

LA SOLIDARIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Por

GABRIEL REAL FERRER

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Alicante

SUMARIO: I. LA NOCIÓN DE SOLIDARIDAD Y EL CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO: 1. *Las aproximaciones clásicas al concepto de Derecho administrativo y la trilogía Administración-función, Administración-organización y Derecho administrativo:* 1.1. Administración-función. 1.2. Administración-organización. 1.3. Derecho administrativo. 2. *La insatisfacción de las aproximaciones unitarias y la solidaridad como substrato común:* 2.1. Las teorías eclécticas. 2.2. La trilogía Administración-función, Administración-organización, Derecho administrativo y la solidaridad como elemento común. 3. *Solidaridad egoísta y solidaridad altruista en el Estado social y democrático de Derecho.* 4. *La solidaridad en la definición del Derecho administrativo.*—II. MANIFESTACIONES DE LA POSITIVACIÓN DE LA SOLIDARIDAD EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PÚBLICO: 1. *Aproximación.* 2. *Solidaridad y Estado de Bienestar.* 3. *La solidaridad como principio.* 4. *Las manifestaciones jurídicas de la solidaridad institucionalizada:* 4.1. La solidaridad intragrupo, política o estructural. 4.2. La solidaridad social institucionalizada y sus múltiples formas: A) La solidaridad prestacional o igualitaria. B) La solidaridad reparadora: a) Catástrofes naturales. b) Las calamidades colectivas de origen humano. c) Las lesiones individuales. d) Un mecanismo indirecto: la socialización del riesgo. Seguros obligatorios y Consorcio de Compensación de Seguros. C) La solidaridad compensadora: a) La acción pública. b) La insuficiencia de los mecanismos formales. La desigualdad resistente y la sociedad civil: el tercer sector.

I. LA NOCIÓN DE SOLIDARIDAD Y EL CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

1. *Las aproximaciones clásicas al concepto de Derecho administrativo y la trilogía Administración-función, Administración-organización y Derecho administrativo*

Los ingentes esfuerzos realizados por la doctrina para aportar luz a la comprensión del Derecho administrativo nos han permitido entender mejor este singular producto del ingenio jurídico. A pesar de ello, su definición nunca ha sido una tarea acabada pues ninguna construcción teórica ha sido capaz de resistir incólume el contraste con una realidad que se presenta extraordinariamente compleja y, en cuanto a su incuestionable relación con el contexto sociopolítico, profunda y naturalmente cambiante.

Quienes han abordado la tarea de ofrecer una definición cabal de esta rama del Ordenamiento han seguido distintas vías de aproxima-

ción dependiendo de qué aspectos han considerado más relevantes a la hora de discriminar el Derecho administrativo de otras manifestaciones jurídicas; lo que ha dado lugar a las teorías objetivas, subjetivas, formales o eclécticas, todas ellas con sus distintas variantes, matizaciones o precisiones.

Consideradas globalmente, las distintas teorías pueden reconducirse sin perturbación a uno de los factores de la ecuación Administración-función/Administración-organización/Derecho administrativo, o, lo que es lo mismo, a la inexorable concatenación entre función, organización y ordenamiento, de la que alertaba ROMANO y que subyace bajo la conocida fórmula de BALLBÉ (1).

1.1. *Administración-función.*

Es preciso comenzar recordando que la función de administrar ha estado siempre presente allí donde ha existido una comunidad organizada. Cuando un colectivo puede recibir ese nombre, o, dicho de otro modo, cuando un agregado de personas pasa a desarrollar vínculos de grupo y a tener objetivos comunes, surge, indefectiblemente, la tarea de gestionar los intereses de ese grupo; intereses que se configuran como sustantivamente distintos de los de cada uno de sus miembros, de los individuales e, incluso, a los de la suma de todos ellos. Aquí, *la función de administrar se manifiesta como la primera necesidad colectiva*, paralela al surgimiento de fines comunes. Gestionar los intereses colectivos será, pues, lo mismo que administrar la cosa pública, y ésa será una manifestación del poder del grupo que se sobrepone al del individuo.

Sin embargo, si lo dicho es predicable de cualquier grupo humano mínimamente complejo, ¿qué formidable transmutación se va a operar en la organización comunitaria para que tengamos que referir el surgimiento de nuestra disciplina a una formulación política determinada: el Estado liberal? Desde una perspectiva jurídica, la respuesta es la sujeción a la ley, la *juridificación* de lo político. Pero, desde el punto de vista que ahora nos ocupa, ésa no es respuesta suficiente ni satisfactoria.

Lo que va a resultar determinante para la individualización, la sustantivización de la función administrativa, no es tanto el Estado

(1) Para Manuel BALLBÉ, el Derecho administrativo es la «parte del Derecho público interno que determina el ejercicio de la función administrativa» (*Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix, Barcelona, 1985, tomo I, pág. 59, voz «Derecho administrativo»). Esta inescindible conexión entre función, organización y derecho singular es evidente para BALLBÉ, quien afirma que «el Derecho administrativo no sólo es la *conditio sine qua non*, sino *conditio per quam* de la Administración» (íd., pág. 63).

de Derecho en su plenitud, sino una sola de sus características: la división de poderes. Cuando el poder se desintegra y va a proyectarse hacia los ciudadanos parcialmente, dotándose de sus respectivos aparatos orgánicos según sea la naturaleza de la parcela de poder que se haga manifiesta, es cuando la función administrativa se independiza de otras exteriorizaciones del poder y segrega una organización, la Administración pública, articulada en exclusiva para el cumplimiento de esa función.

Poco importa, hasta ahora, que la integración de los centros de poder sea o no democrática —lo que explica la aparente perplejidad de la existencia de una especie de Derecho administrativo en regímenes totalitarios—, o los mecanismos que deciden cuáles son los intereses colectivos a gestionar, cuestión que sí resultará especialmente relevante en la interpretación que proponemos. Lo que importa es que, aislada la función, ésta crea su propia y exclusiva organización. Los jirones de Administraciones públicas que podemos rastrear en *l'ancien régime* carecen, precisamente, del elemento aglutinador definitivo, consistente en compartir una función originaria, constitucionalmente deslindada del resto de funciones del Estado (2).

Hemos dicho que el presupuesto de la Administración-institución es la división de poderes, pero hay que apuntar, sin demora, que no es, precisamente, la concebida por sus teóricos la que materializó la Revolución Francesa. Pone deslumbradoramente de manifiesto el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA (3) cómo ni LOCKE ni MONTESQUIEU otorgaban al poder ejecutivo misiones siquiera comparables con las que hoy entendemos como indiscutiblemente propias. Ni la defensa

(2) No hay que olvidar que, como dice PAREJO, en el absolutismo ilustrado «se forma y define una verdadera Administración del Estado sujeta a reglas propias», articulada, incluso, según principios burocráticos (PAREJO ALFONSO, JIMÉNEZ-BLANCO y ORTEGA ÁLVAREZ, *Manual de Derecho Administrativo*, Barcelona, 1990, pág. 6). Tampoco, que el cameralismo apunta a una división material de las funciones del Estado, pero mantenemos que la premisa para la cristalización de la Administración-organización es la división estructural de las funciones del Estado.

No obstante, algunos autores rechazan atribuir la emergencia del Derecho administrativo a la división de poderes. Así, MESTRE, que rechaza su origen en la separación de poderes señalada en la Revolución de 1789 (J. L. MESTRE, *Introduction historique au droit administratif française*, PUF, París, 1985). Algo más prudente, aunque en la misma línea, se manifiesta E. CANNADA BARTOLI, *Vanum disputare de potestate: riflessioni su Diritto Amministrativo*, «Rivista Trimestrale Diritto Processuale Amministrativo», núm. 2, 1989, afirmando que el Derecho administrativo no surge de la nada, sino en términos de continuidad (referencia tomada de C. CHUNCHILLA, «Reflexiones en torno a la polémica sobre el origen del Derecho Administrativo», en *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*, AA.VV., Civitas, Madrid, 1992). Entre nosotros es conocida la postura de A. GALLEGO ANABITARTE, expresada en *Administración y jueces: Gubernativo y Contencioso. Reflexiones sobre el antiguo régimen y el Estado constitucional, y los fundamentos del Derecho Administrativo español*, IEAL, Madrid, 1971.

(3) En su conocida obra *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, Civitas, Madrid, reimp. 1984.

coactiva de las leyes, de LOCKE, ni la función de *établir la sûreté*, de MONTESQUIEU, podían suponer el acogimiento de la constelación de actuaciones que constituyen, y en las que se materializa, la función administrativa, ni, desde luego, justificaban el despliegue de la potencia jurídica que la acompaña. Será *la voluntad de operar una íntegra transformación social*, sólidamente asentada en los revolucionarios franceses, la que modulará el esquema teórico preexistente, alumbrando un ejecutivo poderoso y con casi ilimitadas funciones. La «disidencia» (4) puso en pie este sistema basado no ya en la «división» de poderes, sino en una auténtica «separación».

Llegados a este punto resta lo más difícil, a saber, ¿cuál es el cometido que ha asumido el ejecutivo revolucionario? Por supuesto que no se limita a garantizar la ejecución de las leyes emanadas del legislativo. Irá mucho más allá. Personificará la dirección política del Estado y acometerá la ingente tarea de conformación social que exige la Revolución. La tarea del ejecutivo es tan simple como espeluznante: definirá, con el concurso del legislativo, cuáles son los intereses generales y se aplicará a su defensa y consecución. La materialización de los valores triunfantes, como la igualdad, exigirá la reconstrucción de toda la arquitectura social. Para ello monopolizará privilegios y prerrogativas antes dispersos en el clero o la aristocracia, secularizará la función pública y asumirá la prestación de servicios que le eran ajenos, como la educación o la sanidad. Por su parte, la concepción centralista y omnicompreensiva de lo público, del Estado, unido a su vocación servicial a los intereses de la clase dominante, harán del mismo un gigantesco dispensador de servicios en los que, estratificadamente, se acumularán los principios propios del Estado-policía, los del liberal y, progresivamente, los del benefactor. En eso consistirá la función de administrar. Paralelamente, y de modo imperceptible, la función ejecutiva se desdobra: la decisión política, la definición de los intereses acaba en un determinado momento y no requiere, por sí sola, un excesivo aparato; después viene la puesta en práctica, la verdadera ejecución, la gestión-administración, y aquí sí que se necesita una organización fuerte, impecable y, si se me apura, implacable.

La Administración-función es, pues, la realización de los intereses propios de la organización política en su conjunto, y su alcance material es por tanto sumamente contingente. La separación de poderes operada por los revolucionarios franceses permite su individualización, su aislada consideración, cuando se constituye en la función capital, y originariamente no prevista, del ejecutivo. No es

(4) *Ibidem*.

de extrañar, pues, que las primeras aproximaciones teóricas a esa ciencia emergente que recibirá el nombre de Derecho administrativo fueran un intento de describir las actividades e intervenciones que componían esa función administrativa (5) y que serán conocidas como teorías objetivas (6). No obstante, la precisa definición de qué cosa sea esa función administrativa se ha desvelado, hasta ahora, imposible (7).

La evolución del Estado y de las necesidades de la sociedad y de los individuos ha ido cambiando el contenido y caracteres de esa función. De la garantía pasiva de la libertad se ha pasado a asegurar que se den las condiciones precisas para que esa libertad sea efectiva; el abstencionismo se ha transmutado en agudo intervencionismo (8), hoy, a su vez, en crisis; el talante autoritario ha dejado paso al pactismo y a la captación de voluntades sin el recurso a la coacción.

(5) Lo que suponía, de alguna manera, la continuación de la Ciencia de la policía. Vid. Alejandro NIETO en su «Introducción general» al volumen *34 artículos seleccionados de la Revista de Administración Pública con ocasión de su centenario*, Madrid, 1983.

(6) Las teorías más extendidas sobre la caracterización objetiva de la Administración fueron, de acuerdo con la sistematización clásica de GARCÍA DE ENTERRÍA, las siguientes: en primer lugar, la teoría que asociaba la función administrativa a la realización de cierto tipo de actos jurídicos; en opinión de DUGUIT, los actos condición y actos subjetivos —en contraposición a los actos regla y los actos jurisdiccionales—. En segundo lugar, aquella que caracterizaba la función administrativa como gestión de servicios públicos, seguida principalmente por la Escuela de Burdeos y los autores HAURIOU, JÈZE, BONNARD, LAUDAUDÈRE, entre otros. En tercer lugar se encuentran las teorías que caracterizan a la Administración en base a lo que denominan «actividad del Estado», bien práctica —ZANOBINI—, concreta —D'ALESSIO—, para la realización de sus fines —SANTI ROMANO, SAYAGYES— o de conformación social —FORSTHOFF—.

Entre nosotros, se sitúan en su momento en esta línea autores clásicos como GINER, POSADA, GASCÓN Y MARÍN, GARCÍA OVIEDO y ÁLVAREZ GENDÍN, siguiendo la tendencia internacional encaminada abiertamente a caracterizar objetivamente a la Administración.

(7) Lo que da origen a la conocida fórmula de Adolf MERKL: «Administración es aquella actividad del Estado que no es legislación ni justicia». Cfr. *Teoría general del Derecho Administrativo*, traducción española, México, 1980. La noción de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA sobre la «función típica», que concreta en la expresión «giro o tráfico administrativo», tampoco sirve como elemento de discriminación material.

(8) Es de destacar que algunos autores actuales consideran el intervencionismo como causa determinante del nacimiento del Derecho administrativo ya que es la Administración actuante, la no abstencionista, la que se ve precisada de un Derecho fuerte, distinto del común, en el que «se armonizasen las exigencias del Estado de Derecho con las necesidades de una Administración intervencionista» (Rafael ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1983, págs. 52 y ss.). Lo que se corresponde con lo que ya dijera ORLANDO en el sentido de que la injerencia social es una manifestación necesaria en el Estado moderno, en cuanto la sociedad «requiere un desarrollo sincrónico y armónico de todas las energías individuales en el seno de un Estado enérgicamente constituido y fuerte, con una actividad fecunda y múltiple» (V. E. ORLANDO, *Principios de Derecho Administrativo*, traducción de A. RODRÍGUEZ BERELJO sobre la segunda edición italiana de la obra, impresa por G. Barrera en Florencia, 1892, INAP, Madrid, 1978). En contra incluso de utilizar la expresión «intervencionismo», M. S. GIANNINI, *El Poder Público. Estados y Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1991 (traducción y Prólogo de Luis ORTEGA ÁLVAREZ).

1.2. *Administración-organización.*

A la singularización de la función administrativa le seguirá, de suyo, la articulación de un aparato a su servicio. Y esa organización será tan singular y propia como la función que le da vida. Estará en el ejecutivo, pero no podrá identificarse con él. «Bajo la etiqueta formal del poder ejecutivo va a actuar otra realidad en esencia diversa, la realidad que llamamos Administración» (9). El nuevo aparato orgánico será característico y, a la vez, caracterizará al modelo de Estado emergente, pues una cosa no puede entenderse sin la otra; como dijo MERKL, «no es posible un Estado sin Administración, todavía más, administración es el comienzo de toda actividad estatal» (10), a lo que cabe añadir que el modelo de Estado determina el modelo de Administración que estará a su servicio.

La Administración pública post-revolucionaria aparece, pues, como medio para el cumplimiento de una misión, sin fines propios. Su naturaleza es instrumental. A los efectos de cumplir con los objetivos que le imponen, la Administración-organización deberá articularse y disponer sus efectivos de la manera más eficaz posible, pero rigurosamente mediatizada en su conformación por postulados políticos implementados a través de técnicas jurídicas.

A la par que la nueva concepción del Estado introduce cambios sociales trascendentales, la extraordinaria singularidad de la Administración permitirá entender al Derecho administrativo precisamente como un Ordenamiento conformado de acuerdo a las características de ese sujeto. Surgen las posiciones subjetivas orgánicas y personalistas, cuya diferencia fundamental se situará en torno a la atribución de la personalidad jurídica al Estado, en el primer caso, o a la propia Administración, en el segundo. GARRIDO FALLA adelanta su visión orgánica al considerar a la Administración como un conjunto de órganos, un complejo orgánico integrado en el poder ejecutivo, con funciones de naturaleza legislativa, ejecutiva y judicial. Esta concepción difiere de la sostenida por los primeros tratadistas españoles (11), en cuanto abandona la identificación entre la Administración y la función ejecutiva, afirmando la mayor riqueza funcional de la organización, y poniendo el acento en el componente or-

(9) Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución Francesa...*, o. c., pág. 65.

(10) A. MERKL, *Teoría general...*, o. c., pág. 83.

(11) Que hasta entonces buscaban en la identificación de la función administrativa el fundamento del Derecho administrativo; véase P. ESCRIBANO COLLADO, *¿Crisis de los conceptos de Administración pública y de Derecho Administrativo?*, «REDA», núm. 37, 1983, págs. 169-172.

gánico (12). Pero es GARCÍA DE ENTERRÍA quien con mayor acierto e influencia posterior abraza las posiciones subjetivistas en nuestro país al sostener una caracterización de la Administración pública como entidad personificada. Esta cualidad, la personificación de la Administración pública, identifica la Administración no como un simple conjunto orgánico, ni mucho menos como un conjunto de funciones, sino como una persona jurídica. Ésta, sostiene el autor, es la única cualidad inmutable de la Administración (13). Consecuentemente, el Derecho administrativo tendrá una naturaleza subjetivo-estatutaria.

Nuestro Derecho administrativo contemporáneo es deudor absoluto de estas posiciones subjetivas (14), especialmente de aquella que atribuye personalidad única a la Administración, convirtiendo en prácticamente residuales o, en todo caso, complementarias al resto de aproximaciones.

1.3. *Derecho administrativo.*

Pero hablar de organización supone hablar de ordenamiento jurídico. En efecto, de modo consustancial, toda organización comporta normación. La ordenación de elementos de modo que sirvan a una unidad funcional, cabalmente: la organización, supone el establecimiento de reglas de relación entre esos elementos, reglas que transmutan el caos en orden y la suma de elementos en sistema orgánico.

Ahí se encontrará el germen de un Derecho administrativo: las reglas de organización. Fue esta cuestión objeto de una estéril discusión acerca de si las normas de relación interna, de organización, te-

(12) Postura expuesta inicialmente en F. GARRIDO FALLA, *Sobre el Derecho administrativo y sus ideas cardinales*, núm. 7 de esta REVISTA, 1952, y posteriormente incluida en su *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I.

(13) Postura expuesta inicialmente en E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Verso un concetto di diritto amministrativo come diritto statutario*, «Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico», núm. 10, 1960. Mantenida hasta la actualidad, tal como consta en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Civitas, Madrid, 10.^a ed., reimpresión 2001, págs. 27-28.

(14) Planteamientos que, por otra parte, son coherentes con los planteamientos clásicos de la Escuela alemana del Derecho público, elaborados sucesivamente por ALBRECHT, GERBER, LABAND y JELLINEK, todos los cuales sostuvieron fervientemente la personalidad jurídica estatal. Otto MAYER, sin embargo, negó este dogma afirmando la incoherencia de calificar al Estado como personalidad jurídica tratándose de una realidad superior e inaprensible por el Derecho. El Estado, para MAYER, es el «pueblo» entendido como «grandeza histórica», y carece de personalidad; dicha personalidad reside en las Administraciones públicas, con un perfil público o privado según el tipo de actuación. En J. C. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, «La doctrina clásica alemana sobre la personalidad jurídica del Estado. Notas de una relectura», en *Administración instrumental, o.c.*, págs. 849 y ss., pueden consultarse las diferencias, en algunos casos sustanciales, en otros sutiles, en las posturas de los iuspublicistas germanos.

nían o no naturaleza jurídica al carecer, según algunos, de la nota de alteridad. Por el contrario, según mi opinión, dichas normas no sólo son propiamente jurídicas, sino que constituyen el irreductible y originario núcleo del Derecho administrativo.

Naturalmente, el Derecho propio, autónomo, de una organización no puede establecer las reglas de relación entre ella y otros sujetos de Derecho. En nuestro caso: con el resto de poderes del Estado, con el propio ejecutivo y con los ciudadanos. Su posición en un mundo de relaciones externas a ella misma vendrá determinada heterónomamente, por lo que deberá ser la ley quien establezca las reglas de tales relaciones. Ley que atenderá lógicamente a la especialidad de las misiones encomendadas y a la singularidad de la organización, generando un Derecho sustentado en principios y criterios diferenciados: el Derecho administrativo. En torno a esas diferencias se construyen las teorías formales (15).

