



DEUTSCHES FORSCHUNGSINSTITUT FÜR ÖFFENTLICHE VERWALTUNG SPEYER

GERMAN RESEARCH INSTITUTE FOR PUBLIC ADMINISTRATION SPEYER

María Jesús Montoro Chiner /
Karl-Peter Sommermann (Hrsg.)

SOZIALE RECHTE IN EUROPA
DERECHOS SOCIALES EN EUROPA



SPEYERER FORSCHUNGSBERICHTE 286

María Jesús Montoro Chiner / Karl-Peter Sommermann (Hrsg.)

**Soziale Rechte in Europa
Derechos sociales en Europa**

Speyerer Forschungsberichte 286

**María Jesús Montoro Chiner /
Karl-Peter Sommermann (Hrsg.)**

**SOZIALE RECHTE IN EUROPA
DERECHOS SOCIALES EN EUROPA**

Beiträge des zwölften gemeinsamen Seminars des
Deutschen Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung Speyer
und der Escola d'Administració Pública de Catalunya
(29. Mai 2015)

**DEUTSCHES FORSCHUNGSINSTITUT
FÜR ÖFFENTLICHE VERWALTUNG**

2016

Gefördert durch die Bundesrepublik Deutschland

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

(Speyerer Forschungsberichte ; 286)

ISBN 978-3-941738-24-9

Herstellung:

**DEUTSCHES FORSCHUNGSINSTITUT
FÜR ÖFFENTLICHE VERWALTUNG**

Alle Rechte vorbehalten

Umschlagentwurf:

© 8/97 TRIFTY ART Grafik Design • 67550 Worms • Hauptstr. 32 • Tel.: 0 62 41/95 15 38

Vorwort

Die im Jahre 2008 einsetzende Wirtschafts- und Finanzkrise und die Notwendigkeit, die Staatsverschuldung zu senken, haben in vielen europäischen Ländern zu einer Reduzierung der Sozialleistungen geführt. Eine „Verschlan-
kung“ der Sozialsysteme und eine „Flexibilisierung“ des Arbeitsmarkts werden im Hinblick auf eine Bewährung im globalen Wettbewerb für notwendig gehalten.

Vor diesem Hintergrund hat die Diskussion über die Grundlinien der europäischen und nationalen Sozialpolitik sowie über die normative Reichweite sozialer Verfassungsverbürgungen neue Aktualität gewonnen. Sowohl in Spanien als auch in Deutschland steht auf verfassungsrechtlicher Ebene die Frage nach der Anerkennung subjektiver Leistungsrechte im Vordergrund. In Spanien geht es um die Frage, ob und gegebenenfalls in welchem Maße die im dritten Kapitel des Titels I der Verfassung enthaltenen sozialen Verbürgungen einen subjektiv-rechtlichen Gehalt aufweisen, in Deutschland um die Folgen der Anerkennung eines Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums, welches das Bundesverfassungsgerichts in seinem Urteil vom 9. Februar 2010 aus der Menschenwürdegarantie in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip hergeleitet hat. Hinsichtlich der Funktionsfähigkeit der nationalen Sozialsysteme stellt sich zugleich die Frage, wie gegebenenfalls eigene höhere Standards in einer von Personenfreizügigkeit geprägten Europäischen Union aufrechterhalten werden können. Impulse für eine gemeinsame sozialpolitische Entwicklung gehen dabei zunehmend von einer Anreicherung binnenmarktfunktionaler Sekundärrechtsetzung der Europäischen Union mit sozialen Zielen aus.

Die aktuelle Debatte über soziale Grundrechte in Europa war Anlass, das 12. Gemeinsame Seminar des Deutschen Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung Speyer und der Escola d'Administració Pública de Catalunya diesem Thema zu widmen. Das Seminar fand am 29. Mai 2015 in Barcelona statt. Der damaligen Direktorin der Escola d'Administració Pública de Catalunya, Frau Montserrat de Vehí Torra, sei sehr herzlich für ihr persönliches Engagement für die Tagung gedankt, allen Referentinnen und Referenten für ihre anregenden Vorträge, die zu einer lebhaften Diskussion im Kreis der fachkundigen Teilnehmer führte.

Der vorliegende „Speyerer Forschungsbericht“ enthält die schriftliche Fassung der Vorträge in der jeweiligen Originalsprache. Für die Unterstützung bei der redaktionellen Überarbeitung und der Formatierung der Texte gebührt Herrn *Daniel Toda Castán*, M.A., der auch die Übersetzung des Vorworts besorgte, sowie Frau *Queenie Griebner* und Frau *Irene Eggensberger* unser besonderer Dank.

Barcelona / Speyer, im Juli 2016

María Jesús Montoro Chiner

Karl-Peter Sommermann

Prólogo

La crisis económica y financiera que empezó en el año 2008 y la necesidad de disminuir el endeudamiento público han conducido a muchos estados a reducir sus prestaciones sociales. Un “adelgazamiento” de los sistemas de protección social y una “flexibilización” del mercado laboral se consideran necesarios para reafirmar la propia competitividad en el mercado global.

En este contexto, las discusiones sobre las líneas básicas de la política social nacional y europea y sobre el alcance normativo de las garantías constitucionales sociales se han vuelto más actuales que nunca. Tanto en España como en Alemania se plantea principalmente, a nivel constitucional, la cuestión del reconocimiento de derechos subjetivos de prestación. En España se discute si, y hasta qué punto, las garantías sociales del Capítulo III del Título I de la Constitución albergan un contenido subjetivo exigible. En Alemania el debate gira en torno a las consecuencias del reconocimiento de un derecho subjetivo a una prestación mínima que asegure una existencia digna. El Tribunal Constitucional Federal dedujo tal derecho de la garantía constitucional de la dignidad humana (art. 1.1 de la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania) en relación con el principio del Estado social (art. 20.1) en su Sentencia de 9 de Febrero de 2010. Respecto la sostenibilidad de los sistemas nacionales de protección social, algunos Estados Miembros se preguntan si les resulta posible conservar niveles de protección más altos en una Unión caracterizada por la libre circulación de personas. Las propuestas relativas al desarrollo de una política social común parten de la necesidad de complementar el derecho derivado de la Unión, en principio pensado para cumplir con las finalidades del mercado interior, con objetivos sociales.

El Instituto Alemán de Investigación sobre la Administración Pública de Espira y la Escola d'Administració Pública de Catalunya no podían permanecer ajenos a este debate sobre los derechos fundamentales sociales y por ello decidieron dedicarle su Duodécimo Seminario Conjunto, que tuvo lugar en Barcelona el 29 de Mayo de 2015. Queremos expresar nuestro sincero agradecimiento a la entonces Directora de la Escola d'Administració Pública de Catalunya, D.^a Montserrat de Vehí Torra, por su compromiso con el Seminario, y a los ponentes por sus estimulantes conferencias, que propiciaron animadas discusiones entre los expertos presentes.

VIII

El presente “Speyerer Forschungsbericht” contiene la versión escrita de las conferencias en su idioma original. Agradecemos especialmente su colaboración en la edición y el formateo del volumen a D.^a *Queenie Griebner*, a D.^a *Irene Eggensberger* y a D. *Daniel Toda Castán*, quien también ha traducido este prólogo.

