

VULNERABILIDAD Y EXTERNALIZACIÓN DEL ESTADO SOCIAL

Jorge GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ
Catedrático de Derecho Administrativo
UNED

SUMARIO: I. UNA NOVEDOSA FÓRMULA JURÍDICA DE EXTERNALIZACIÓN DEL ESTADO SOCIAL. 1. Planteamiento. 2. La externalización del Estado social. 3. La retirada del Estado de ciertos ámbitos y sus alternativas. 4. La singularidad de las obligaciones tuitivas para atender la vulnerabilidad. 5. La impronta del Derecho comunitario y la improvisación en el Derecho español. 6. Los interrogantes que plantea para el Derecho. II. LA PROTECCIÓN FRENTE A LA VULNERABILIDAD COMO MODERNO TÍTULO DE LA INTERVENCIÓN PÚBLICA. 1. Formación de un renovado título de intervención pública. 2. Contenido del título de intervención. 3. La evolución de los títulos de intervención en el Estado social. 3.1. La acción social en el Estado prestacional. 3.2. La vulnerabilidad en el Estado garante. 3.3. La operativa de la vulnerabilidad en el Estado garante. III. LAS BASES COMUNITARIAS Y CONSTITUCIONALES. 1. La conciliación en los Tratados de la dimensión económica y social de la UE. 2. La cláusula de Estado social en la Constitución española. 2.1. La concepción tradicional. 2.2. La sociedad solidaria. 2.3. El despliegue de la cláusula social en la propia Constitución: los pilares tradicionales y el derecho a la vivienda. A. Los pilares tradicionales del Estado social. B. La nueva centralidad del derecho a la vivienda. 2.4. Las nuevas manifestaciones del Estado social. IV. CONSIDERACIÓN FINAL. BIBLIOGRAFÍA.

I. UNA NOVEDOSA FÓRMULA JURÍDICA DE EXTERNALIZACIÓN DEL ESTADO SOCIAL

1. Planteamiento

Desde hace algunos años se abre paso en el Derecho administrativo español una novedosa fórmula jurídica por la que el Estado externaliza la atención a las personas vulnerables. Se trata de una modalidad para la realización de la cláusula de Estado social cuya principal característica es que impone a determinados sujetos privados el cumplimiento de obligaciones de contenido social en favor de otros sujetos privados, con la particularidad de que los obligados no solo deben prestar la atención social que corresponda, sino que en ocasiones también deben soportar en todo o en parte su coste.

Como quiera que ya son varias las regulaciones sectoriales (vivienda, suministros esenciales, sistema de pagos) que se sirven de aquella fórmula, se advierte que el Derecho está conformando de esta manera casuística una técnica jurídica consistente en la imposición por ley de obligaciones tuitivas a los particulares ante la vulnerabilidad.

La figura jurídica de las obligaciones tuitivas impuestas normativamente por el Estado a los particulares para que atiendan a otros particulares en situación de vulnerabilidad no cuenta con una regulación general en nuestro ordenamiento; como tampoco cristaliza una sistematización previa sobre la necesidad y conveniencia de su introducción en el Derecho español, sobre su fundamento constitucional, sus características, límites, ni tampoco sobre sus garantías. Más bien, bajo la inspiración del Derecho de la Unión Europea, aquellas obligaciones tuitivas se han introducido en distintas regulaciones sectoriales para paliar los efectos de la pobreza energética y en otros suministros esenciales; proteger a los deudores hipotecarios que pierden sus viviendas; a los arrendatarios en riesgo de ser desahuciados; a quienes ocupan en precario viviendas; o a quienes no pueden acceder a la operativa más básica de cobros y pagos a través del sistema bancario. Todos ellos bajo la nota común de hallarse en una situación de vulnerabilidad.

La irrupción en el Derecho español de esta técnica jurídica de atención social es el fruto de una combinación de factores, tanto sociales como jurídicos, de entre los que destacan los siguientes, que inmediatamente se desarrollan: la genética evolutiva del Estado social; la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria; la previa retirada del sector público en los ámbitos de actividad donde surgen las necesidades sociales; el diseño por el Derecho de la Unión Europea de las obligaciones de servicio público; y la urgencia que ha exigido la respuesta a una concatenación de crisis económicas de extraordinaria gravedad en un breve periodo temporal.

2. La externalización del Estado social

En primer lugar, debe subrayarse que la técnica de las obligaciones tuitivas constituye una nueva manifestación del Estado social. En efecto, está en la genética del Estado social su constante evolución e incluso transformación para adaptarse a las nuevas necesidades que surgen en las sociedades contemporáneas, sin por ello renunciar a los restantes logros sociales alcanzados hasta la fecha. En este sentido, los Estados europeos del bienestar se enfrentan a nuevos retos, como son la pobreza energética, la dificultad de acceso a la vivienda y la falta de acceso al sistema de pagos por parte de determinados colectivos. Adicionalmente, España ha debido afrontar la problemática propia que ha supuesto el riesgo de pérdida de la vivienda a la que previamente habían accedido deudores hipotecarios, arrendatarios e incluso ocupantes en precario, particularmente acusada a raíz de la crisis financiera de 2007 y de la pandemia de 2020. En este contexto de surgimiento de nuevas necesidades sociales, desde las instituciones públicas comunitarias y españolas no se ha considerado que la responsabilidad de la respuesta deba recaer exclusivamente en las personas afectadas, sino que, en atención a la gravedad del problema y en la medida en que este afecta a nutridas colectividades de personas, la responsabilidad debe ser colectiva, con el resultado de que el Estado ha hecho suya la respuesta a las nuevas necesidades sociales. Es este último un dato que conviene resaltar, pues jurídicamente el Estado ni se inhibe, ni se limita a adoptar normas dispositivas encaminadas a que el problema se afronte privadamente, sino que hace suya la responsabilidad de ofrecer una respuesta ante las situaciones de vulnerabilidad. En suma, no hace renuncia de su condición de Estado social.

Ahora bien, la efectividad de la cláusula constitucional de Estado social siempre ha estado condicionada por una crónica falta de recursos presupuestarios públicos con los que atender las necesidades sociales¹. Realidad que se ve agravada por la circunstancia de que la atención a las nuevas necesidades sociales se acumula a los costosos compromisos previamente asumidos por el Estado social; por las crecientes exigencias derivadas de la evolución de la pirámide poblacional; y muy singularmente por que en las últimas décadas aquella *vis* expansiva propia del Estado social ha entrado en abierta colisión con las cláusulas de estabilidad presupuestaria recogidas en los Tratados de la UE para el establecimiento de la moneda única y reforzadas en numerosas

¹ Sobre la vinculación entre los derechos en general (no solo los denominados sociales) y su coste para las arcas públicas, HOLMES S. y SUNSTEIN, C. R.: *El costo de los derechos*, Buenos Aires, Siglo veintiuno, 2011.

constituciones a raíz de la crisis desatada en 2007, que vienen a limitar con carácter permanente la capacidad de gasto del Estado².

Así las cosas, interesa destacar que la figura de las obligaciones tuitivas aquí analizada trata de conciliar los dos mandatos constitucionales en tensión a que se ha hecho referencia, la cláusula de Estado social y la estabilidad presupuestaria, haciéndolos converger en una misma dirección. De tal manera que el Estado social no renuncia ni a los logros alcanzados ni a seguir ampliándose, en este último caso para extender la protección a las personas en situaciones de vulnerabilidad. Y con tal propósito articula nuevos instrumentos jurídicos por los que se externalizan algunas de las funciones que asume el Estado social, descargándolo, como regla general, de sus costes mediante la imposición de obligaciones tuitivas a los particulares. Bajo esta fórmula se logra que el Estado ofrezca una solución a las demandas sociales indicadas sin tensionar, aún más, las cuentas públicas.

La externalización de actividades supone encomendar su prestación a un tercero distinto de quien asume la responsabilidad de su prestación o, como en este caso, la respuesta a las necesidades sociales. El principal interés jurídico de la fórmula de externalización que aquí se analiza es que se separa de las técnicas más tradicionales de la gestión indirecta (contractuales, convencionales o subvencionales³), que generalmente descansan tanto sobre la asunción voluntaria del compromiso por parte del prestador (contratista o destinatario de la subvención) como sobre la aportación de fondos públicos por la Administración. A diferencia del modelo tradicional, la respuesta que se articula frente a la pobreza energética, el riesgo de pérdida de la vivienda o la falta de acceso al sistema de pagos, consiste en la imposición por ley de obligaciones tuitivas a los particulares, quienes no solo deberán prestar el servicio correspondiente o soportar que la vivienda quede a disposición de la persona vulnerable sin haber otorgado su consentimiento, sino que generalmente también habrán de asumir de manera íntegra o parcial la carga económica que suponen tales obligaciones. Es, por tanto, una externalización del Estado social en grado máximo, que se impone legalmente a determinados sujetos privados, quienes resulta-

² GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J.: «La reforma del art. 135 de la Constitución Española», *Revista de Administración Pública*, núm. 187, 2012, pp. 31-66; y ESTEVE PARDO, J.: «La Administración garante. Una aproximación», *Revista de Administración Pública*, núm. 197, 2015, pp. 11-39.

³ Véase al respecto, VILLAR ROJAS, F. J.: «Los modelos de gestión de los servicios sanitarios en España», en AGULLÓ AGÜERO, A. (dir.): *Financiación de la sanidad: tributación, gestión, control del gasto y reparto constitucional del poder financiero*, Valencia, Tirant, 2020, pp. 197-229; BAUZÁ MARTORELL, F. J.: «Convenios con particulares: límites entre contrato, convenio y subvención», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 48, 2018; y GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J.: «Panorama de las formas público-privadas para la atención de las necesidades sociales», en DARNACULLETA GARDELA, M. M. et al.: *La colaboración público-privada en la gestión de servicios sociales*, Madrid, Marcial Pons, 2022, pp. 197-259.

rán obligados a atender a la persona vulnerable y, en la mayoría de los supuestos, deberán asumir determinados costes económicos asociados a la obligación tuitiva.

Antes de continuar, conviene formular dos aclaraciones acerca de la externalización del Estado social que nos ocupa. La primera de ellas es que, como se desarrolla con mayor extensión en otro epígrafe, la cláusula de Estado social no exige que la respuesta colectiva a las nuevas necesidades sociales deba traducirse necesariamente en que la Administración asuma la responsabilidad directa de atender las necesidades sociales demandadas o el compromiso de sufragar su coste⁴. Antes al contrario, la categoría del Estado garante precisamente describe una manifestación del Estado social en cuya virtud este regula la actividad privada de que se trate para que los ciudadanos tengan a su disposición una respuesta a sus necesidades sociales⁵. Por otra parte, la externalización aquí analizada no sustituye la tradicional organización del Estado de bienestar, construida mediante la progresiva asunción por el Estado de funciones sociales (cuyos máximos exponentes han sido la educación y la sanidad públicas), ni a sus más recientes avances (como son la implantación de las ayudas a la dependencia, que arranca con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, reforzada con la creación del ingreso mínimo vital por parte del Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo), sino que los complementa con nuevas técnicas que permiten al Estado ampliar la cobertura de su protección social.

