueden serlo las asociaciones, los comités, las fundaciones, las sociedades cooperativas o cualesquiera «otros entes de carácter privado, con o sin personalidad jurídica (...)». Porque lo que la define es su finalidad y la consecuente caracterización de su actividad. Los requisitos exigidos a una organización de este tipo para recibir la calificación legal de ONLUS son los siguientes:

a) Desarrollo de actividades en uno de los sectores enumerados por la Ley, que son la asistencia social y sociosanitaria, asistencia sanitaria, beneficencia, instrucción, formación, deporte no profesional, tutela, promoción y valorización de bienes culturales, tutela y valorización de la naturaleza y el ambiente (con exclusión de la actividad habitual de recogida y reciclaje de residuos urbanos, especiales y peligrosos), promoción de la cultura y el arte, tutela de los derechos civiles e investigación científica de particular interés social.

b) Persecución exclusiva de fines de solidaridad social. Este requisito, según la interpretación que de él se hiciera, podría excluir a las cooperativas sociales de las ONLUS, pues sabemos que estas cooperativas trabajan en provecho de sus socios. Por ello, la norma, si bien entiende primero que se persiguen fines de solidaridad social cuando las cesiones de bienes y las prestaciones de servicios no benefician a los socios, asociados o participantes, sino a personas «desventajadas» por razón de sus condiciones físicas, económicas, sociales o familiares o a miembros de colectividades extranjeras en el caso de las ayudas humanitarias, exceptiona a continuación el supuesto de los socios, asociados o participantes que se encuentren en las situaciones de desventaja mencionadas, que sí podrán ser beneficiarios de la actividad de la organización (arts. 10.2 y 10.3).

c) Prohibición de desarrollar actividades diversas a las de la letra a), con excepción de las directamente vinculadas a ellas.

d) Prohibición de distribuir, aunque sea de modo indirecto, útiles y beneficios de explotación (*utili e avanzi di gestione*) o fondos, reservas o capitales durante la vida de la organización, a menos que venga impuesta por ley o se efectúe en favor de otras ONLUS que formen parte de su misma y unitaria estructura.

e) Obligación de emplear los *utili e avanzi di gestione* para la realización de las actividades institucionales y las directamente vinculadas.

f) Obligación de aportar el patrimonio de la organización, en caso de su disolución por cualquier causa, a otras organizaciones no lucrativas de utilidad social o a fines de utilidad pública.

g) Obligación de formular el balance y la cuenta anual.

h) Disciplina uniforme de la relación asociativa y de sus modalidades con el objeto de garantizar la efectividad de dicha relación, excluyendo expresamente la temporalidad de la participación en la vida asociativa y previendo para los asociados o participantes mayores de edad el derecho de voto para la aprobación y la modificación del estatuto y de los reglamentos y para los nombramientos en los órganos directivos.

i) Uso, en la denominación y en cualquier signo distintivo o comunicación al público, de la locución «organización no lucrativa de utilidad social» o del acrónimo «ONLUS».

Por decisión expresa de la Ley, son en todo caso ONLUS las organizaciones de voluntariado, las organizaciones no gubernamentales reconocidas idóneas y las cooperativas sociales (art. 10.8).

Realizado este riguroso esfuerzo de sistematización del llamado tercer sector, mediante la destilación de las muchas características comunes a todas las organizaciones que lo componen, se echa de menos que no haya sido aprovechado para algo más que la regulación de un régimen fiscal común, esto es, para establecer una disciplina de Derecho público general, muchos de cuyos elementos son ya comunes a todos los tipos de entes, o extrapolables por Ley a ellos, con las matizaciones y exclusiones que fueran precisas. En su lugar, se ha optado por limitar los efectos del Decreto Legislativo 460/1997 al ámbito fiscal y mantener en lo demás la dispersión regulatoria y sus disfunciones interpretativas.