Barcelona / Espira, Julio de 2016

María Jesús Montoro Chiner

Karl-Peter Sommermann

Inhaltsverzeichnis

Prof. Dr. *Marc Carrillo*

Los derechos sociales entre la Constitución y la ley:
su garantía jurisdiccional 1

(Soziale Rechte zwischen der Verfassung und dem Gesetz:
die Rechtsschutzgarantie)

Prof. Dra. *Enriqueta Expósito*

El marco constitucional de los derechos sociales:
implicaciones para su eficacia y efectividad (en tiempos de crisis) 19

(Der verfassungsrechtliche Rahmen der sozialen Rechte:
Wirksamkeit und Garantien)

Prof. Dr. *Siegfried Magiera*

Freizügigkeit und soziale Rechte nicht erwerbstätiger Unionsbürger 43

(Libre circulación y derechos sociales de los ciudadanos de la Unión
inactivos y sin actividad lucrativa)

Dra. *Encarnación Montoya Martín*

El debate sobre la reversibilidad de los derechos sociales:
algunos ejemplos prácticos 55

(Die Debatte um die Reversibilität der sozialen Rechte:
einige praktische Beispiele)

Prof. Dra. *Angeles de Palma*

Los servicios sociales de protección a la infancia y adolescencia,
en especial, el caso de Cataluña 93

(Die sozialen Dienstleistungen zum Schutz der Kinder und Jugendlichen)

Prof. Dr. Dr. h.c. *Karl-Peter Sommermann*

Die Subjektivierung sozialer Verfassungsverbürgungen	141
(La subjetivización de las garantías sociales constitucionales)	

Prof. Dr. Dr. h.c. *Jan Ziekow*

Europäische Sozialpolitik im Gewande des Wettbewerbsrechts: das Beispiel der Vergabe öffentlicher Aufträge	155
(Politica social europea bajo la apariencia del Derecho de la competencia: el ejemplo de la contratación pública)	

Die Autoren und Herausgeber / Los Autores y Editores	173
--	-----

Programm / Programa	177
---------------------------	-----

Los derechos sociales entre la Constitución y la ley: su garantía jurisdiccional

Prof. Dr. *Marc Carrillo*

I.	El constitucionalismo de los derechos sociales	2
II.	El principio de igualdad y el derecho a no ser discriminado en el Estado social	5
III.	Un caso concreto: el derecho a la vivienda y las medidas para garantizarlo	8
IV.	La STC 93/2015, de 14 de mayo, que declara la inconstitucionalidad de algunas medidas en materia de vivienda contenidas en el Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril, de la Junta de Andalucía de medidas para asegurar el cumplimiento de la Función Social de la propiedad	14
V.	Bibliografía	17

I. El constitucionalismo de los derechos sociales

Los derechos sociales fueron una de las novedades que aportó el constitucionalismo surgido tras la Segunda Guerra Mundial. El preámbulo de la Constitución de la IV República francesa de 1946, que sigue vigente con la Constitución de la V República de 1958; la Constitución italiana de 1947 y la Ley Fundamental de Bonn de 1949, que permanece como Constitución de la Alemania unificada, constituyeron en Europa, además de la importante aportación del constitucionalismo latinoamericano más reciente, el punto de referencia básico del nuevo constitucionalismo del Estado social de derecho.

El Tratado de Lisboa de 2007 ha asumido esta tradición y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión a la que el Tratado se remite, acoge también una serie de derechos sociales en la misma lógica que la mayoría de constituciones del modelo de Estado social surgido tras la Segunda Guerra Mundial. La Constitución como norma jurídica y en el marco del pluralismo democrático, entiende que para la eficacia de los derechos de la persona se requiere la ineludible actividad prestacional del Estado. Ello significa que la Constitución puede dar cobertura a diversas opciones socioeconómicas del legislador elegido democráticamente acerca de la forma de dotar de garantía efectiva a los derechos sociales.

En este contexto, ha cobrado especial relevancia el papel ejercido por los Tribunales Constitucionales, como vía para el cumplimiento de la Constitución frente a los excesos que pueda cometer el Parlamento. Junto a ellos, en el contexto del control en la aplicación de la ley, la jurisdicción ordinaria constituye el primer nivel de protección contenciosa de los derechos sociales.

La aparición de los Tribunales Constitucionales en Europa, como jurisdicción especial e independiente, ejerciendo un poder jurisdiccional concentrado para garantizar jurídicamente la prevalencia de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico, ha supuesto un cambio de decisiva importancia en la configuración institucional del Estado democrático de la segunda postguerra, hasta el punto de aparecer, en expresión afortunada de uno de los juristas italianos más reputados de la postguerra, Mauro Cappelletti, como la jurisdicción de la libertad.

Pero el control de constitucionalidad ha introducido en ocasiones un primer nivel de conflicto, que se identifica con el legislador autor de la ley que es sometida a su control por posible vulneración de la Constitución. ¿Hasta qué punto la jurisdicción constitucional puede anular la obra legislativa del Parlamento que ha regulado un derecho social en determinado sentido? Es evidente que la tensión entre legislador democrático y justicia constitucional

constituye en la actualidad unos de los problemas centrales de la aplicación de la Constitución.

Un segundo nivel de controversia es el que a veces la enfrenta con la jurisdicción ordinaria, cuando ésta interpreta o aplica la Constitución de forma inadecuada y el Tribunal Constitucional se encuentra en la tesitura de declarar nula la resolución de un juez o de un tribunal ordinario.

La constitucionalización de los derechos fundamentales del ámbito laboral, como el la libertad sindical y el derecho de huelga, así como de los derechos sociales más clásicos (derecho a la educación, a la sanidad, etc.) junto a los derechos de nuevo tipo y de reconocimiento más reciente (el derecho a la vivienda, al medio ambiente, los derechos de los consumidores y usuarios, los derechos referidos a la planificación urbanística racional y a la ordenación de territorio, los derechos de las minorías sociales y étnicas, etc.), constituyen una opción del legislador constituyente cuya concreción y exigibilidad jurídica depende en gran medida de las opciones políticas que el legislador ordinario cristalice a través de la legislación ordinaria.

Por ello, la Constitución no suele ir más allá de una enunciación normativa genérica. Aun siendo muy importante que lo haga, lo que resulta más decisivo para el ciudadano es la acción del Parlamento que, como institución representativa, es quien a la postre ha de concretar a través de la ley el alcance de los derechos sociales y de las políticas públicas que los garanticen. Y es obvio que el contenido de la ley puede ser diverso, en función de las legítimas opciones políticas representadas en el Parlamento con los límites, por genéricos que puedan ser, que haya fijado por la Constitución.

De acuerdo con ello, la ley de la mayoría que apoya al Gobierno tras unas elecciones, no dispone de un margen de disposición tan amplio que pueda hacer lo que desee. Así, por ejemplo, cuando la Constitución española establece que *«los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo...»* (art. 41 CE), está prescribiendo que la ley del Parlamento nunca podrá establecer un régimen privado de prestación de la seguridad social. Podrá variar, eso sí, su forma de gestión; podrá modificar las formas de la prestación pero la que no podrá hacer es suprimir el sistema público sanitario con cargo a los presupuestos del Estado.

Por el contrario, un mayor campo de acción ofrece la Constitución cuando, después de reconocer *«el derecho a la protección de la salud»*, añade que *«compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través*

de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto» (art. 43.1CE). Puesto que más allá de mencionar que las medidas han de ser preventivas, lógicamente, deja la concreción de cuáles deban ser éstas a la decisión del legislador.