Desde esta perspectiva se entiende que el Derecho se ha ocupado siempre directamente de los medios, y sólo secundariamente de los fines. Es accesorio el componente finalista de la acción administrativa, lo sustancial es el cómo se manifiesta la función administrativa y no a qué fines sirve. Su posición se identifica con la que se ha venido a llamar teoría del «institucionalismo jurídico». El régimen administrativo y la Administración pública no son más que la manifestación jurídica del poder público. El poder público se autolimita sometándose al Derecho a través de la institución jurídica de la «organización». La organización ejerce el poder como expresión de la soberanía estatal, pero se impone limitaciones que se concretan en el régimen administrativo de aplicación.

HAURIOU parte de la distinción clásica entre los actos de autoridad y de gestión, configurada por la doctrina francesa a lo largo del siglo XIX —BATBIE, DUCROCO, AUROC, LAFFERRIÈRE y BERTHÉLÉMI—, según la cual los actos de la Administración ejercidos en virtud de su potestad de imposición unilateral deben quedar fuera del Derecho común. Si el Estado se comporta como un particular, entonces debe regir el Derecho común y será competente la jurisdicción ordinaria.

(15) Históricamente, la que mejor ha destacado los aspectos formales ha sido la tesis de la «prerrogativa», defendida por Maurice HAURIOU. HAURIOU sostiene su tesis sobre la prerrogativa o *puissance publique* como elemento caracterizador de la actuación administrativa y del Derecho administrativo. Se pretende definir el Derecho administrativo a partir de los procedimientos utilizados por la Administración, es decir, a través de los medios utilizados. Se inscriben en estas doctrinas otros autores como LAFFERRIÈRE o BERTHÉLÉMI. Vid. M. HAURIOU, *Précis Élémentaire de Droit Administratif*, Sirey, París, 1943; *Obra escogida*, traducción de SANTAMARÍA PASTOR y S. MUÑOZ MACHADO, Madrid, 1975, y su trabajo *Principios de Derecho público y constitucional*, obra traducida por C. RUIZ DEL CASTILLO, 2.ª ed., Reus, Madrid, 1927. Sobre la significación de HAURIOU, véase la «Presentación» a la obra citada, a cargo de SANTAMARÍA PASTOR.

Esta doctrina presentaba el problema de la dificultad de aislar ambos tipos de actos, ya que, normalmente, la actividad de gestión lleva implícita actos de autoridad. BERTHÉLÉMI y, sobre todo, HAURIOU adaptan estas ideas para superar tales dificultades. Este último autor desdobra los actos de gestión, distinguiendo una «gestión administrativa» de una «gestión privada». El primer grupo de actividades quedará, junto a los actos de autoridad, sujeto al Derecho y jurisdicción administrativo. Ambos núcleos de actividad caracterizan y definen al Derecho administrativo (16).

Estas aproximaciones conservan todavía cierto predicamento en la doctrina francesa contemporánea. No obstante, se advierten en la actualidad algunas matizaciones importantes (17).

Entre nosotros debe destacarse la postura de BOQUERA OLIVER, que adopta la denominada «concepción jurídico-formal» del Derecho administrativo (18). Este autor distingue dentro de las posiciones objetivas tres subtipos. Una concepción «material» que parte de identificar las características objetivas de la actividad administrativa (19). Junto a ésta se sitúan las «concepciones teleológicas», que intentan identificar el núcleo de la actividad administrativa atendiendo al fin al que se dirige, en las que incluye teorías como la del servicio público. En tercer lugar se encuentran las teorías «jurídico-formales», que individualizan la actividad administrativa atendiendo a las consecuencias jurídicas de la actuación, así como a los medios por los que se actúa (20). Pues bien, BOQUERA se sitúa en esta última concepción

(16) Véase M. HAURIOU, *Précis de Droit Administratif*, 11.ª ed., París, 1926, prefacio.

(17) Así, por ejemplo, G. VEDEL y P. DEVOLVÉ, *Droit Administratif*, 12.ª ed., Presses Universitaires de France, París, 1992, que definen el Derecho administrativo como «el derecho de las actividades del Gobierno y de las autoridades descentralizadas, siempre que tales actividades sean distintas a la conducción de las relaciones internacionales y a las relaciones de los poderes públicos, y sean realizadas bajo un régimen de potestad pública». Como puede observarse, se identifican en esta definición elementos orgánicos o subjetivos, junto al criterio objetivo de la *puissance publique*. También R. CHAPUS, *Le service public et la puissance publique*, «RDP», 1968, pág. 235, se aparta de la concepción ortodoxa de esta teoría.

(18) L. PAREJO ALFONSO, *El concepto de Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1984, afirma que la tesis de BOQUERA OLIVER debe ser calificada como mixta o sincrética puesto que se fundamenta tanto en aspectos objetivos como orgánicos, además de formales. No obstante, BOQUERA OLIVER prefiere situarse en el marco de las nociones objetivas, y en concreto en la jurídico-formal, tal como indica expresamente en su obra *Derecho Administrativo*, 10.ª ed., Civitas, Madrid, 1996, pág. 71. Esta posición fue inicialmente elaborada en su trabajo *Criterio conceptual del Derecho Administrativo*, núm. 42 de esta REVISTA, 1963, así como en *Estudios sobre el acto administrativo*, 2.ª ed., Madrid, 1984.

(19) Que serían la «concreción» de la actividad administrativa frente a la generalidad de la legislativa, la «parcialidad», ya que la Administración sostiene un determinado tipo de intereses como son los públicos, y la «subordinación», dada su vinculación a la legalidad.

(20) Los actos jurídico-públicos, por contraposición a los jurídico-privados, crean situaciones jurídicas y las aplican a los destinatarios sin su consentimiento. En definitiva, la teoría de BOQUERA se elabora en base a la ejecutividad del acto, en el que van de suyo implícitas las nociones de legalidad, prerrogativa y garantía de los administrados. «El Derecho

al constatar que en la actualidad no sólo el Estado, sino otros muchos sujetos —privados—, gozan de la potestad de imponer unilateralmente a otros consecuencias jurídicas amparadas por la presunción *iuris tantum* de legalidad (21). Por ello, el acto administrativo constituye la base de la ordenación de conceptos que constituyen el Derecho administrativo. Un sujeto es o no administrativo según tenga o no capacidad para dictar actos administrativos ejecutorios. El Derecho administrativo se sitúa, por tanto, como un ordenamiento dirigido a regular los actos administrativos. El apoyo en las teorías de la prerrogativa de HAURIUO es palpable (22).

Sin embargo, reducir el objeto del Derecho administrativo a la actividad desarrollada *cum imperium* supone desconocer dos importantes realidades: que un importante núcleo de potestades administrativas se desarrollan sin prerrogativas, y que el Derecho administrativo no está compuesto únicamente por potestades, sino que en él tiene cabida un núcleo tan fundamental como el anterior de garantías, lo que sitúa al Derecho administrativo en una posición de equilibrio entre las potestades y los derechos de los ciudadanos (23). Idea sobre la que volveremos al exponer nuestra posición.

2. *La insatisfacción de las aproximaciones unitarias y la solidaridad como substrato común*

2.1. *Las teorías eclécticas.*

La complejidad de la Administración pública y del Derecho administrativo, así como su interpenetración profunda en la sociedad y en

Administrativo es aquel que otorga y regula el poder de creación unilateral de derechos y obligaciones; la prerrogativa o poder administrativo es la facultad de hacer o emanar actos ejecutorios. Un potencial de actos administrativos; la garantía del administrado estriba en poder destruir la presunción de legalidad que la Ley ha colocado como fundamento de la prerrogativa administrativa». Véase J. M. BOQUERA OLIVER, *Derecho Administrativo, o.c.*, págs. 58-67, así como *Criterio conceptual del Derecho Administrativo*, cit.

(21) El autor trata de salir al paso respecto de ciertas argumentaciones que permiten superar el límite expuesto atendiendo a que los particulares cuando actúan potestades administrativas lo hacen ejerciendo potestades delegadas de un poder público administrativo, afirmando que la delegación precisa una decisión administrativa en ese sentido, mientras que numerosos actores privados obtienen las potestades materialmente administrativas mediante una disposición legal. En este caso, a su juicio, esos entes privados actúan como Administraciones públicas. Indica el autor que «algunos autores consideran delegados de la Administración pública a personas jurídicas que han recibido de las leyes poder administrativo. Esta explicación, disconforme con la realidad, suele hacerse con el propósito de mantener concepciones subjetivas (orgánicas y personalistas) del Derecho Administrativo cuando las circunstancias ya no lo permiten». Véase J. M. BOQUERA OLIVER, *Derecho Administrativo, o.c.*, págs. 71 y 80.

(22) Véase J. M. BOQUERA OLIVER, *El criterio conceptual del...*, cit., págs. 139 y ss.

(23) Véase E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, o.c., págs. 49 y ss.

otras ramas jurídicas abocan a SANTAMARÍA PASTOR al más absoluto escepticismo en orden a lograr una definición precisa, universal e intemporal. El autor entiende, además, que tamaño esfuerzo intelectual ha terminado no sólo no facilitando soluciones, sino generando dificultades prácticas nuevas (24), lo que traslada las inseguridades teóricas sobre la definición de esta rama del ordenamiento al orden sustantivo.

Lo cierto es que las evidentes dificultades para proporcionar un concepto unitario han llevado a otros autores a superar este escepticismo y apuntar nociones más flexibles e integradoras en las que se pretenden integrar las posiciones unitarias antes expuestas. El ejemplo del más puro eclecticismo lo podemos situar en la posición de GARCÍA-TREVIJANO FOS, para quien «*el Derecho Administrativo es el conjunto de normas y principios referibles al sujeto Administración que tiene por objeto el estudio y la regulación de la Administración pública subjetivamente considerada, con todas las funciones que desarrolla y, además accesoriamente, el estudio de las funciones administrativas de los demás poderes del Estado*». Es una concepción, como se observa, amplia en la que se conjugan los aspectos subjetivos —concepción orgánica— con criterios funcionales que van más allá del propio poder ejecutivo. Para este autor, la personalidad jurídica reside en el Estado y no en la Administración (25).

GALLEGO ANABITARTE se inscribe igualmente en esta línea, afirmando una dura oposición a las doctrinas personalistas (26). También RIVERO YSERN se ubica en esta posición ecléctica (27), aunque presente su postura como complemento a las teorías personalistas. En esta misma línea de «extensión» de las teorías subjetivas debemos situar a una de las posiciones eclécticas más extendidas que incorpora elementos objetivos y jurídico-formales, como es la

(24) Se refiere, por ejemplo, a la introducción en el artículo 1.1 LJCA del criterio de asunción competencial de la jurisdicción contenciosa de «la actuación de las Administraciones públicas sujetas al Derecho Administrativo». Véase J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo*, vol. I, 3.^a ed., Ceura, Madrid, 2000, págs. 47 y 83-84.

(25) Véase J. A. GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Tratado de Derecho Administrativo*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971. Debe indicarse que algunos autores han calificado esta posición como sólo «aparentemente» ecléctica, en la medida en que la utilización del término «accesoriamente» parece suponer que el estudio de las «funciones administrativas» es un elemento sin mayor significación que no afecta al núcleo de su tesis. Si atendemos a este planteamiento, la postura del autor se situaría en la corriente orgánica. Sobre el particular, véase J. GONZÁLEZ SALINAS, *Personalidad y definición*, cit., pág. 921.

(26) Véase A. GALLEGO ANABITARTE, «Órganos constitucionales, órganos estatales y Derecho administrativo», en *Administración instrumental*, o.c., págs. 899-903.

(27) E. RIVERO YSERN, *El Derecho administrativo y las relaciones entre particulares*, Sevilla, 1969, pág. 120. Al decir que el Derecho administrativo «no sólo va a ser el ordenamiento regulador de la organización y relaciones que se den entre la Administración y los administrados o entre dos administraciones, sino que va a incidir y regular en gran medida la organización, la actividad y las relaciones de esta Administración material».

sostenida por el profesor MARTÍN MATEO. El autor formula el concepto «*sustancial*» de Derecho administrativo como aquel que «*regula el ejercicio de actividades dirigidas a finalidades de interés público, para cuya consecución el ordenamiento concede potestades singulares*» (28). Posteriormente, matiza esta definición en los siguientes términos: Derecho administrativo es el que «*disciplina un conjunto de actividades eficazmente dirigidas al atendimiento de los intereses públicos y para las cuales el ordenamiento concede potestades singulares*» (29). Lucen elementos objetivos («conjunto de actividades») y jurídico-formales («potestades singulares»). La postura así enunciada debería situarse en el marco de las concepciones objetivas; sin embargo, el autor se presta a aclarar que dicha concepción no es incompatible con la subjetiva, sino que pretende complementarla, pues la utilización de estos elementos materiales se realiza con la finalidad de explicar cuáles serán las actividades de la Administración en cuanto persona.

2.2. *La trilogía Administración-función, Administración-organización, Derecho administrativo y la solidaridad como elemento común.*

Llegados hasta aquí, resulta evidente que esta trilogía, a saber, Administración-función, Administración-organización y Derecho administrativo, son realidades inescindibles, inseparables. Cada uno de los factores encuentra su significado en el otro y ninguno de ellos puede ser entendido aisladamente. Se diga o no se diga, todas las teorías que pretenden explicar el Derecho administrativo —o cualquier otra de las dimensiones— deben tener a la vista el resto de elementos, pues resultarán imprescindibles para su comprensión.

Porque, sencillamente enunciado, *el Derecho administrativo es el Derecho propio de la Administración diseñado específicamente para el ejercicio de la función para la cual ésta fue creada*. Dicho de otro modo, el Derecho administrativo es el Derecho de la Administración, hecho para administrar. Así, ni las teorías más puramente subjetivistas o estatutarias, como la de GARCÍA DE ENTERRÍA, pueden sustraerse a este influjo cuando se alude al «giro o tráfico administrativo». Tampoco aquellas que pretenden hacer pivotar el Derecho administrativo en la consecución del «interés general» pueden explicar el hecho cierto de que el interés general no es un monopolio del Derecho

(28) Véase R. MARTÍN MATEO, *La sustantividad del Derecho Administrativo*, núm. 63 de esta REVISTA, 1967.

(29) R. MARTÍN MATEO, *Manual de Derecho Administrativo*, o.c.

administrativo (30). Ni, finalmente, las explicaciones sobre las singularidades de este Derecho pueden comprenderse aisladas del «porqué» las mismas se producen.

Con todo, la insatisfacción acompañará constantemente a todo intento de delimitación absoluta de esta realidad jurídica. Máxime cuando es imparable el proceso de complejidad en el que está inmersa, precisamente porque es un instrumento que acompaña estrechamente al acontecer social y éste nos depara —y deparará— sorpresa tras sorpresa. A situaciones nuevas se responde con soluciones asimismo nuevas; por ello tampoco la ley puede quedar atenazada por construcciones dogmáticas que indefectiblemente se construyen sobre lo conocido; en definitiva, sobre el pasado. Las categorías a manejar deben ser suficientemente flexibles si no queremos que revienten al primer embate de las nuevas realidades.

Escasamente podemos partir de un círculo de razonable certeza, que no es otro que el que nos ofrece dicha trilogía, ya que su aceptación no presupone la predefinición de los concretos perfiles que la contingencia histórica pueda dibujar para cada uno de sus elementos. En efecto, las funciones a realizar, lo que sea objeto del actuar común, de la cosa pública en el más puro sentido aristotélico, en fin, lo que constituya en cada momento el interés general, es contingente. También la forma de la organización puesta a su servicio, su dimensión, sus elementos, las formas y medios que utilicen en su vicaria misión. Final y consecuentemente, asimismo lo será el instrumento jurídico puesto a su disposición.

En este sentido y si esto es así, que lo es, es preciso buscar un referente común, algo que explique, justifique y sostenga esa tríada de realidades. Si recorremos la ecuación en sentido inverso veremos que el exótico Derecho administrativo se justifica por la existencia de una organización singular, y que ésta carecería de sentido si no existiese una función a realizar. ¿Qué existe antes y da sentido a todo? ¿Cuál es el elemento subyacente? La respuesta no puede ser otra que la solidaridad. Entendida, en una primera instancia y como se verá, no como el sentimiento altruista que de inmediato nos sugiere la expresión, sino como el *vínculo colectivo* propio de todo cuerpo político (31).

(30) Ya decía Gaston JÉZE, desde su conocida visión servicial, que «la Administración pública tiene por misión satisfacer las necesidades de interés general», pero que ésta «no satisface *todas* las necesidades» pues parte de ellas «corren también por cuenta de los simples particulares» (*Principios Generales del Derecho Administrativo*, tomo II, Depalma, Buenos Aires, 1949, pág. 3). Esta realidad es evidente y, de hecho, está tras todo mecanismo de fomento.

(31) Jean DEVIGNAUD identifica a la ciudad como primer cuerpo social en el que aparece una solidaridad a la que cabe llamar política, esto es, no basada en vínculos tribales o de sangre.

«El hombre —dice— no es ya simplemente un hombre, sino que es un ciudadano, y la

La solidaridad, el actuar solidario, está en el origen: es la técnica necesaria para plasmar ese ideal e idealizado, materialmente inexistente pero latente Contrato Social que está en el origen de la sociedad; de la sociedad políticamente organizada, de esa comunidad de intereses que es el Estado (32). Un pacto que se renueva periódicamente, diariamente, diría. Pacto que está en la Constitución y en las leyes, y que debe tenerse cotidianamente presente pues es el único capaz de transmutar la naturaleza de nuestra actividad. *La solidaridad convierte la acción dispersa en acción colectiva, lo privado en público.*

La propuesta de recuperación de la noción de la solidaridad como central de la acción pública y, por tanto, sustento y sustrato del Derecho administrativo no lo es al estilo de los solidaristas de finales

sociabilidad urbana, por microscópica que sea, parece que ha sido la primera de las formas de solidaridad, en el sentido que ahora damos a esa palabra. La densidad social, en efecto, reúne en una ecuación compleja el lugar geográfico, el número de sus habitantes protegidos por las murallas, la organización más o menos sabia de las tareas especializadas, la conciencia jurídica y guerrera de pertenecer a un conjunto coherente, autónomo y de relaciones sociales que ignoran el patriarcado, el nomadismo, los vínculos de dependencia o de vasallaje o los imperios jerarquizados que están bajo el dominio de algún soberano carismático mediador único con el más allá. No todas las aglomeraciones son ciudades, como lo fueron las ciudades griegas, chinas, árabes y, más tarde, italianas, flamencas, bálticas. Limitar el concepto es precisar la solidaridad que se agrega a estas ciudades donde han florecido las formas de lo que llamamos cultura» (*La Solidaridad. Vínculos de sangre y vínculos de afinidad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, pág. 40).

Obviamente, es inmensa la literatura sobre solidaridad. Al margen de cuanto se ha escrito siguiendo la estela de los trabajos clásicos del XIX, han servido especialmente a nuestros propósitos, además de lo que aquí expresamente se cita, G. PECES-BARBA, «Humanismo y solidaridad social como valores de una sociedad avanzada», en *Los Servicios Sociales*, Civitas-ONCE, Madrid, 1991; J. GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, *Notas para la elaboración de un principio de solidaridad como principio político*, «Sistema», núm. 101, 1991; P. BALDWIN, *La Política de Solidaridad Social. Bases sociales del Estado de Bienestar europeo 1875-1975*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992; R. PETRELLA, *El bien común: elogio de la solidaridad*, Debate, Madrid, 1997; así como el libro colectivo *Justicia, solidaridad, paz: estudios en homenaje al Profesor José María Rojo Sanz*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1995, coord.: Jesús BALLESTEROS.