### 3. *Recapitulación final*

El Estado liberal, en Italia, llegó a declarar públicos a todos los entes de asistencia social por desconfianza hacia los cuerpos intermedios y por la consecuente equiparación de la publicidad objetiva o final (fines de utilidad pública) con la publicidad subjetiva (organización estatal). El Estado social, en nuestros días, parte de presupuestos ideológicos bien diversos, y en particular se asienta sobre la colaboración o interacción entre lo público y lo privado (incluido en esta categoría lo colectivo) al servicio de fines de interés general. Sin embargo, desde cierto punto de vista, el Estado —al final del recorrido— parece estar volviendo al punto de origen: a la conciencia de la incapacidad de la iniciativa pública para abarcar o dar cumplimiento por sí misma a la función asistencial del Estado. Si la causa de dicha incapacidad, en el Estado liberal, era reconducible a la inanidad financiera del aparato público burocrático, en el Estado social sus causas se ofrecen más complejas: a una nueva crisis financiera (fruto del alto nivel de gasto público alcanzado y del dominio de las teorías económicas monetaristas traducidas en los planes de estabilidad y criterios de convergencia de los Estados miembros de la Unión Europea) se añade ahora la crisis general de legitimidad por la que atraviesa el Estado social como gestor, así como su reconocimiento del pluralismo intrínseco de los servicios sociales en sentido amplio, o servicios a la persona, y de las disfuncionalidades de

la prestación burocrática de los servicios sociales en sentido estricto, o asistenciales.

Por ello vuelve a observarse una cierta tendencia a confiar los servicios públicos asistenciales en las manos de determinadas organizaciones de iniciativa privada, cabalmente de las que se alzan hoy con un mayor prestigio social y que, por su carencia de ánimo de lucro y por su finalidad altruista, pueden servir con mayor objetividad a fines de interés público (ONG, organizaciones de voluntariado). Para ello, se reproduce un cierto fenómeno de publicación de estas organizaciones que, hoy como entonces, no se produce en «origen» (iniciativa privada, que es respetada), sino en «destino»: mediante la publicación de importantes aspectos de su régimen jurídico, para la mejor garantía del cumplimiento de sus fines de utilidad pública, erigiéndolos en gestores naturales del servicio público y retrayéndose la Administración a las funciones de dirección, coordinación, acreditación y vigilancia de estos «entes auxiliares».

Esta publicación es variable, como heterogéneas son las organizaciones en que se da y sus respectivas regulaciones: en unos casos, es reconducible al fenómeno general de la tutela (fomento y/o intervención) administrativa, acaso especialmente intensa, sobre actividades y entes privados de interés general; pero en otros más parece adentrarse en la encomienda —directa o negociada, sin apertura al mercado— de auténticas funciones públicas a dichas organizaciones, y en la consecuente caracterización de éstas como una forma peculiar de Administración indirecta o autárquica de iniciativa privada. Asistimos, en estos casos, a la formación de un «ordenamiento de familia» (por recurrir una vez más a la sugerente nomenclatura de Santi ROMANO) entre Estado y tercer sector.

La asimilación de estos entes de iniciativa privada a nuevas formas de Administración indirecta presenta, sin embargo, al menos un rasgo diferencial esencial con el fenómeno decimonónico estudiado en Italia: se hace ahora desde el reconocimiento constitucional de la libertad de la asistencia privada y, por tanto, de la coexistencia de formas privadas de prestación de la asistencia (privadas por la iniciativa y por el régimen jurídico, sin perjuicio de la activación de técnicas ordinarias de fomento o intervención administrativas) junto a las «públicas» en sentido amplio. En otras palabras: por imperativo constitucional, no cabe ya el monopolio de la asistencia pública, ni la integración coactiva de las organizaciones y actividades promovidas por los privados en el sistema asistencial público. Tal integración es hoy voluntaria, pero fuertemente incentivada y, por ello, no menos efectiva.