3. La retirada del Estado de ciertos ámbitos y sus alternativas

Otro de los factores que ha contribuido decisivamente a la configuración de la novedosa técnica jurídica de las obligaciones tuitivas ha sido la previa retirada del sector público de los ámbitos de actividad donde han surgido las necesidades sociales. El proceso de privatizaciones de empresas públicas producido en España durante los años noventa del siglo pasado supuso que el sector público se retirara de los sectores de la energía, las telecomunicaciones y la banca minorista,

⁴ A este respecto, puede resultar esclarecedora la distinción alemana que trae FERNÁNDEZ GAZTEA, J. K.: «Las Verwaltungsaufgaben: las funciones o tareas administrativas en el Derecho público alemán», *Revista de Administración Pública*, núm. 221, 2023, pp. 99 y ss., entre, por una parte, los fines del Estado, como sería el que resulta de la cláusula de Estado social; de otra, las tareas o responsabilidades que el Estado asume en cumplimiento de tales fines, como puede ser la atención a la vulnerabilidad; y, finalmente, las tareas o responsabilidades propias de la Administración, que a esta incumben en cumplimiento de las responsabilidades estatales, que pueden ser muy accesorias cuando el Estado impone a los particulares la atención a la vulnerabilidad.

⁵ ESTEVE PARDO, J.: «La Administración garante...», *op. cit.*

entre otros muchos⁶. En paralelo, se ha producido una fuerte reducción en la oferta de vivienda de protección social por parte de las Administraciones públicas, no solo en su construcción, sino también en la tenencia en régimen de alquiler⁷.

Como resultado, cuando las necesidades sociales se han hecho más acuciantes en materia de pobreza energética, de suministros esenciales, de acceso al sistema de pagos y de riesgo de pérdida de la vivienda, el sector público español ya no contaba con medios propios con los que atender las demandas de las personas vulnerables o en riesgo de exclusión⁸.

En este contexto, deben dejarse indicadas algunas reflexiones acerca de las alternativas al alcance del Estado ante aquellas situaciones de emergencia social. En primer lugar, ha de subrayarse que la atención directa de tales necesidades exige un entramado empresarial y organizativo altamente complejo y costoso, de imposible improvisación para que el sector público pudiera ofrecer una respuesta rápida a la demanda social acrecentada a raíz de las últimas crisis económicas. En este mismo discurso de ideas es necesario reconocer que el garantismo formalista que caracteriza a nuestro Derecho público frecuentemente entorpece la efectividad de las medidas de apoyo, particularmente cuando estas se contraen a colectivos especialmente afectados en situaciones de crisis, pues el proceso de determinación de los beneficiarios frecuentemente resulta en cierta parálisis administrativa, como se ha puesto de

⁶ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: «Reflexiones sobre las privatizaciones», *Revista de Administración Pública*, núm. 144, 1997, pp. 7-43; GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: «El concepto y las formas de privatización», *Revista española de control externo*, núm. 7, 2001, pp. 77-102; y RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: «Sobre las privatizaciones», *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 3, 2007, pp. 181-194.

⁷ La doctrina jurídica se ha hecho eco de la retirada del Estado del ámbito de la vivienda social y ofrece datos de distintas fuentes estadísticas: NOGUEIRA LÓPEZ, A.: «Vulnerabilidad administrativa. Los obstáculos administrativos en el acceso a los programas de vivienda», en PALEO MOSQUERA, N. et al. (ed.): *Políticas y derecho a la vivienda: gente sin casa y casas sin gente*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 216; LAMBEA LLOP, N.: *La gestión de la vivienda social en clave europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 278 y ss.; QUINTIÁ PASTRANA, A.: «Más allá del art. 47 CE: derechos fundamentales y legislación autonómica para la protección del derecho a la vivienda de grupos sociales vulnerables», *Revista de Derecho Público: teoría y método*, núm. 6, 2022, p. 118; y BASTÚS RUIZ, B.: *Mecanismos para la ampliación del parque público de vivienda*, Barcelona, Atelier, 2023, pp. 159 y ss.

⁸ En los últimos años estamos siendo testigos de cierta inflexión en la tendencia apuntada acerca de la retirada del sector público de tradicionales sectores económicos. Así, la gran crisis financiera obligó al Estado a rescatar numerosas entidades de crédito, asumiendo importantes participaciones en su capital, que aún conserva. Al igual que en el momento de redactar estas líneas el sector público estatal ha adquirido relevantes participaciones en empresas de telecomunicaciones para impedir su control por inversores internacionales que aprovechan la coyuntura de baja cotización de numerosas empresas. Sin embargo, debe aclararse que, hasta el momento, no consta públicamente que la Administración haya hecho uso de su condición de accionista de referencia en empresas financieras y de telecomunicaciones para ejecutar a través de estas políticas públicas.

manifiesto con las distintas medidas ensayadas durante las anteriores crisis y como han comenzado a reflejar la literatura⁹ y la doctrina¹⁰. De aquí que en los últimos años las autoridades frecuentemente hayan optado por medidas de apoyo indiscriminado, dirigidas al conjunto de la población, por resultar de más sencilla implantación, como la rebaja del IVA en los productos y servicios, si bien resultan muy criticadas por su elevado coste económico, su escaso efecto redistributivo y la ineficiencia que revelan en la actuación pública.

Ciertamente, la fórmula elegida para la intervención pública frente a la vulnerabilidad podría haber consistido en el otorgamiento de ayudas directas a las personas afectadas con las que poder sufragar sus distintas necesidades, como parece ser el modelo de asistencia social seguido en numerosos países del centro y el norte de Europa¹¹. Como también se podrían haber articulado compensaciones económicas generalizadas a los operadores que resulten obligados. Sin embargo, entre nosotros se opta por fórmulas asistenciales orientadas a cada tipo de necesidad, en las que todo o gran parte del coste patrimonial de las ayudas se hace recaer sobre otros sujetos privados.

Este conjunto de circunstancias contribuye a explicar que la fórmula de intervención pública finalmente elegida haya sido la imposición de obligaciones tuitivas. En efecto, las decisiones políticas sobre el papel del Estado en la sociedad y la economía, adoptadas décadas antes, que han llevado a la retirada de aquel de relevantes sectores económicos; unidas a la complejidad y coste que supone el establecimiento de organizaciones prestadoras; la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria; además de que seguramente pesen las tradiciones culturales; todas ellas han abocado a que la intervención pública para atender a las personas vulnerables en aquellos sectores de la actividad económica se haya proyectado sobre los propietarios y los operadores privados que prestan tales servicios y se relacionan de manera directa con las personas vulnerables.

⁹ MESA, S.: *Silencio administrativo. La pobreza en el laberinto burocrático*, Barcelona, Anagrama, 2021.

¹⁰ NOGUEIRA LÓPEZ, A.: «Vulnerabilidad administrativa. Los obstáculos administrativos en el acceso a los programas de vivienda», *op. cit.*

¹¹ Distintos autores se hacen eco de estudios comparativos que clasifican los países en función de su modelo de cobertura social, donde los mediterráneos se caracterizan por la insuficiencia de los programas de ayudas sociales, lo que explica que estos se complementen o se sustituyan por medidas para objetivos específicos, por ejemplo, en materia de vivienda, energía, etc. Véanse al respecto ANDERSON, K. M.: *Social Policy in the European Union*, London, McMillan, 2015, pp. 182 y ss.; y BELZUNEGUI ERASO, Á.: «Estudio preliminar. Agenda Social Europea y servicios sociales en la Unión Europea», en FORNS I FERNÁNDEZ, M. V. (ed.): *La protección jurídica de la atención a las personas en materia de servicios sociales. Una perspectiva interdisciplinar*, Barcelona, Atelier, 2020, pp. 41 y 42.

4. La singularidad de las obligaciones tuitivas para atender la vulnerabilidad

Antes de seguir avanzando, conviene introducir una precisión acerca del tipo de obligaciones tuitivas a través de las que se articula la externalización del Estado social. Pues el origen de estas obligaciones es muy antiguo¹² y en la actualidad son relativamente numerosas las obligaciones de contenido social que el Estado impone a unos particulares en beneficio de otros. Sirvan como ejemplos, la figura del salario mínimo interprofesional que la legislación laboral establece¹³; la obligación de sufragar las prestaciones por baja laboral¹⁴; la limitación al incremento del precio de los arrendamientos¹⁵; o las obligaciones de servicio público distintas de aquellas dirigidas a afrontar la pobreza energética, que se encuentran establecidas en los distintos servicios de interés económico general para asegurar la accesibilidad en todo el territorio o la accesibilidad en los precios de los servicios¹⁶. En todos estos supuestos el Estado articula políticas sociales mediante la imposición a unos particulares de obligaciones tuitivas en favor de otros.

Pues bien, dentro de esta categoría amplia, nuestro objeto de estudio se centra únicamente en aquellas obligaciones tuitivas que el Estado impone para atender situaciones de vulnerabilidad personal y que, por sus características, presentan rasgos que las singularizan frente a las restantes.

En este sentido, la situación de vulnerabilidad de las personas beneficiarias de las obligaciones tuitivas las cualifica jurídicamente, pues en tales supuestos se reduce, cuando no desaparece, la nota de la generalidad en la imposición de las obligaciones, que ya no afectan por igual a todos los sujetos, sino que recaen únicamente en aquellos que se relacionen con alguna de las personas vulnerables. Esto es, la reducción en el número de beneficiarios también implica una correlativa reduc-

¹² Sobre el origen de los seguros sociales en la legislación de Bismark, véase del VALLE VILLAR, J. M.: *El derecho a la seguridad social*, Madrid, Cinca, 2018, pp. 52 y ss.

¹³ Real Decreto 145/2024, de 6 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2024.

¹⁴ El art. 173.1 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social (aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre) establece en favor del trabajador un subsidio en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, que debe abonar el empresario entre el cuarto y el decimoquinto día de la baja.

¹⁵ Véase el art. 46 del Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, que establece una limitación extraordinaria de la actualización anual de la renta de los contratos de arrendamiento de vivienda.

¹⁶ A título de ejemplo, durante la pandemia la prohibición de corte de suministro se amplió temporalmente al agua, gas y productos petrolíferos (art. 29 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19).

ción o al menos una desigual distribución del número de obligados a atenderlos. Circunstancia que exige tomar en consideración en qué medida, bajo qué garantías y con qué límites se pueden ver afectados el derecho de propiedad, la libertad de empresa, la igualdad ante las cargas públicas y la necesidad de compensación por la imposición de sacrificios individuales en beneficio del interés general.

5. La impronta del Derecho comunitario y la improvisación en el Derecho español

Al igual que en otros campos del Derecho, en este que nos ocupa se deja sentir muy vivamente la huella del Derecho de la Unión Europea, donde, como es conocido, se ha desarrollado ampliamente la figura de las obligaciones de servicio público en el ámbito de los servicios de interés económico general¹⁷. Posteriormente se analiza con mayor detenimiento el fundamento en los Tratados de estas obligaciones de servicio público y con qué alcance aquel es aplicable a nuestro ordenamiento jurídico, pero ahora interesa reseñar cómo aquella técnica jurídica de las obligaciones de servicio público también se ha trasladado a otras regulaciones europeas que no comparten el mismo fundamento, como ocurre en el sector bancario, donde se han impuesto las obligaciones de prestación de servicios de pagos en favor de personas vulnerables. Del mismo modo, el Derecho español se ha inspirado en aquella técnica al configurar las obligaciones tuitivas en regulaciones ajenas al Derecho de la Unión Europea, como son las regulaciones establecidas para evitar la pérdida de la vivienda en situaciones de vulnerabilidad.

Conviene comenzar por precisar ya que la distinta gestación de sus dos categorías, en el Derecho comunitario y el Derecho español, se traduce en una fundamentación y una operativa jurídica igualmente diferentes. En efecto, la formulación de las obligaciones de servicio público de factura comunitaria no se encuentra vinculada a concretas crisis económicas, sino que responde a una sistematización jurídica acometida en la Unión Europea que trata de conciliar la economía de mercado con los valores sociales de los Estados miembro. Además, como posteriormente se expone, esta técnica jurídica encuentra una base sólida en los Tratados; al tiempo que se beneficia de una importante jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo; y ha sido objeto de detallados estudios con la perspectiva del Derecho comunitario.