Un poco más constreñido constitucionalmente se encuentra en relación al derecho a la vivienda, pues si bien, en sí misma, no deja de ser algo retórica la referencia al «*derecho a disfrutar de una vivienda digna*» (art. 47.1 CE), lo es mucho menos que el legislador en materia de vivienda debe tener en cuenta la obligación prescrita en la Constitución por la que «*la comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos*» (art. 47 CE). El cómo haya de ser esta participación, corresponde determinarlo al legislador y aquí, ciertamente, las opciones pueden ser diversas. En todo caso, el parámetro de enjuiciamiento que ofrece la Constitución es el que permite al Tribunal Constitucional ejercer su función de garantía de la primacía jurídica de la Constitución frente al Parlamento, en su condición de órgano supremo de representación de la soberanía popular.

En consecuencia, ¿cuál es el papel que ejerce el Tribunal Constitucional para garantizar los derechos constitucionales? Las competencias de las que dispone han puesto de relieve las posibilidades que tiene de anular nada menos que la ley del Parlamento cuando ésta contradice la Constitución, así como también los actos y disposiciones e, incluso, en ocasiones, las omisiones de los poderes públicos que resulten contrarias a la Constitución.

La consecuencia de esta impronta institucional mostrada por la jurisdicción constitucional ha sido la aparición en escena de un límite a la potestad legislativa del Parlamento. Un órgano provisto en el pasado de una posición soberana, ha tenido que prescindir de este privilegio en la medida en que sus opciones normativas ya no sólo quedan sometidas al control político de la oposición parlamentaria ni al control del electorado cuando es convocado a las urnas, sino que, a través del procedimiento de justicia rogada, el Tribunal Constitucional está dotado para expulsar una norma del ordenamiento jurídico. O, cuando menos, para proponer que su conservación se produzca a condición de adecuarse a los criterios que la sentencia interpretativa establece como requisito ineludible para que el legislador y el resto de los poderes públicos puedan seguir aplicando en el futuro la norma que suscita sospechas de inconstitucionalidad.

Parece pues evidente que si esta consecuencia es importante en sí misma, probablemente lo será más cuando el objeto de control sea una norma reguladora de los derechos sociales, en la que se dilucida no sólo la libertad de las

personas, sino también su derecho a la igualdad de oportunidades y el derecho a no ser discriminado en razón de las condiciones sociales. Esto es, las condiciones materiales de ejercicio de los derechos y libertades que los pueden hacer verdaderamente efectivos.

Sin duda, el reto para la justicia constitucional es importante y especialmente arriesgado ya que en cualquier caso siempre habrá de tantear con suma prudencia sus posibilidades jurisdiccionales a fin de evitar el peligro latente de suplantar al legislador. Porque el Parlamento es el depositario de la legitimidad política directa, legitimidad de la que carece de forma inmediata el Tribunal Constitucional. En todo caso, no podrá actuar de otra manera que no sea acorde con criterios jurídicos que le permitan llegar a dictar una sentencia; criterios que sin duda siempre tendrán una especial dimensión política aunque sólo sea porque a través de los mismos, se está impidiendo la aplicación de una ley del Parlamento o la ejecución de la sentencia de un tribunal ordinario.

En lo que concierne a la acción del Parlamento y de forma más concreta a las opciones legislativas de las mayorías parlamentarias, el desafío que siempre se le plantea al Tribunal es el de impedir que la función interpretativa que le está atribuida, a saber: la aplicación de los criterios herméticos que en cada caso crea oportuno tener en cuenta para llegar a una solución, pueda constituir una suplantación del legislador convirtiéndose en una atípica cámara legislativa. A fin de evitar el Tribunal actúe como el Parlamento, se impone la contención o autolimitación (*self restraint*) de la jurisdicción constitucional. Porque si bien es cierto, que un cierto activismo judicial del Tribunal puede ser más factible sobre los derechos de libertad y participación, es obvio que resulta más arriesgado si se proyecta sobre aquellos derechos, como los derechos sociales, para cuya materialización normalmente resulta exigible la actividad de prestación de los poderes públicos.

II. El principio de igualdad y el derecho a no ser discriminado en el Estado social

El principio de igualdad y el derecho a no ser discriminado constituye uno de los presupuestos básicos de los fines del Estado social. La constitucionalización de los derechos sociales es una expresión de esta finalidad del Estado. El binomio libertad e igualdad son las dos caras de una misma moneda y su complementariedad ha de servir para definir la forma democrática de Estado.

El principio de igualdad y el derecho a no ser discriminado presenta una especial relevancia constitucional en las relaciones laborales. Es en esencia un derecho relacional. Su contenido se expresa respecto de otros derechos de contenido y naturaleza distintos: ya sea el derecho de acceso a cargos públicos representativos o a la función pública, el derecho al trabajo o a disfrutar de una vivienda digna.

El derecho a la igualdad presenta un doble carácter, como un derecho público subjetivo y a la vez un límite a la acción del legislador. En este último sentido la jurisprudencia constitucional comparada europea y, por supuesto, también la española, han establecido el criterio consistente en diferenciar entre igualdad ante la ley e igualdad en la aplicación la ley. Según se trate de uno o de lo otro, el nivel de deferencia del Tribunal Constitucional en su juicio de constitucionalidad respecto de la actividad normativa de los poderes públicos es distinto. Así, la justicia constitucional es más deferente con la voluntad del legislador cuando le compete resolver sobre un caso en el que se plantea la igualdad ante la ley. En general la presunción de constitucionalidad es apreciada si la ley es universal (su validez alcanza a todos los ciudadanos), si es general y abstracta (destinada a un grupo a grupos sociales) y si es duradera. Por el contrario la ley singular o de caso único, sólo será admisible y compatible con el principio de igualdad cuando su singularidad se derive de los hechos verdaderamente excepcionales que la motivan.

La igualdad ante la ley supone en cualquier caso la interdicción de la arbitrariedad: la doctrina constitucional ha resaltado siempre la necesidad de fundamentar las opciones legislativas de las mayorías políticas en la razonabilidad de las diferencias normativas que puedan establecer. A partir del principio general del ordenamiento jurídico que impulsa a los poderes públicos a remover los obstáculos que de hecho impiden el ejercicio efectivo de los derechos y libertades, a través de la actividad de promoción y fomento u otras vías de procura asistencial (art. 3.2 de la Constitución italiana de 1947; art. 9.2 de la CE de 1978), el legislador debe justificar a través del test de razonabilidad la constitucionalidad de la diversidad normativa que propone. Se trata, en definitiva, de demostrar en primer lugar que los sujetos afectados por una regulación jurídica diferenciada se encuentran en una situación de hecho distinta a la de otros; en segundo lugar, que el tratamiento jurídico desigual persigue determinadas finalidades que gozan de cobertura constitucional; y finalmente, que dichas finalidades sean razonables, o lo que es lo mismo: aceptables en parámetros constitucionales. Para que la razonabilidad de la decisión no sea el resultado de un simple subjetivismo de la mayoría parla-

mentaria que la aprueba, será preciso que la diferencia de trato jurídico propuesta sea coherente y, por tanto, guarde una adecuación interna. Y para que ello sea así, la solución normativa ha de ser proporcional a las diferencias de hecho evitando la arbitrariedad.