BIBLIOGRAFÍA DE REFERENCIA

- AA.VV.: *Persona, comunità e stato nella prospettiva della riforma della assistenza*, Milano, Giuffrè, 1979.
- ALBER, Jens: *Dalla carità allo stato sociale*, Bologna, Il Mulino, 1986. Trad. de Hermann SEUFFERT, revisión de Adriano PAPPALARDO. Ed. original: *Vom Armenhaus zum Wohlfahrtsstaat. Analysen zur Entwicklung der Sozialversicherung in Westeuropa*, Frankfurt/Main, Campus Verlag, 1982.
- D'AMELIO, Salvatore: *La beneficenza nel diritto italiano*, 3.ª ed., Padova, CEDAM, 1930.
- AMORTH, Antonio; BARTOLE, Sergio; MERUSI, Fabio; PASTORI, Giorgio, y POTOTSCHNIK, Umberto: *Impressioni sulla sentenza concernente le IPAB [Comentarios a la Sentencia de la Corte Costituzionale de 30 de julio de 1981, núm. 173]*, «Le Regioni», 6/1981, noviembre-diciembre 1981, págs. 1325-1356.
- ANGELONI, Franco: *Libertà e solidarietà: contributo allo studio del volontariato*. Padova, CEDAM, 1994.
- BALBONI, Enzo: *Tendencias de los servicios sanitarios y sociales*, «Documentación Administrativa», núm. 248/249, mayo-diciembre 1997, págs. 233-244.
- BALDASSARRE, Antonio: *Voz «Diritti sociali»*, en *Enciclopedia Giuridica Treccani*.
- BRONDI, Vittorio: «La beneficenza legale», en Vittorio Emanuele ORLANDO (a cura di), *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, vol. VIII, Milano, Società Editrice Libreria, 1905, págs. 3 y ss.
- BRUSCUGLIA, Luciano (a cura di): *266/91. La legge sul volontariato. Analisi e commento giuridico*, Padova, CEDAM, 1993.
- CAPUTI JAMBRENGHI, M. T. Paola: *Aspetti dell'evoluzione dell'ordinamento delle IPAB*, «Sanità Pubblica», año XIX, núm. 3, marzo 1999, págs. 385-403.
- *Volontariato e assistenza sociale*, «Sanità Pubblica», año XVII, núm. 10, octubre 1997, págs. 1007-1025.
- *Profili dell'organizzazione pubblica del volontariato. Parte generale*. Milano, Giuffrè, 1997.
- CARDIA, Carlo: *Voz «Assistenza e beneficenza: I) Diritto amministrativo»*, en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. III, Roma, 1988.
- *Voz «Opere pie»*, en *Enciclopedia del diritto*, vol. XXX, Milano, Giuffrè, 1980, págs. 319-331.
- DE CARLI, Paolo: *Enti «non profit» e obiettivi pubblici*. «JUS Rivista di scienze giuridiche», año XXXVII, 1990, págs. 213-258.
- CASTIGLIONE, Vincenzo: *Nuove proposte legislative a favore degli anziani: l'amministrazione di sostegno per i non autosufficienti*, «Sanità Pubblica», año XIX, núm. 4, abril 1999, págs. 527-534.
- CAVALERI, Paolo: *L'assistenza tra disciplina pubblica e libertà dei privati. Cent'anni di giurisprudenza sulla «Legge Crispi»*, Milano, Giuffrè, 1992.
- CLEMENTE DI SAN LUCA, Guido: *Volontariato e non-profit sector nel quadro del sistema giuridico-istituzionale italiano con specifico riguardo al settore culturale*, «Regione e governo locale», año XVI, núm. 6, noviembre-diciembre 1995, págs. 1003-1053.
- COMMISSIONE DI INDAGINE SULLA POVERTÀ E SULL'EMARGINAZIONE: *Le politiche locali contro l'esclusione sociale*, Roma, Presidenza del Consiglio dei Ministri, 1996.
- COLOMBO, Gian Mario: *Le organizzazioni di volontariato: aspetti civilistici e fiscali*, Milano, Giuffrè, 1993.
- COLOMBO, Ugo Manlio: *Principi ed ordinamento della assistenza sociale*, 5.ª ed., Milano, Giuffrè, 1977.
- *Voz «Assistenza (dir. amm.)»*, en *Enciclopedia del diritto*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1958, págs. 753-762.
- FERRARA, Leonardo: *Enti pubblici ed enti privati dopo il caso I.P.A.B.: verso una rivalutazione del criterio sostanziale di distinzione?*, «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 2/1990, págs. 446-490.