Distinto es el caso de las obligaciones tuitivas entre particulares establecidas en el Derecho español para afrontar las situaciones de vulnerabilidad. Un factor que contribuye a explicar su adopción es la

¹⁷ Véase por todos LAGUNA DE PAZ, J. C.: *Servicios de interés económico general*, Madrid, Civitas, 2009.

concatenación de dos crisis económicas de extraordinaria gravedad en un breve periodo temporal. La crisis financiera de 2007 y la crisis derivada de la pandemia en 2020 dejaron súbitamente a importantes grupos de población en situaciones de vulnerabilidad extrema que les impedían sufragar algunas de sus necesidades vitales más esenciales, como los suministros energéticos, las cuotas hipotecarias o el arrendamiento de sus viviendas. La profundidad, la extensión y lo inopinado de ambas crisis económicas exigió una reacción decidida del Estado para evitar que relevantes grupos de población entraran en la marginalidad. Cuantitativamente es importante destacar que los segmentos de la población afectada comprendían a un elevado número de personas, por mucho que porcentualmente representaran una minoría respecto del conjunto.

Este contexto de sucesivas crisis económicas y su impacto sobre la población gestaron un problema de gran dimensión social, ante el que los poderes públicos trataron de responder con la improvisación de legislaciones de emergencia, sin una reflexión previa, ni una adecuación del ordenamiento a los nuevos instrumentos articulados con tanta inmediatez¹⁸. Ahora bien, como es frecuente, una vez fue superada la situación de crisis y sus consecuencias más inmediatas, no se han derogado todas las medidas de emergencia, sino que se ha extendido la vigencia de un buen número de ellas¹⁹, concibiéndose ahora como instrumentos ordinarios de la política social. A pesar de la novedad que encierran aquellas medidas de política social y de algunas de las dudas jurídicas que suscita su imposición a los particulares, tampoco su normalización en el Derecho español ha venido acompañada de una reconsideración sosegada sobre su encaje en el ordenamiento jurídico.

6. Los interrogantes que plantea para el Derecho

Las anteriores circunstancias animan a que se acometa el presente estudio en un intento de reflexionar sobre el fenómeno de la externalización del Estado social y de sistematizar la figura jurídica a través de la que esta se articula, como es la de las obligaciones tuitivas que la ley impone a ciertos particulares para atender situaciones de vulnerabilidad, que resulta por igual interesante y cuestionable. El objeto de análisis no deja fuera las obligaciones de servicio público con las que el Derecho comunitario también atiende situaciones de vulnerabilidad,

¹⁸ A título de muestra, el análisis que facilita la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado sobre el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, da buena cuenta de la idea que quiere transmitirse, pues desde su entrada en vigor hasta el mes de junio de 2024 sus preceptos habían sido objeto de 28 modificaciones y derogaciones por distintas normas.

¹⁹ Para mayor detalle sobre su vigencia, véanse los análisis sectoriales contenidos en los siguientes capítulos del libro.

pues presentan numerosos elementos comunes con la figura adoptada en el Derecho español. Además, la circunstancia de que la figura comunitaria de las obligaciones de servicio público cuente con una sólida fundamentación y teorización en el Derecho de la Unión Europea puede haber contribuido a la relativa desatención que ha suscitado la cuestión de su anclaje constitucional interno, que en el Derecho español presenta aún numerosos interrogantes.

Con tal propósito, en los siguientes epígrafes se aborda el examen del marco general de la figura, reflexionando sobre sus bases constitucionales. En particular, el estudio trata de responder a las grandes cuestiones que suscita esta novedosa evolución en la realización del Estado social.

II. LA PROTECCIÓN FRENTE A LA VULNERABILIDAD COMO MODERNO TÍTULO DE LA INTERVENCIÓN PÚBLICA

1. Formación de un renovado título de intervención pública

Los poderes públicos, aun cuando tengan genéricamente reconocida en la norma la potestad de imponer restricciones en la esfera jurídica de los ciudadanos, con frecuencia también necesitan de concretos títulos de intervención con los que justificar el establecimiento de aquellas medidas. Si históricamente aquellos títulos bastaron por sí solos para justificar la intervención del poder al margen de expresas habilitaciones normativas²⁰, en la actualidad, bajo el dominio del principio de legalidad, los textos constitucionales contienen de manera expresa las correspondientes habilitaciones normativas y frecuentemente la concreción de los propios títulos justificativos. En este sentido, la Constitución no solo recoge las correspondientes habilitaciones generales de intervención (como acreditan los apartados 2 y 3 del art. 33 y 1 del art. 53), sino también numerosos títulos concretos de intervención entre los principios rectores de la política social y económica²¹.

No obstante, este proceso de positivación constitucional no ha congelado el censo de títulos o justificaciones de la intervención pública, sino que se sigue enriqueciendo al compás de la evolución social, que genera la conciencia de nuevas o matizadas necesidades sociales en cuya atención deben intervenir los poderes públicos. De esta manera,

²⁰ VILLAR PALASÍ, J. L.: «Consideraciones sobre el sistema jurídico», *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, 1983, p. 531.

²¹ VILLAR EZCURRA, J. L.: *Derecho administrativo especial*, Madrid, Civitas, 1999, pp. 28-29.

la renovación de los títulos de intervención aún cumple una relevante función jurídica, en cuanto que la amplitud de las habilitaciones y de los títulos de intervención positivizados puede dar lugar a dudas acerca de si amparan la imposición de medidas restrictivas de las libertades o los derechos, particularmente cuando la intervención requerida tiene un marcado carácter innovador. Esto es, cuando el Estado debe justificar la adopción de medidas o actuaciones que se separan de las aplicadas hasta la fecha es donde los renovados títulos de intervención operan como causas de legitimación de la novedosa intervención pública, en cuanto permiten interpretar e incluso resignificar el Derecho vigente bajo el nuevo enfoque que incorporan, por ejemplo, ampliando el contenido tradicionalmente atribuido a los títulos de intervención positivizados.

Tal es el caso de las medidas de intervención del poder público consistentes en la imposición de las obligaciones tuitivas que nos ocupan, respecto de las cuales la protección de las personas frente a la vulnerabilidad opera como moderno título de intervención que legitima al poder público para su imposición como medidas de solidaridad. Pocas dudas pueden albergarse de que la protección frente a la vulnerabilidad constituye en la actualidad un incisivo título de intervención, que además presenta entidad propia, por cuando se diferencia de otras finalidades de carácter social que también persigue el Estado. El título de intervención se enuncia bajo distintas fórmulas: como cuidado hacia las personas vulnerables; como protección frente al riesgo de exclusión; amparo frente a la marginalidad; o tutela frente al sinhogarismo [art. 3, 1) de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda].

2. Contenido del título de intervención

Si la construcción del Estado social descansa fundamentalmente sobre las ideas de la dignidad de la persona y la igualdad efectiva frente a la igualdad formal característica del Estado de Derecho, el tratamiento de la vulnerabilidad como título justificativo de la intervención pública exige afinar la argumentación. En efecto, no cabe negar que las políticas sociales para hacer frente a la vulnerabilidad también se fundamentan en la dignidad de la persona y la igualdad efectiva²², pero debe tenerse presente que la categoría de la vulnerabilidad emerge para poner de relieve una carencia detectada en el seno de un Estado

²² Este es el planteamiento de SUÁREZ LLANOS, L., quien concibe la vulnerabilidad desde la desigualdad, como desventaja innecesaria en el disfrute de bienes, libertades y derechos por estar vinculada a unas condiciones de partida injustificadamente discriminatorias, que convierte una diferencia entre sujetos o grupos en una exigencia de actuación político-jurídica orientada a reequilibrar la situación del sujeto vulnerable respecto de todos los demás: «Caracterización de las personas y grupos vulnerables», en PRESNO LINERA, M. Á. (coord.): *Protección jurídica de las personas y grupos vulnerables*, Oviedo, IPGPA, 2013, p. 40-41.

social que se encuentra muy desarrollado y consolidado. El surgimiento de la vulnerabilidad como título de intervención incorpora algunos matices como título legitimador de las políticas sociales y se explica precisamente porque las políticas sociales de carácter general que han legitimado aquellas dos ideas tradicionales dejan fuera de su tutela importantes necesidades de la sociedad contemporánea.

Cualquiera que sea la concreta denominación que se emplee para designar tales situaciones, la idea que late en su contenido se puede delimitar por contraste con los títulos generalmente empleados para justificar la adopción de medidas generales de política social, dirigidas al conjunto de la población, como la prestación de una sanidad pública, la oferta educativa pública e incluso las exigencias de universalidad impuestas en los servicios de interés económico general, como el suministro de energía, telecomunicaciones, agua o transporte. A diferencia de las políticas sociales dirigidas al conjunto de la población, la idea nuclear de este título de intervención se articula en torno a la vulnerabilidad, la exclusión social y la marginalidad.

Por otra parte, siguiendo a F. Macioce²³, debe subrayarse que la categoría de la vulnerabilidad no designa meros intereses de grupo más o menos razonables y que compiten por la atención de las políticas públicas en la sociedad plural, sino que revela auténticas necesidades sociales, merecedoras de la atención pública en el Estado social, de aquí su fuerza como título de intervención.

Cualitativamente, la vulnerabilidad define situaciones vitales de particular exposición a los riesgos en la sociedad contemporánea; de singular dificultad de adaptación en esta última; de severa carencia de medios y oportunidades para acceder a servicios y recursos considerados propios del bienestar y la dignidad personal en una sociedad moderna y desarrollada. La vulnerabilidad precisamente impide que quienes la padecen puedan beneficiarse de ciertas políticas sociales diseñadas para la mayoría, como por ejemplo las que se concretan en medidas de intervención pública para hacer accesibles casi todos los servicios de interés económico general. Y es que, por fortuna, en un cómputo cuantitativo la vulnerabilidad no afecta al conjunto de la población, sino únicamente a segmentos muy delimitados, que ciertamente pueden llegar comprender muy numerosos grupos de personas, pero que representan minorías dentro del conjunto de la sociedad.

Es evidente que la vulnerabilidad, la exclusión social o la marginalidad pueden venir determinadas o agravadas por razones de origen social, falta de formación, infortunios, género, orientación sexual, edad, raza, migración, religión, lengua, salud y un largo etcétera. Pero, cual-

²³ MACIOCE, F.: «El valor y la importancia política de los grupos vulnerables», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 195, 2022, p. 260.

quiera que sea la causa que la desencadene, aquí no interesa analizar la vulnerabilidad en general, sino como determinante de la política social, como título de intervención que justifica que los poderes públicos impongan a ciertos particulares obligaciones tuitivas, generalmente con un contenido patrimonial, en favor de quienes se hallan en aquella situación de vulnerabilidad. Así pues, en cuanto título de intervención, en este estudio debe dirigirse la atención a aquella vulnerabilidad que se traduce en carencias materiales, en las dificultades de acceso a recursos o servicios básicos para el normal desenvolvimiento de la vida en sociedad.

Expresado en otros términos, la idea de la vulnerabilidad adquiere su pleno significado precisamente en el seno del Estado social: vulnerable es quien queda fuera de las medidas o del sistema que con carácter general articula el Estado social para atender las necesidades básicas de la población. Bajo tales premisas se explica que las medidas de intervención pública para afrontar la vulnerabilidad difieran de las adoptadas para la generalidad de la población. Luego, hablar del régimen jurídico de la vulnerabilidad equivale a ocuparse de un Derecho de contenido social, pero singularizado respecto de las medidas de intervención general. Hablamos de un estadio más avanzado de la cláusula de Estado social. Hablamos de un mejor Estado social.