Pero que el Tribunal Constitucional deba mostrar un cierto grado de deferencia sobre la ley, no es obstáculo para que en los casos claros declare la inconstitucionalidad de la obra del Parlamento. Por ejemplo, en relación con el régimen jurídico de los extranjeros en España, la sentencia 236/2007 del Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de algunos preceptos de la *Ley Orgánica 8/2000, sobre los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social*. Esta Ley modificó una anterior del mismo año, en el sentido de establecer –entre otros objetivos– una condición previa de orden administrativo para el ejercicio por los extranjeros de derechos como los de asociación, reunión, educación o libertad sindical. Dicha condición se cifraba en que el reconocimiento de estos derechos sólo podía ser ejercido por los extranjeros a partir de la obtención de la autorización de estancia o residencia en España. Lo cual significaba que mientras tanto, el extranjero en situación administrativa no regularizada (el peyorativamente denominando *ilegal*) quedaba reducido a un ámbito desregulado, esto es, al margen del Derecho. Y como si de una *res nullius* se tratase, es decir de una cosa inexistente para el poder público, el extranjero quedaba a expensas de cualquier extralimitación sobre su persona. Pues bien, con su sentencia el Tribunal –adoptada por mayoría– recordó que existen algunos derechos básicos de la persona en su condición de ser humano, cuya titularidad deriva directamente de la Constitución y de los Tratados Internacionales y cuyo ejercicio no puede hacerse depender de una previa autorización administrativa establecida por la ley. Por esta razón, carecer del permiso de residencia no es motivo para que los derechos humanos esenciales sean negados al extranjero, quien en su condición de persona se encuentra respecto de estos derechos en una posición similar a la del nacional. Por tanto, el Tribunal interpretó que la ley resultaba contraria a la Constitución porque no se limitaba a condicionar el ejercicio de estos derechos por parte de los extranjeros en situación irregular, sino que impedía cualquier ejercicio del mismo. Entre ellos, un derecho fundamental del orden social como es la libertad sindical.

Por lo que se refiere a la aplicación del principio de igualdad en la aplicación de la ley, la justicia constitucional puede ejercer un juicio más intenso sobre la adecuación al principio de igualdad de los actos administrativos de la Administración Pública y, por supuesto, sobre las sentencias dictadas

por la jurisdicción ordinaria. En relación a la actuación administrativa, su control corresponde a los tribunales ordinarios, pero cuando están en juego derechos fundamentales es muy probable que el conflicto llegue a la competencia de la jurisdicción constitucional a través del recurso de amparo.

Finalmente, cabe plantearse ¿en qué grado vinculan los principios y derechos sociales respecto del Poder Ejecutivo? No hay duda que los derechos sociales han de ser un parámetro más de control de la legalidad de los actos de la Administración Pública. Y algo semejante ocurre en relación a la actividad jurisdiccional de jueces y tribunales, cuyas decisiones no pueden hacer abstracción no ya, por supuesto, de los derechos sociales reconocidos por la Constitución y concretados por ley del Parlamento, sino también de la función interpretativa que se deriva de la constitucionalización de los principios de la política social y económica. Y es en este ámbito que cobra especial importancia la puesta en práctica de instrumentos ágiles y rápidos de justicia cautelar a fin de procurar, siquiera, un nivel aceptable de tutela provisional de derechos, sin existen indicios de buen derecho o cuando el retraso en su tutela pueda hacer socialmente ineficaz una sentencia favorable.

La justicia cautelar constituye en la actualidad una de las garantías más eficaces para la debida tutela de los derechos fundamentales y, en este sentido, procede retener la importancia, no sólo de las tradicionales medidas de suspensión cautelar del acto administrativo impugnado –cuando la lesión del derecho social es imputable a la Administración– sino sobre todo, de las llamadas medidas cautelares positivas de hacer o de no hacer. Son un referente comparado a tener en cuenta, en este sentido, las soluciones que aporta el derecho alemán con las ordenes provisionales, el derecho francés con el *référé* y el *constat d'urgence* y las medidas provisionales propuestas por el ordenamiento italiano.

III. Un caso concreto: el derecho a la vivienda y las medidas para garantizarlo

El grave endeudamiento privado de familias y empresas que ha generado la situación de crisis económica en España, ha incidido especialmente sobre la disponibilidad de la vivienda adquirida a través de préstamos hipotecarios¹

1 Las condiciones en las que fueron contratados estos préstamos han sido en muchas ocasiones abusivas, circunstancia ésta que ha sido apreciada por el Tribunal de Luxemburgo en su importante sentencia de 13 de marzo de 2013, dictada con motivo de una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona,

concedidos por las diversas entidades financieras. La imposibilidad de muchos ciudadanos de hacer frente a las obligaciones de los préstamos, como consecuencia de los efectos demoledores de la crisis en el empleo laboral, ha conducido a la ejecución de la hipoteca y a los desahucios de numerosos apartamentos por falta de pago. La pérdida de la vivienda se ha convertido en un problema social de grandes dimensiones.

Ante una situación de desestructuración social que cada vez suscita una mayor alarma, algunos poderes públicos han empezado a tomar medidas dirigidas a reducir los efectos demoledores sobre el derecho a una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE). Entre estas medidas, la que suscita mayor controversia en el ámbito jurídico es la consistente en prescribir el alquiler forzoso a instancias de la Administración Pública de viviendas vacías. Éste ha sido el caso todavía reciente de la Junta de Andalucía, a través del Decreto ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la Función Social de la Vivienda². También es preciso hacer referencia a otra disposición anterior que en su momento suscitó una notable controversia social y jurídica, pero cuando todavía los efectos de la crisis no eran tan contundentes sobre la vida cotidiana de las personas: nos referimos a la Ley del Parlamento de Cataluña, 8/2007, de 28 de diciembre, del derecho en la vivienda³ que en su redacción previa, hasta la aprobación por el Pleno de la Cámara, había previsto medidas que respondían a las que ahora, por la vía de urgencia, ha tomado el gobierno andaluz⁴. La cuestión de relevancia constitucional que el

con relación a determinados preceptos de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. En su parte dispositiva, la STJUE interpretó que: «*La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que en el mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final*».

2 BOJA nº 69, de 11 de abril de 2013.

3 DOGC nº. 5044, de 9 de enero de 2008.

4 En sus cinco primeros apartados, el artículo 42 del Proyecto de Ley del derecho a la vivienda ("Actuaciones para evitar la desocupación permanente de viviendas") previó toda una serie de medidas de fomento dirigidas a evitar la proliferación de viviendas

caso plantea es determinar si esta medida administrativa podría resultar lesiva del derecho de propiedad (art. 33 CE).

En su exposición de motivos, el Decreto ley 6/2013, de 9 de abril, de la Junta de Andalucía introduce una definición de la función social del derecho a la vivienda que, de hecho, es la misma que la jurisprudencia constitucional ha utilizado pero para definir el derecho de propiedad⁵: *«La función social de la vivienda configura el contenido esencial del derecho mediante la posibilidad de imponer deberes positivos en su titular que aseguren su uso efectivo para fines residenciales, entendiendo que la fijación de dicho contenido esencial no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales. La función social de la vivienda, en suma, no es un límite externo en su definición o en su ejercicio, sino una parte integrante del derecho mismo»*. Acto seguido añade que la: *«Utilidad individual y función social, por tanto, componen de forma inseparable el contenido del derecho de propiedad»* (sic). Después de exponer la situación de la vivienda a Andalucía⁶ el decreto ley concluye que

vacías. Una vez agotadas estas medidas, el apartado 6 establecía que en los ámbitos de demanda residencial fuerte y acreditada, la Administración competente puede acordar el alquiler forzoso de la vivienda declarando previamente el incumplimiento de la función social de la propiedad. De acuerdo con eso, si una vez transcurridos dos años desde la notificación de la declaración la vivienda permanece vacía, en los términos que establece el artículo 3.d del Proyecto de Ley, la Administración puede expropiar el usufructo de la vivienda para alquilarlo a terceros durante un plazo que no puede ser superior a cinco años, transcurrido el cual el propietario puede recuperar el uso de su vivienda. Acto seguido el Proyecto establecía que el procedimiento para llevar a cabo esta actuación se tenía que ajustar a la legislación urbanística y de expropiación forzosa, y en el expediente de precio justo se tiene que valorar la indemnización correspondiente al derecho de usufructo temporal, atendiendo los gastos asumidos por la Administración en la gestión y las eventuales obras de mejora ejecutadas en la vivienda. El Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña, dictaminó por una mayoría de 4 a 3 consejeros, que el apartado 6 del artículo 42 del Proyecto era contrario a la Constitución porque: generaba inseguridad jurídica ya que *«resultará improbable o de muy difícil apreciación, dificultando su aplicación...»*; por la *«la falta de determinación de aquello que se tiene que entender por "ámbitos de demanda residencial fuerte y acreditada"»* y porque también *«[...] se produce discriminación entre los propietarios de viviendas desocupadas en un mismo ámbito, calificados como de "demanda residencial fuerte y acreditada"»*.