(32) O, más exactamente, de la Nación. En el concepto sociológico-político de Nación, como «plebiscito diario de vida en común» (MANCINI) o como unidad de destino, va implícita la idea de la solidaridad. En realidad, el Estado es la formalización (juridificación) de esa vocación de estar y permanecer unidos/soldados/solidarios. También en la Unión Europea la solidaridad se cuenta entre sus principios constitutivos. En un documento divulgativo titulado *El ABC del Derecho Comunitario*, impulsado por la Dirección General de Educación y Cultura, del que es autor Klaus-Dieter BORCHARDT, se recoge entre los «Principios fundamentales de la Unión Europea» el de solidaridad, con el siguiente texto:

«La libertad exige como contrapartida la solidaridad: el uso desmedido de la libertad va siempre en detrimento de los demás. Por esta razón, un orden comunitario, para ser duradero, deberá siempre reconocer como principio fundamental la solidaridad entre sus miembros y repartir uniforme y equitativamente los beneficios —es decir, la prosperidad— y las cargas entre todos sus miembros» (Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 2000).

del XIX y principios del XX, de DURKHEIM (33) o de BOURGEOIS (34) o de PESCH (35), ni aun de las ideas que subyacen en DUGUIT o JÈZE, sino más modernamente. Tampoco, aunque puedan detectarse ciertas reminiscencias, de los seguidores de la escuela alemana de Derecho público, como su creador, ALBRECHT, o como GERBER (36). Ni se dan hoy aquellas condiciones, ni hablamos ahora mismo de la solidaridad como valor idealista, ni predicamos en absoluto la preeminencia del Estado sobre el individuo. Con todo, resulta sorprendente la brutal caída en desuso de la idea de solidaridad para explicar algunas de las relaciones que se producen en el interior de las organizaciones políticas y, en concreto, para ponerla en relación al Derecho público. Sin duda, se debe a su estrecha concomitancia con determinados planteamientos ideológicos que se apropiaron del concepto en su dimensión ética, pero con los que sería impropio identificar el término en toda su extensión. La voluntad de apartarse de connotaciones socialistas o comunistas y la imperiosa necesidad de progresar en la construcción técnica de esta rama del Derecho parecen justificar este absoluto olvido por parte de la doctrina de buena parte del XX. No obstante, desembarazados de complejos semánticos y frente a los que proclaman la buena nueva del advenimiento de un neoliberalismo en el que desaparecen los valores de lo público, hay

(33) E. DURKHEIM, *La division du travail social* (1866).

(34) L. BOURGEOIS, *La Solidarité* (1895).

(35) H. PESCH, *Tratado de Economía Nacional*, trad. de J. M. LLOVERA, Casa Editorial Saturnino Calleja, s/f. En una línea plenamente solidarista, es decir, la que entiende la solidaridad como principio *moral* de organización de la sociedad, distinguía entre la solidaridad humana universal, la solidaridad jurídico-social de todos los conciudadanos de un Estado, y la solidaridad de los compañeros de profesión o clase. Cfr. J. A. ALONSO DE ANTONIO, *El Estado autonómico y el principio de solidaridad como colaboración legislativa*, 2 vols., Congreso de los Diputados, Madrid, 1986, vol. I, págs. 29 y ss.

(36) Como es sabido, se debe a ALBRECHT el dogma de la personalidad jurídica del Estado (por cierto, alumbrado en una *simple* recensión). El autor afirma que el Estado no es una simple asociación de hombres dirigida a cubrir intereses individuales, sino una institución situada por encima de los individuos y dedicada a fines colectivos más elevados y generales. Para GERBER, el Estado representa al pueblo y sólo existe en virtud de él. El pueblo es la base de su personalidad, pero dicho pueblo no es la suma de los individuos, sino un todo vinculado espiritualmente a una comunidad histórica. Cfr. J. C. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, «La doctrina clásica alemana sobre la personalidad jurídica del Estado. Notas de una relectura», en *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, tomo I, Civitas, Madrid, 1994, págs. 849 y ss. En estas nociones late la existencia del Estado como suma de intereses y voluntades propia de la solidaridad; sin embargo, la discrepancia, profunda, viene a la hora de concebir esa nueva persona jurídica como un ente superior que se independiza de la voluntad de los individuos, gozando de un «poder de dominación» (LABAND) sobre los mismos. Las connotaciones ideológicas de la construcción son evidentes, pero la ficción de la personalidad es perfectamente útil tanto desde el plano de la comprensión conceptual y ontológica de la transmutación jurídica del grupo en organización política, como lo fue en su vertiente de técnica jurídica de imputación. Un acertado análisis de la superación actual de estas teorías, basadas en la dialéctica hoy inexistente entre sociedad y Estado, en J. ESTEVE PARDO, «La personalidad jurídica en el Derecho público y la dialéctica Estado-Sociedad», en *Administración instrumental, o.c.*, págs. 871 y ss.

que recordarles que sólo hay derechos individuales en sociedad, en sociedad civilizadamente organizada (y no sólo derechos, sino también carreteras y aeropuertos), cuyo pacto constituyente entraña solidaridad. Pero ¿qué solidaridad? Veamos.

3. *Solidaridad egoísta y solidaridad altruista en el Estado social y democrático de Derecho*

En primer lugar hay que considerar que solidaridades hay muchas (37). De todas ellas nos interesa ahora distinguir entre dos: la solidaridad *egoísta* (38), la que hace a los individuos actuar a favor del grupo porque ello les reporta un doble beneficio: la mejora del grupo en el que se encuentran y su mejora personal en forma de retornos; y la *altruista*, de la que no se espera un beneficio, directo o indirecto. La solidaridad política pertenecería a esa primera dimensión, haciendo al individuo copartícipe del grupo en el que se inserta, tanto en lo que respecta al bienestar asociado a dicha pertenencia como al conjunto de responsabilidades que ello entraña. Como dice DE LUCAS, la solidaridad subyacente a todo grupo político supone compartir derechos y obligaciones como correlato a una posición e intereses comunes (39). ¿Cómo no entender que si esta noción está

(37) Más que de solidaridad, habría que hablar de solidaridades pues las manifestaciones de este vínculo son tantas como infinitas las combinaciones que permite la relación humana. La derivada de la asociación política es, en palabras de DEVIGNAUD:

«Una solidaridad entre tantas otras ... Todo el mundo comprende, aparentemente, el sentido de la palabra sin percibir las curiosas confusiones que esconde. ¿Es el mismo vínculo que une entre sí a la gente de la misma sangre o del mismo linaje, el que fundamenta la dependencia de los vasallos frente al soberano o, viceversa, el que agrupa a sabios, magos, creyentes en sectas, artesanos en guildas, el que justifica la “ley del silencio” entre los criminales, el que une a los *tiffosi* y a los “partidarios” de un equipo? Es la convivencia que se instaura entre las élites del poder y a menudo de los artistas?» (*La Solidaridad...*, o.c., pág. 7).

(38) Que tendría una cierta coincidencia con la que DURKHEIM denomina «solidaridad orgánica». Cfr. E. J. VIDAL GIL, *Los derechos de solidaridad en el Ordenamiento jurídico español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 43. Este importante y original trabajo resulta de imprescindible lectura, aunque gira excesivamente, a mi parecer, sobre el concepto de solidaridad en su dimensión ética, es decir, de algún modo, altruista; lo que es frecuente en las aproximaciones desde la filosofía del Derecho. Ocurre que esta óptica explica sólo una reducida parte de la acción pública, cuando tan solidario se puede ser por egoísta interés como con espíritu benefactor. En el Estado, al igual que en toda comunidad compleja, será habitual la coexistencia de ambos modos de solidaridad.

(39) En extenso, dice DE LUCAS: «... entiendo la solidaridad como conciencia conjunta de derechos y obligaciones, que surgiría de la existencia de necesidades comunes, de similitudes (de reconocimiento de identidad), que preceden a las diferencias sin pretender su allanamiento ... la solidaridad requiere no sólo asumir los intereses del otro como propios sin quebrar su propia identidad, ni aun asumir los intereses comunes del grupo (la vieja in-

en la base de todo grupo político, no alimente y sostenga el instrumento jurídico con el que éste pretende la consecución de las metas colectivas?

Retomando las dimensiones de la solidaridad que ahora destacamos, la primera, la egoísta, es propia de todos los grupos humanos, y es compartida, con mayor o menor lucidez, por todos los individuos que los componen. Ahora bien, la que se materializa con respecto al grupo humano por excelencia es bien singular, como lo es el grupo al que da vida: el Estado (40). Y es tan especial porque, a diferencia de otros modos de asociación, éste incluye todos los fines de la vida y se convierte en el entorno, hoy por hoy imprescindible, del desarrollo individual. Por otra parte, para que pueda hablarse de la solidaridad como vínculo ciudadano que sostiene y justifica el Estado deben darse unas condiciones determinadas.

En primer lugar, la *igualdad entre sus miembros*. No cabe hablar de solidaridad entre desiguales. De ahí que para el Estado liberal,

tuición romana de las *res communis omnium*), sino asumir también la responsabilidad colectiva. En otros términos, se trata de la “lógica de la acción colectiva” (OLSON), esto es, asumir también como propios los intereses del grupo, es decir, de lo público, lo que es de todos, y esa titularidad común acarrea asimismo el deber de contribuir, de actuar positivamente para su eficaz garantía, en la medida en que se trata de una responsabilidad de todos y de cada uno: si se piensa, por ejemplo, en el patrimonio cultural o en el medio ambiente, es cuando nos encontramos precisamente en lo que, como veíamos, VASAK llamaba “derechos de solidaridad”, los que tienen su origen en la concepción de la vida en comunidad y cuya efectividad sólo es posible mediante una conjunción de esfuerzos, no a través de la mera reciprocidad» (*El concepto de solidaridad*, Distribuciones Fontamara, México, 1993, págs. 39-40).

(40) La constante referencia al Estado está basada en su comprensión como grupo político por excelencia al asumir fines globales, y también por comodidad expositiva, pero en absoluto supone —porque no lo precisa— una posición respecto de la cuestión de su personalidad jurídica, sobre lo que ahora mismo no nos pronunciamos por carecer de un criterio sólido; ni excluye, antes al contrario, la personificación de otros entes públicos diferentes al Estado, lo que, en todo caso, sería coherente con lo que proponemos. Al respecto resultan muy sugerentes las consideraciones de ESTEVE PARDO («La personalidad jurídica en el Derecho público y la dialéctica Estado-Sociedad», en *Administración instrumental*, o.c., págs. 871 y ss.) sobre la conformación constitucional de numerosos entes autónomos: municipios, universidades, colegios profesionales, etc., inscritos en el Estado pero personificados. Desde nuestro punto de vista, responden a necesidades sociales representadas por colectivos «parciales» con intereses igualmente «parciales», pero que en su formación y en su funcionamiento obedecen al mismo impulso solidario, bien que acotado materialmente en su ámbito y extensión a los fines que a cada organización le resultan propios. Por otra parte, la concepción teleológica de toda organización política y de sus aparatos ya se encuentra expresada con absoluta contundencia en ARISTÓTELES: «toda “polis” es evidentemente una comunidad y toda comunidad se constituye con el fin de conseguir algún bien, puesto que los hombres siempre actúan para obtener aquello que les parece un bien. Es claro que si todas las comunidades tienden a conseguir un bien, el más importante de todos los bienes debe ser objeto de la más importante de las comunidades, de aquella que comprende en sí a todas las demás, y a la que se llama “polis” (civitas, Estado) y también comunidad política” que procura el “fin de la completa suficiencia”» (*Política*, W. L. NEWMAN, Oxford, 4 vols.; J. MARIAS, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1951, citado en J. A. ALONSO DE ANTONIO, *El Estado autonómico y el principio de solidaridad como colaboración legislativa*, o.c., nota 12).

para el Estado de Derecho, el valor igualdad sea un presupuesto consustancial. También, y en el mismo rango, la solidaridad exige que las metas comunes a cuya consecución se va a contribuir solidariamente *sean compartidas*; es decir, se participe en su definición, esto es, que el Estado sea democrático. No se es solidario con el príncipe, se le obedece. No cabe pensar en un poder autónomo al que se sigue. La ley no puede presentarse, al modo de JELLINEK, como una «auto-limitación del poder». El Estado democrático de Derecho es, pues, requisito y medio necesario para la emergencia de la solidaridad egoísta. Es más, el Estado democrático de Derecho se basa en la solidaridad de grupo, política, que hemos dado en llamar egoísta.

Si antes, siguiendo las tendencias doctrinales más consolidadas, hemos afirmado que el Derecho administrativo surge cuando se independiza la función de administrar, es decir, merced a la división de poderes, ahora podemos plantearnos si no será, precisamente, que la división de poderes es instrumento natural y necesario del Estado democrático (metas compartidas) de Derecho (igualdad ante la ley), que, por primera vez en la Historia, sustentará la articulación política de la colectividad —el propio Estado— en la existencia de vínculos solidarios entre todos los ciudadanos. La imposibilidad de equiparar plenamente a las Administraciones del Antiguo Régimen (o de modernos regímenes autoritarios) —y, consecuentemente, al Derecho que enarbolaban— con la Administración y el Derecho administrativo del Estado liberal post-revolucionario puede explicarse, sin acudir a otros argumentos, desde la perspectiva de la solidaridad: imposible de predicar en ausencia de igualdad y metas comunes (democráticamente establecidas) y, por el contrario, consustancial a la construcción de tal modelo de Estado. La cuestión no es, obviamente, un problema de legalidad, sino de legitimidad. La posible adhesión y sometimiento de los súbditos al poder que se ejerce desde estructuras teocráticas o laicas no refrendadas democráticamente nada tiene que ver con la solidaridad, es otra cosa. Es más, la solidaridad de la que hablamos se manifiesta siempre respecto del cuerpo social y del modelo que se ha dado, lo que supone el respeto a las reglas, aunque los detentadores temporales del poder cambien.

Como veremos, la construcción del Estado, sobre todo cuando éste es complejo, requiere de la instrumentación jurídica de la solidaridad, cual luce en el artículo 2 de nuestra Constitución; pero demos un paso más para aproximarnos desde otra perspectiva al Derecho administrativo. Unánimemente se considera que el fundamento último de toda la construcción que venimos examinando es el interés general, ya lo hemos visto. El Derecho administrativo, en efecto,

existe porque existe la Administración y ésta porque hay que cumplir la función consistente en satisfacer el interés general. Pero no es un objetivo exclusivo de la Administración. Lo realizan también los particulares sin el concurso del Derecho administrativo, con la diferencia de que en un caso —la Administración— se realiza a través de una acción que implica a toda la colectividad y en el otro —el agente privado— no. Luego, no es tanto el fin, sino el cómo éste se consiga, lo que hace irrumpir al Derecho administrativo. Por otra parte, no cabe olvidar que todo agente privado cumple, en principio, funciones de interés social; así, la empresa contribuye, por ejemplo, al desarrollo económico; lo que cambia es la motivación y el modo de alcanzarlo. En todo caso, cuando exista conflicto, se sacrificará el interés individual y el particular deberá ser, forzosamente, solidario con los fines comunes. Sin conflicto, el particular gozará de un amplio margen de actuación, pues en un sistema en el que también impera el valor individual se prohíben actuaciones que no vengan exigidas por el interés general, *un interés general que deba ser solidariamente (colectivamente) perseguido*.

Que la acción solidaria, la «indispensable solidaridad colectiva» de la que habla el artículo 45.2 de la Constitución española de 1978, está tras toda acción administrativa resulta evidente si repasamos someramente las distintas formas de actividad que tradicionalmente han sido glosadas: servicio público, policía y fomento, o, como prefiere denominar MARTÍN MATEO de modo más actualizado, prestación, garantía y estimulación (41).

En lo que respecta al servicio público, éste es la manifestación de lo que más adelante denominaremos *solidaridad prestacional o igualitaria*. Se trata de hacer accesible a todos los integrantes de la sociedad una serie de prestaciones que se consideran imprescindibles para su adecuado desarrollo. Sitúa a los sujetos ante la posibilidad real de disponer de prestaciones (bienes o servicios) que la dinámica del interés individual no permitiría. Se financian, si ello es necesario, mediante impuestos, lo que es una manera solidaria de disponer de ellos. No una solidaridad altruista, sino egoísta. Cuando se pagan impuestos se espera un retorno. Ni el multimillonario más multimillonario puede prescindir de los impuestos como mecanismo de disposición de grandes recursos, pues necesita las carreteras para que circulen sus vehículos de gran cilindrada, los aeropuertos para sus aviones privados y los puertos para sus yates. Y no sólo recibe retornos en forma de servicios necesarios, sino también en forma de ren-

(41) Ramón MARTÍN MATEO, *Manual de Derecho Administrativo*, Trivium, Madrid, 20.ª ed., 1999, págs. 457 y ss.

ta disponible (función redistributiva) que alimenta sus negocios (42). Por eso mismo, los servicios públicos arrancan en los primeros tiempos del Estado burgués y, precisamente, en contextos liberales, como ha subrayado GIANNINI (43).

Pero ocurre que no se suelen pagar los impuestos voluntariamente y algunos pueden querer aprovecharse de lo colectivo pero no contribuir; ni siempre los individuos cohonestan sus comportamientos al interés general, de modo que resulten coincidentes o, al menos, compatibles o indiferentes, sino que las colisiones son imposibles de evitar. Conviene hacer compatible la autonomía individual con la consecución de los intereses comunes, pero si ello no es posible los designios del grupo prevalecen. Es parte del Pacto, y entonces es preciso imponer la solidaridad. La coacción, la policía, la delimitación, hace acto de presencia y es *únicamente así entendida como se legitima*. Conviene recordar que, como dijera GARCÍA DE ENTERRÍA, la posición de la Administración y su actuación a través del Derecho administrativo «*no es precisamente instrumental de la libertad, sino por el contrario, un derecho habilitante de una supremacía general sobre la libertad, en virtud de fines sustantivos*» (44).

Por último, el fomento resulta aún más fácil de explicar desde este punto de mira. Se trata de sumar fuerzas. Por los motivos que sean (interés propio, altruismo...), la acción individual es o puede ser coincidente con las misiones que el grupo ha establecido. Lógico es que éste contribuya. Lógico desde la perspectiva de que se acomoden las conductas a lo que a todos interesa, cuando el objetivo es relevante; y lógico desde la óptica individual bajo la que si se realizan funciones que a todos benefician, la sociedad ayude, colabore. Con prístina claridad, ya tenemos las tres formas de actividad de la Administración: servicio público: solidaridad prestacional; fomento: contribución a los objetivos solidarios; policía: imposición coactiva de la solidaridad de grupo.

Hasta aquí, el Estado democrático de Derecho. El Estado liberal que fundamenta su pacto en la solidaridad egoísta. Pero a estas coordenadas hay que añadir un nuevo componente: el social. No se trata de que ello suponga la irrupción desbordada del altruismo, en abso-

(42) Con todo, como dice PECES-BARBA, la insolidaridad es una característica de la sociedad industrial: «en las modernas teorías del Estado mínimo, en la predicación de la privatización y de la disminución de los servicios públicos y de los servicios sociales, e incluso en una aparentemente neutra descripción del retorno de la sociedad civil o de un derecho sin el Estado, está presente esa corriente antisolidaria, egoísta y aislacionista que surge en los orígenes de la sociedad industrial» (*Derecho y derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1993, pág. 142).

(43) Cfr. M. S. GIANNINI, *El Poder público. Estados y Administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 1991, traducción y Prólogo de Luis ORTEGA ÁLVAREZ.

(44) *Revolución Francesa y...*, o.c., pág. 36.

luto. Pero sí un cierto componente que transmutará el sentido todo de la Administración, impregnando su actuación, desde la misma Constitución, de nuevos valores y exigiendo profundos cambios en su concepción y en su actuación (45). La tarea de transformación social que asume el nuevo Estado introducirá nuevas consideraciones que, sustentadas en valores emergentes, cambiarán los propios fundamentos de la acción altruista incorporándola a la acción pública. En la vertiente social del Estado nos vamos a encontrar con un doble componente: por una parte, la persistencia de la solidaridad egoísta, esta vez estableciendo como objetivo principal (o colectivo) la mejora de la cohesión y como secundario (o individual), y en cierto modo instrumental, el de asegurar determinadas prestaciones básicas frente a los avatares de la vida (Seguridad Social); por otra, una solidaridad confesadamente altruista, que se incorpora a los valores sociales como virtud cívica y que distribuye recursos entre los desfavorecidos (asistencia social). De alguna manera, ya lo ha dicho PAREJO: «el Estado social es, por razones obvias, fundamentalmente un Estado Administrativo cuyo centro de gravedad radica en la ejecución de las políticas públicas formalizadas legislativamente» (46), que, naturalmente, pretende accionar sobre las desigualdades y reducirlas.

La irrupción de estos mecanismos orientados a la cohesión social está alertando a la doctrina sobre la emergencia, cada día más y más evidente, de una nueva modalidad de acción pública, una nueva forma de actividad de la Administración: la de *compensación*. En ella, la solidaridad egoísta convive con la altruista y, de hecho, es esta última la que externamente luce con mayor claridad. Ni el servicio público, ni la policía, ni el fomento son capaces de explicar cabalmente esta nueva forma de actuar, que, por cierto, atrae crecientes recursos y tiene a su disposición aparatos administrativos extraordinariamente importantes y cada día más dotados y complejos. El devenir de los tiempos orienta, sin lugar a dudas, hacia esta nueva forma de actividad. La atención a los mayores, la lucha contra las desigualdades y, en general, contra las muy variadas formas de marginación que genera esta sociedad serán tareas —son ya— prioritarias para la Administración que cabe encuadrar bajo esa modalidad de acción que denominamos compensadora y que es propia e irrenunciable del Estado social avanzado.