3. La evolución de los títulos de intervención en el Estado social

3.1. La acción social en el Estado prestacional

El fenómeno de la vulnerabilidad, con esta u otras denominaciones²⁴, no es nuevo, sino que siempre ha habido colectivos en situación de exclusión social por razón de sus circunstancias personales o materiales. Ocurre que en el diseño tradicional de las políticas sociales, en las que el Estado interviene como prestador directo o indirecto de la acción social, estos colectivos recibían y siguen recibiendo un tratamiento jurídico singularizado y adaptado a sus circunstancias, bajo distintas fórmulas en las que generalmente el sector público asume la atención de las necesidades indicadas, al tiempo que soporta el coste de las políticas sociales en un ejercicio de política redistributiva.

²⁴ CABALLERO SÁNCHEZ, R. sitúa en una ley castellanoleonesa de 2013 el surgimiento de la categoría de la vulnerabilidad: «El concepto de consumidor vulnerable y su protección por el Estado social de Derecho», ponencia presentada en la mesa titulada «La protección de los colectivos vulnerables y su impacto en la gestión pública», dentro del «IV Congreso Internacional del Instituto Complutense de Ciencia de la Administración, Innovación pública, reconstrucción de la democracia y sostenibilidad para un mundo post-covid», 23-25 de noviembre de 2022 en la Universidad Complutense de Madrid.

Tratándose de servicios públicos para cuya recepción no se exige una contraprestación, como la enseñanza básica (art. 27.4 CE) o la atención sanitaria pública, no se produce una barrera de acceso por razones económicas, sin perjuicio de que existan otras derivadas de las desigualdades sociales, falta de conocimiento cultural y lingüístico, o, entre otras, distancia física a las instalaciones públicas. Cuando el acceso a las prestaciones públicas requiere el abono de una contraprestación por el ciudadano, incluso si la cuantificación de esta se guía por criterios sociales con la finalidad de facilitar a la generalidad de la población el acceso a las prestaciones accesibles, entonces las normas ordenadoras del servicio público correspondiente acostumbran a contemplar un régimen de medidas de apoyo que permita su disfrute a quienes de otra forma quedarían excluidos. Así sucede con las becas de comedor, estudio, las exenciones de matrícula. El Estado social se concreta también en medidas genéricas de apoyo en favor de las personas vulnerables, sin vinculación a la prestación de un determinado servicio, como ejemplifica el ingreso mínimo vital (Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital) y las figuras autonómicas análogas, en principio concebidas para que la persona afectada pueda atender sus diversas necesidades vitales, pero que, como ya se ha indicado, por su limitada cuantía con frecuencia resultan insuficientes para cubrir todas aquellas necesidades. En fin, la acción social también se instrumenta a través de apoyos específicos orientados a satisfacer concretas necesidades básicas cuya satisfacción general se confía al mercado, como es el caso de la vivienda protegida.

En este sentido, como ha estudiado M. Vaquer, la dimensión social del Estado tradicionalmente ha descansado sobre tres campos principales de actuación, como son la educación, la sanidad pública y la seguridad social, complementados por la llamada acción social. El carácter complementario de la acción social pública deriva de que ha consistido en prestaciones especializadas, en cuanto que no están dirigidas al conjunto de la población, sino a individuos o colectivos necesitados de particular integración. La acción social del Estado operaría así como una suerte de «segunda trinchera» (en expresión de F. Garrido Falla) de las medidas sociales dirigidas al conjunto de la sociedad, una vez que se comienza a desarrollar la previsión social²⁵.

3.2. *La vulnerabilidad en el Estado garante*

Ahora bien, la vulnerabilidad adquiere una nueva significación jurídica en aquellas parcelas donde el Estado deja de ser prestador directo o indirecto y asume un cometido de garante, como ha sucedido

²⁵ VAQUER CABALLERÍA, M.: *La acción social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 19, 50, 55 y 162-163.

tras la privatización de los servicios de interés económico general. La posición de Estado garante no surge del tránsito del modelo de servicio público al de servicios de interés económico general, pues esta última categoría no predetermina una concreta fórmula pública o privada de prestación, por lo que no impide que el Estado siga siendo prestador de los servicios de interés económico general de manera directa o indirecta. En rigor, el Estado garante surge cuando el Estado privatiza las empresas prestadoras de tales servicios o se retira de determinados sectores, al tiempo que traslada a los sujetos privados responsabilidades en la atención del interés general en aquellos ámbitos.

Otro tanto ocurre cuando el Estado ni siquiera adquiere el papel de garante, sino que simplemente el sector público deja de satisfacer determinadas necesidades sociales de las que venía ocupándose, sin que el Estado articule mecanismos alternativos para permitir su disponibilidad, como ha acontecido en términos generales respecto de la vivienda protegida²⁶.

En tales supuestos, las tradicionales técnicas jurídicas de la acción social para la atención a las personas vulnerables que se relacionan con la Administración se ven desplazadas por nuevos instrumentos jurídicos de intervención pública, ahora adaptados a las relaciones jurídicas que se entablan entre el operador privado que ofrece en el mercado los bienes o servicios correspondientes y la persona vulnerable que no puede costear su importe. A título meramente enunciativo:

- a) Se ejemplifica en los arts. 5 y 28 de la Directiva (UE) 2019/944 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se modifica la Directiva 2012/27/UE: desde la compensación pública al operador por la atención prestada a las personas vulnerables; pasando por la distribución de la compensación entre los operadores en el mercado; las ayudas públicas directas a la persona vulnerable para atender el coste de los servicios; o la imposición de obligaciones tuitivas (obligaciones de servicio público en la denominación comunitaria), sea incidiendo en el precio de los suministros o la prohibición de corte de estos por impago, haciendo recaer el coste en cada operador.
- b) Como se ha anticipado, la fórmula jurídica de las obligaciones de servicio público se ha transmutado por el Derecho español fuera del ámbito de los servicios de interés económico general, concretamente para impedir que los deudores hipotecarios y los arrendatarios en situación vulnerable perdieran su vivienda por razón de los impagos,

²⁶ Véanse las obras citadas en la nota a pie número 7.

imponiendo a los propietarios obligaciones tuitivas que impiden el desahucio, sin que en algunos casos perciban una compensación íntegra (p. e. art. 1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social; y los arts. 1 y 1 bis del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19).

- c) Asimismo, se ha constatado que la evolución económica ha convertido el acceso al sistema bancario de pagos en una necesidad imprescindible para el desarrollo de la vida en sociedad, pero también que quedan fuera de él numerosas personas en situación vulnerable por su falta de un domicilio fijo, ser solicitantes de asilo o carecer de permiso de residencia. Desde el punto de vista de los instrumentos jurídicos de intervención pública de protección frente a la exclusión financiera, debe tenerse presente que el proceso de privatizaciones acometido durante los años 90 del siglo pasado en España también se extendió a la banca minorista en mano pública y, si bien el Estado ha vuelto a ostentar relevantes participaciones accionariales en determinadas entidades bancarias a raíz de los rescates exigidos por la crisis financiera de 2007, lo cierto es que el Estado ha renunciado a utilizar aquellas participaciones para la ejecución de políticas sociales. Así las cosas, para evitar esta exclusión financiera, y a pesar de que la prestación de servicios bancarios no se califica como servicio de interés económico general, el Derecho de la Unión Europea ha impuesto determinadas obligaciones tuitivas sobre los operadores de los servicios de pagos para garantizar la inclusión financiera de las personas vulnerables. En concreto, la Directiva 2014/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, sobre la comparabilidad de las comisiones conexas a las cuentas de pago, el traslado de cuentas de pago y el acceso a cuentas de pago básicas, impone a las entidades de crédito la obligación de poner a disposición de las personas vulnerables que se hallen en algunas de las situaciones anteriormente indicadas cuentas de pago básicas, gratuitas o a un coste inferior al que ofertan para los clientes no vulnerables (véase el art. 3 del Real Decreto-ley 19/2017, de 24 de noviembre, de cuentas de pago básicas, traslado de cuentas de pago y comparabilidad de comisiones, que transpone al Derecho español la citada normativa y el art. 2 del Real Decreto 164/2019, de 22 de marzo, por el que se establece

un régimen gratuito de cuentas de pago básicas en beneficio de personas en situación de vulnerabilidad o con riesgo de exclusión financiera).

Surge así la necesidad de que los poderes públicos cuenten adicionalmente con un sólido y renovado título de intervención que permita justificar tan incisivas intervenciones públicas sobre la esfera jurídica de los particulares. El Derecho de la Unión Europea y el Derecho español ofrecen ejemplos elocuentes de la necesidad de reforzar los títulos de intervención, según que las medidas de carácter social se adopten para la generalidad de los consumidores o solo respecto de un grupo más reducido de afectados:

- a) En el ámbito europeo la categoría de los servicios de interés económico general descansa en el valor que los Estados otorgan a tales servicios como valores comunes y en la cohesión social y territorial (art. 14 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). Mientras que las medidas más incisivas y de ámbito subjetivo reducido se apoyan en la situación de vulnerabilidad de ciertos consumidores (numerales 58 y 60; y art. 28 de la Directiva 2019/944, en materia de suministro eléctrico).
- b) En el Derecho español, también la normativa reguladora de la vivienda invoca distintos títulos de intervención según que las medidas sociales sean de carácter general o sean más incisivas para atender a un determinado colectivo. Así, el art. 7 de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, justifica la función social de la vivienda y su régimen estatutario en el derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada (art. 47 de la Constitución), así como su cometido para satisfacer las necesidades básicas de alojamiento de las personas, familias y unidades de convivencia. Mientras que invoca las situaciones de especial vulnerabilidad (las personas, familias y unidades de convivencia que viven en asentamientos y barrios altamente vulnerables y segregados, a las personas sin hogar, a las personas con discapacidad, a los menores en riesgo de pobreza o exclusión social, a los menores tutelados que dejen de serlo y a cualesquiera otras personas vulnerables que se definan en el momento de la actuación) para sustentar un abanico de medidas de carácter tuitivo, como el establecimiento de requisitos especiales para demandar judicialmente la recuperación posesoria de una finca (disposición final quinta de la Ley por el Derecho a la Vivienda) o la suspensión de desahucios, lanzamientos y recuperaciones posesorias hasta el 31 de diciembre de

2023 (arts. 1 y siguientes del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19).

3.3. *La operativa de la vulnerabilidad en el Estado garante*

La vulnerabilidad presenta una doble operativa, pues, de una parte, su conexión con el valor de la igualdad efectiva y la dignidad humana opera como fundamento con el que exigir la intervención del Estado en los términos ya expuestos, de manera que su articulación se desenvuelve de abajo hacia arriba, como una exigencia desde la sociedad hacia el Estado para que este actúe. Así vista, se articula en una demanda al Estado social de ampliación de la esfera jurídica de las personas vulnerables.

Pero junto a ella, la vulnerabilidad también presenta otra dinámica propia de un título de intervención, pues dadas las circunstancias que rodean a los actuales Estados sociales (la multiplicación de compromisos económicos y la necesidad de conciliarlos con la exigencia de la sostenibilidad presupuestaria o viabilidad material del propio Estado a que se ha hecho ya referencia), la atención a la vulnerabilidad opera también como un título de intervención desde arriba hacia abajo, esto es, se convierte en una legitimación para el propio Estado, cuya invocación justifica la imposición a los ciudadanos de restrictivas medidas de intervención en la forma de obligaciones tuitivas. En el modelo tradicional de Estado prestacional, la atención a la vulnerabilidad se habría encauzado a través del sistema tributario de recaudación y presupuestario de redistribución, tan asentado que el recurso al mismo para ampliar el círculo de sujetos obligados y beneficiados por él no requiere de una particular legitimación. En cambio, en el Estado garante la intervención pública tiene generalmente carácter extrapresupuestario, por lo que el título de legitimación ampara una restricción innovadora de la esfera jurídica de quienes deben atender a las personas vulnerables. Se pone así de manifiesto la doble operativa de la vulnerabilidad, que en un ejercicio redistributivo de política social ampara tanto la demanda de ampliación por el Estado de la esfera jurídica de las personas vulnerables, como la imposición restrictiva por el Estado de cargas tuitivas a los sujetos que resultarán obligados. En el estudio de la atención a la vulnerabilidad en el Estado garante es necesario sopesar siempre ambos aspectos.