- FERRARI, Erminio: Comentario del Título IV, Capítulo II, *Servizi sociali* (arts. 128 a 134), en Giandomenico FALCON *et al.*, *Lo Stato autonomista. Funzioni statali, regionali e locali nel decreto legislativo n. 112 del 1998 di attuazione della legge Bassanini n. 59 del 1997*, Bologna, Il Mulino, 1998, págs. 432-442.
- *Sussidiarietà e ruolo delle associazioni di volontariato*, «Regione e governo locale», año XVI, núm. 6, noviembre-diciembre 1995, págs. 991-1001.
- *La Corte e la legge Crispi: il nome e la «effettiva natura» delle istituzioni (e della libertà) di assistenza [Comentario de la Sentencia de la Corte Costituzionale de 7 de abril de 1988, núm. 396]*, «Le Regioni», año XVI, núm. 5, octubre 1988, págs. 1331-1366.
- *I servizi sociali*, vol. I: *Introduzione, materiali e coordinate*, Milano, Giuffrè, 1986.
- GALEOTTI, Serio: *Il valore della solidarietà*, «Diritto e Società», 1/1996, enero-marzo 1996, págs. 1-24.
- GIANNINI, Massimo Severo: *L'amministrazione pubblica dello stato contemporaneo*, vol. I de Giuseppe SANTANIELLO (dir.), *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, CEDAM, 1988.
- «Stato sociale: una nozione inutile», en *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, vol. 1, Milano, 1977, págs. 139-166.
- *Il riordinamento normativo dell'assistenza*, «Rivista degli infortuni e delle malattie professionali», núm. 2, marzo-abril 1975, págs. 147-159.
- GIANOLIO, Roberto; GUFERZONI, Luciano, y STORCHI, G. Paolo (a cura di): *Assistenza e beneficenza tra «pubblica» e «privato»*, Milano, Angeli, 1980.
- DE GIORGI, Marco: *IPAB: alla ricerca di una nuova identità*, «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 2/1996, págs. 579-581.
- DE GIORGI, Maria Vita: *Fondamenti di diritto degli enti «non profit»*, Padova, CEDAM, 1997.
- DE GÖTZEN, Sandro: *Organizzazioni di volontariato: relazioni con le amministrazioni pubbliche*, «Le Regioni», año XXV, núm. 4, agosto 1997, págs. 575-585.
- ITALIA, Vittorio: *Il volontariato*, Milano, Giuffrè, 1992.
- ITALIA, Vittorio, y ZUCCHETTI, Alberto: *Le organizzazioni di volontariato*, 2.ª ed., Milano, Giuffrè, 1998.
- LEPRE, Stefano: «Opere pie anni'80. L'inchiesta conoscitiva economico-morale-amministrativa presieduta da Cesare Correnti», en Mariapia BIGARAN (a cura di), *Istituzioni e borghesie locali nell'Italia liberale*, Milano, Angeli, 1986, págs. 146-175.
- LICHERI, Gianni: *Costituzione e assistenza sociale*, Roma, Ragnò, 1978.
- LIVERANI, Paolo: *La assistenza sociale e i suoi principi legislativi*, Milano, Giuffrè, 1987.
- LONGO, Antonio: «Le istituzioni pubbliche di beneficenza», en Vittorio Emanuele ORLANDO (a cura di), *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, vol. VIII, Milano, Società Editrice Libreria, 1905, págs. 383 y ss.
- MATTIONI, Angelo; CODINI, Ennio; COLOMBO, Alberto, y FOSSATI, Alberto (a cura di): *Le leggi della solidarietà. Commento coordinato della legge sul volontariato e sulle cooperative sociali*, Milano, Vita e Pensiero, 1993.
- MAZZAROLI, L.; PERICU, G.; ROMANO, A.; ROVERSI MONACO, F. A., y SCOCA, F. G.: *Diritto amministrativo*, 2.ª ed., vol. I, Monduzzi, 1998.
- MAZZIOTTI, M.: Voz «Assistenza (perfiles costitucionales)», en *Enciclopedia del diritto*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1958, págs. 749-752.
- MENGHINI, Luigi: *Nuovi valori costituzionali e volontariato*, Milano, Giuffrè, 1989.
- MONTICONE, Alberto (a cura di): *La storia dei poveri. Pauperismo e assistenza nell'età moderna*, Roma, Studium, 1985.
- OLIVETTI, Marco: Voz «Volontariato», en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XXXI, Roma, 1988.
- PANICO, Antonio, y PICCIOTTO, Arturo: *La legge quadro sul volontariato*, Napoli, Jovene, 1992.
- PASTORI, Giorgio: *Prospettive di riforma dell'ordinamento delle IPAB*, «Le Regioni», año XXIV, núm. 6, diciembre 1996, págs. 1041-1084.
- PERSIANI, Mattia: *Diritto della previdenza sociale*, 4.ª ed., Padova, CEDAM, 1989.
- PINZAUTI, A.: «La convenzione. Strumento base del rapporto tra associazioni di volunta-