5 Las SSTC 111/1983 de 2 de diciembre y 37/1987 de 26 de marzo.

6 De acuerdo con los datos que aporta la Exposición de Motivos, según los Censos de Población y Viviendas de 2001, en este año en Andalucía existían 548.669 viviendas vacías, lo cual suponía un porcentaje del 15,5% sobre el total de viviendas y un 22,7% respecto de las viviendas calificadas como principales. Según los últimos datos publi-

existe «[...] *un desorbitado parque de viviendas sin uso o infrautilizado y de otro, una demanda insatisfecha, con una oferta insuficiente y a precios no adecuados, por lo que se hace urgente potenciar su uso [...]*».

Con esta finalidad, el contenido del Decreto ley establece todo un compendio de iniciativas de actuación sobre la vivienda deshabitada que consisten en medidas de fomento. Asimismo, y ya en un orden diferente, en este caso a través medidas coercitivas y sancionadoras, se propone potenciar el acceso a la vivienda mediante el arrendamiento, unas medidas éstas que van dirigidas, fundamentalmente, a aquellas personas que no pueden mantener su vivienda por causa de una situación de un mayor endeudamiento sobrevenido. En este sentido, hay que prestar atención especialmente a la Disposición Adicional segunda, relativa a la *«Declaración de interés social a efectos de expropiación forzosa de la cobertura de necesidad de vivienda de personas en circunstancias especiales de emergencia social»*.

Los elementos subjetivo y objetivo de esta disposición son los siguientes:

«1. Se declara de interés social la cobertura de necesidad de vivienda de las personas en especiales circunstancias sociales incursas en procedimientos de desahucio por ejecución hipotecaria, a efectos de expropiación forzosa del uso de la vivienda objeto del mismo por un plazo máximo de tres años a contar desde la fecha del lanzamiento acordado por el órgano jurisdiccional competente

2. Este Decreto-ley será de aplicación en la viviendas incursas en procedimientos de desahucio instado por entidades financieras, o sus filiales inmobiliarias o entidades de gestión de activos y todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa básica estatal».

De forma similar a la cuestión jurídica que planteó el Proyecto de Ley del derecho en la vivienda de Cataluña, en este caso también aparece la posible incidencia de la medida coercitiva de la expropiación forzosa temporal, sobre el derecho de propiedad de los titulares de las viviendas vacías y sobre la cual hay que prestar atención.

Sobre el derecho de propiedad, la Constitución establece en su art. 33 CE que: *"2. La función social de estos derechos delimitará el contenido, de acuerdo*

cados por el Ministerio de Fomento, se estima que el parque de viviendas en Andalucía es 4,5 millones, lo cual supone con respecto a lo que existía en el 2001 un incremento de un millón. Por lo tanto, en diez años el parque ha aumentado en casi un 25%.

con las leyes". Añadiendo que: "3. Nadie podrá ser privado de sus bienes ni de sus derechos sino por causa justificada de utilidad pública o de interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con aquello que las leyes dispongan".

En síntesis, la jurisprudencia sobre el derecho de propiedad y su función social es la siguiente⁷:

a) La concepción de la CE sobre el derecho a la propiedad privada pone de manifiesto que la Constitución no ha optado por una concepción abstracta de este derecho. Éste no puede ser concebido solamente como un ámbito subjetivo de libre disposición sobre los bienes que son objeto de dominio reservado por su titular, sometido únicamente a las limitaciones generales que las leyes impongan para la salvaguardia de los legítimos derechos e intereses de terceros o del interés general; el derecho de propiedad también tiene que ser reconocido como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos de acuerdo con las leyes, en función de valores o intereses de la colectividad y, por lo tanto, de acuerdo con finalidad o utilidad social que tiene que llevar a cabo cada categoría de bienes objeto de dominio.

b) La CE no limita el derecho de propiedad a la concepción meramente civilista, reducida a los márgenes del artículo 348 del Código Civil que lo define como "el derecho de disfrutar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas por las leyes". Lo que se deriva de la norma suprema es una concepción de los derechos que no son solamente susceptibles de ser limitados, sino que los mismos límites se incorporan como elementos esenciales de su contenido objetivo. Por lo tanto, la función social no ha sido entendida por el constituyente como un simple límite externo para la delimitación del derecho de propiedad, sino que es también una parte integrante de éste: la utilidad individual y la función social definen de manera conjunta el contenido esencial del derecho de propiedad sobre cada categoría de bienes.

c) No hay infracción del contenido esencial cuando una regulación legal del derecho de propiedad restringe las facultades de decisión del propietario con

7 Las SSTC 111/1983, de 2 de diciembre y 166/1986, de 19 de diciembre, que resolvieron, respectivamente, el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad referidos a la expropiación del *holding Rumasa*. También la STC 37/1987, de 26 de marzo, relativa a un supuesto de propiedad rural (la Ley andaluza 8/1984, de 3 de julio, de reforma agraria) que estableció una doctrina mucho más elaborada sobre el derecho propiedad y su función social. En el mismo sentido las SSTC 164/2001, de de 11 de julio, 178/2004, de 21 de octubre, y 112/2006, de 5 de abril.

relación al uso, el destino o el aprovechamiento de los bienes en juego, o cuando impone determinados deberes orientados a la obtención de una mejor utilización productiva de estos bienes, siempre que pueda permanecer garantizada su rentabilidad.

d) El Tribunal Constitucional ha utilizado a menudo el criterio hermenéutico del principio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad), sobre todo con relación a los derechos fundamentales de libertad y participación de la Sección 1ª del Cap. II del Título I de la CE⁸. No obstante, este criterio hermenéutico ha evolucionado incorporando un mayor grado de objetivación en la evaluación de la proporcionalidad de las medidas que toman los poderes públicos limitando el ejercicio de los derechos⁹. En esta línea interpretativa, la evolución del criterio de proporcionalidad ha afectado sobre todo a la formalización de su dimensión material, precisando los requisitos que se precisan a fin de que el contenido de una actuación de un poder público pueda ser considerada como proporcionada. La concreción material del juicio de proporcionalidad ha sido definida a través de la necesidad de verificar la finalidad de una medida, mediante la integración de elementos fácticos y temporales, o la simple prohibición de medidas de los poderes públicos que los incumplan¹⁰.