III. LAS BASES COMUNITARIAS Y CONSTITUCIONALES

La novedad que implica el fenómeno de la externalización del Estado social, articulado a través del sistema de obligaciones tuitivas entre particulares para atender la vulnerabilidad, suscita numerosas y relevantes cuestiones en el plano constitucional, por ejemplo, se plantea en qué medida, bajo qué garantías y con qué límites se pueden ver afectados el derecho de propiedad y la libertad de empresa por la imposición de obligaciones tuitivas en beneficio de un interés general como el que representa la atención a la vulnerabilidad. Además, algunas de las obligaciones tuitivas parecen estar resignificando la categoría de las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias, lo que precisaría una indagación acerca de si les resultan de aplicación los principios tributarios, particularmente el de capacidad económica. Sin embargo, el presente estudio constituye un primer acercamiento jurídico a la externalización del Estado social, por lo que es aconsejable centrar ahora la atención en sus bases dentro de los Tratados y de la Constitución y confiar en que el examen de aquellas interesantes cuestiones pueda ser abordado en posteriores estudios de mayor amplitud. Así pues, los epígrafes siguientes tratarán de ofrecer una aproximación a sus bases jurídicas en el Derecho de la Unión Europea y en la Constitución.

1. La conciliación en los Tratados de la dimensión económica y social de la UE

Es conocido que la existencia misma de la Unión Europea en gran medida se ha justificado en la conformación de un gran mercado interior que sirva de aglutinante entre los Estados (originariamente mercado común), en torno al cual se articulan instrumentalmente otros objetivos y técnicas de contenido económico, como las libertades, la libre competencia o, entre otras, la moneda única, con el resultado de que la dimensión económica de la integración europea presenta un valor prioritario en los Tratados. Pero con el paso de los años los Tratados también han incorporado junta a ella una relevante dimensión social que puede llegar a modular el rigor de la primera²⁷. Así se advierte cuando, por ejemplo, los Tratados proclaman el carácter solidario de la sociedad (art. 2 TUE); la economía social de mercado altamente com-

²⁷ Sobre la evolución de la UE desde objetivos esencialmente económicos a una dimensión social, véanse ARROYO JIMÉNEZ, L.: *Libre empresa y títulos habilitantes*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 283; JIMENA QUESADA, L.: *Social Rights and Policies in the European Union*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 17; y ANDERSON, K. M.: *Social Policy in the European Union*, *op. cit.*, pp. 1 y 52 y ss.

petitiva, el progreso social, la protección social o, entre otros, el objetivo de combatir la exclusión social y la discriminación (art. 3 TUE).

Vienen al caso estas ideas porque en la realización de estos valores —el mercado interior y la dimensión social de la UE— surgen inevitables tensiones que, sin embargo, encuentran determinados puntos de conciliación en los propios Tratados. Entre los que se cuenta la categoría jurídica de los servicios de interés económico general, que cristaliza en el plano de la técnica jurídica el objetivo de hacer efectiva una economía social de mercado altamente competitiva. En efecto, los arts. 14 y 106 TFUE reconocen el lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como su papel en la promoción de la cohesión social. Y su desarrollo se contiene en el protocolo 26, donde se reconoce que aquellos valores incluyen, entre otros extremos, un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios. Previsiones que se han visto complementadas por el art. 36 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. En particular, el Tribunal de Justicia ha declarado que el art. 106.2 TFUE, relativo a las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general, pretende conciliar el interés de los Estados miembros en utilizar determinadas empresas como instrumento de política económica o social con el interés de la Unión en la observancia de las normas sobre la competencia y en el mantenimiento de la unidad del mercado común (SSTJUE Albany, de 21 de septiembre de 1999, C-67/96; Federutility, de 20 de abril de 2007, C-265/08, apartado 28; y ANODE, de 7 de septiembre de 2016, C-121/15, apartado 43).

La categoría de los servicios de interés económico general opera fundamentalmente como habilitación para introducir modulaciones e incluso excepciones al orden público económico que vertebra los Tratados con la finalidad de realizar los valores sociales que caracterizan a los Estados miembro y a la propia Unión²⁸. De aquí que pueda afirmarse que tal categoría sintetiza la dimensión económica y social del Derecho de la UE. Y el instrumento técnico del que se sirve el Derecho derivado para articular aquellas modulaciones es la figura de las obligaciones de servicio público. En efecto, las obligaciones de servicio público constituyen una técnica que traduce bien al plano práctico el objetivo más elevado y abstracto de alcanzar una «economía social de mercado altamente competitiva» que proclama el art. 3 TUE, pues de conformidad con ella los postulados propios de la economía de mercado solo ceden ante los servicios de interés económico general «que les permitan cumplir su cometido», exceptuando o modulando la libre competencia y las libertades económicas sobre las que descansa el

²⁸ Sobre el entendimiento del orden público económico, véase MARTÍN-RETORTILLO, S.: *Derecho administrativo económico I*, Madrid, La Ley, 1988.

proceso de integración económica (art. 14 TFUE). Para ello, y tomando las palabras del TJUE, las obligaciones de servicio público constituyen medidas de intervención pública en el funcionamiento del mercado, para la consecución de un interés económico general, que exigen a las empresas actuar en dicho mercado con criterios impuestos por las autoridades, de manera que de no existir tales obligaciones las empresas habrían actuado de otra manera (SSTJUE Engie Cartagena, de 19 de noviembre de 2019, C-523/18, apartado 45).

De hecho, la lectura de la jurisprudencia comunitaria sobre esta materia revela un esfuerzo por preservar el equilibrio entre los dos valores prevalentes de los Tratados, la solidaridad y la idea abstracta de mercado competitivo. Así desde la STJUE Federutility, de 20 de abril de 2007, C-265/08, apartados 20 a 22, el Tribunal de Luxemburgo establece que la intervención pública con fines sociales es posible en un mercado competitivo si se cumplen tres requisitos: debe perseguirse un objetivo de interés económico general; debe respetarse el principio de proporcionalidad (limitarse a lo estrictamente necesario para lograr la finalidad social); y las obligaciones de servicio público deben estar claramente definidas, ser transparentes, no discriminatorias y controlables, y garantizar a las empresas de la Unión el acceso, en igualdad de condiciones, a los consumidores (véanse también las SSTJUE Engie Cartagena, de 19 de noviembre de 2019, C-523/18, apartados 42-45, y Viesgo Infraestructuras Energéticas, de 14 de octubre de 2021, C683/19, apartado 31).

De cuanto se acaba de exponer cabe destacar las siguientes ideas relevantes para la fijación de las bases comunitarias de la externalización del Estado social a través de obligaciones tuitivas entre particulares. En primer lugar, la dimensión social de los Tratados no se ha construido en torno a la idea del Estado social, entendido este último en su fórmula más tradicional y subjetiva de existencia de una organización pública prestadora de los servicios, que seguidamente se analiza respecto del Derecho español, sino que el Derecho de la Unión Europea atiende más al resultado o disponibilidad para la ciudadanía. De aquí que, en lugar de proclamar la existencia de un Estado social, los Tratados recurran a fórmulas como las de «sociedad caracterizada por [...] la justicia, la solidaridad» y «economía social de mercado altamente competitiva» (arts. 2 y 3 TUE). En coherencia con este planteamiento, se sigue con naturalidad que los Tratados tampoco recurran a la figura tradicional de los servicios públicos, sino a los servicios de interés económico general, concebidos como síntesis de las exigencias de la dimensión económica y social de la Unión, cuya operativa no prejuzga la condición pública o privada del prestador (arts. 106 y 345 TFUE). Bajo tales premisas, la fórmula de la externalización del Estado social y su articulación a través de la imposición de obligaciones tuitivas en favor del interés general no solo no resultan extrañas al Derecho de la

Unión Europea, sino que comparten una misma genética jurídica. En rigor no hay Estado social que pueda externalizarse, aunque tampoco se rechaza, sino dimensión social proyectada sobre los operadores económicos mediante la técnica de intervención de las obligaciones de servicio público.

2. La cláusula de Estado social en la Constitución española

A la hora de abordar las bases constitucionales de la externalización del Estado social no puede desconocerse la efectiva integración del Derecho de la UE con el Derecho español y la necesidad de interpretar este último, incluido el Derecho constitucional, a la luz de las transformaciones que el Derecho comunitario ha traído a nuestro ordenamiento jurídico²⁹. Por esta vía de integración, las categorías del Derecho de la Unión Europea pasan a incorporarse en el Derecho interno, no solo por su aplicación por parte de las autoridades nacionales o por la obligada adaptación del ordenamiento interno a las exigencias del Derecho comunitario, sino también porque una vez que llegan al Derecho interno este las hace suyas y dejan de ser técnicas exclusivamente comunitarias, para convertirse en fórmulas compartidas entre ambos ordenamientos. Reflexión que cabe predicar de las técnicas que aquí nos ocupan, como la realización de la dimensión social a través de la imposición de obligaciones a los operadores jurídicos, sean estos sujetos privados o formen parte del sector público.

Ahora bien, la invocación del origen comunitario de una técnica o categoría jurídica no es suficiente para garantizar su compatibilidad con los postulados constitucionales. A este respecto, no podrá perderse de vista que la idea abstracta del mercado interior no es un valor tan prevalente en la Constitución española como en los Tratados y tampoco puede desconocerse que solo algunas de las obligaciones tuitivas aquí analizadas tienen origen comunitario, por lo que las restantes deben encontrar su fundamento exclusivamente en el Derecho interno. Además, a este respecto ha de tenerse presente que el Derecho de la UE no impone que la atención a los consumidores vulnerables se organice necesariamente a través del establecimiento de obligaciones de servicio público, sino que permite que la asuman directamente los Estados. De manera que la forma de organizar la atención de tales necesidades sociales queda a opción de aquellos.

Por tanto, y ya en clave de Derecho constitucional, interesa particularmente dilucidar en qué medida esta modalidad de organizar la solidaridad responde a la cláusula de Estado social recogida en el art. 1.1 CE.

²⁹ GARCÍA ROCA, J.: *Lecciones de Derecho constitucional*, Madrid, Civitas, 2023, pp. 46-47.

2.1. *La concepción tradicional*

Es indudable que no existe un único modelo o concepción del Estado social³⁰, como también es evidente que la articulación de la protección social a través de la fórmula de las obligaciones tuitivas aquí analizadas se separa notablemente del modelo de Estado social al que la cláusula constitucional tradicionalmente ha dado lugar entre nosotros³¹, en la medida en que impone a unos particulares la responsabilidad de atender a otros en situación de vulnerabilidad, limitándose la intervención del Estado al ejercicio de la potestad legislativa, eventualmente al reconocimiento de las situaciones individualizadas de vulnerabilidad y marginalmente al pago de determinadas aportaciones. Por lo que cabe preguntarse si este modelo puede considerarse una manifestación renovada de la cláusula de Estado social que la Constitución proclama en la primera oración de su articulado³².