- riato e amministrazioni pubbliche», en AA.VV. *La legislazione regionale. Risultati di una ricerca su sei regioni a statuto ordinario. Atti del Convegno tenutosi a Venezia il 22 e 23 febbraio 1991*, Padova, CEDAM/Giunta Regionale del Veneto, 1992, págs. 377-405.
- QUARANTA, Alfonso: *Il sistema di assistenza sanitaria*, Milano, Giuffrè, 1985.
- RIGANO, Francesco: *La l. 266/1991 sul volontariato come legge di principi [Comentario a la Sentencia de la Corte Costituzionale de 28 de febrero de 1992, n. 75]*, «Le Regioni», año XXI, núm. 1, febrero 1993, págs. 104-147.
- ROMANO, Santi: «Gli interessi dei soggetti autarchici e gli interessi dello stato», en *Scritti minori*, vol. II, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, reimp. 1990 (ed. orig. 1950), págs. 351-358.
- «I soggetti del diritto amministrativo in generale», en *Corso di diritto amministrativo. Principii generali*, 3.ª ed., Padova, CEDAM, 1937, págs. 81-99.
- ROSELLI, Federico: *Le controversie in materia di previdenza e assistenza sociale*, Torino, UTET, 1995.
- ROSELLI, Orlando (a cura di): *Assistenti sociali e volontariato. La legge quadro sul volontariato tra Istituzioni e Società*, Firenze, Università degli Studi (Scuola di Servizio Sociale: Quaderni 1).
- ROVERSI MONACO, Fabio A. (coord.): *Il servizio sanitario nazionale*, Milano, Giuffrè, 1979.
- SAIA, Giovanni: «La legislazione regionale in materia di assistenza sociale», en AA.VV., *La legislazione regionale. Risultati di una ricerca su sei regioni a statuto ordinario. Atti del Convegno tenutosi a Venezia il 22 e 23 febbraio 1991*, Padova, CEDAM/Giunta Regionale del Veneto, 1992, págs. 39-45.
- SANDULLI, Aldo: *La letteratura in materia di assistenza e beneficenza: percorsi e tendenze*, «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 3/1992, págs. 753-802.
- SEPE, Stefano: «Per una storia dell'attività dell'amministrazione statale nel settore dell'assistenza. Ipotesi di lavoro», en Mariapia BIGARAN (a cura di), *Istituzioni e borghesie locali nell'Italia liberale*, Milano, Angeli, 1986, págs. 127-145.
- DE SIERVO, Ugo (a cura di): *Regioni e volontariato nei servizi socio-sanitari*, Milano, Giuffrè, 1998.
- «Le istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza», en Vincenzo CERULLI IRELLI y Giuseppe MORBIDELLI (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, Torino, Giappichelli, 1994, págs. 223-236.
- *Voz «Assistenza e beneficenza pubblica»*, en *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, I, 4.ª ed. UTET, 1987, págs. 445-455.
- VENDITI, Carlo: *L'attività di volontariato*, Napoli, Jovene, 1997.
- VIRGA: *Diritto amministrativo I. I principi*, 4.ª ed., Milano, Giuffrè, 1995.