La Disposición Adicional segunda del Decreto ley 6/2013, de 9 de abril, de la Junta de Andalucía no priva de la propiedad de las viviendas a las personas que ostentan la titularidad. La medida normativa tomada es una limitación temporal del derecho de uso de la propiedad, que se aplica en los casos singulares que protagonizan personas que se encuentran en circunstancias de emergencia social, como consecuencia de un proceso de desahucio y después de justificar toda una serie detalladísima de requisitos que la persona poten-

8 Entre otras, las SSTC 11/1981, de 8 de abril; 53/1985, de 11 de abril; 209/1989, de 15 de diciembre; y 214/1994, de 14 de julio.

9 Entre otras las STC 66/1995, de 8 de junio; 107/1996, de 12 de junio y 147/2001, de 27 de junio).

10 Esta jurisprudencia está en la línea establecida por el TEDH en su *leading case* sobre el derecho de propiedad (STEDH de 23 de septiembre de 1982; caso *Sporrong y Lönnroth c. Suecia*); la Corte Constitucional italiana, en la sentencia núm. 14, de 7 de marzo de 1964; el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 106 S. cte. 1058, 1026 (1986) (la Sentencia *Connolly v. Pension Benefit Corp.*) o la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Constitucional Federal de Alemania de 1 de marzo de 1979.

cialmente beneficiaria tiene que cumplir (apartados 3 a 15). La proporcionalidad de la medida parece contrastada dado que en un caso de desahucio, no se avista una medida alternativa que pueda garantizar de otra manera la disponibilidad de una vivienda; su necesidad queda justificada por la ausencia de un espacio físico para vivir y la proporcionalidad *stricto sensu* queda avallada porque, además, aquello que queda limitado temporalmente es la posesión de la propiedad, en el contexto de una realidad regional en el que el parque de viviendas sociales va *in crescendo*.

IV. La STC 93/2015, de 14 de mayo, que declara la inconstitucionalidad de algunas medidas en materia de vivienda contenidas en el Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril, de la Junta de Andalucía de medidas para asegurar el cumplimiento de la Función Social de la propiedad

De acuerdo con la precedente doctrina jurisprudencial había buenas razones para validar la constitucionalidad del Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril, de la Junta de Andalucía. Sin embargo, ello no ha sido así puesto que en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno del Estado contra la disposición de la Junta de Andalucía, el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucionales y nulos el artículo 1.3 que impone al propietario de una vivienda «[...] *el deber de destinar de forma efectiva el bien al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico*», porque afecta al contenido esencial del derecho a la propiedad de la vivienda y, en consecuencia, entra en un terreno vedado al decreto ley y reservado a la ley formal, de acuerdo con los límites establecidos por el artículo 86.1 CE. Por vulneración de los mismos límites, el Tribunal declara también inconstitucionales y nulos el artículo 53.1.a) y, por conexión, los apartados 5 y 6 del artículo 25 de la ley 1/2010 reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía en la redacción dada por el Decreto-ley 6/2013.

Asimismo, el Tribunal interpreta que el Decreto-ley 6/2013 andaluz invade la competencia exclusiva estatal para regular las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (*ex art. 149.1.13 CE*), a través de dos medidas que vulneran dicha competencia: la primera, consistente en regular la posibilidad de que el lanzamiento de un vivienda por impago del préstamo hipotecario pueda quedar en suspenso; y la segunda, que promueve la constitución de un fondo social de viviendas que son propiedad de las entidades de crédito, para facilitar el arrendamiento a personas desahucadas.

En relación al alcance de estas medidas, el Tribunal considera que la extensión de la intervención pública en la protección de los deudores hipotecarios no resulta compatible con «[...] *el adecuado funcionamiento del mercado hipotecario*», puesto que es constitucionalmente legítimo que el Estado señale «[...] *ciertas líneas directrices de la ordenación de este segmento de la economía*». Asimismo, argumenta que, teniendo en cuenta que el Estado ya ha legislado sobre la misma cuestión¹¹, «[...] *la adición por la norma autonómica de un nuevo mecanismo orientado a satisfacer esa misma necesidad rompe el carácter coherente de la acción pública en esta materia*». Razón por la cual el Decreto-ley autonómico «[...] *constituye un obstáculo significativo para la eficacia de la medida de política económica*» puesta en marcha por el Estado.

Esta sentencia suscitó el voto disidente de cuatro magistrados. Los argumentos de la mayoría del Tribunal que se acaban de exponer que sostienen la inconstitucionalidad de la disposición, ofrecen elementos de debilidad jurídica que por tal razón consienten defender una posición opuesta, tanto respecto a la que el Tribunal justifica la infracción de los límites materiales del artículo 86.1 CE, como en relación a referida a la infracción competencial de la Junta de Andalucía del artículo 149.1.13 CE.

En relación al uso de la institución jurídica del decreto-ley el Tribunal Constitucional estableció en su primigenia y consolidada jurisprudencia sobre el alcance de los límites materiales, que la interpretación posible que consentía la Constitución al referirse en el artículo 86.1 a que «[...] no podrán [...] afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en este Título I [...]» era aquella que, en efecto, impedía acudir al decreto-ley cuando éste comportaba la regulación general del derecho afectado, es decir cuando su objeto tuviese por objeto fijar el régimen jurídico general del mismo (por todas, la STC 111/1983, FJ 8). Acerca del alcance que esta doctrina del Tribunal Constitucional cabe reseñar la doctrina que sentó el Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya, según la cual la regulación general o régimen jurídico de un derecho se refiere a los aspectos relativos a la titularidad, el objeto, los límites o la eficacia del derecho en cuestión (DCGE 5/2012, FJ 2).

11 Inicialmente a través del Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre y posteriormente mediante la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, modificada, a su vez, el Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social.

Pues bien, del contenido del artículo 1 del Decreto-ley 6/2013 de la Junta de Andalucía no se deriva que se trate de una regulación general del derecho de propiedad. Del deber de destinar al uso habitacional de forma efectiva una vivienda de propiedad privada de una entidad bancaria, una vez cumplidos un amplio conjunto de requisitos para esta limitación del derecho de uso de la propiedad, no aparecen elementos objetivos que permitan colegir la limitación material establecida por el artículo 86.1 CE, en el sentido fijado por la jurisprudencia constitucional reseñada. Como afirma con razón la magistrada ROCA TRÍAS en su voto particular, la norma autonómica no está regulando el derecho la propiedad sino «[...] la forma en que deben ejecutarse las resoluciones firme, o mejor dicho, su inejecución».

Pero la cuestión más relevante examinada en la STC 93/2015, concierne a la cuestión competencial en materia de vivienda y a la regulación de las medidas de garantía del derecho a una vivienda digna que subyacen. Y es aquí donde la sentencia atribuye una omnímoda *vis expansiva* a la competencia estatal *ex* artículo 149.1.13 CE, que desplaza en favor del Estado, la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma en materia de vivienda (art. 56 EAAnd.), bajo un argumento tan metajurídico como es la garantía por el Estado «del adecuado funcionamiento del mercado hipotecario».

El ilimitado alcance que con este argumento la sentencia otorga al título competencial horizontal del artículo 149.1.13, a la competencia sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, hace que -de hecho- estas bases hayan dejado serlo para devenir una regulación completa de tal forma, como subraya el magistrado XIOL RÍOS, que una vez ejercitada la competencia estatal de regulación de las bases o planificación de un sector económico de competencia de la Comunidad Autónoma, la Comunidad Autónoma queda «expropiada de esa competencia», dando lugar a un efecto de bloqueo de la competencial sectorial exclusiva», que en este caso es vivienda.