Como punto de partida, cabe destacar que la concepción más arraigada de la cláusula de Estado social se ha proyectado fundamentalmente en dos grandes planos: en primer lugar, acoge un criterio subjetivo por el que se atribuye al Estado el protagonismo en la atención pública de las necesidades sociales, esencialmente a través de una Administración prestacional; pero también se proyecta fuera de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, para conformar normativamente ciertas relaciones jurídicas entre sujetos privados, fundamentalmente las que se entablan entre los trabajadores y sus empleadores y entre los consumidores y los empresarios³³. Ambas manifestaciones latén sin duda en la proclamación de la cláusula constitucional de Estado social (art. 1) y se concretan en distintos mandatos de la CE. Así, la dimensión subjetiva o prestacional del Estado social se refleja en la

³⁰ Sobre las interpretaciones acerca de la cláusula de Estado social, véase SANTAMARÍA PASTOR, J.: *Fundamentos de Derecho administrativo*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1991, p. 227. Por su parte, GONZÁLEZ MORENO, B.: *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 36 y ss., sintetiza bien las distintas acepciones del Estado social y señala que tiene tantos posibles significados y opera en fórmulas tan diversas de organización política y social que en ocasiones se ha considerado que se le ha hurtado su sentido progresista originario.

³¹ Como ejemplo de la concepción más arraigada del Estado social como Estado prestador, PAREJO, L.: «Estado social y Administración prestacional», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 57, 2000, p. 19, señala que la realización del Estado social resulta en un Estado administrativo, para la ejecución de la intervención social, si bien este autor no limita el concepto a esta realidad histórica.

³² Al tratar de dilucidar si existe un determinado contenido arquetípico del Estado social, puede ser útil traer aquí las reflexiones de STOLLEIS, M.: *Origins of the German Welfare State: Social Policy in Germany to 1945*, Berlin, Springer-Verlag, 2013, p. 151, en el sentido de que en realidad todos los sistemas públicos occidentales de protección social presentan un carácter singular y atípico tanto en la evolución histórica como en la comparación entre países.

³³ GARCÍA-PELAYO, M.: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza, 1994, p. 52.

previsión de gratuidad para la enseñanza básica (art. 27.4); la garantía de asistencia y prestaciones sociales frente al desempleo y la necesidad (art. 41); o el régimen de pensiones (art. 50). Nótese que estos dos últimos preceptos se refieren a los beneficiarios de la acción pública como «ciudadanos», en cuanto individuos que se relacionan con el Estado. Mientras que la proyección del Estado social sobre determinadas relaciones entre particulares se concreta en la tutela de los trabajadores y consumidores (repárese en que los arts. 28.2, 37, 42 y 51 emplean precisamente estas últimas designaciones, propias de la posición que ocupan en las relaciones privadas correspondientes, y no la de ciudadanos). Bajo esta última concepción de la cláusula de Estado social se han desarrollado las distintas regulaciones que imponen obligaciones tuitivas entre sujetos privados caracterizadas por la generalidad tanto de los beneficiarios como de los obligados.

Cabe añadir que, más allá de las concretas disposiciones en las que la Constitución contempla un régimen público de prestación, el legislador goza de un amplio margen de configuración del contenido de la cláusula social³⁴, como recuerda la STC 63/2019, f. j. 6 b), en relación a «cuál deba ser el modo de prestación o los mecanismos de financiación de los servicios públicos, tarea que ha de corresponder en todo al legislador, dentro del ámbito de configuración que le permite la Constitución, que ni define de antemano cuáles deban ser los servicios públicos, ni predetermina tampoco un único régimen de definición y prestación de servicios públicos ni, por lo tanto, un único régimen de financiación». Conclusión coherente con el principio democrático, que debe permitir el desarrollo de distintas políticas, también en el campo social.

2.2. *La sociedad solidaria*

Junto a la anterior concepción del Estado social, se registra aquí el surgimiento de la utilización por el Estado de la técnica de las obligaciones tuitivas para atender la vulnerabilidad, que supone un desplazamiento desde el Estado prestador al Estado regulador en aquellas concretas parcelas donde se aplica. Este modelo responde a los planteamientos que ya vimos, contenidos en los arts. 2 y 3 TUE de «una sociedad caracterizada por [...] la justicia, la solidaridad» y «una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social» (art. 3.2), donde se puede apreciar que el

³⁴ Para ARAGÓN REYES, M.: «Constitución española: economía de mercado y Estado social» en GARCÍA SAN MIGUEL, L. (ed.): *El principio de igualdad*, Madrid, Dykinson, 2000, pp. 112-1115, del principio de Estado social no cabe derivar exigencias organizativas, sino cumplimiento de fines. En relación con el amplio margen configurador del Estado social que corresponde al legislador: PAREJO, L.: «Estado social y Administración prestacional», *op. cit.* pp. 46-47; y GONZÁLEZ MORENO, B.: *El Estado social...*, *op. cit.*, p. 234.

centro de gravedad en torno al que se articula la dimensión social de la Unión Europea se sitúa más en la solidaridad dentro de la sociedad que en el protagonismo del Estado social que proclama el art. 1 CE, entendido como Estado prestador.

En este sentido, es preciso constatar una vez más que el proceso de integración europea no se detiene en la transposición a la legislación ordinaria de unas determinadas técnicas jurídicas, sino que inevitablemente también irradia unas ideas y concepciones que terminan por transformar el ordenamiento jurídico nacional más allá del inicial punto de recepción. En el plano de la legislación ordinaria, la integración jurídica también implica que el ordenamiento jurídico receptor haga suyas las técnicas jurídicas transpuestas y que posteriormente las emplee ya como propias en ámbitos ajenos al Derecho comunitario. Y en el más alto rango, la integración acaba por provocar una relectura del texto constitucional³⁵ abierta a las fórmulas jurídicas innovadoras que resultan tanto del distinto planteamiento que se contiene en los Tratados al que se acaba de hacer referencia, como a las técnicas jurídicas a través de las que se concretan aquellos planteamientos (en este caso las obligaciones de servicio público). La anterior circunstancia se une a la que resulta del impacto que ha tenido en la propia Constitución la introducción del principio de la estabilidad presupuestaria en la reconsideración sobre la forma de articular la respuesta a las demandas de atención social, como ha quedado expuesto en el primer epígrafe; y a la propia necesidad de apertura de la interpretación constitucional a la evolución del Derecho.

De manera que, traídas estas ideas al caso concreto, en la actualidad difícilmente puede sostenerse una concepción del Estado social que se identifique únicamente con el Estado prestador, a través de distintas fórmulas, y no se abra también a otras manifestaciones, como las que resultan de la externalización aquí examinada.

2.3. *El despliegue de la cláusula social en la propia Constitución: los pilares tradicionales y el derecho a la vivienda*

A. Los pilares tradicionales del Estado social

Ciertamente la inclusión de la cláusula de Estado social en el título preliminar de la Constitución sintetiza el mandato genérico, abierto y difuso de que los poderes públicos desarrollen un orden social orientado a la redistribución y la integración social³⁶; al establecimiento y la

³⁵ MUÑOZ MACHADO, S.: *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Alianza, Madrid, 1993.

³⁶ GARCÍA-PELAYO, M.: *Las transformaciones...*, op. cit., pp. 40 y ss.

garantía de la justicia social; así como a la eliminación de situaciones de desigualdad y necesidad³⁷, pero junto a aquel mandato genérico, la propia Constitución concreta determinados contenidos en los que necesariamente debe sustanciarse la dimensión social del Estado. Contenidos cuya relevancia y significación constitucional han evolucionado a lo largo del tiempo, como seguidamente se justifica.

En efecto, la Constitución concreta los tres elementos que tradicionalmente han conformado el paradigma del desarrollo y consolidación del Estado social: la educación, la seguridad social y la sanidad pública (arts. 27, 41 y 43), junto a las que importa aquí destacar la denominada la acción social. Esta última se ha ubicado tradicionalmente en el art. 41 CE como una fórmula complementaria a la Seguridad Social, por la que se articulan asistencia y prestaciones, habiendo recibido muy diversas denominaciones. También el art. 34.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE contempla que, con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales.

Merece la pena recordar ahora cómo ha definido la jurisprudencia constitucional la acción social hasta la fecha: «la asistencia social, en sentido abstracto, abarca a una técnica de protección situada extramuros del sistema de la Seguridad Social, con caracteres propios, que la separan de otras afines o próximas a ella. Se trata de un mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de población a los que no alcanza el sistema de Seguridad Social y que opera mediante técnicas distintas de las propias de ésta. Entre sus caracteres típicos se encuentran, de una parte, su sostenimiento al margen de toda obligación contributiva o previa colaboración económica de los destinatarios o beneficiarios, y, de otra, su dispensación por entes públicos o por organismos dependientes de entes públicos, cualesquiera que éstos sean» (STC 36/2012, de 15 de marzo, f. j. 4; y, en el mismo sentido, SSTC 33/2014, de 27 de febrero, f. j. 4, y 18/2016, de 4 de febrero, f. j. 7 b; y STC 18/2017, de 2 de febrero, f. j. 3). Como se observa, se trata de un planteamiento propio de la concepción más tradicional del Estado social, en cuanto prestador a la ciudadanía de la atención social, pues únicamente contempla que la dispensación de la asistencia se efectúe por entidades del sector público.

³⁷ GONZÁLEZ MORENO, B.: *El Estado social...*, op. cit., p. 234. En igual sentido lo expresa BURGI, M.: «El estado social en Alemania: implantación, relaciones, responsabilidades y desafíos», *Cuadernos de Derecho Regulatorio*, 2023, p. 33, respecto de la cláusula de Estado social en la Constitución alemana.

En todo caso, la nota característica de la acción social es que encierra el conjunto de políticas públicas de naturaleza social singularizadas por estar dirigidas a individuos o colectivos necesitados de particular integración³⁸. Por razón del círculo restringido de sus destinatarios, en la actualidad la acción social presenta un papel un tanto ancilar respecto del conjunto de políticas del Estado social. Sin embargo, no debe perderse de vista que el Estado social se justificó en sus orígenes decimonónicos precisamente en la atención a los más menesterosos, esto es, a un sector minoritario de la población, y que tendría que avanzar mucho el siglo xx antes de que el Estado social se convirtiera en el instrumento de integración e igualación para el conjunto de la sociedad que hoy conocemos³⁹.

No obstante su dimensión ancilar, para el objeto de nuestro estudio, la acción social presenta una relevancia de primer orden, pues constituye una de las bases constitucionales de la intervención de los poderes públicos para afrontar el reto de la vulnerabilidad. Precisamente al dilucidar si medidas tan innovadoras como las obligaciones tuitivas frente a la vulnerabilidad encuentran adecuado soporte constitucional, conviene destacar que la Constitución no dispone que deba existir una fórmula organizativa pública respecto de la acción complementaria del art. 41 CE, a diferencia de lo que establece el mismo precepto para la Seguridad Social, sino que el propio precepto afirma que «la asistencia y prestaciones complementarias serán libres». Como ha interpretado la jurisprudencia constitucional⁴⁰, la asistencia o acción social constituye una técnica pública de protección, que carece de perfiles nítidos en la norma constitucional y está por ello remitida en ella a la legislación ordinaria⁴¹.

B. La nueva centralidad del derecho a la vivienda

En este mismo plano constitucional debe subrayarse la centralidad que por diversas razones ha adquirido el reconocimiento por el art. 47 del derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. La reciente y especial relevancia que se está otorgando a este derecho cuando entra en conflicto con otros valores constitucionales se explica, en primer término, en atención al mandato constitucional que exige que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpreten de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y

³⁸ VAQUER CABALLERÍA, M.: *La acción social*, *op. cit.*, p. 19.

³⁹ GARCÍA-PELAYO, M.: *Las transformaciones...*, *op. cit.*, pp. 17-19.

⁴⁰ SSTC 146/1986, de 25 de noviembre, f. j. 2; 13/1992, de 26 de febrero, f. j. 14; y 36/2012, de 15 de marzo, f. j. 4.