(45) Al respecto, el trascendental trabajo de PAREJO ALFONSO, *Estado social y Administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Civitas, Madrid, 1983, con Prólogo de E. GARCÍA DE ENTERRÍA. Por supuesto, la cláusula del Estado social, su virtualidad y su relación con el denominado Estado de Bienestar es cuestión de singular complejidad sobre la que ahora mismo pasamos de puntillas. Más adelante hablaremos de este último modelo, de su crisis y su vigencia.

(46) *El Estado social y Administración prestacional*, cit., pág. 19.

4. *La solidaridad en la definición del Derecho administrativo*

En las páginas que siguen haremos una semblanza de algunas de las dimensiones de lo que llamamos la *solidaridad institucionalizada*. Sin embargo, ¿aporta alguna nueva luz este planteamiento a lo que ahora mismo nos interesa, esto es, a la comprensión del Derecho administrativo? Creo que sí.

La idea de «solidaridad colectiva», como dijimos, nos sitúa en el momento inmediatamente anterior a la trilogía que estudiamos. Para que un agregado de personas se convierta en grupo, en sociedad, hace falta la «chispa» de la solidaridad. Es la emulsión que convierte en unidad a los elementos dispersos. Y en cuanto existe, existen objetivos comunes; hay función a realizar, que se caracterizará, precisamente, porque es colectiva y asumida solidariamente. Y hará falta una organización igualmente singular porque es la de todos y para todos. Y necesitará de un Derecho que vaya más allá de la resolución de conflictos intersubjetivos, un Derecho en el que en un lado de la relación estará siempre la sociedad personificada en su instrumento orgánico. Un Derecho poderoso capaz de sacrificar los intereses insolidarios en beneficio del grupo. Un Derecho, en fin, que tendrá como directo objeto la realización efectiva de esa «solidaridad colectiva».

En este sentido y teniendo en cuenta lo dicho, bastaría decir que el Derecho administrativo es el que *materializa la solidaridad colectiva*. Y si queremos agregarle un elemento subjetivo, podríamos decir: *mediante organizaciones creadas con ese fin*. A lo que podemos adicionar la perspectiva jurídico-formal: *dotadas de potestades singulares*. Para rematar añadiendo la eficacia, con lo que quedaría: *aquel que materializa eficazmente la solidaridad colectiva mediante organizaciones dotadas de potestades singulares y creadas con ese fin*.

Sobre la noción de eficacia no es el momento de abordarla (47), y

(47) Actualmente, la bibliografía sobre la eficacia en el Derecho administrativo es muy abundante, pero fue Ramón MARTÍN MATEO quien primero la interiorizó en la definición de Derecho administrativo en su trabajo *La sustantividad del Derecho administrativo*, núm. 53 de esta REVISTA, 1967; planteamiento luego reiterado en las sucesivas ediciones de su *Manual de Derecho Administrativo*. Entre muchos otros, pueden resultar de interés los trabajos de L. PAREJO, *La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración*, «DA», núms. 218-219, 1989; J. I. LÓPEZ GONZÁLEZ, *Una aproximación de la Ciencia de la Administración al análisis conceptual del principio de eficacia como guía de acción de la Administración pública*, en el mismo número de «DA», págs. 76 y ss.; L. ORTEGA, *El reto dogmático del principio de eficacia*, núm. 133 de esta REVISTA, 1994, pág. 8.

Ciertos autores niegan virtualidad jurídica al principio, sosteniendo en todo caso su carácter informador pero en ningún caso creador de derechos subjetivos u obligaciones jurídicas. Véanse los planteamientos contenidos en el comentario al artículo 103.1 de GARRIDO FALLA, en *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980, pág. 1031, o BAENA DEL

sobre la de «solidaridad colectiva» reiteramos que entendemos implícita en ella tanto la persecución del interés general como la idea de colectivo, de público. Es, pues, un Derecho público. En cuanto a las organizaciones cabe encuadrar en ellas la constelación de Administraciones públicas, prescindiendo, en principio, de la ficción de la personalidad única. Y sobre las potestades, lo central es que es precisamente a esas organizaciones a las que se atribuyen potestades exorbitantes al Derecho común, con el fin de «materializar», y materializar «eficazmente», la solidaridad.

En definitiva, la solidaridad está siempre presente en las relaciones de la Administración, en cuanto conjunto orgánico al servicio del grupo político, con los ciudadanos, bien porque aquélla exige determinadas conductas al particular en aras, precisamente, a la materialización de la solidaridad colectiva, bien porque éste recibirá determinadas prestaciones fruto de la acción solidaria del grupo. Dicho de otro modo, *sea en la dimensión pasiva de receptor, sea en la activa de prestador* —o contribuyente, es decir, el que contribuye, no necesariamente en términos económicos, al funcionamiento colectivo—, *lo que late tras toda relación del ciudadano con la Administración es la manifestación de los vínculos solidarios que le unen al grupo político que es el Estado.*

No obstante, a mi juicio, en todo esfuerzo por aproximarse a una noción de Derecho administrativo no puede olvidarse su perspectiva garantista, pues es lo cierto que es ésa una dimensión capital que distingue a nuestro régimen de los anglosajones en la medida, precisamente, en que neutraliza los poderosos instrumentos que se ponen en manos de la Administración. Más cabal, por tanto, me parecería una definición del siguiente tenor: *Derecho administrativo es aquel sector del ordenamiento por el que, por una parte, se materializa eficazmente la solidaridad colectiva mediante organizaciones dotadas de po-*

ALCÁZAR, *La organización administrativa*, Madrid, 1984. También, véase ESCUIN PALOP, «La Administración del Estado en la Constitución», en *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, Valencia, 1980, pág. 286.

Últimamente, el principio de eficacia está siendo esgrimido, a mi juicio desviadamente, para argumentar la conveniencia de algunos de los fenómenos de «huida» del Derecho administrativo; al respecto pueden consultarse J. M. SALA AROQUER, *Huida al Derecho privado y huida del Derecho*, «REDA», núm. 75, 1992; I. BORRAJO INIESTA, *El intento de huir del Derecho Administrativo*, «REDA», núm. 78, 1993; J. C. LAGUNA DE PAZ, *La renuncia de la Administración al Derecho Administrativo*, núm. 136 de esta REVISTA, 1995; S. DEL SAZ, «Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional», en C. CHINCHILLA, B. LOZANO y S. DEL SAZ, *Nuevas perspectivas del Derecho administrativo (tres estudios)*, Civitas, Madrid, 1992; así como *La huida del Derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas*, núm. 133 de esta REVISTA, 1994; E. MALARET I GARCÍA, S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, X. PADRÓS I CASTILLÓN, M. SÁNCHEZ MORÓN y E. ORTEGA MARTÍN, *Derecho público y Derecho privado en la actuación de la Administración Pública*, Marcial Pons, Madrid, 1999; L. PAREJO ALFONSO, *El Estado social y Administración prestacional*, «RVAP», núm. 57, 2000.

testades singulares y creadas con ese fin; y, por otra, se establecen las garantías individuales necesarias frente al irregular ejercicio de dichas potestades.

VIDAL GIL asocia acertadamente la solidaridad al concepto de ciudadanía que cabe predicar del Estado actual (48); lógico es que el Derecho que regula las relaciones del poder con los ciudadanos tenga en esta perspectiva uno de sus principales referentes. La acción pública es, sobre todo, «acción solidaria», y en esta noción se encuentra implícita la idea de interés general pues resulta simplemente absurdo pensar que el grupo se esforzará en perjudicarse (otra cosa es que no se sepa qué es lo que interesa o que los agentes del grupo desvíen el objetivo, pero resulta igualmente objetable si aludimos al interés general como criterio definitorio), por lo que es redundante hablar de actuación solidaria e interés general.

Vaya por delante que, como he dicho, no creo que el Derecho administrativo se deje definir de modo inobjetable en unas cuantas líneas, por lo que lo que se propone es simplemente una nueva aproximación al fenómeno, una relectura del Derecho administrativo que encuadre, por ejemplo, esa nueva dimensión de su actividad y explique el porqué de la posición dominante de la Administración y la subordinación consciente y deseada de los intereses individuales a los colectivos. Por lo demás, se me podrá decir, por ejemplo, que cómo se entiende el Derecho administrativo cuando se proyecta sobre sujetos que no pertenecen a ese concreto grupo político y falta, por tanto, la solidaridad. Sin embargo, esta objeción sería fácilmente superable acudiendo a la intrínseca dimensión territorial del grupo político.

Con todo, este enfoque podría ayudar a entender algunas cosas. Por ejemplo, el emergente Derecho administrativo comunitario no puede ser de ninguna manera, hoy por hoy, equiparado al estatal. Sin necesidad de recurrir a argumentos técnicos o accidentales, es evidente que la Unión Europea es una organización parcial, es decir, a diferencia del Estado, no tiene fines globales, no alcanza a todas las esferas de interés de los individuos que la componen. A pesar del proyecto de Constitución europea sobre el que se viene trabajando, está muy lejos el día en que pueda predicarse que constituye una entidad política presidida por relaciones de plena solidaridad. Como en otros muchos grupos, la solidaridad existe, pero subordinada a aquellas facetas en la que resulta necesaria para las finalidades, parciales, del colectivo. En el actual proceso de construcción europea el objetivo decididamente perseguido es consolidar la realidad de un auténtico mercado interior —los fines «políticos» están mucho más desdi-

(48) E. J. VIDAL GIL, *Los Derechos de solidaridad...*, o.c., págs. 293 y ss.

bujados—, lo que comporta, inexorablemente, garantizar el limpio ejercicio de la competencia. En este caso, que, por cierto, acredita la parcialidad de los fines comunitarios, el propio concepto de misión pública (49) —por tanto, de finalidad común, de actuación solidaria— es el límite que la jurisprudencia del TJCE ha puesto a la irrupción del Derecho de la competencia en ámbitos que podían previamente considerarse como pacíficamente sometidos al Derecho administrativo.

También puede verse desde esta óptica la aplicación del Derecho privado a diversas áreas de actividad de la Administración. La opción por el Derecho privado no altera en nada el objetivo: la atención del interés general, pues si tal interés no requiriera de la actividad carecería de sentido que la Administración la realizase. Lo que puede cambiar es la noción de si es precisa una acción solidaria, imperativamente solidaria, o no (50). Así, cuando resulte imprescindible el concurso de todos (individuos e intereses) para la realización de la actividad, el Derecho a aplicar deberá ser el público. Si el interés general no es capaz de explicar cuándo una actividad debe ser realizada en régimen de Derecho público o de Derecho privado, la superioridad de este enfoque sobre el del interés general parece, pues, evidente. Finalmente, una idea más sobre la utilización del Derecho privado por la Administración: el rechazo que me produce la expresión «Derecho administrativo privado», pues, aparte de su mayor o menor acierto dialéctico, constituye una contradicción en términos que únicamente pueden generar confusión: el Derecho administrativo es público o no es. La utilización instrumental del Derecho privado es perfectamente posible, pero la singularidad del sujeto y de los fines que persigue matiza todas sus intervenciones jurídicas. Es más, si algo resulta predicable es que es el Derecho privado el que queda modulado por la presencia de la Administración. El Derecho privado, cuando interviene la Administración, queda, de un modo u otro, afectado. Desde luego, no es el Derecho de la Administración como lo es el Derecho administrativo, pero es Derecho *con* Administración. En pre-

(49) Así, por ejemplo, STJCE en el asunto *Radio Telefis Eireann contra la Comisión*, de 10 de julio de 1990. En este caso, entendida como «misión cultural, social y educativa».

(50) Naturalmente que esto traslada el problema a determinar en qué casos resulta necesaria la acción colectiva y eso no puede ser resuelto categóricamente. Habrá que acudir a conceptos jurídicos indeterminados, pero tal técnica parece inevitable ante lo contingente. No otra cosa hizo el Consejo Constitucional francés en su trascendental decisión de 23 de enero de 1987 al afirmar la existencia de una reserva constitucional de competencia a favor del juez administrativo, estableciendo como límite aquellas materias que deban quedar reservadas «por naturaleza» a la jurisdicción ordinaria. La referencia a la «naturaleza» de las cosas ha sido criticada por su vaguedad, pero permite progresar en problemas que carecen de solución apriorística. Vid. B. LOZANO, en C. CHINCHILLA, B. LOZANO y S. DEL SAZ, *Nuevas perspectivas del Derecho administrativo (tres estudios)*, Civitas, Madrid, 1992.

sencia directa o indirecta de la Administración, la relación —privada, porque así lo dice el Ordenamiento— queda indefectiblemente alterada respecto de una *estrictamente* privada, como luce incuestionablemente en la doctrina de los actos separables o en las nuevas modalidades contractuales de los llamados «sectores excluidos».

En definitiva, el recurso a una adecuada noción de solidaridad inscrita en la comprensión de sus diversas manifestaciones puede resultar útil para entender y explicar mejor el Derecho administrativo y, al menos, no resulta impertinente. La idea permite conectar el concepto que tengamos sobre este sector del Ordenamiento con las misiones del Estado en una sociedad necesariamente orientada al actuar común. También, para salir al paso de pretensiones disgregadoras en las que el interés individual pretende imponerse buscando reductos inmunes a los valores superiores de lo público. El progreso civilizatorio, entendiéndolo por ello la preeminencia de valores que tienen a la dignidad humana como centro y referencia, exige el refuerzo de los vínculos solidarios. El mundo no ofrece perspectivas esperanzadoras si se deja todo a las fuerzas del mercado y del más puro interés egoísta. La solidaridad, en su doble dimensión de refuerzo del grupo y de interés por las condiciones del otro, es el fundamento para la imposición de conductas que tiendan a realizar una sociedad mejor, objetivo éste que es el que, incuestionablemente, da aliento a nuestra ciencia.

Sin duda, así lo concibe DROMI cuando, en un reciente e impactante trabajo, propone la articulación del Derecho administrativo en torno a siete «*Códigos de solidaridad*» que abarcarían las distintas actividades del Estado (51). Es obvio que, tras esta denominación, el punto de partida es que tales actividades —y la propia existencia del Estado— tienen como sustento teórico el que constituyen manifestaciones de la solidaridad del grupo político, aserto central de estas reflexiones.

II. MANIFESTACIONES DE LA POSITIVACIÓN DE LA SOLIDARIDAD EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PÚBLICO

1. *Aproximación*

La solidaridad, ya lo hemos dicho, es el elemento anímico vertebrador de cualquier grupo humano, también del Estado. De hecho, y

(51) R. DROMI, *Nuevo Estado, Nuevo Derecho. Constitución para todos, consolidación de las leyes, Códigos de solidaridad*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999.

al margen de lo anteriormente dicho, en la construcción del modelo de Estado surgido de la Revolución Francesa la solidaridad juega un papel capital (¿qué otra cosa late tras la *Fraternité* que luce en su divisa?), constituyéndose en el aglutinante de la clase burguesa y en la virtud civil por excelencia que vendrá a suceder a la caridad de raíz religiosa. Las condiciones para hacer posibles la libertad y la igualdad debe asegurarlas el Estado; la solidaridad deben practicarla todos y se impondrá cuando así convenga para el funcionamiento colectivo o para la realización de un determinado ideal de justicia. Por lo demás, como también hemos dicho, *la solidaridad únicamente puede entenderse en un contexto de igualdad, y específicamente la pública, en un plano de igualdad democrática*. Por ello coincido plenamente con PÉREZ CALVO en que «en el ámbito de la sociedad estatal sólo puede hablarse de solidaridad pública cuando hay democracia, o sea, consentimiento de todos; cuando hay igualdad en cuanto a los caracteres que tienen relevancia pública, especialmente en relación con los derechos fundamentales y, en general, las relaciones de los ciudadanos con los poderes públicos...» (52).

En la interiorización de la solidaridad hasta la propia esencia del Estado resulta ciertamente significativo el proceso seguido por las tres grandes áreas prestacionales, educación, sanidad y beneficencia, que pasaron de ser actividades prototípicas de la Iglesia a serlo del Estado. El clero, pero también el Príncipe y los Señores, venían obligados por mandato religioso a practicar la caridad con el pueblo; no se trataba de ser solidarios, pues no se partía de una posición de igualdad, sino piadosos. Como recuerda GARCÍA DE ENTERRÍA, el Estado revolucionario asumirá estas tareas, hasta entonces «cumplidas por la Iglesia y las fundaciones señoriales, y que en adelante han de constituir servicios administrativos prototípicos» (53). Naturalmente, la Iglesia no abandonó totalmente estas áreas pero tuvo que ceder, a través de procesos desamortizadores, buena parte de las instalaciones en las que las desarrollaba. El tránsito desde la Iglesia al Estado de estas funciones, y especialmente de la beneficencia, se complementa hoy con un interesante proceso en el que la sociedad civil está asumiendo un protagonismo creciente en la realización de la solidaridad altruista. Como sabemos, en la actualidad, una parte nada insignificante de los recursos que el Estado recauda para beneficencia es derivada a organizaciones privadas que realizan programas solidarios.

(52) A. PÉREZ CALVO, *Presente y futuro del Estado autonómico*, «Revista de Estudios Autonómicos», núm. 1, 2002, pág. 230.

(53) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, 2.^a ed., Taurus, Madrid, 1981, pág. 48, siguiendo a HAURIUO.

Con respecto a la asunción de la beneficencia por parte del Estado, conviene recordar que en el borrador de la Constitución de 1978 aparecía, en ostensible anacronismo, como competencia de las Comunidades Autónomas. En su paso por el Senado desapareció gracias a una enmienda presentada por el profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO (54), de la que merece la pena extraer los siguientes párrafos:

«... produce hoy una cierta vergüenza la alusión a la beneficencia. Ciertamente que tras ella se ocultan miles de esfuerzos, miles de sacrificios por ayudar en muy variadas formas a la humanidad doliente. Sería inabordable el intentar recoger ahora lo que de positivo se ha logrado bajo el rótulo de beneficencia. La propia etimología; “hacer el bien”, abonaría el mantenimiento del término, y, sin embargo, la expresión “beneficencia” es algo que no me gusta. ¡Hay tanta miseria humana vinculada a la misma! ¡Son tantas y tantas las humillaciones que trae a la memoria!

... el concepto de beneficencia ha quedado estereotipado de forma que recuerda sólo situaciones de antiguo régimen: el don graciable, la limosna, el médico o la medicación por favor y bien patente, la inscripción en el padrón, la constancia de una situación humillante que se consideraba estable...

... Pugna en su sentido tradicional con el criterio de igualdad que quiere introducir la Constitución, pugna con el deseo que ya hemos logrado plasmar en diversos preceptos de este texto, de que todos tenemos derecho a la salud, de que todos debemos ser asistidos en la vejez, de que la familia y los niños, cualquier familia y cualesquiera niños, tienen derecho a ser asistidos, pugna con la afirmación de que va a establecerse un sistema de Seguridad Social eficiente para todos.

Por todo ello, se estima procedente abandonar el término “beneficencia”, entendiéndose que basta con que esta letra *s*) del apartado 1 del artículo 141 aluda nada más que a la asistencia social» (55).

(54) Enmienda al apartado *s*) del número 1 del artículo 141 (hoy 148.1.20). Sesión de 12 de septiembre de 1978.

(55) Fue enmienda única y resultó aprobada por 19 votos a favor (UCD y PSOE) y 6 en contra. Se puede encontrar en Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, *Materiales para una Constitución. Los trabajos de un profesor en la Comisión Constitucional del Senado*, Akal, Madrid, 1986, pág. 191.

Al margen de esta clarificadora anécdota sobre nuestra reciente historia constitucional, lo cierto es que el Estado de Derecho —ya revestido de la condición de «social»— fue ampliando progresivamente su ámbito de cobertura. Con distintas técnicas y en variados sectores, la lucha contra la desigualdad ha sido tenaz y las acciones abiertamente solidarias se han multiplicado, obligando, incluso, a replantearse la propia capacidad del Estado de atender todas las demandas. Y es que *la madurez de las sociedades se reconoce no tanto por el nivel de vida que puedan haber alcanzado* (lo que puede limitarse a unas élites privilegiadas, como ocurre, de modo sangrante, en un gran número de países en el Planeta), *sino por el grado de cohesión social que son capaces de conseguir y mantener*, y para la cohesión social la herramienta imprescindible es la solidaridad. Por ello, la institucionalización de la solidaridad y su generalización (56) son, incuestionablemente, *síntomas inequívocos de progreso civilizatorio* (57).