V. Bibliografía

- CARRILLO, M. «L'impacte de la crisi sobre els drets de l'àmbit social». *Revista Catalana de Dret Públic* nº 46, Barcelona, 2013, pp. 47-72.
- CASCAJO CASTRO, J.L. «Derechos sociales». *Derechos sociales y principios rectores*. Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- PONCE, J. «Las viviendas vacías y el Decreto-ley catalán 1/2005, de 24 de mayo, de medidas extraordinarias y urgentes para la movilización de viviendas provenientes de procesos de ejecución hipotecarias». [https://transjusblog.wordpress.com/2015/04/09/las-viviendas vacías...](https://transjusblog.wordpress.com/2015/04/09/las-viviendas-vacias...)
- PONCE, J. «¿Ha expropiado el Tribunal Constitucional las competencias autonómicas en materia de vivienda? A propósito de la STC de 14 de mayo de 2015, delcrando la inconstitucionalidad de la regulación andaluza sobre expropiación de viviendas vacías en manos de bancos». <https://transjusblog.wordpress.com/2015/06/04/ha-expropiado.el.tr...>
- SANTOLAYA MACHETTI, P., *El régimen constitucional de los decretos-leyes*. Tecnos, Madrid, 1988.

El marco constitucional de los derechos sociales: implicaciones para su eficacia y efectividad (en tiempos de crisis)

Prof. Dra. *Enriqueta Expósito*

I.	Introducción	20
II.	Marco constitucional en el que se sitúa el reconocimiento de derechos sociales	21
III.	Eficacia y efectividad de los derechos sociales	26
	1. La afectación a la definición del modelo de Estado constitucional	30
	2. Transformación del rol del legislador: de las leyes sustantivas a las leyes de presupuestos	34
IV.	La posición del Tribunal Constitucional a la luz de los recientes pronunciamientos	37
V.	Una breve reflexión final	40

I. Introducción

La crisis económica está provocando importantes desafíos para los elementos basilares en los que se asienta el modelo constitucional de Estado. Y uno de ellos lo constituyen los derechos de los ciudadanos; en especial, los que reclaman un papel más activo del Estado: los derechos sociales. Su proclamación en la Constitución española de 1978 los consagró como normas constitucionales, haciéndolos partícipes de las garantías de superioridad y supremacía que se predicaban de la Constitución normativa. No obstante, a diferencia del resto de derechos ‘clásicos’ (de libertad, individuales o de participación), su constitucionalización generó una abundante literatura jurídica centrada en cuestionar su naturaleza como auténticos derechos, su régimen de eficacia y las garantías que aseguraban su efectividad.

En la actualidad, tras más de casi cuatro décadas de vigencia de la Constitución, el debate permanece inconcluso. Incluso ha cobrado fuerza en algunos frentes: en concreto, en el de la efectividad de estos derechos. Y en este contexto es del todo reveladora la afirmación realizada en el Voto Particular formulado a la STC 49/2015, de 13 de marzo –por la cual se desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra un Decreto-Ley de noviembre de 2012 que deja sin efecto la revalorización de las pensiones para ese mismo año– por los magistrados Fernando Valdés Dal-Ré y Luis I. Ortega Álvarez que se adhieren los magistrados Adela Asúa Batarrita y Juan A. Xiol Ríos. Los signatarios del citado voto particular declaraban lo siguiente:

“Las razones de nuestra discrepancia parten de un doble y combinado presupuesto constitucional: de un lado, el reconocimiento de determinados derechos por la CE no es una mera declaración vacía de contenido, sino que presenta plena coherencia con la calificación de nuestro Estado como social y democrático de Derecho (art. 1.1) y, de otro el aseguramiento formal de esos derechos no es suficiente, siendo adicionalmente exigible su garantía material y debido cumplimiento” (FJ 2).

Son precisamente éstos los parámetros en los que se sitúa el presente trabajo, en que me centraré básicamente en tres aspectos. En el primero determinaré el marco constitucional en el que se sitúa el reconocimiento de los derechos sociales. En el segundo haré referencia a algunas cuestiones relativas a la eficacia de los derechos sociales, descendiendo a un plano ulterior: el de su efectividad real. Y concluiré exponiendo algunas consideraciones sobre

cuál es la postura que está adoptando el Tribunal Constitucional a la luz de sus más recientes pronunciamientos.

II. Marco constitucional en el que se sitúa el reconocimiento de derechos sociales

Los derechos sociales son uno de los elementos que concretan el significado y alcance del principio social con el que la Constitución califica, en su primer artículo, al Estado constitucional español. El resto de derechos constitucionales (derechos individuales, de libertad o de participación) cumplen idéntica función respecto de la cláusula Estado de Derecho y Estado democrático.

Además, debemos tener presente el hecho de que el constituyente ha definido el modelo constitucional de Estado con una fórmula compuesta que interrelaciona sus tres estadios evolutivos: Estado social y democrático de Derecho y que proclama como valores esenciales la libertad y la igualdad, además de la justicia y el pluralismo. Se identifica, de esta manera, como ya indicara M. García Pelayo, un tipo de Estado complejo constituido por la unidad de tres componentes vinculados entre sí de tal forma que la única posibilidad de dar vigencia a los principios contenidos en la fórmula tripartita es su integración recíproca¹.

Y en el ámbito de los derechos, es precisamente esa integración recíproca la que exige no tanto una interpretación sistemática de los derechos, cuanto una concepción de los derechos constitucionales como un sistema², despojando de todo sentido práctico la diferenciación de derechos en función de su contenido, naturaleza o posición del ciudadano en relación con los poderes públicos. Los derechos, como ya advirtiera J.L. Cascajo, no son compartimentos estancos³. Todos ellos –sin distinción– son un instrumento al servicio de

1 En *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid: Alianza Editorial, 1989, p. 98 y 103-104.

2 Ésta es, en cierta medida una tesis defendida por M.A. GARCÍA HERRERA al entender que “la consideración de los derechos sociales como derechos fundamentales derivaría no sólo de la necesidad de una visión de conjunto de los derechos sociales y de libertad, sino de la protección que deben recibir para asegurar los niveles básicos de existencia y dignidad humanas, solo concebibles en la complementariedad entre ellos”. En “Veinticinco años de derechos sociales en la experiencia constitucional española”, *Revista de Derecho Político*, núms. 58-59, 2003-2004, p. 291.

3 En “Derechos sociales”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 37, 2009, p. 26.

la dignidad de la persona⁴, además de constituir el fundamento del orden político y de la paz social –que es lo que explicita el artículo 10.1 de la CE. Esta unidad del sistema de derechos –utilizando la expresión de G. Escobar⁵– se sustenta básicamente en dos argumentos.

El primero de ellos es el de la recepción constitucional de los derechos sociales que, como ya he señalado, aparecen dispersos a lo largo del Título I de la CE y, por tanto, mezclados con los derechos ‘clásicos’. Su ubicación en los Capítulos II (“Derechos y Libertades”) y III (“De los principios Rectores de la política social y económica”) de este Título –y dentro del Capítulo II en las diferentes Secciones (la Primera: “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”; y la Segunda: “De los derechos y deberes de los ciudadanos”)– responde a un sistema de ordenación que nada tiene que ver con los criterios tradicionales centrados en la naturaleza o el contenido de los derechos. La Constitución española de 1978 no se refiere ni a derechos de libertad, ni de participación ni prestacionales; así como tampoco a los derechos individuales, políticos o sociales, como sí lo hacía, en cierta medida nuestro precedente más inmediato, la CE de 1931 u otras Constituciones europeas –entre otras, la Constitución italiana (1947), de Grecia (1975), de Portugal (1976), de Eslovaquia (1992) o de Polonia (1997). La regla utilizada por el constituyente español ha sido la de las garantías⁶, que la propia Constitución dispone en el Capítulo IV (arts. 53 y 54) de ese mismo Título I. De esta ma-

4 “Los derechos sociales son un instrumento de igualdad, pero, al mismo tiempo, un medio para aplicar las libertades fundamentales y la herramienta de garantía de la dignidad de la persona”. Cita literal de E. CATELANI: “Esquemas constitucionales y legales en Italia: posibilidades de protección y limitación a la garantía de derechos sociales por parte del Estado y de las regiones en situación de crisis económica”, en AAVV, *La reacción formal y sustancial de los derechos frente a la crisis económica*, México: Escuela Libre del Derecho, 2015, p. 168.