⁴¹ PAREJO, L.: «Estado social y Administración prestacional», *op. cit.* p. 28.

acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 CE), pues también los instrumentos internacionales que lo reconocen están siendo objeto de una pujante interpretación expansiva, como el art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos o el art. 34.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, ya citado⁴². En segundo lugar, debe tenerse presente que la mayoría de las obligaciones tuitivas frente a la vulnerabilidad que nos vienen ocupando, bien tienen por objeto garantizar el disfrute de una vivienda, bien tienen por finalidad hacer de aquella un espacio digno y adecuado, garantizando que la persona tiene en ella acceso a los suministros hoy considerados imprescindibles en una sociedad desarrollada⁴³, por lo que las necesidades que con ellas se quieren atender son en muy buena medida reconducibles al derecho a la vivienda.

Dada aquella centralidad y las dimensiones que ha alcanzado el problema del acceso a la vivienda, es creciente el número de autores que aboga por que el reconocimiento del acceso a la vivienda deje de ser un principio informador de la política social⁴⁴ y adquiera la categoría de derecho subjetivo exigible⁴⁵. Se advierte aquí aún cierto desajuste entre las garantías tradicionales del Estado de Derecho y las del Estado social⁴⁶, en cuanto la Constitución reconoce como derecho fundamental la inviolabilidad del domicilio bajo unos planteamientos tradicionales, ya que prima el componente reactivo del derecho frente a la injerencia del Estado, así como su operativa parte de la premisa de que los ciudadanos hayan logrado previamente el disfrute de tal derecho, pero dispensa una protección sensiblemente más débil cuando se trata de garantizar el acceso a aquel domicilio (arts. 18.2 y 47 CE).

⁴² Véase al respecto QUINTIÁ PASTRANA, A.: *Derecho a la vivienda y vulnerabilidad*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022, pp. 26 y ss.

⁴³ Por ejemplo, véase al respecto la Resolución Parlamento Europeo de 11 junio de 2013, punto A, sobre la importancia de la vivienda como eje para la vida digna. También, QUINTIÁ PASTRANA, A.: Más allá del art. 47 CE..., *op. cit.*, p. 122 y ss.; MOREU CARBONELL, E.: «Sanción y expropiación de viviendas deshabitadas por incumplimiento de su función social o en circunstancias de emergencia social», en ALONSO PÉREZ, M. T. (coord.): *Vivienda y crisis económica*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, p. 372.

⁴⁴ CANALS AMETLLER, D.: «La efectividad de la regulación normativa del derecho a una vivienda digna y adecuada: una crítica desde el análisis social del Derecho», en PALEO MOSQUERA (ed.): *Políticas y derecho a la vivienda. Gentes sin casa y casas sin gente*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 104 y ss.

⁴⁵ Entre otros, PONCE SOLÉ, J.: «El derecho a la vivienda. Nuevos desarrollos normativos y doctrinales y su reflejo en la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda», en PONCE SOLÉ, J. et al. (coords.): *El derecho a la vivienda en el siglo XXI: sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 65-175; MOREU CARBONELL, E.: «Sanción y expropiación...», *op. cit.*, pp. 369-420; LÓPEZ RAMÓN, F.: «El derecho subjetivo a la vivienda», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 102, pp. 49-91; y QUINTIÁ PASTRANA, A.: *Derecho a la vivienda y vulnerabilidad*, *op. cit.*, pp. 35 y ss.

⁴⁶ En el sentido de la célebre controversia entre Estado de Derecho y Estado social a que se hará referencia inmediatamente.

Por las anteriores razones, entre la doctrina se aboga por la ampliación del número de pilares que deberían definir el Estado social, para incluir la vivienda junto a los tradicionales de la educación, la sanidad y la Seguridad Social⁴⁷. Ahora bien, a este respecto conviene hacer algunas precisiones adicionales. La primera es que, como se ha justificado al comienzo de este estudio, en el sector de la vivienda social se ha producido una retirada del sector público, por lo que la ampliación del Estado social a un cuarto pilar no sería tanto un campo novedoso para el Estado, como más bien la recuperación de una presencia en un sector donde el sector público llegó a tener un gran protagonismo en el pasado y al que ahora busca regresar.

Asimismo, debe matizarse que la actuación del Estado social en materia de vivienda también presenta otra notable diferencia con respecto a los pilares tradicionales, educación, sanidad y Seguridad Social, y es que carece de carácter universal. El ordenamiento contiene muy numerosas medidas de carácter general encaminadas a facilitar la adquisición o el arrendamiento de la vivienda por la población (urbanísticas, financieras, fiscales, de duración y limitación de alquileres, etc.), sin embargo, la acción propiamente social del Estado en materia de vivienda se orienta a un grupo reducido de la ciudadanía, aquel que conforman las personas vulnerables, precisamente caracterizadas como tales porque ni siquiera la aplicación de aquellas medidas generales favorecedoras del derecho a la vivienda les permite acceder a ella o conservarla. Esta característica de la acción pública la encuadra dentro de la acción social que acaba de exponerse en el epígrafe anterior, en cuanto medida de intervención pública de carácter complementario y dirigida a colectivos reducidos, a diferencia de las medidas del Estado social de orientación universal.

2.4. *Las nuevas manifestaciones del Estado social*

La ampliación del Estado social al pilar de la vivienda plantea enormes retos de orden económico, organizativo y jurídico, pues, a diferencia de lo que ocurre con los otros tres pilares, aquí no existe una organización pública ni una provisión universal pública, ni tan siquiera la estructura mínima para atender a los colectivos más vulnerables bajo planteamientos de acción complementaria del Estado social. Como ya se ha justificado, la expansión del Estado social a este cuarto pilar de la vivienda implica un desafío desde el punto de vista organizativo, toda vez que en las últimas décadas el Estado se ha retirado de manera paulatina y constante del sector de la vivienda social y que la reconstrucción de la estructura administrativa necesaria para gestionar un

⁴⁷ LAMBEA LLOP, N.: *La gestión de la vivienda social en clave europea*, op. cit. p. 44.

parque público de vivienda social es muy compleja, costosa y requiere largos periodos de maduración normativa, administrativa, financiera y edificativa para alcanzar su efectividad. Económicamente, también las exigencias derivadas de la estabilidad presupuestaria comprometen seriamente la posibilidad de costear la expansión del Estado social sin renunciar a otros logros ya consolidados. En coherencia, bajo los anteriores condicionantes, tampoco el tradicional modelo jurídico del Estado prestador resulta adecuado para la finalidad perseguida, por lo que cumple al Derecho arbitrar la fórmula que permita reforzar el Estado social con un cuarto pilar relativo a la vivienda, siquiera sea respecto de los colectivos más vulnerables, que hoy se antoja ineludible en una sociedad moderna, conjurando los obstáculos organizativos y económicos indicados.

Este contexto explica que la ampliación de este pilar del Estado social adopte las formas innovadoras de la externalización. Concretamente las del Estado garante, donde este ya no es prestador, sino que, para hacer efectivos los derechos sociales, impone un modelo de sociedad solidaria esencialmente por vías extrapresupuestarias, trasladando a los ciudadanos la atención a las personas vulnerables mediante la imposición de obligaciones tuitivas.

Esta reformulación del Estado social en relación con la vulnerabilidad reabre viejos debates bajo nuevas perspectivas. En efecto, el advenimiento del Estado social suscitó la discusión acerca de su compatibilidad con el entendimiento que hasta entonces se tenía del Estado de Derecho⁴⁸. El núcleo de la controversia se planteó porque las garantías ciudadanas propias del Estado de Derecho habían surgido precisamente para proteger las libertades y los derechos frente a la intervención del Estado, mientras que la generalización de un Estado social inevitablemente implicaría una minoración de aquellas garantías, en la medida en que la efectividad de los derechos sociales requeriría que el Estado allegase importantes recursos económicos e interviniera de manera decidida en la libertad de los ciudadanos, singularmente reduciendo el alcance del derecho de propiedad o de la libertad de empresa. Sin que sea preciso profundizar en aquel debate, que M. Burgi califica con razón de desfasado⁴⁹, sí importa subrayar que el núcleo de la discusión se desenvolvía bajo la premisa de una construcción pública triangular, en la que el Estado intervenía a través del sistema tributario y presupuestario sobre los derechos de los ciudadanos para dotarse de los medios económicos con los que posteriormente atender

⁴⁸ SCHMITT, C.: *La defensa de la constitución*, Madrid, Tecnos, 1983, p. 135-136; ABENDROTH, W., FORSTHOFF, E. y DOEHRING, K.: *El estado social*, Madrid, CEC, 1986; GARCÍA-PELAYO, M.: *Las transformaciones...*, *op. cit.*, pp. 26-27 y 51 y ss.; PAREJO, L.: «Estado social y Administración prestacional», *op. cit.*, p. 18; y GONZÁLEZ MORENO, B.: *El Estado social*, *op. cit.* 38.

⁴⁹ BURGI, M.: «El estado social en Alemania...», *op. cit.*, p. 35.

las necesidades del conjunto de la población. La contraposición entre viejos y nuevos derechos se presentaba intermediada por la acción redistributiva del Estado, salvo en materia de protección laboral y de consumidores, donde la intervención pública incidía de manera directa en las relaciones entre particulares.

Ahora, sin embargo, la contraposición entre las garantías propias del Estado de Derecho y el reconocimiento de los derechos del Estado social se plantea bajo premisas algo distintas, pues en el modelo de Estado garante las leyes llevan a confrontar de manera directa derechos y libertades constitucionalmente garantizadas, como el de propiedad privada y la libertad de empresa, con los derechos sociales que se reconocen a las personas vulnerables. Esto es, hace más de medio siglo la pregunta que se formulaba era si la concepción garantista de las libertades individuales frente al poder, concepción marcadamente formalista, podía conciliarse con una concepción igualitaria y efectiva que tratara de salvar las manifiestas desigualdades de la vida social, con el resultado que ya conocemos. En cambio, hoy la pregunta es si resulta posible afirmar que se preserva el respeto de los derechos patrimoniales y de la libertad de empresa de determinados particulares y al mismo tiempo que aquellos sirvan a una renovada concepción del Estado social que articula una sociedad solidaria, donde el Estado impone obligaciones tuitivas de contenido social a unos particulares en favor de un grupo reducido de otros, como es el que constituye el colectivo de las personas vulnerables⁵⁰.

IV. CONSIDERACIÓN FINAL

Las anteriores razones llevan a sostener desde estas páginas que el sistema de atención a la vulnerabilidad a través de la imposición de obligaciones tuitivas entre particulares constituye una nueva manifestación del Estado social, donde ciertamente debe subrayarse el calificativo de novedosa, pues incorpora a la propia sociedad con un

⁵⁰ La importante transformación operada en los últimos años en el Estado social inevitablemente evoca su contraste con las ideas de Anton Menger cuando en el siglo XIX reflexionaba acerca de la asimetría que él comenzaba a observar entre las leyes civiles y constitucionales de distintos ordenamientos respecto del derecho de propiedad. Señalaba este autor que las leyes civiles generalmente predicaban la inviolabilidad del derecho de propiedad frente a otros particulares (los pobres, en expresión del autor); mientras que advertía cómo simultáneamente la propiedad estaba cediendo terreno frente a la acción de los poderes públicos. De aquí que numerosas constituciones trataran de garantizar la propiedad privada, no tanto por el temor a los conciudadanos (pues las leyes civiles ya protegían frente a estos últimos), como frente a los poderes públicos. A diferencia de este planteamiento, las legislaciones que ahora nos ocupan abren la propiedad (y determinadas prestaciones de los operadores económicos) entre particulares, concretamente en favor de las personas vulnerables por imposición del Estado, MENER, A.: *El Derecho civil y los pobres*, Madrid, 1898, pp. 264 y ss.

protagonismo y una responsabilidad que antes no había tenido. Esto es, el contenido de la cláusula de Estado social adquiere un nuevo significado, pues también pasa a designar la introducción de mecanismos de solidaridad en las relaciones sociales entre particulares, ya no solo en los tradicionales ámbitos de las relaciones laborales o de consumo, sino también para satisfacer las necesidades de colectivos reducidos, como el de las personas vulnerables.