2. *Solidaridad y Estado de Bienestar*

Si el Estado de Derecho supuso la posibilidad de someter el ejercicio del poder al Derecho, y el Estado social la activa acción pública

(56) En un reciente, sugerente y denso trabajo, Ernesto J. VIDAL GIL ha hecho un repaso de la significación del principio de solidaridad en la construcción del Estado actual y de su virtualidad en la adecuada comprensión del catálogo de derechos y libertades fundamentales que contiene nuestra Constitución y, aún más, de la comprensión de nuestro Ordenamiento jurídico. Su argumentación, por ejemplo —siguiendo a ATIENZA y RUIZ MANERO (*Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*; Trotta, Madrid, 2000)—, sobre la solidaridad como límite al ejercicio del Derecho resulta sumamente interesante (*Los Derechos de solidaridad en el Ordenamiento Jurídico español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002).

(57) En muy buena medida, los numerosos aspectos fallidos de la Cumbre de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible celebrada en Johannesburgo (agosto-septiembre 2002, conocida como Río+10) tienen su origen en la evidente quiebra del progreso civilizatorio que supuso la Cumbre de Río alentando la institucionalización de la solidaridad entre los Estados y los pueblos de la Tierra. Como hemos sostenido reiteradamente, sumándonos a otras muchas voces, el próximo e inexorable paso civilizatorio que la Humanidad debe dar si quiere evitar la no muy lejana degradación de su entorno, cuando no su propia desaparición, es la articulación de la especie como grupo organizado basado en la solidaridad planetaria. Desde otro punto de vista, lo ha expresado así recientemente PÉREZ CALVO:

«Desde el momento en que se parte de la igualdad sustancial de todos los seres humanos, el último objetivo utópico que la lógica exige en esta materia es la consideración de la Humanidad como ámbito general de la solidaridad. Actuaciones singulares de los Estados, de organizaciones privadas y de los individuos, junto con movimientos ideológicos universalistas convergen hacia ese objetivo utópico del mundo entero como ámbito organizado de la solidaridad» (*Presente y futuro del...*, o.c., pág. 232).

Planteamiento que puede reputarse de utópico, pero, como ha sido dicho en conocida frase, *lo que realmente es utópico es pensar que el Mundo pueda seguir así indefinidamente.*

frente a las desigualdades, el Estado de Bienestar; o, como algunos prefieren, el Estado social avanzado (58), constituye el más inmediato referente sobre la concepción ontológica del Estado, respecto del cual debemos situar el conjunto de las instituciones jurídicas que lo conforman. Tarea nada fácil pues la tan debatida como asumida crisis del Estado de Bienestar no es tal, o, mejor, pertenece a la propia esencia del modelo, que, en sí mismo, incorpora la vocación de una permanente situación crítica. Intentaré explicarme.

Dos son los aspectos que, a mi juicio y a nuestros efectos, deben destacarse del esfuerzo de construcción teórica del Estado de Bienestar, que se debe a LUHMANN (59). El primero, el que distingue a este modelo de la concepción clásica del Estado social (60) y que el autor sitúa en que la «lógica interna del Estado de Bienestar» únicamente «puede ser comprendida mediante el *principio de compensación*». Compensación que trata de paliar «aquellas desventajas que recaen sobre cada cual como consecuencia de un determinado sistema de vida», pero que tienden a universalizarse e, incluso, a perpetuarse indefinidamente pues no sólo todo tiende a ser compensado, sino que alcanza a plantearse cómo compensar los desequilibrios producidos por la compensación (61). Esta mecánica de la compensación tropezará pronto con, al menos, *tres fronteras*: la que tiene que ver con el impacto de la sociedad industrial en el *medio ambiente*, muy poco desarrollada por LUHMANN pero sobre la que intuye que el binomio «recursos finitos» - «acumulación de residuos no reciclables» producirá situaciones de desventaja muy difícilmente abordables; *los costes crecientes del modelo*, y, finalmente, su influencia, junto con el resto de transformaciones de la actual sociedad, sobre los *mecanismos de motivación* que incidirán en las «generaciones más jóvenes».

El segundo de los aspectos que queríamos destacar es que, para LUHMANN, el Estado de Bienestar se asocia al *concepto de inclusión*: «el concepto de inclusión significa la incorporación de la población global a las prestaciones de los distintos sistemas funcionales de la sociedad. Hace referencia, de un lado, al *acceso* a estas prestaciones y, de otro, a la *dependencia* que de éstas van a tener los distintos mo-

(58) O Estado asistencial, o, como denomina BALDWIN, Estado de Bienestar solidario (cfr. *La política de solidaridad...*, o.c., cap. I).

(59) En *Teoría política en el Estado de Bienestar*, Alianza, Madrid, 1994.

(60) Que entiende a éste como el Estado que reacciona frente a las consecuencias de la industrialización implementando una serie de medidas de previsión social.

(61) LUHMANN dice que «una vez que el concepto de compensación es reconocido y practicado como fundamento de las pretensiones, se pone en marcha esa particular dinámica que conduce del Estado Social al Estado de bienestar; aquella que en último término no deja nada fuera y se consume a sí misma» (*Teoría política...*, o.c., págs. 32-33).

dos de vida individuales». La inclusión como rasgo del Estado de Bienestar se despliega en dos ámbitos: el uno, la incorporación de *todos* al proceso, eliminando tendencialmente la exclusión de los «grupos que no participan de la vida social, o lo hacen sólo marginalmente»; y el otro, incorporando aspectos cada vez más diversos y cada vez más amplios en el conjunto de prestaciones que conciernen al Estado. La detección de este fundamental rasgo del Estado de Bienestar nos permite entender que su objeto no es sólo el de asegurar el que todos los ciudadanos disfruten de unos niveles mínimos de bienestar, sino la respuesta a «problemas especiales de distinto género, que pueden ser graves para quienes resulten encontrarse en determinadas situaciones». Así, «las mejoras discurren, por tanto, no sólo en la dirección del aumento de los niveles mínimos, sino también en la del *descubrimiento continuo de nuevos problemas que competen a las autoridades públicas*». Por lo demás, y aunque los procesos de inclusión no siempre desembocan en la posibilidad de exigir jurídicamente prestaciones públicas, su semántica se ha desplazado ya claramente de «caridad» a «pretensión».

Hechas estas precisiones, resulta más comprensible decir que *no cabe hablar de crisis del Estado de Bienestar si queremos entenderla como quiebra de un proceso e inicio de otro*. De igual modo que la teoría del crecimiento ilimitado es conceptualmente incompatible con un sistema finito como es la Tierra, *la teoría del Estado de Bienestar es igualmente irrealizable en sí misma*, pues supone, por esencia, una permanente situación de insatisfacción. Resulta imposible —y se sabe— atender todas las necesidades cuando éstas están en permanente expansión y, además, el funcionamiento del propio sistema las genera indefinidamente (62). El Estado de Bienestar nunca se ha realizado, por ello nunca entró en crisis, ni se realizará. *Es una tendencia, un modo de entender «lo político» y, por extensión, «lo público», de conformidad con determinados valores* (63).

(62) Véanse las lúcidas referencias de LUHMANN al sistema político como «autorreferente», es decir, que «produce y reproduce por sí mismo los elementos —decisiones políticas, en este caso— de que está constituido». «La idea de bienestar —dice— como meta política (en vez de la medieval de *pax e iustitia*) constituye el exacto correlato semántico de la autorreferencia política. La autorreferencia es ante todo un principio tautológico; el bienestar es un principio correspondientemente indefinido. El aumento del bienestar, por tanto, puede remitirse siempre a sí mismo y generar bienestar» (*Teoría política...*, o.c., págs. 55-56).

(63) Entiéndase lo dicho en términos relativos. Peter BALDWIN, en su importantísimo análisis del Estado de Bienestar solidario, atribuye su desarrollo a los intereses de clase —en particular de la clase media— más que a la materialización de valores de corte altruista. «La solidaridad —la decisión grupal de asignar los recursos según las necesidades— es engañosamente análoga al altruismo —dice—. Como sentimiento individual el altruismo generalmente se limita a estrechos círculos de afines. La solidaridad, en aquellas pocas ocasiones en que ha sido realizada, ha sido el desenlace de un interés propio recíproco y

El problema del Estado de Bienestar —y su crisis, ésta sí real— no es la sobresaturación de demandas y de respuestas, que eso va de suyo y encuentra natural y rápidamente sus límites, sino *la decadencia del principio de igualdad* frente al de libertad. Si recapitulamos sobre las características del modelo que hemos destacado, será fácil concluir que *la inclusión*, sobre todo la referida a personas y grupos sociales, es una manifestación de la igualdad, mientras que la noción de *compensación* se asienta incuestionablemente sobre la solidaridad. En el justo equilibrio, permanentemente perseguido, entre los incompatibles —en términos absolutos— principios de igualdad y libertad debiera encontrarse un modelo de Estado que facilitara el bienestar de los ciudadanos, no necesariamente perseguido en exclusiva mediante directas prestaciones. El desafío es «asentar algo distinto en el lugar de la ilusión del Estado de Bienestar» (64) que realice eficazmente los valores sobre los que éste se asienta. La tarea presenta una complejidad extraordinaria y debiera ocupar todos los esfuerzos necesarios para resolver cuestiones sobre las que la teoría política no ha dado respuestas convincentes. Entre tanto, debemos entender que *esa búsqueda tiene que ver con la solidaridad altruista propia del Estado de Bienestar solidario* del que habla BALDWIN, pero que *se asienta sobre la construcción* (y supone un progreso) *de ese Estado cuyo fundamento ha sido la solidaridad egoísta.*

3. *La solidaridad como principio*

Con independencia de su positivación en normas específicas en las que se regula la reacción colectiva frente a determinados supuestos, tal como veremos, la solidaridad está o debe estar presente en la comprensión y aplicación del resto del Ordenamiento en su dimensión de *principio inspirador de las relaciones entre la colectividad y sus miembros.*

Como veremos más adelante, la solidaridad es, en orden al funcionamiento del Estado, «un factor de equilibrio entre la autonomía de las nacionalidades o regiones y la indisoluble unidad de la Nación española» (STC 135/92, de 5 de octubre, FJ 7.º) y, como subrayare-

generalizado». Lo que le permite concluir que a la solidaridad, entendida como motor de la acción social del Estado, «no la explica la ética, sino la política» (*La política de solidaridad...*, o. c., pág. 480). No puede discutirse lo certero del análisis, pero tampoco puede negarse el espacio a los valores y a su capacidad de transformación social. O, al menos, no quiero creer que todo avance cultural sea consecuencia del interés, ni que en el espíritu humano, desde el inicio de la Humanidad, únicamente haya tenido cabida como inalterable valor el del individualismo.

(64) *Teoría política...*, o. c., pág. 150.

mos, un principio de imprescindible consideración a la hora de disponer los distintos elementos de la estructura pública, de distribuir las funciones a realizar y de ordenar los flujos de recursos; pero, además, la solidaridad es también un principio que se proyecta a las relaciones del aparato público con los ciudadanos.

Por otra parte, ya hemos dicho anteriormente, y ahora lo reiteramos, que *sea en la dimensión pasiva de receptor, sea en la activa de prestador, lo que late tras toda relación del ciudadano con la Administración es la manifestación de los vínculos solidarios que le unen al grupo político que es el Estado.*

Visto y entendido así, no es de extrañar que se acuda al principio de solidaridad para dar sentido a la resolución de determinados conflictos entre los particulares y la Administración; antes al contrario, lo extraño es que no se acuda con más frecuencia a este criterio. Cuando la norma no resuelve taxativamente un supuesto o resulta borrosa su incardinación, la tensión entre el interés privado y el público deberá resolverse acudiendo a una interpretación sistemática del grupo normativo bajo cuya regulación se encuentre el supuesto —o, más latamente, al Ordenamiento en su conjunto—, preguntándose, precisamente, en qué dirección debe manifestarse la solidaridad; cuál de los intereses en juego debe sacrificarse. La solución al caso podrá venir en uno u otro sentido, pero hay que hacer una precisión: el principio de solidaridad entre todos los españoles que late en la Constitución es una presunción que juega en un único sentido; así, si la respuesta del Ordenamiento no impone claramente el sacrificio individual —la solidaridad contributiva—, debe optarse por defender el interés individual reclamando la solidaridad de la colectividad.

Esta perspectiva del principio de solidaridad tiene, naturalmente, un relevante espacio a la hora de comprender, por ejemplo, la responsabilidad patrimonial de la Administración y de resolver los conflictos que en su realización se producen. Se conecta, además y lógicamente, con la noción de equidad (65) pues se trata de hacer justicia en el caso concreto teniendo en cuenta sus singularidades.

Y es que *la solidaridad debe insertarse en el conjunto de valores*

(65) La equidad no opera únicamente en el ámbito de la jurisdicción en el que debe darse justa solución al caso concreto, sino que es también un criterio al que se acude normativamente para dar respuesta, caso a caso, a supuestos en los que se excluye la reparación de daños por razones de solidaridad. Así, el artículo 4 del Real Decreto 862/1981, de 27 de marzo, sobre Coordinación de medidas con motivo de situaciones de emergencia o de naturaleza catastrófica, que establece que por criterios de equidad el Gobierno podrá acordar ayudas no previstas en la norma. El artículo 10 de la Orden del Ministerio del Interior de 31 de julio de 1988 concreta los supuestos en que cabe actuar la cláusula de equidad. Al respecto y críticamente, J. JORDANO FRAGA, *La reparación de los daños catastróficos. Catástrofes naturales, Administración y Derecho público: responsabilidad, seguro y solidaridad*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, pág. 198, con Prólogo de Ramón MARTÍN MATEO.

fundamentales de la sociedad, cuya comprensión únicamente puede ser relacional. Así lo ve FONT I LLOVET al entender la «responsabilidad como complemento indispensable y contrapartida, precisamente, del principio de *libertad*, al que equilibra en su exigencia moral y con el que edifica conjuntamente, de la mano de la *igualdad*, el gran principio de *solidaridad* que ha de presidir sin lugar a dudas el inicio del tercer milenio» (66), lo que sintoniza con la reivindicación de DROMI de apuntar «a una auténtica y sentida revalorización del *derecho a la solidaridad* y de la *solidaridad del derecho*» en el contexto de un derecho cuyo occidente «debe enmarcarse en una ideología humanista y democrática, con sustento en la libertad, la justicia y la solidaridad» (67). La solidaridad, en definitiva, supone un progreso civilizatorio que debe impregnar al Ordenamiento como único contrapeso eficaz al individualismo rampante. También en el plano doméstico es cierto el pronóstico de M'BOU: «La Humanidad está condenada a vivir en una era de solidaridad si no quiere conocer la de la barbarie» (68).

Una reciente sentencia del TS, la de 4 de junio de 2002 (6.^a) (69), puede ilustrarnos sobre algunas de las cosas que venimos diciendo. Se trataba de un penado al que se concedió libertad condicional «previos los preceptivos informes, todos favorables», a propuesta de la Junta de Régimen y Administración del Centro Penitenciario en el que cumplía condena, «probando que tenía un trabajo estable». Durante el disfrute de la misma, el liberado condicional ocasionó la muerte del hijo del recurrente al intentar robar su vehículo y apoderarse de la escopeta de la víctima, que estaba cazando.

La sentencia recurrida fundó su resolución denegatoria de la indemnización en la «inexistencia del nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos y el daño ocasionado, pues el hecho causante del daño no fue realizado por la Administración ni por ninguno de sus agentes, sino por un tercero que se encontraba en situación de libertad condicional». Aunque no es ahora objeto de nuestro interés, el TS estableció el nexo causal al rechazar las «restricciones derivadas de... perspectivas tendentes a asociar el nexo de causalidad con el factor eficiente, preponderante, socialmente adecuado o ex-

(66) *Hacia la «escala» de la responsabilidad: primer paso, la anulación de actos discrecionales* (A propósito de la STS de 28 de junio de 1999), «REDA», núm. 106, 2000, pág. 237.

(67) R. DROMI, *Nuevo Estado, Nuevo Derecho. Constitución para todos, consolidación de las leyes, Códigos de solidaridad, o.c.*, págs. 13 y 15.

(68) Citado por DE LUCAS en *El concepto de..., o.c.*, pág. 10.

(69) Por la que se resuelve el Recurso de Casación núm. 930/1998, interpuesto frente a la sentencia que dictó la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Cuarta, de fecha 26 de noviembre de 1997, Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Lecumberri Martí.

clusivo para producir el resultado dañoso, puesto que —válidas como son en otros terrenos— irían en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas».

Establecido el nexo, admitió que no existía comportamiento anómalo por parte de la Administración, pues «fue correcta y diligente su actuación, tanto en la concesión de la libertad condicional del penado, como en su posterior vigilancia y tutela durante todo el tiempo que aquél permaneció en la referida situación...». Ahora bien, y es en este punto en el que asoman las argumentaciones que nos interesan, la persecución de la reinserción del penado (de los penados) genera un riesgo que puede materializarse en forma de lesiones en los bienes o derecho de los ciudadanos; sin embargo,

«la obligación de soportar individualmente el daño sufrido no puede imputarse a los perjudicados cuando éstos no tienen el deber jurídico de soportar los riesgos que objetivamente debe asumir la sociedad en la concesión de los beneficios penitenciarios de esta naturaleza, que por perseguir la reinserción social del penado deben ser soportados por toda la sociedad porque así lo impone la función de resocialización propia de la pena que establece la propia Constitución y los compromisos internacionales asumidos por España» (70).

En efecto, *la sociedad ha optado por hacer posible la reinserción social de los delincuentes, lo que incuestionablemente es un avance cultural de primera magnitud, pero ello entraña indudables riesgos pues resulta de todo punto inevitable un determinado número de fracasos. Podríamos, en cambio, imponer el cumplimiento íntegro de las penas, o condenarlos a todos a cadena perpetua, o, mucho más barato, simplemente ejecutarlos; ello reduciría los riesgos. Pero no, creemos que es un síntoma de salud y madurez social, un paso adelante hacia una sociedad más justa, más libre, más tolerante, apostar por la reinserción. ¿Qué hacemos cuando el riesgo que entraña una respuesta civilizatoria se actualiza? Dice la sentencia:*

«con arreglo a la conciencia social, no es adecuado que tales perjuicios sean soportados de manera individual por aquellos en quienes se concretan los resultados dañosos de los inevitables fracasos penitenciarios, sino que deben ser compartidos en virtud del principio de

(70) Con lo que reitera la doctrina establecida por sentencia de 7 de octubre de 1997.

solidaridad por el conjunto de la sociedad que sufraga el gasto público, ya que la lesión causada al particular se asimilaría a una obligación pública —“l'égalité devant les charges publiques”, según la doctrina francesa— que, como tal, no puede gravar sobre un solo ciudadano y, por tanto, debe repartirse entre todos, a través de la correspondiente indemnización de la víctima, cuya carga definitiva, por la mecánica del impuesto, incumbe a los contribuyentes».

Inobjetable. No importa ahora si técnicamente el fallecimiento de un hijo pueda ser considerado como una «carga»; es evidente que no, pero la idea de justicia que subyace es sustancialmente idéntica. *El progreso de todos* —económico, cultural, civilizatorio— *a todos debe alcanzarnos, pero todos debemos soportar solidariamente sus efectos negativos cuando se singularizan en una persona*. La implementación en la sociedad de valores éticos y morales superiores no siempre es gratis, pero vale la pena.

Incluso GARRIDO FALLA, como se sabe contrario a la responsabilidad objetiva, encuentra en el principio de solidaridad su fundamento: la responsabilidad patrimonial por «funcionamiento normal» es un claro supuesto de responsabilidad sin falta cuyo fundamento se encontraría en el «principio de solidaridad y de reparto entre los administrados de los perjuicios que puedan causar los servicios y las obras públicas». Aún no se ha llegado a la «socialización de los daños» —añade—, por lo que en los casos de «funcionamiento normal» el tribunal dictará la sentencia sintonizando con el grado de penetración que los principios de solidaridad e igualdad ante las cargas públicas tengan en un momento determinado (71).

En definitiva, por lo que ahora interesa, la solidaridad se manifiesta, en materia de responsabilidad, como *un principio inspirador que alienta a repartir los beneficios y cargas dimanantes de la actuación administrativa entre todos*; pero, además, está en el origen de la reacción colectiva frente a los perjudicados por sucesos absolutamente extraños a tal tipo de actuación. Se es ahora solidario con las víctimas de acontecimientos naturales (catástrofes naturales), sociopolíticos (terrorismo) u otro tipo de calamidades. En ambos casos estamos en presencia de una forma de «solidaridad», pero el fundamento es bien distinto: en un caso hay una actuación administrativa desencadenante y en otro no.

Esta segunda «solidaridad» poco tiene que ver con la responsabi-

(71) Fernando GARRIDO FALLA, «Constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, tomo III, Civitas, Madrid, 1991, págs. 2855-2857.

lidad. Tiene más que ver con el rawlsiano *asset-egalitarianism*, que incorpora requerimientos de solidaridad y fraternidad (72). Este sentimiento de solidaridad, de «amor a la humanidad» (que proviene de la «simpatía»), es la mayor pasión del ser humano, según dijera HUME (73). Bien entendido que, para muchos, es una *solidaridad de mínimos* pues, como apuntara POPPER, «nuestra obligación es ayudar a aquellos que necesitan nuestra ayuda, pero no la de hacer felices a los demás» (74). Con todo, tanto RAWLS como POPPER apuntan a los posibles límites de una solidaridad altruista, sin atender a que la meramente egoísta orienta por sí sola a procurar la cohesión social como un valor que a todos beneficia en su dimensión grupal.

4. *Las manifestaciones jurídicas de la solidaridad institucionalizada*

A continuación expondremos muy brevemente algunas manifestaciones normativas de la solidaridad, bien suponiéndola expresión de la que llamamos egoísta, bien de la altruista, bien, como suele ser frecuente, de una combinación de ambas. La escasa teorización sobre la materia hace que estas acciones se presenten de modo confuso y que, quizá salvo la que llamamos «intragrupo o estructural», en la que aparece más o menos expresamente una mención a una «solidaridad» que no puede ser otra que la de grupo, o egoísta, se suela pensar, erróneamente a mi juicio, que estamos frente a acciones puramente altruistas.

4.1. *La solidaridad intragrupo, política o estructural.*

Como hemos venido insistiendo anteriormente, la solidaridad está en el origen de todo cuerpo político, por lo que lógico es que a la hora de estructurarlo opere como principio central en la disposición de sus elementos, en la distribución de sus funciones y en el acceso a los recursos disponibles (75). Sea más o menos compleja esa organización,

(72) Miguel Ángel RODILLA, Presentación a John RAWLS, *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1999, pág. 37. Si bien es cierto que RAWLS sólo apuesta por corregir las contingencias sociales arbitrarias, no así las naturales.

(73) David HUME, *Tratado de la naturaleza humana*, Libro III, Parte 2.ª, 481, Orbis, Barcelona, 1984, tomo III, pág. 704.

(74) Karl R. POPPER, *La sociedad abierta y sus enemigos*, Paidós/Orbis, Barcelona, 1984, pág. 403.

(75) Sobre las distintas formas de organización política y el juego de la solidaridad en las de corte complejo y, en especial, sobre nuestro sistema y su historia, véase el monumental trabajo de José Antonio ALONSO DE ANTONIO, *El Estado Autonómico y el Principio de Solidaridad como colaboración legislativa* (2 vols.), Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1986.

y cuenten con mayor o menor autonomía sus distintos elementos, lo cierto es que si se quiere predicar la unidad deberá actuar *in solidum*, como un único cuerpo, por el que fluyan responsabilidades y respuestas, en el que no puedan sostenerse ni posiciones solitarias (insolidarias) ni soledades institucionales (insolidaridades) frente a la función última de toda organización política, que no es otra que el atendimento de las necesidades sociales. En la organización estatal, *solidaridad y autonomía son conceptos que no pueden separarse*, y no porque la solidaridad deba entenderse como un límite a la autonomía, sino porque *forma parte consustancial del mismo concepto*. Los planteamientos soberanistas se distinguen de los autonomistas, precisa y exactamente, porque en aquéllos se niega la solidaridad respecto del cuerpo político que representa la unidad. Por ello, en un sistema autonomista —o federal, pues para el caso es exactamente igual— la actuación de los distintos poderes que en él coexisten debe estar presidida por la lealtad (76), tanto respecto del resto de poderes como del pacto político del que todos ellos reciben su legitimidad, es decir, la Constitución. *En esa lealtad se sintetiza, entre otros, el principio de solidaridad* (77).

Desde su segundo artículo, la Constitución explícitamente asocia las nociones de unidad de la Nación con la de solidaridad entre las realidades políticas que la componen, ratificando esta declaración y encomendando al Estado su cumplimiento en el apartado 1 de su artículo 138. Bien tempranamente, el Tribunal Constitucional (STC de 2 de febrero de 1981) dejó sentado que «la autonomía reconocida, entre otros Entes, a las Comunidades Autónomas, por el artículo 137 de la Constitución, se configura como un poder limitado, que no es soberanía». Aclarando poco después que

«el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones, que lleva como corolario la *solidaridad entre todas ellas*, se da sobre la base de la unidad nacional (artículo 2.º). Dicha autonomía queda vinculada, para cada una de las Entidades territoriales, ... a la gestión de sus respectivos intereses (artículo 137) ... Aunque las Comunidades Autónomas no son ni pueden ser aje-

(76) Al respecto, consúltese el excelente trabajo de M. J. MONTORO CHINER, *Convenios entre Federación y Estados miembros en la República Federal Alemana. Solidaridad y lealtad constitucional en los sistemas alemán y español*, Tecnos, Madrid, 1987, especialmente págs. 19 a 30.

(77) Citando varias anteriores, el Tribunal Constitucional en su sentencia 132/1998, de 18 junio, sobre la Ley del Parlamento vasco 2/1989, reguladora del Plan General de Carreteras del País Vasco, asocia los principios de solidaridad, cooperación y coordinación —los que contraponen abiertamente al de reciprocidad, que se contemplaba en el artículo 20.1 de la norma recurrida— a ese «deber de colaborar lealmente» que alcanza a todas las autoridades.

nas al interés general del Estado, la defensa específica de éste es atribuida por la Constitución al Gobierno (artículos 97, 155), llamado, asimismo, prioritariamente a velar por la *efectiva realización del principio de solidaridad* (artículo 138), junto a las Cortes Generales (artículo 158.2)» (78).

Vemos, pues, que el Tribunal Constitucional entiende con toda claridad este mecanismo de cohesión intraorgánica, precisando en su sentencia de 5 de octubre de 1992 que la solidaridad es «un factor de equilibrio entre la autonomía de las nacionalidades o regiones y la indisoluble unidad de la Nación española (art. 2 CE)» (79). Al margen de la incuestionable carga política que este planteamiento refleja (80), es asimismo evidente que tiene un directo e importantísimo trasunto económico, por lo que el TC sigue diciendo en esa sentencia que «su contenido más importante es el financiero ... [tanto] con carácter genérico (art. 156.1) (81) ... [cuanto] con un talante instrumental, como fundamento del Fondo de Compensación» (82). Esta dimensión de la solidaridad a la que hemos llamado «estructural», pues, no ha sido descuidada ni por la Constitución ni, desde luego, por la legislación ordinaria.

La Ley 7/1984, de 31 de marzo, del Fondo de Compensación Interterritorial (FCI), que fue recurrida ante el Tribunal Constitucional (83), estableció las bases de funcionamiento del sistema de financiación autonómico, dejando al Consejo de Política Fiscal y Financiera la concreción de las mismas. En el sistema actual (84), asimis-

(78) STC 25/1981, de 14 de julio, FJ 3.º.

(79) STC 135/1992, de 5 de octubre, FJ 7.º.

(80) PÉREZ CALVO, en el inteligente trabajo que venimos citando (*Presente y futuro..., o.c.*), hace hincapié en que buena parte de las dificultades que presenta el cierre del sistema autonómico constitucional tienen su origen en que no existe conciencia ni voluntad solidaria. La idea de «lealtad constitucional» parte de asumir la solidaridad en una estructura política plural pero reconducible a una unidad sustancial.

(81) Que alude expresamente a la «solidaridad entre todos los españoles».

(82) Previsto en el artículo 157 CE y cuya finalidad se concreta en el 158.2: «corregir los desequilibrios económicos interterritoriales y hacer efectivo el principio de solidaridad». Sobre este instrumento, en extenso, puede consultarse C. VIDAL PRIETO, *El Fondo de Compensación Interterritorial como instrumento de solidaridad*, Comares, Granada, 2001, con Prólogo de Alberto PÉREZ CALVO.

(83) Se planteó un recurso promovido por el Gobierno vasco que se resolvió mediante STC 183/1988, de 13 de octubre, parcialmente estimado en aspectos secundarios, y otro promovido por cincuenta y tres diputados que dio lugar a la STC 250/1988, de 20 de diciembre, que fue rechazado íntegramente. Con ocasión del primer recurso, el TC recuerda que el principio de solidaridad debe materializarse en dos planos: el interterritorial y el intraterritorial, lo que, a su juicio y respecto de este último, también entra en las competencias del legislador estatal.

(84) Adoptado mediante Acuerdo 1/1996, de 23 de septiembre, del Consejo de Política Fiscal y Financiera, con validez para el quinquenio 1997-2002.

mo recurrido ante el TC —sin pronunciamiento por el momento— y ampliamente contestado por parte de la doctrina precisamente por «hacer prácticamente inviable la redistribución y, por consiguiente, la solidaridad» (85), se ha creado un nuevo fondo, denominado «Fondo de Solidaridad», distinto al FCI, que pretende corregir las principales disfunciones de este sistema y orientado a cubrir tres garantías básicas, que ha sistematizado VIDAL PRADO (86).

Con independencia de las críticas recibidas por el sistema vigente, ya que, ciertamente, no parecen tales garantías mecanismos suficientes para superar las desigualdades, es decir, más parecen destinadas a no agrandar las brechas que a reducir efectivamente la distancia entre Comunidades, lo cierto es que el principio de «solidaridad entre todos los españoles» (art. 156.1 CE) alcanza, obviamente, a la construcción estructural del Estado y al flujo de recursos disponibles para el atendimiento de sus fines.

Con relación a la conexión entre fines del Estado y solidaridad, se ha dicho, con razón, que «la organización territorial del Estado no puede concebirse más que como un mecanismo al servicio de los fines del Estado y que, por lo que se refiere al español (arts. 1 y 9.2 CE), en cuanto Estado social encuentra en el principio de solidaridad la síntesis ejemplar de su fundamento y finalidad» (87).

4.2. *La solidaridad social institucionalizada y sus múltiples formas.*

Las formas en las que, a través del Ordenamiento, se hace presente en la sociedad la *solidaridad social institucionalizada* son innumerables, pero podríamos articularlas en torno a tres categorías que responden a fundamentos o desencadenantes distintos. Podemos convencionalmente denominarlas *solidaridad prestacional*, *solidaridad reparadora* (88) y *solidaridad compensadora*. Hay que advertir,

(85) J. GARCÍA MORILLO, P. PÉREZ TREMPs y J. ZORNOZA PÉREZ, en *Constitución y financiación autonómica*, págs. 134 y 135, citado, insuficientemente, por Carlos VIDAL PRADO, en *Nuevo modelo de financiación y actuales perspectivas del principio de solidaridad*, «Revista de Estudios Autonómicos», núm. 1, 2002, pág. 248.

(86) Que son: un «límite mínimo de evolución de los recursos por IRPF que supone que en conjunto del quinquenio, el crecimiento de los ingresos del IRPF en la Comunidad Autónoma no puede ser inferior al incremento en ese periodo del PIB estatal nominal»; «la garantía de suficiencia dinámica garantiza a cada Comunidad Autónoma que el crecimiento de sus recursos no será inferior al 90% del incremento medio que experimenten los mismos recursos del conjunto de las CC.AA.», y, finalmente, el criterio de financiación por habitante. C. VIDAL PRADO, en *Nuevo modelo de financiación...*, o.c., pág. 249.

(87) J. TAJADURA TEJADA, *Cooperación y Solidaridad*, «Revista de Estudios Autonómicos», núm. 1, 2002, pág. 240.

(88) Tomo el término de Jesús JORDANO FRAGA, *La reparación de los daños...*, o.c.

antes de entrar en ellas, que todas descansan, como es obvio y natural, en el sistema general de realización de la solidaridad social por excelencia, que es el sistema impositivo. En la medida en que su objetivo no es únicamente el sostenimiento de los gastos del Estado — lo que, en sí, ya supondría materializar un mecanismo mínimo de solidaridad—, sino que también tiene como finalidad declarada proceder a una cierta redistribución de la riqueza, el sistema impositivo, si es justo y progresivo, constituye un primer e imprescindible estadio de la solidaridad (89), prerequisite indispensable para la materialización de sus múltiples dimensiones.

A) *La solidaridad prestacional o igualitaria.*

Sería aquella que *se manifiesta mediante los servicios públicos*. El Estado debe asumir determinadas prestaciones colectivas en la medida en que debe garantizar a los ciudadanos tanto su efectiva disponibilidad como su acceso en condiciones de igualdad. El recurso al mercado como único instrumento regulador provocaría la exclusión de quienes no pudieran pagarlos, su reducción a sectores o zonas geográficas rentables, ambas cosas a la vez o, simplemente, su desaparición cuando el análisis coste/beneficio no resultara atractivo al sector privado.

Aunque actualmente se está corrigiendo la tendencia, históricamente estos servicios se han basado en la gratuidad o en los precios políticos, es decir, sin exclusiva atención a los costes reales, pero su acceso se rige por la igualdad radical entre todos los ciudadanos, pues el coste del billete de autobús, o la intervención en un hospital público, o el metro cúbico de agua potable, o la matrícula en una Universidad pública (90) es igual para todos, sin referencia alguna a

(89) El artículo 31.1 CE dice: «Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio».

El Tribunal Constitucional en su sentencia 182/1997, de 28 de octubre (FJ 6.º), ha dicho respecto de este precepto que «el artículo 31.1 CE consagra no sólo los principios ordenadores del sistema tributario, que son, al propio tiempo, límite y garantía individual frente al ejercicio del poder, sino también derechos y deberes de los ciudadanos frente a los impuestos establecidos por el poder tributario del Estado. Existe el deber de pagar el impuesto de acuerdo con la capacidad económica, en el modo, condiciones y cuantía establecidos por la Ley; pero existe, correlativamente, un derecho a que esa *contribución de solidaridad* sea configurada en cada caso por el legislador según aquella capacidad».

(90) Se me dirá que para eso están las becas, pero ése es otro mecanismo: la solidaridad compensadora; el precio de la matrícula —varias veces más bajo que su coste real— es igual para todos, sean más o menos pobres o más o menos ricos; lo que ocurre es que si se pide, y se acredita estar por debajo de determinados umbrales de ingresos, se concederá una cantidad que podrá incluir el coste de la matrícula, una parte, o un importe mayor

su capacidad económica. El fundamento subyacente a la implantación, mantenimiento público y política de precios de estos servicios no está, estrictamente hablando, en la justicia distributiva, como sí se ve, al menos parcialmente, en otros países (91). Lo que se pretende es que todo ciudadano pueda acceder a los servicios considerados esenciales para que la sociedad se desarrolle conforme a lo que hoy entendemos como adecuadamente. En términos constitucionales, es la ejecución de una parte de las obligaciones de los poderes públicos de «promover las condiciones para que ... la igualdad del individuo ... sea(n) real(es) y efectiva(s)» (92), al menos frente a determinadas prestaciones, ratificadas por el mandato del artículo 158.1, que prevé la asignación solidaria a las Comunidades Autónomas de recursos provenientes de los Presupuestos Generales del Estado, como «garantía de un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio español».

El proyecto de Carta Europea de Servicios Públicos, o servicios de interés económico general, resulta esclarecedor: «el mercado es, generalmente, indiferente a los objetivos de *solidaridad, cohesión o equidad*. La marginación de algunas teorías sociales de determinados servicios básicos esenciales en la vida ordinaria —educación, sanidad, transporte, vivienda, agua, electricidad, etc.—, puede generar dificultades sociales. *Unos servicios públicos suficientes y a unos precios razonables, contribuirían a facilitar la inserción de los ciudadanos desfavorecidos*».

para atender a otros gastos, pero precio y renta no están directamente relacionados. Al margen de esto, que es su situación real, el sistema me parece un disparate. ¿Por qué tenemos que subvencionar los estudios de los hijos de los multimillonarios? ¿No sería mejor que quienes puedan paguen el coste íntegro y el resto según sus ingresos? Claro que eso reduciría inmediatamente a los hijos de los pudientes a la Universidad privada, que les costaría prácticamente igual, reduciendo la cohesión. Otro ejemplo de compensación está en la gratuidad que en algunas poblaciones se reconoce a los mayores de sesenta y cinco años para el acceso a los transportes públicos, pero eso tampoco se hace en función de la renta, sino de un dato, la edad, que nada dice, en principio, sobre el poder adquisitivo del sujeto.

(91) Es frecuente en Latinoamérica que las tarifas del conjunto de lo que allí denominan «los servicios» se asocien, indicativamente, a los niveles de renta. Por ejemplo, en Colombia existen seis «estratos» en los que se dividen las distintas zonas de las grandes ciudades según el coste de las viviendas que allí se encuentran. Los precios del agua, de la electricidad o del teléfono variarán en función del «estrato» en el que se ubique la vivienda, con muy acusadas diferencias (incluso llegando a la gratuidad en algunos servicios para los estratos «0» y «1»). Éste es un mecanismo de justicia distributiva que utiliza a los servicios públicos como herramienta, a diferencia de nuestro modelo, en el que los servicios públicos, en principio, son neutrales.

(92) Artículo 9.2 CE.

B) *La solidaridad reparadora.*

Bajo este epígrafe podemos aglutinar todas aquellas manifestaciones de la solidaridad que tienden a *reparar o paliar situaciones desfavorables desencadenadas por un evento puntual*, ya se trate de catástrofes naturales, ya de origen antrópico; ya colectivas, ya individuales. Lo relevante es que un acontecimiento, del que no hay responsable o no se conoce, o no puede o no se le puede hacer responder, ha producido un daño a una o varias personas, ante el cual la sociedad reacciona prestando asistencia a la víctima.

Sin evento no hay reacción; hace falta, pues, un nexo causal entre el daño y el acontecimiento productor, pero la sociedad no actúa por responsabilidad, sino por solidaridad. Cierto es que en muchas ocasiones puede concurrir en el resultado lesivo una responsabilidad personal o de la Administración, pero ello es secundario. *El mecanismo solidario se pone en marcha porque a la sociedad le resulta insostenible la soledad de la víctima y pretende reparar* (bien que parcialmente) *su desgracia*; luego veremos si hay responsable, si podemos hacerle pagar y cómo se articulan responsabilidad y solidaridad.

Aunque no exista en nuestra Constitución, a diferencia de la francesa (93), una mención expresa a la reacción solidaria en casos de desastre, los instrumentos de solidaridad reparadora son muchos y dispersos, e intentaremos sistematizarlos como sigue.

a) *Catástrofes naturales.*

Las catástrofes de origen natural son una constante en el Planeta que afecta a todos los seres vivos. Sus efectos pueden afectar a un gran número de personas y producir daños incalculables sin que, por el momento, los variados instrumentos de prevención que hemos sido capaces de implementar puedan evitarlas (94). Con independencia de la solidaridad espontánea que impulsa a muchos ciudadanos a facilitar generosamente ayuda a los afectados, frecuentemente más

(93) Como recuerda Jérôme KULLMAN, «la Constitución francesa de 1958 incluye un principio afirmado desde el año 1946: “La Nación proclama la solidaridad y la igualdad de todos los ciudadanos frente a los costos que resultan de desastres nacionales”. De esta manera, si un individuo es víctima de algún desastre, la reparación del daño que ha sufrido corresponde a un gasto público, o dicho de otra forma, está a cargo de la sociedad entera» (en «Solidaridad y Seguros en Francia», conferencia impartida en Tegucigalpa, 12-03-2001, pág. 2).

(94) Como las medidas de alerta basadas en la predicción, o las normas sobre construcción sismorresistentes, o las infraestructuras para el encauzamiento de avenidas, etc. En realidad, la acción del hombre sobre su entorno físico ha propiciado, más bien, el agravamiento de las consecuencias de determinados fenómenos naturales.

allá de las propias fronteras, el Estado viene obligado a materializar de algún modo la solidaridad colectiva.