Sentada la anterior idea general, debe completarse con algunas reflexiones adicionales, algunas de ellas ya formuladas anteriormente. En primer lugar, aquí se sostiene que estamos en presencia de una manifestación del Estado social porque ante la vulnerabilidad el Estado decide asumir una determinada responsabilidad, concretamente la de asegurar que las personas en aquella situación reciban la atención necesaria de otros particulares. En este sentido, repárese en que, si las personas en situación de vulnerabilidad hubieran quedado a su suerte, como había ocurrido hasta muy recientemente, no se cuestionaría jurídicamente si se adultera la cláusula de Estado social por razón del concreto modelo elegido para hacerla efectiva, pues corresponde a una decisión política la determinación del alcance que se le deba dar con los recursos disponibles. Luego, una vez que el Estado irrumpe legislativamente para afrontar el problema de la vulnerabilidad, no cabe cuestionar si esta es una acción pública propia de un Estado social: estábamos en presencia del Estado social incluso cuando no atendía las situaciones de vulnerabilidad; y lo estamos en la actualidad, cuando articula la atención social mediante la imposición de obligaciones a determinados particulares.

Por otra parte, el esfuerzo que aquí se desarrolla por dilucidar si el modelo de solidaridad entre particulares que impone el Estado garante puede también enmarcarse en la cláusula de Estado social no tiene por finalidad determinar su constitucionalidad o no, pues en todo caso tendría cabida en nuestro modelo constitucional en la medida en que no fuera contrario a los límites, valores o garantías constitucionales. La cuestión es que si se considera que esta forma de organización de la solidaridad encuentra amparo en un determinado valor constitucional, y más en particular si ese valor es tan prevalente en el texto como la cláusula de Estado social y en algunas de sus concreciones entre los principios rectores de la política social y económica, como el derecho a la vivienda, entonces en caso de entrar en conflicto con otro valor o garantía constitucional se impondrá un ejercicio de ponderación entre ambos, que puede modular sus respectivos contenidos⁵¹. Mientras que, si se concluyera que

⁵¹ Para DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T.: *Los derechos fundamentales económicos en el Estado social*, Madrid, Marcial Pons, 2022, pp. 28 y ss., la caracterización de nuestro Estado como social supone el reconocimiento expreso en la Constitución de un haz de fines legítimos que pueden llegar a tener una proyección especialmente intensa sobre los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, generando un potencial conflicto entre los derechos sociales de la Constitución y los derechos fundamentales de contenido económico. Por su parte,

esta fórmula del Estado garante no encuentra un amparo constitucional explícito, habría de ceder o presentaría un menor peso en la ponderación en caso de colisión con algún mandato constitucional.

Al hilo de esta última idea, debe dejarse sentada una última aclaración, pues, aun cuando aquí se afirma que la cláusula de Estado social debe abrirse a nuevas manifestaciones, es dudoso que todo el sistema de protección social pudiera basarse en una configuración que lo hiciera descansar íntegramente sobre los particulares. No solo porque las premisas de nuestra Constitución son distintas de las contenidas en los Tratados, Estado social frente a sociedad solidaria, sino también porque la cláusula social no opera en el vacío, sino que se apoya en la organización general que contiene la CE, en particular en un sistema tributario y presupuestario de carácter redistributivo, rodeado de garantías para los ciudadanos, con el que se atienden los gastos públicos, incluidos los propios del Estado social.

BIBLIOGRAFÍA

- ABENDROTH, W., FORSTHOFF, E. y DOEHRING, K.: *El estado social*, Madrid, CEC, 1986.
- ANDERSON, K. M.: *Social Policy in the European Union*, London, McMillan, 2015.
- ARAGÓN REYES, M.: «Constitución española: economía de mercado y Estado social» en GARCÍA SAN MIGUEL, L. (ed.), *El principio de igualdad*, Madrid, Dykinson, 2000, pp. 105-120.
- ARROYO JIMÉNEZ, L.: *Libre empresa y títulos habilitantes*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.
- BASTÚS RUIZ, B.: *Mecanismos para la ampliación del parque público de vivienda*, Barcelona, Atelier, 2023.
- BAUZÁ MARTORELL, F. J.: «Convenios con particulares: límites entre contrato, convenio y subvención», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 48, 2018.
- BELZUNEGUI ERASO, Á.: «Estudio preliminar. Agenda Social Europea y servicios sociales en la Unión Europea», en FORNS I FERNÁNDEZ, M. V. (ed.), *La protección jurídica de la atención a las personas en materia de*

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I.: *Las restricciones sacrificiales de los derechos fundamentales*, Madrid, Marcial Pons, 2022, pp. 224 y 271, señala que las cláusulas de Estado social y democrático implican una atribución a los poderes públicos de una acción conformadora de la sociedad y la correlativa necesidad de permanente adaptación de los derechos fundamentales a las condiciones en las que se desenvuelven. En fin, en el Derecho alemán, BURGL, M.: «El estado social en Alemania...», *op. cit.*, p. 35, considera que si el Estado no puede realizar plenamente las ideas sociopolíticas por sí mismo (especialmente a través del dinero de los impuestos), debe intervenir en los derechos fundamentales de terceros para que hagan lo que el Estado considera socialmente necesario, y pone como ejemplos precisamente determinadas obligaciones tuitivas de carácter general, como la obligación de los empresarios de cotizar a la Seguridad Social, el pago del salario mínimo, la contratación de un determinado número de trabajadores con discapacidad.

- servicios sociales. Una perspectiva interdisciplinar*, Barcelona, Atelier, 2020, pp. 37-50.
- BURGI, M.: «El estado social en Alemania: implantación, relaciones, responsabilidades y desafíos», *Cuadernos de Derecho Regulatorio*, 2023, 31-43.
- CABALLERO SÁNCHEZ, R.: «El concepto de consumidor vulnerable y su protección por el Estado social de Derecho», ponencia presentada en «La protección de los colectivos vulnerables y su impacto en la gestión pública», dentro del «IV Congreso Internacional del Instituto Complutense de Ciencia de la Administración, Innovación pública, reconstrucción de la democracia y sostenibilidad para un mundo post-covid», 23-25 de noviembre de 2022 en la Universidad Complutense de Madrid.
- CANALS AMETLLER, D.: «La efectividad de la regulación normativa del derecho a una vivienda digna y adecuada: una crítica desde el análisis social del Derecho», en PALEO MOSQUERA (ed.), *Políticas y derecho a la vivienda. Gentes sin casa y casas sin gente*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 97-136.
- DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T.: *Los derechos fundamentales económicos en el Estado social*, Madrid, Marcial Pons, 2022.
- DEL VALLE VILLAR, J. M.: *El derecho a la seguridad social*, Madrid, Cinca, 2018.
- ESTEVE PARDO, J.: «La Administración garante. Una aproximación», *Revista de Administración Pública*, núm. 197, 2015, pp. 11-39.
- FERNÁNDEZ GAZTEA, J. K.: «Las Verwaltungsaufgaben: las funciones o tareas administrativas en el Derecho público alemán», *Revista de Administración Pública*, núm. 221, 2023, pp. 93-120.
- GARCÍA ROCA, J.: *Lecciones de Derecho constitucional*, Madrid, Civitas, 2023.
- GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J.: «La reforma del art. 135 de la Constitución Española», *Revista de Administración Pública*, núm. 187, 2012, pp. 31-66.
- «Panorama de las formas público-privadas para la atención de las necesidades sociales», en DARNACULLETA GARDELA, M. M. et al., *La colaboración público-privada en la gestión de servicios sociales*, Madrid, Marcial Pons, 2022, pp. 197-259.
- GARCÍA-PELAYO, M.: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza, 1994.
- GONZÁLEZ MORENO, B.: *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Madrid, Civitas, 2002.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: «El concepto y las formas de privatización», *Revista española de control externo*, núm. 7, 2001, pp. 77-102.
- HOLMES S. y SUNSTEIN, C. R.: *El costo de los derechos*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2011.
- JIMENA QUESADA, L.: *Social Rights and Policies in the European Union*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- LAGUNA DE PAZ, J. C.: *Servicios de interés económico general*, Madrid, Civitas, 2009.
- LAMBEEA LLOP, N.: *La gestión de la vivienda social en clave europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
- LÓPEZ RAMÓN, F.: «El derecho subjetivo a la vivienda», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 102, pp. 49-91.
- MACIOCE, F.: «El valor y la importancia política de los grupos vulnerables», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 195, 2022, pp. 245-265.

- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: *Derecho administrativo económico I*, Madrid, La Ley, 1988.
- «Reflexiones sobre las privatizaciones», *Revista de Administración Pública*, núm. 144, 1997, pp. 7-43.
- MENGER, A.: *El Derecho civil y los pobres*, Madrid, 1898.
- MESA, S.: *Silencio administrativo. La pobreza en el laberinto burocrático*, Barcelona, Anagrama, 2021.
- MOREU CARBONELL, E.: «Sanción y expropiación de viviendas deshabitadas por incumplimiento de su función social o en circunstancias de emergencia social», en ALONSO PÉREZ, M. T. (coord.), *Vivienda y crisis económica*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, pp. 369-420.
- MUÑOZ MACHADO, S.: *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Alianza, Madrid, 1993.
- NOGUEIRA LÓPEZ, A.: «Vulnerabilidad administrativa. Los obstáculos administrativos en el acceso a los programas de vivienda», en PALEO MOSQUERA, N. et al. (ed.), *Políticas y derecho a la vivienda: gente sin casa y casas sin gente*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 213-244.
- PAREJO, L.: «Estado social y Administración prestacional», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 57, 2000, pp. 17-48.
- PONCE SOLÉ, J.: «El derecho a la vivienda. Nuevos desarrollos normativos y doctrinales y su reflejo en la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda», en PONCE SOLÉ, J. et al. (coords.), *El derecho a la vivienda en el siglo XXI: sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 65-175.
- QUINTIÁ PASTRANA, A.: *Derecho a la vivienda y vulnerabilidad*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022.
- «Más allá del art. 47 CE: derechos fundamentales y legislación autonómica para la protección del derecho a la vivienda de grupos sociales vulnerables», *Revista de Derecho Público: teoría y método*, núm. 6, 2022, pp. 115-153.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I.: *Las restricciones sacrificiales de los derechos fundamentales*, Madrid, Marcial Pons, 2022.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: «Sobre las privatizaciones», *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 3, 2007, pp. 181-194.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.: *Fundamentos de Derecho administrativo*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1991.
- SCHMITT, C.: *La defensa de la constitución*, Madrid, Tecnos, 1983.
- STOLLEIS, M.: *Origins of the German Welfare State: Social Policy in Germany to 1945*, Berlin, Springer-Verlag, 2013.
- SUÁREZ LLANOS, L.: «Caracterización de las personas y grupos vulnerables», en PRESNO LINERA, M. Á. (coord.), *Protección jurídica de las personas y grupos vulnerables*, Oviedo, IPGPA, 2013, pp. 35-92.
- VAQUER CABALLERÍA, M.: *La acción social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- VILLAR EZCURRA, J. L.: *Derecho administrativo especial*, Madrid, Civitas, 1999.
- VILLAR PALASÍ, J. L.: «Consideraciones sobre el sistema jurídico», *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, 1983, pp. 509-572.
- VILLAR ROJAS, F. J.: «Los modelos de gestión de los servicios sanitarios en España», en AGULLÓ AGÜERO, A. (dir.), *Financiación de la sanidad: tributación, gestión, control del gasto y reparto constitucional del poder financiero*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 197-229.