Fundamentalmente, este despliegue de la solidaridad institucionalizada puede realizarse en estos supuestos a través de dos técnicas, a saber: la existencia de un sistema normativo de «medidas preestablecidas» que prevea la producción de cualesquiera o, más limitadamente, determinadas catástrofes, lo que en un país como el nuestro, en el que algunas de ellas son endémicas, puede resultar adecuado; o mediante la promulgación de normas puntuales o *ad hoc* que establezcan un conjunto de medidas que deben servir para paliar los efectos de un concreto acontecimiento (95). Por lo demás, es lógico y habitual que coexistan ambas técnicas: una serie de instrumentos que se desplieguen inmediatamente ante toda calamidad, e incluso, que regulen con detalle el conjunto de medidas a adoptar frente a aquellas categorías más conocidas o frecuentes (aunque resulte una contradicción en términos: las «catástrofes ordinarias»); y la posibilidad de adoptar medidas extraordinarias frente a eventos asimismo extraordinarios, posibilidad, por otra parte, que por definición nunca está excluida. Lo que en este punto se reclama es que se afirme «un derecho social a la reparación de daños catastróficos», configurando el conjunto del sistema como el ejercicio de una «potestad reglada pero flexible» que traiga causa de ese derecho (96).

En nuestro sistema, las «ayudas preestablecidas» para acometer una gran variedad de situaciones de emergencia, y entre ellas las catástrofes naturales, se articulan en torno al servicio público de Protección Civil (97), a cargo, en el ámbito estatal, de una Administración especializada incardinada en el Ministerio del Interior (98).

(95) Con objeto de no incurrir en infracciones al principio de jerarquía normativa, estas normas deberán tener rango de ley, y así es habitualmente, para poder excepcionar o eliminar cualquier obstáculo jurídico que, pensado para situaciones ordinarias, pudiera oponerse a los mecanismos de excepción que siempre suponen hacer frente a este tipo de acontecimientos.

(96) J. JORDANO FRAGA, *La reparación de los daños catastróficos...*, o.c., pág. 336.

(97) Sobre el régimen jurídico de la Protección Civil puede consultarse el sólido trabajo de Joseph OCHOA MONZÓ, *Riesgos mayores y protección civil*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

Básicamente, la Protección Civil está regulada a nivel estatal por la Ley 2/1985, de 21 de enero, sobre Protección Civil; la Norma Básica de Protección Civil, aprobada por RD 407/1992, de 24 de abril, y el RD 692/1981, de 27 de marzo, sobre Coordinación de medidas con motivos de situaciones de emergencia o naturaleza catastrófica. En estrecha relación con el sistema está también la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, por la que, en desarrollo del artículo 116 CE, se regulan los estados de alarma, excepción y sitio.

(98) En este campo, las funciones de Protección Civil son dobles: por una parte, debe coordinar y ejecutar las medidas materiales, tanto de carácter preventivo como durante e inmediatamente después de una calamidad, conducentes a minimizar los efectos directos de la calamidad y, por otra, fijar el concreto régimen de ayudas seleccionando las medidas a adoptar dentro del catálogo que la norma le ofrece. La norma en la que se establece un amplio catálogo de medidas es el RD 692/1981, concretamente su artículo 3.

También son de su competencia las mal llamadas ayudas inmediatas, cuyo coste se imputa directamente a su presupuesto (99).

El conjunto de funciones que integran la Protección Civil es de competencia autonómica (100), si bien subordinadas a la intervención y coordinación por parte del Estado cuando la catástrofe rebase el interés autonómico. En cuanto a las medidas de ayuda solidaria a las víctimas, debiera entenderse que las competencias desplegadas por cualquiera de las instancias (aquí también incluidas las Corporaciones locales) lo son en régimen de plena concurrencia, con absoluta independencia de la magnitud del suceso o del ámbito de su «interés», por cuanto la realización del principio constitucional de solidaridad no puede quedar subordinada a ningún tipo de obstáculos, y menos de orden competencial.

En cuanto a las «ayudas puntuales» o *ad hoc*, en los últimos veinte años sólo desde el Estado se han promulgado más de cuarenta disposiciones de intervención extraordinaria en materia de catástrofes (101) (inundaciones y sequías —la mayoría—, terremotos, temporales, lluvias torrenciales), la mayor parte de ellas prácticamente idénticas en su contenido.

Hay que decir, que desde 1997, los instrumentos normativos por los que se establecen estas ayudas encuentran explícitamente su fundamento en «el principio constitucional de solidaridad» (102). Sin

(99) Estas ayudas vienen previstas y reguladas en la Orden Ministerial de 18 de marzo de 1993, modificada por la de 30 de julio de 1996, ambas del Ministerio del Interior, sujetando los procedimientos, con carácter general, a lo prescrito por el Reglamento del procedimiento para la concesión de subvenciones públicas, aprobado por Real Decreto 2225/1993, de 17 de diciembre. Tienen como posibles beneficiarios a las unidades familiares o de convivencia económica con acreditada escasez de recursos económicos para hacer frente a una situación de emergencia o catástrofe; a las Corporaciones locales que carezcan de recursos para hacer frente a actuaciones inmediatas, y a las personas físicas o jurídicas que, requeridas por la autoridad, hayan llevado a cabo prestaciones personales o de bienes. Con razón crítica JORDANO la ampliación del plazo máximo de tramitación de las ayudas, que ha pasado de un mes a seis, ya que cuesta llamar «inmediatas» a ayudas meramente paliativas que pueden tardar hasta medio año en ser efectivas para los afectados (*La reparación de los daños catastróficos...*, o.c., pág. 205, donde me remito para una completa información sobre la materia).

(100) Lo que ha dado lugar a alguna legislación, como la Ley 2/1995, de 6 de febrero, de Organización del Servicio de Emergencias de la Generalidad Valenciana; la Ley 1/1996, de 3 de abril, del País Vasco, que regula la gestión de emergencias, o la Ley 4/1997, de 20 de mayo, de Protección Civil de Cataluña.

(101) La mayor parte de ellas reales decretos-leyes, aunque también se han dictado leyes y reales decretos. Para un estudio exhaustivo —incluso estadístico— de este caudal normativo, véase el tantas veces citado trabajo de JORDANO, *La reparación de los daños catastróficos...*, o.c., págs. 210 y ss. La más reciente de estas normas es el Decreto-Ley 1/2002, de 22 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes para reparar los daños causados por «lluvias, temporales y otros fenómenos naturales relacionados con la climatología adversa» en seis Comunidades Autónomas, además de la Ciudad de Melilla, publicada posteriormente su convalidación por el Congreso de los Diputados mediante Resolución de 18 de abril de 2002 («BOE» de 25 de abril de 2002).

(102) Vid. Exposición de Motivos del RD-L 2/1997, de 14 de febrero.

embargo, también es preciso significar que la mayor parte de los recursos asignados van a parar a la reparación de las infraestructuras dañadas, en mucha menor parte a compensar las pérdidas en sistemas productivos privados, y en muchísima menor parte a paliar las situaciones de necesidad que la catástrofe puede generar o agravar en personas o colectivos especialmente desfavorecidos.

b) *Las calamidades colectivas de origen humano.*

Las calamidades colectivas que tienen su origen en la actividad del hombre son el resultado típico de la actualización de los riesgos del desarrollo. La historia de la industrialización está plagada de eventos que han supuesto la muerte, enfermedad o ruina de miles de personas, sin que el desarrollo de la ciencia y de la técnica haya podido evitar que sigan ocurriendo este tipo de eventos. Al contrario, el creciente potencial del Hombre hace que los riesgos crezcan y que la posibilidad de grandes calamidades sea cada vez más real y aterradora sus consecuencias. No se trata ya de la posibilidad de que explote un polvorín y mate a cientos, quizá miles, de personas, sino de que se libere un virus y acabe con la Humanidad, en cuyo caso no hablaremos ni de responsabilidad ni de solidaridad.

Entre tanto, sigamos hablando de ello. Parece claro que si se trata de una actividad humana existe un responsable, pero ni es dado siempre identificarlo ni siempre podrá —o deberá— hacer frente al conjunto de los daños. Se impone, pues, nuevamente, la solidaridad. Ésta se materializará, en primer lugar y como hemos visto para las catástrofes naturales, mediante el conjunto de actividades materiales que la Administración —y sus colaboradores, voluntarios u obligados— desplegará para reducir los efectos inmediatos de la catástrofe, pero quedan siempre las secuelas.

Al margen de los riesgos mejor identificados, que cuentan con mecanismos aseguratorios (103), en materia de solidaridad y a diferencia de las catástrofes naturales, para estos casos no se ha previsto nunca un sistema que previamente establezca mecanismos para facilitar determinadas ayudas ni, por tanto, sus modalidades o cuantías. La reacción debe ser siempre *ad hoc*, lo que es lógico si pensamos que la previsibilidad respecto del tipo de calamidades y de las consecuencias de éstas es infinitamente menor que para las de origen natural, al menos las más frecuentes.

El Decreto-Ley 9/1993, de 28 de mayo, sobre los afectados por el

(103) Como, por ejemplo, la energía nuclear o el manejo y gestión de residuos tóxicos y peligrosos.

contagio del virus del SIDA (104), es un ejemplo. En el ámbito de la sanidad pública operó la responsabilidad patrimonial respecto de los contagios posteriores a abril de 1985 (105), por lo que la reacción solidaria únicamente se extendió a los anteriores a dicha fecha.

Otro supuesto de calamidad colectiva perfectamente encuadrable en la noción de riesgos del desarrollo es el del desastre de Aznalcóllar (106). Con independencia de las responsabilidades civiles que puedan incumbir a la empresa Boliden, y que ahora están siendo exigidas judicialmente tras agotarse la vía penal al no encontrarse indicios de delito (107), la Administración, tanto central como autonómica, dispuso una serie de medidas dirigidas a paliar los efectos del suceso, tanto en lo referente a la rehabilitación de las funciones ambientales del entorno como en lo referente a los daños económicos padecidos por los vecinos; medidas que incluían, por ejemplo, la adquisición a los particulares de las fincas afectadas por la contaminación y que, por este motivo, quedaban improductivas (108).

c) *Las lesiones individuales.*

La sociedad también ha reaccionado ante determinado tipo de desgracias que pueden afectar a una persona, individualmente consi-

(104) Aunque me sumo a la crítica de Eva DESDENTADO DAROCA en el sentido de que carece de justificación que las ayudas alcanzaran únicamente a los infectados en centros públicos (*Reflexiones sobre el artículo 141.1 de la Ley 30/1992 a la luz del Análisis Económico del Derecho*, «REDA», núm. 108, 2000).

(105) Véase J. L. MUÑOZ MUGA, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por el contagio del SIDA*, núm. 136 de esta REVISTA, 1995, págs. 277 y ss.

(106) El 25 de abril de 1998 se produjo la rotura de una balsa que produjo el vertido de lodos tóxicos (unos 5,5 millones de metros cúbicos de aguas ácidas y residuos mineros de cinc, arsénico, plomo y cobre, metales pesados muy peligrosos por la facilidad con la que se infiltran en suelos y se asimilan por seres vivos) provenientes de la explotación minera Boliden al cauce del río Guadimar, próximo a las zonas protegidas del Coto de Doñana, uno de los parajes protegidos de mayor valor ambiental de Europa por su gran biodiversidad, y que a raíz del accidente se convirtió en la extensión contaminada más amplia de la Unión Europea. Junto al descalabro ecológico que provocaron dichos vertidos, se contabilizaron enormes perjuicios en las cosechas de las fincas de la zona tras inundarse 200 propiedades rústicas, así como graves lesiones patrimoniales a las empresas turísticas del área del Rocío, de la costa y del propio Coto, a lo largo de las 4.000 hectáreas afectadas de la periferia del Parque, desequilibrándose, en consecuencia, el desarrollo de la economía agrícola y pesquera de la Vega del Guadimar y del Estuario del Guadalquivir; y destruyéndose miles de puestos de trabajo.

(107) Por sentencia de 16 de noviembre de 2001, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Sevilla desestimó el recurso de apelación interpuesto por la Junta de Andalucía contra el archivo de las actuaciones penales acordado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Sanlúcar la Mayor (Sevilla).

(108) Así, el Decreto de la Junta de Andalucía 110/1998, de 26 de mayo; el Decreto de la Junta de Andalucía 116/1998, de 9 de junio; la Ley 3/1998, de 3 de julio, de Andalucía, o la Orden de 18 de diciembre de 1998. Por parte del Estado, entre otras disposiciones, Real Decreto-Ley 4/1998, de 22 de mayo, y Real Decreto 1063/1998, de 29 de mayo.

derada (109), pero que forman parte de fenómenos sociales que despiertan un profundo rechazo en sus manifestaciones, a la par que una gran conmiseración frente a la víctima. Las ayudas no tienen, y suele así expresarse en las normas que las establecen, ningún carácter de reparación derivada de responsabilidad; son, expresa y simplemente, manifestaciones de solidaridad. Pero, la verdad, en lo recóndito —o no tan recóndito— de la conciencia colectiva late el que la sociedad tiene algún grado de culpa en la emergencia de este tipo de fenómenos o, cuando menos, en la incapacidad de acabar civilizadamente con ellos. Si no fuera así, ¿por qué se atiende —solidariamente, esto es, por encima de lo que el sistema tiene previsto para cualquiera— a la víctima de un delito —de determinados delitos— y no a quien le cae un rayo encima? Es obvio que no ha existido sociedad en la que no se produjeran delitos, pero forma parte del riesgo de vivir, como también lo es el que te parta un rayo. No diré ni una sola palabra contra este proceder, pues me parece justo, aunque no estoy tan seguro si equitativo.

En todo caso, los supuestos son varios, como por ejemplo:

— *Las víctimas del terrorismo*. La gravedad del fenómeno terrorista, la consternación que intermitentemente produce en nuestra sociedad y la espantosa secuela de dramas personales que deja tras de sí, han propiciado, con un absoluto consenso social, el establecimiento de una batería de ayudas extraordinarias a sus directas víctimas.

Desde el Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero, para la Protección de la Seguridad Ciudadana (110), se han venido sucediendo una serie de normas, tanto estatales (111) como autonómicas (112), que

(109) Claro es que determinados supuestos puntuales, por ejemplo atentados terroristas, pueden afectar a varias personas, incluso a muchas; pero entendemos que cabe distinguir entre la reacción concebida frente a lesiones individuales, aunque pueda extenderse a un determinado número de sujetos, y la establecida frente a un evento de alcance colectivo, que precisa de su posterior individualización. En el primero se construye de lo individual a lo colectivo; en el segundo, al contrario. Otra distinción se encuentra en que en el ámbito de las calamidades colectivas de origen humano se parte de la involuntariedad del evento y tras las ayudas individuales se encuentra un acto voluntario. Las distinciones explican que en un caso la normativa sea *ex post* y en el otro *ex ante*.

(110) Con anterioridad, el Decreto-Ley 10/1975 estableció la obligación del Estado de indemnizar determinados daños y perjuicios, pero únicamente los sufridos por las personas «con ocasión de su actividad o colaboración para la prevención o represión» del terrorismo, no con carácter general para todas las víctimas.

(111) Ley 9/1984, de 26 de diciembre, para el resarcimiento de las víctimas de bandas armadas y elementos terroristas (desarrollada por RD 336/1986, de 24 de enero), hoy derogada. Posteriormente, el régimen general de ayudas ha sufrido muchas variaciones mediante Leyes de Presupuestos o de acompañamiento a los mismos; así, por las Leyes 33/1987, 4/1990, 31/1991 (que a su vez tuvieron sus RR.DD. de desarrollo: 1311/1988, de 28 de octubre, y 673/1992, de 19 de junio). El régimen se estableció un tanto mediante los artículos 93 a 96 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social —posteriormente ligeramente modificada por sucesivas leyes de acompa-

han tenido como objeto establecer un régimen de ayudas a las víctimas del terrorismo, que progresivamente han ido ampliando sus supuestos y mejorando las prestaciones previstas.

Recientemente, se ha ampliado sustancialmente la cobertura de los daños materiales sufridos por las víctimas de estos delitos al asumir el Estado el pago de las indemnizaciones establecidas por la vía de la responsabilidad civil derivada del delito a las que sus directos responsables nunca hicieron frente. La Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo (113), en la que se establecen estas ayudas, se ocupa de precisar que tal subrogación «no implica(n) la asunción por el Estado de responsabilidad subsidiaria alguna» (art. 3), pues se asumen las indemnizaciones «por razones de solidaridad» (Exposición de Motivos). La importante cuantía de estas indemnizaciones obligó al Estado, mediante la Ley 14/2000, al establecimiento de un crédito extraordinario de 46.624.357.971 pesetas, ampliable, cuya cuantía se estableció según el terrible «cálculo económico víctimas del terrorismo» (114) efectuado en su Anexo I, en función del baremo previsto en la Ley de Solidaridad, si bien ampliado en sus supuestos (Anexo II). Con posterioridad, el Real Decreto-Ley 3/2002, de 10 de mayo, autorizó «la incorporación y afectación de remanentes de crédito para atender el pago de indemnizaciones derivadas de la Ley 32/1999», siendo convalidado por Resolución del Congreso de los Diputados de 30 de mayo.

— *Las víctimas de delitos violentos.* La Ley 35/1995, de 11 de diciembre, por la que se establece el régimen de ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, introdujo en España los criterios de solidaridad que desde años atrás proponía el Consejo de Europa respecto de estas situaciones (115). Explícitamente, la Ley distingue el régimen de estas ayudas, basadas en el principio de solidaridad, de «figuras afines y, señaladamente, de la indemniza-

ñamiento (66/1997 y 50/1988)—, y su Reglamento de Ayudas y Resarcimientos a las Víctimas de Delitos de Terrorismo, el RD 1211/1997, a su vez modificado por el RD 1734/1998, de 31 de julio. Además de estas normas por las que se establece el régimen general de ayudas, en ocasiones se han producido normas específicas en apoyo de este colectivo, como el Real Decreto-Ley 13/1997, de 1 de agosto, por el que se autorizó la realización de un sorteo de la Lotería Nacional a favor de las víctimas del terrorismo, cuyos beneficios fueron distribuidos según los criterios establecidos por el RD 73/1998, de 23 de enero.

(112) Por ejemplo, Ley de la Comunidad de Madrid 12/1996, de 19 de diciembre, de ayuda a las víctimas del terrorismo, luego modificada por la 7/1997, de 17 de febrero.

(113) Desarrollada por el Real Decreto 1912/1999, de 17 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley 32/1999. Sobre la Ley puede consultarse un atinado comentario de Oriol MIR PUIGPELAT en la revista electrónica «InDret», 1/100.

(114) En el que hay escalofrantes apartados como «Total fallecidos con sentencia» (500), o «Número estimado de fallecimientos restantes a efectos Ley» (500), o «Total lesiones y secuelas con sentencia» (589).

(115) Convenio 116, de 24 de noviembre de 1983.

ción» (116). Las ayudas económicas previstas no pueden entenderse como indemnización derivada de algún tipo de responsabilidad de la Administración ni, tampoco, como sustitutorias de las debidas por el culpable del delito; son simplemente una prestación solidaria en atención al perjuicio sufrido por la víctima con la vocación de paliar parcialmente algunas de sus consecuencias económicas.

- d) *Un mecanismo indirecto: la socialización del riesgo. Seguros obligatorios y Consorcio de Compensación de Seguros.*

El ahorro y el seguro son seguramente los medios más adecuados para protegerse contra las adversidades económicas. Sin embargo, ni el uno ni el otro están al alcance de todos. Cuando el desafío cotidiano es sobrevivir, no cabe pensar en ello. En el caso del seguro, además de poder disponer de una renta sobrante, hace falta una determinada cultura de la previsión, escasamente difundida entre los estratos más bajos de la sociedad. Con relación a los seguros frente a catástrofes, se ha dicho, con razón, que «las clases desfavorecidas que son las más afectadas por las catástrofes no pueden permitirse ese lujo o ni siquiera conocen la posibilidad de aseguramiento porque viven al margen del sistema asegurador» (117).

En cuanto a los seguros, más allá de su clásica dimensión consistente en la cobertura de riesgos individuales mediante la voluntaria suscripción de una póliza, el sistema puede utilizarse, mediante los de suscripción obligatoria, para el doble objetivo de distribuir el riesgo entre todos aquellos que realicen una determinada actividad de riesgo (118), y para garantizar que cualquier evento lesivo derivado de tal actividad gozará de cobertura. Los seguros obligatorios, que surgen para cubrir los nuevos riesgos derivados del industrialismo, están muy extendidos, alcanzando a múltiples y cada día nuevas actividades (119), en función de las cuales se establece su propio régimen y los sistemas de cobertura extraordinaria.

Los seguros obligatorios suponen la imposición a determinados grupos de riesgo de proceder a la cobertura de los mismos, lo que implica una suerte de solidaridad, tanto entre los agentes que realizan la actividad generadora de riesgo —en la medida en que entre todos

(116) Exposición de Motivos.

(117) J. JORDANO FRAGA, *La reparación de los daños catastróficos...*, o.c., pág. 160.

(118) Aunque, técnicamente, el principio de «mutualización» del riesgo, es decir, que cada asegurado paga en función del riesgo que representa para la mutualidad del conjunto de asegurados, decae en buena parte de los seguros obligatorios y, desde luego, en los de catástrofes, cuyo fundamento expreso es la solidaridad.

(119) Automóvil, Caza, Práctica deportiva, Gestión de residuos, etc.

contribuyen a cubrir los daños o las responsabilidades de aquel en cuya esfera el riesgo se actualiza, lo que desde otro punto de vista está en el origen de las «mutuas»— como en el seno de la sociedad —la actividad genera riesgo, pero es de interés general que se realice; los que la realizan obtienen beneficios, pero todos quedarán cubiertos ante un posible daño—. En la primera de las perspectivas el objetivo es la protección del asegurado responsable de un daño; en la segunda el objetivo es la cabal protección de las víctimas, la garantía de que, sin importar las circunstancias en que el daño se produjo ni las condiciones o solvencia del causante, la víctima no quedará desprotegida.

El seguro obligatorio es el resultado de una larga evolución en la consideración de la naturaleza y finalidad del seguro que desemboca en su instrumentación como herramienta de garantía social. Como dice ALONSO SOTO, «la naturaleza social del seguro se refleja en estas dos características: de un lado, la obligatoriedad y, de otro, la de ser un seguro a favor de las víctimas» (120). El seguro, así concebido, se basa, obviamente, en una responsabilidad objetiva y produce la socialización del riesgo, pues su coste incrementará los costes de producción del bien o servicio, o de la actividad, repercutiéndose al conjunto de la población vía precios. En definitiva, y para no dejarnos desprotegidos a nosotros mismos, los costes de la sociedad del riesgo en la que vivimos los hemos de soportar todos, sea vía seguros obligatorios, sea mediante impuestos. La opción entre una u otra técnica, aunque teñida de connotaciones filosóficas e ideológicas, debiera adoptarse por criterios de eficiencia.

El Tribunal Constitucional ha sintetizado muy bien el sentido y el espacio apropiado para los seguros obligatorios ya que, refiriéndose al de automóviles, ha dicho: «La consecuencia de la generalización del uso del automóvil es la inevitable generalización de los accidentes de circulación. Y la especialidad de este problema, que se traduce en la generación masiva y predecible de un determinado tipo de accidentes, no sólo permite, sino que exige, una respuesta legislativa especial, si se quiere garantizar a las víctimas una indemnización adecuada dentro de las posibilidades reales del *sistema de distribución social* del coste de los accidentes» (STC 181/2000, de 29 de junio, punto 3 Antecedentes) (121). En la misma sentencia, el Tribunal re-

(120) Ricardo ALONSO SOTO, «Responsabilidad Civil y seguro», en *La responsabilidad en el Derecho*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 4 (2000), UAM-BOE, Madrid, 2001, pág. 200, edición a cargo de Fernando PANTALEÓN, donde se puede encontrar una excelente síntesis de la evolución y situación actual del seguro de responsabilidad civil.

(121) Importantísima y contestada sentencia, sobre la que no podemos detenernos, a la que formularon votos particulares francamente contundentes los Magistrados don Rafael de Mendizábal Allende (al que se adhiere don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera),

cuerda que estas técnicas de «socialización del riesgo» están «mucho más próximas en sus fines a los principios de responsabilidad compartida y *solidaridad con los dañados* que a la lógica inherente al principio clásico de *naeminem laedere*, inseparable de la noción de culpa o negligencia» (FJ 6.º).

Pero lo que sin duda ha sido históricamente, y sigue siendo, manifestación de la «solidaridad nacional» es el «sistema público de reparación de los riesgos extraordinarios», establecido a través del Consorcio de Compensación de Seguros (122).

Nuestro sistema público de cobertura frente a los desastres naturales arranca en 1944, estableciéndose entonces un modelo rigurosamente avanzado (123) y extraordinariamente amplio comparado con otros sistemas comparados que, incluso tras la incorporación del Derecho comunitario en la materia (124), ha seguido manteniendo algunos rasgos esenciales propios y buena parte de sus postulados filosóficos. De conformidad con la regulación vigente (125), el Consorcio cubre los «riesgos extraordinarios» que taxativamente se contemplan (126), excepción hecha de los debidos «a la mera acción del tiempo o los agentes atmosféricos distintos a los fenómenos de la naturaleza», así como aquellos acontecimientos extraordinarios que, aun expresamente incluidos, sean declarados «catástrofe o calamidad nacional» por el Gobierno de la Nación en virtud de su «magnitud y gravedad» (127). En este último caso, y también a cargo del

don Vicente Conde Martín de Hijas y don Fernando Garrido Falla. La cuestión también ha sido tratada en las SSTC 154/1994 y 197/1995.

(122) El Consorcio de Compensación de Seguros es un Organismo Autónomo, dependiente de la Dirección General de Seguros del Ministerio de Economía y Hacienda, que tiene por objeto la cobertura, en régimen de compensación, en los ramos no personales de los siniestros que, afectando a riesgos asegurados, no sean susceptibles de garantía mediante póliza de seguro privado ordinario, por obedecer a causas anormales o de naturaleza extraordinaria. También comprenderá la cobertura, en igual régimen de compensación, de los siniestros que, relativos al ramo de accidentes individuales en los seguros privados, sean producidos por causas de naturaleza extraordinaria, excluidos de la póliza. Conviene especificar que se entiende por «riesgo extraordinario» precisamente aquel que queda fuera de la cobertura del seguro privado, por contraposición al «ordinario», que sí está cubierto. Al respecto, véase *La reparación de los daños catastróficos...*, o.c., de Jesús JORDANO FRAGA, profundo y exhaustivo trabajo donde se analiza, entre otras cosas, la evolución y régimen actual del Consorcio y en el que se maneja una profusa bibliografía especializada, a la que en este punto me remito.

(123) En Francia no es hasta 1982 que se crea el seguro obligatorio frente a catástrofes naturales, cubierto por aseguradores privados que pueden acudir al reaseguro a través del organismo público *Caisse centrale de réassurances*. Cfr. J. KULLMAN, *Solidaridad y Seguros...*, o.c., pág. 7.

(124) Directiva 88/357/CEE, sobre libertad de servicios en seguros distintos al de vida.

(125) Extraordinariamente profusa y que omitimos.

(126) Que son los «terremotos y maremotos, las inundaciones extraordinarias, las erupciones volcánicas, la tempestad ciclónica atípica y las caídas de cuerpos siderales» (art. 6.1 del Estatuto aprobado por el art. 4 de la Ley 21/1990), fenómenos que, a su vez, se definen en el artículo 3 del RD 2022/1986.

(127) Artículo 7.2 del Reglamento de Riesgos Extraordinarios sobre las Personas y los Bienes.

Consortio, se prevén las ayudas puntuales *ex post* de las que hablamos en su momento (128).

C) *La solidaridad compensadora.*

La solidaridad compensadora no pretende situar a todos los ciudadanos frente a unas igualitarias condiciones de acceso a determinados servicios y prestaciones, ni tampoco acudir a paliar los efectos de un determinado acontecimiento lesivo; *su objetivo es el de compensar las desventajas comparativas que nuestro complejo sistema social y económico produce a determinados grupos que, por razones de diverso orden y etiología, quedan (o corren riesgo de quedar) marginados del progreso colectivo.* Es el sentido y razón de ser del antes aludido Estado de Bienestar y cuya lógica interna, según LUHMANN, es precisamente la realización del «principio de compensación», que tiene como finalidad paliar «aquellas desventajas que recaen sobre cada cual como consecuencia de un determinado sistema de vida» (129).

a) *La acción pública.*

Directa heredera de la clásica beneficencia, su instrumento paradigmático es la asistencia social, a la que bien tempranamente calificó MARTÍN MATEO como «servicio público» (130). Se materializa, además de mediante prescripciones generales, a través de distintas normas orientadas a numerosos colectivos desfavorecidos. Es, sin duda, una de las facetas de la solidaridad que *más directamente tiene como sentido último favorecer la cohesión social*, reduciendo la distancia entre determinados colectivos y el grueso de la población activa, que puede, efectivamente, disfrutar en plenitud de nuestro vigente modelo de vida.

(128) En concreto, el mismo precepto referido en nota anterior establece que «en este supuesto (catástrofe o calamidad nacional) el Consorcio satisfará las indemnizaciones que se fijen por Ley, sin perjuicio de los derechos de los aseguradores». Con independencia de la atinada y crítica exégesis del precepto, JORDANO FRANA (*La reparación de los daños...*, o.c., pág. 133) destaca la sustancial coincidencia de lo previsto en esta norma reglamentaria, redactada en 1998, con la «cláusula de complementariedad» utilizada en el artículo 141.1 de la LRJPAC en su redacción de 1999. Es claro que el recurso a las ayudas puntuales constituye el cierre del sistema tanto en mecanismos originariamente solidarios como en los derivados de la responsabilidad, y tanto para catástrofes naturales como para «riesgos del desarrollo» como para, en fin, cualquier daño generalizado, sin que importe mucho su etiología.

(129) N. LUHMANN, *Teoría política...*, o.c., pág. 32.

(130) R. MARTÍN MATEO, «La asistencia social como servicio público», estudio preliminar al libro *Guía de actividades públicas asistenciales*, Secretaría General Técnica del Ministerio de Gobernación, Madrid, 1967.

No vamos a profundizar en la materia en este momento pues entendemos que resulta evidente la enorme dimensión y trascendencia de esta manifestación de la solidaridad, a cuyo servicio cuenta con estructuras administrativas propias y con un complejo universo de prestaciones y servicios sociales. Como decíamos más atrás, modernamente se ha convertido en una de las más claras dimensiones de la acción pública estimulada por un aluvión normativo (131). Respecto de este plano, su examen desbordaría el alcance de este trabajo, pero es absolutamente evidente que constituye la plasmación legislativa más explícita de la solidaridad social institucionalizada, en la que, en diferentes proporciones, se concitan tanto la solidaridad egoísta como la altruista.

- b) *La insuficiencia de los mecanismos formales.*
La desigualdad resistente y la sociedad civil: el tercer sector.

A pesar de que el Estado asumiera en su momento la prestación del grueso de los servicios sociales y asistenciales, la actividad pública siempre se vio marginalmente complementada por una serie de organizaciones de carácter altruista o solidario, bien por inspiración religiosa, bien como expresión laica de determinadas virtudes ciudadanas. En los últimos treinta años, el crecimiento de estas organizaciones ha sido tan espectacular que ha permitido hablar de ellas con toda propiedad como el «tercer sector», situado equidistantemente del primero, constituido por la constelación de instituciones que comprende la Administración pública, y del segundo, integrado por los agentes económicos privados. En pocas palabras, lo que no es Estado ni mercado. Los motivos de este trascendental cambio de escenario son numerosos y complejos, pero hay al menos dos que parecen claros y que nos conciernen: el primero, la propia incapacidad

(131) Todas las Comunidades Autónomas han promulgado legislación específica sobre sus propios sistemas de asistencia social. Junto a una ley de carácter general, como la técnica y filosóficamente muy notable Ley 5/1995, de 13 de marzo, de Castilla-La Mancha, de Solidaridad, en ocasiones existe regulación puntual para colectivos específicos o en ámbitos singulares. Como ejemplos de interesante legislación puntual explícitamente basada en la solidaridad pueden citarse la Ley 3/1996, de 11 de julio, de Canarias, sobre Participación de las personas mayores y solidaridad entre generaciones, que fija como uno de sus objetivos el de «promover la solidaridad entre las generaciones» —art. 1.b)—; o la Ley 9/1999, de 18 noviembre, de Andalucía, sobre Solidaridad en la Educación, cuyo Preámbulo es clarificador: «En el proceso de desarrollo y avance de la sociedad, la educación se configura como un importante instrumento para impulsar la lucha contra las desigualdades, correspondiéndole al sistema educativo establecer los mecanismos que contribuyan a prevenir las y compensarlas, cualquiera que sea el motivo que las origine, y promover la transformación social a través de su compromiso solidario con las situaciones de desventaja en las que se encuentran colectivos y grupos que reciben los beneficios del sistema».

del Estado de Bienestar no ya de aumentar sus prestaciones, sino de mantener las alcanzadas; el segundo, la constatación de que el sistema económico basado en la hegemonía del mercado, dominante y carente de alternativas, produce inexorablemente círculos crecientes de marginalidad; situaciones de desigualdad resistente que se manifiestan al interior de nuestras sociedades pero que también se proyectan a otros países. *La desconfianza en que los sistemas públicos —decisiones políticas— sean capaces de invertir este proceso en el que el mercado —decisiones económicas— manda irrefutablemente está, entre otras muchas razones, en el origen de este movimiento de largo alcance.*

Diversos autores han puesto de manifiesto la extraordinaria importancia de este fenómeno de articulación de la sociedad civil que representa la emergencia y expansión del tercer sector o, como también ha sido llamado, del sector no lucrativo (132). Sus efectos se están notando ya pero, sobre todo, se harán cada vez más y más evidentes en la conformación de nuestras sociedades nacionales y, entiendo, en la propia relación entre ellas. El análisis, aun somero, de la trascendencia de estos cambios y del proceso de conformación del sector excedería con mucho los objetivos de este trabajo, por lo que no vamos ni a intentarlo. Lo único que resulta aquí relevante es el hecho de que el directo ejercicio de la solidaridad colectiva está cambiando de manos. *La irrupción de una pléyade de cuerpos intermedios que accionan en campos que hasta hace poco eran prácticamente monopolio del Estado no podía dejar de tener consecuencias.* En el campo de la solidaridad, estas nuevas —o no tan nuevas, pero reforzadas— organizaciones no sólo van a ejecutar materialmente algunas de las funciones que antes realizaba el Estado, como singulares contratistas, sino que van a definir buen número de las líneas de acción pública mediante la propuesta de programas que serán finalmente financiados con fondos públicos. Estas organizaciones acudirán también a la financiación privada de empresas y particulares para comple-

(132) Acorde con su creciente importancia, comienza a ser muy importante la literatura científica que se ocupa del tercer sector. Una serie de obras colectivas resultan de imprescindible consulta: VV.AA., *El sector no lucrativo en España*, Escuela Libre Editorial-Civitas, Madrid, 1993; J. I. RUIZ OLABUÉNAGA (dir.), *El sector no lucrativo en España*, Fundación BBVA, Madrid, 2000; así como la trilogía, dirigida por S. MUÑOZ MACHADO, J. L. GARCÍA DELGADO y L. GONZÁLEZ SEARA, *Las estructuras del bienestar. Derecho, economía y sociedad en España*, Escuela Libre Editorial-Civitas, Madrid, 1997; *Las estructuras del bienestar en Europa*, Escuela Libre Editorial-Civitas, Madrid, 2000, y *Las estructuras del bienestar. Propuestas de reforma y nuevos horizontes*, Escuela Libre Editorial-Civitas, Madrid, 2002. Entre las monografías, a destacar: M. A. CABRA DE LUNA, *El Tercer Sector y las Fundaciones en España. Hacia el nuevo milenio*, Escuela Libre Editorial-Civitas, Madrid, 1998; M. HERRERA GÓMEZ, *El tercer sector en los sistemas de bienestar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998; S. DE SALAS MURILLO, *Las asociaciones sin ánimo de lucro en el derecho español*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999.

mentar —bien que hoy por hoy limitadamente— los recursos públicos y, sobre todo, *movilizarán una enorme fuerza de trabajo altruista y solidaria —no retribuida— a través del voluntariado* (133).

MUÑOZ MACHADO se plantea una serie de preguntas acerca de esta creciente constelación de entidades sin fin de lucro que protagonizan esta «*revolución asociativa*»: «¿Pretenden cuestionar los servicios del Estado? ¿Colaborar con las políticas públicas de bienestar? ¿Complementarlas? ¿O sustituirlas?» (134). Las transformaciones son imparables y nos encaminan resueltamente a un nuevo modelo de relación sociedad-Estado y a una reconsideración sobre la elaboración e implementación de las políticas solidarias de éste, con lo que «el resultado, dependiendo del protagonismo que alcancen las organizaciones no lucrativas, podrá llegar a ser lo que se ha dado en llamar un *welfare mix*, en el que *la oferta de servicios, aunque financiada fundamentalmente por el Estado, sea también diseñada con la participación y la gestión de las entidades no lucrativas*» (135). De hecho, puede decirse que ya estamos en el modelo, aunque sea incipientemente, pues los mecanismos de financiación mediante la asignación fiscal previstos en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, IRPF, son explícitos y crecientes (136). La «Plataforma de ONGs de Acción Social», integrada por aquellas organizaciones que reciben una buena parte de estos fondos, edita unos folletos informativos, con la colaboración del Ministerio de Trabajo y Asuntos So-

(133) La importancia del voluntariado es creciente y se manifiesta en muchos ámbitos, no sólo en la asistencia social. Por ejemplo, es cada día más importante en protección del medio ambiente y en deporte. En este último campo y desde la exitosa experiencia de los Juegos Olímpicos de Barcelona, el voluntariado es imprescindible para la realización de grandes —y no tan grandes— acontecimientos, lo que ha llevado a alguna Comunidad Autónoma a regular la figura normativamente.

En cuanto al estricto ámbito social, véanse al respecto J. L. BLASCO DíEZ, «La participación del ciudadano en la acción social. Una aproximación al régimen jurídico-administrativo del voluntariado», en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 1151 y ss.; J. ESCÁMEZ DíEZ, *Solidaridad y voluntariado social*, Fundación Bancaja, Valencia, 1999; J. GARCÍA ROCA, *Solidaridad y voluntariado*, Sal Terrae, Santander, 1998 (2.ª ed.), o L. A. ARANGUREN GONZALO, *Reinventar la solidaridad: voluntariado y educación*, PPC, Madrid, 1998. Existe una página institucional de información sobre el movimiento del voluntariado: www.voluntariado.net

(134) «La contribución de las organizaciones sociales a la transformación del Estado de bienestar», en S. MUÑOZ MACHADO, J. L. GARCÍA DELGADO y L. GONZÁLEZ SEARA, *Las estructuras del bienestar. Propuestas...*, o.c., pág. 714.

(135) Íd. MUÑOZ MACHADO atribuye a U. ASCOLI y E. PAVOLINI la expresión *welfare mix*.

(136) Recuérdense las casillas por las que se puede atribuir un porcentaje a la Iglesia Católica o a «otros fines de interés social». Hasta el ejercicio del año 2000, los contribuyentes debían optar por uno u otro destino. Desde entonces es posible destinar un 0,52% a la Iglesia y otro porcentaje igual para «otros fines de interés social», con lo que la asignación alcanza al 1,04% de los impuestos, o bien limitar la asignación a uno de los dos destinos. En caso de no optar por ninguno de los destinos, la asignación se imputará a los Presupuestos Generales del Estado.

ciales y de Correos y Telégrafos, en los que se destaca que «al marcar la casilla “otros fines de interés social”, declaras tu solidaridad asignando el 0,52% de tus impuestos a la realización de programas para los colectivos más necesitados de tu entorno, así como para proyectos de cooperación internacional en países en desarrollo». Según esas mismas fuentes, durante el año 2001 se destinaron más de 91 millones de euros a realizar 852 proyectos sociales llevados a cabo por 331 ONGs.

Tal como, según los expertos, apunta su evolución, es seguro que el tercer sector se convertirá en los próximos años en el protagonista principal de la solidaridad social, cuya institucionalización tomará así nuevos perfiles. Sin embargo, la responsabilidad pública no decaerá. La solidaridad seguirá siendo imprescindible para la cohesión social, y su materialización la responsabilidad política por excelencia, que no sólo se traducirá en la captación y distribución de los fondos necesarios, sino también en la imposición de los mecanismos solidarios que la sociedad civil no pueda o no quiera adoptar y mantener. *Como ocurre con los servicios públicos tradicionales, en materia de solidaridad la posibilidad de gestión privada no supone la abdicación de las responsabilidades públicas.*