5 En “Los derechos fundamentales sociales y la protección de la salud”, *Revista de Derecho Político*, núms. 71-72, 2008, p. 125.

6 Criterio que, para R. SÁNCHEZ FÉRRIZ, evoca una “gradación o evolución de los compromisos políticos de los constituyentes”. De esta manera la autora distinguiría entre ‘Derechos que el Estado reconoce como su propio fundamento’ (Sección primera del Capítulo II del Título I de la CE) a los que dota de un mayor protección; ‘Derechos que el Estado se compromete a proteger’ (Sección segunda del Capítulo II del Título I de la CE) y ‘Derechos que el Estado se compromete a promover’ (Capítulo III del Título I). De esta autora ver: “Por una sistematización del Título I de la Constitución”, en GARCÍA HERRERA, M.A. (Ed.), *Constitución y democracia. 25 años de Constitución democrática en España*. Vol. I. Madrid: CEPC, 2006, p. 212 y 215-216.

nera, los derechos del Capítulo II gozan de un régimen de garantías ordinarias: vinculan a los poderes públicos, se reserva a la ley –que, en todo caso deberá respetar su contenido esencial– la regulación de su ejercicio y en caso de vulneración pueden ser alegados directamente ante la jurisdicción (art. 53.1 de la CE). Dentro de este Capítulo, los derechos de la Sección Primera (arts. 15 a 29 de la CE) tienen reforzadas algunas de estas garantías: la reserva de ley identifica a la ley orgánica (art. 81.1 de la CE) y en su protección jurisdiccional se contempla un procedimiento preferente y sumario en la jurisdicción ordinaria, además de implicar al Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo constitucional (art. 53.2 de la CE). A los derechos del Capítulo III se les confiere un régimen más atenuado que, en última instancia, se traduce en que su protección jurisdiccional sea posible solo cuando exista previamente una ley que los haya desarrollado (art. 53.3. de la CE). Por esta razón, el hecho de que aparezcan derechos sociales en todas estas partes del Título I permite concretar qué protección les dispensa la Constitución, pero no identificar su naturaleza jurídica o su eficacia. Así, derechos como la educación (art. 27 de la CE) o la sindicación y la huelga (art. 28 de la CE) son derechos sociales con garantías reforzadas que se equiparan, en este sentido, a los clásicos derechos de libertad o individuales y políticos. A otros derechos como el derecho al trabajo y a obtener una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia (art. 35 de la CE) o a la negociación colectiva (art. 37 de la CE) se les dota de las garantías ordinarias que también se predicán de otros derechos ‘clásicos’. Y, finalmente, derechos como la salud (art. 43 de la CE), la vivienda (art. 47 de la CE) o al medio ambiente adecuado (art. 45 de la CE), a los que la Constitución relega, nominalmente, a la condición de Principios Rectores de la política social y económica y les reconoce un régimen de protección atenuado en el que priman las garantías normativas.

Y el segundo de los argumentos se deriva del contenido de estos derechos. En muchos casos no constituyen ‘nuevos’ derechos, en sentido estricto, sino más bien, concreciones, premisas o condiciones de ejercicio de otros. Y desde esta perspectiva, los derechos sociales aparecen, en la mayoría de las ocasiones, como una actualización o, en definitiva, un complemento de los tradicionales derechos, en especial, de los de libertad. Pensemos, a modo de ejemplo, en la frágil línea que diferencia el derecho a la vida y el derecho a la salud, en la medida que la ausencia del segundo (en todo lo referido a recibir tratamientos adecuados en caso de enfermedad) puede poner en peligro el primero. Incluso, podemos identificar el derecho a la vivienda como la pre-

misa de la inviolabilidad de domicilio o, en un sentido más general, la educación como una premisa de ejercicio y de respeto del resto de derechos constitucionales. Es ésta precisamente la línea de actuación que está siguiendo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁷, cuya jurisprudencia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la CE, es de un inexcusable valor interpretativo de los derechos constitucionales.

Esta visión interrelacionada de los contenidos de los derechos nos lleva, además, a concebir al individuo, en tanto que titular de los mismos, desde una perspectiva integral o inclusiva: se diluye la gradación del ciudadano en función de la posición que asuma en relación con los poderes públicos. La condición de ciudadanía es plena, como pleno es el disfrute de todos sus derechos en relación con el Estado, sea cual fuere la actitud que se exija de este Estado.

Pero junto con los derechos sociales y las implicaciones que, en el ámbito de los derechos, se derivan de su proclamación constitucional, la importancia de su recepción constitucional radica en el mandato que su formulación asigna a los poderes públicos para hacerlos efectivos. Mandato que implica, en todo caso, una habilitación expresa de actuación pública en los ámbitos en los que vienen proyectados tales derechos. Intervención que la Constitución legitima en todos los sectores, incluso en el económico y que sirve a los propósitos que su mismo Preámbulo acoge de “Garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo” y “Promover el progreso de la [...] de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida”.

Así, según el artículo 9.2 de la CE “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud [...]”. Es habitual que el examen de este precepto se centre en resaltar el mandato que encierra. Sin embargo, a mi juicio, tan importante es el deber que formula como su destinatario. Y en este sentido, el artículo 9.2 de la CE solo alude a los poderes públicos, identificándolos como los únicos sujetos que deben actuarlo. Cuestión que planteo y que retomaré en el siguiente apartado.

7 Sobre esta cuestión me remito a los trabajos de MORTE GÓMEZ, C. y SALINAS ACEGA, S., “Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en EMBID IRUJO, A. (Dir.), *Derechos económicos y sociales*. Madrid: Iustel, 2009, p. 359 y ss. y LÓPEZ GUERRA, L.M., “La protección de derechos económicos y sociales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm. 14, 2011, p. 9 y ss.

Pero también se contempla un conjunto de disposiciones que habilitan a los poderes públicos a intervenir en la economía (Constitución económica). Intervención que viene expresamente prescrita en el artículo 128.2 de la CE que reconoce la iniciativa pública en la actividad económica; y limitada por el principio de estabilidad presupuestaria acogido, tras la reforma constitucional de 2011, en el artículo 135 de la CE.

Una y otras previsiones conectan el papel que está llamado constitucionalmente a desempeñar el Estado en relación con los derechos sociales.

El mandato que establece el artículo 9.2 de la CE muda la concepción histórica que acompañó, en otras épocas, la positivación de estos derechos. Muchos de los derechos sociales constitucionalizados tras la Segunda Guerra Mundial aluden a necesidades sociales presentes ya en otras épocas que reclamaban, para su satisfacción, una acción pública. Y ésta, cuando se acometía, se realizaba desde los postulados asistenciales o de pura beneficencia⁸. De ahí cuando aparecen acogidos en normas legales, el objetivo de las mismas era expresar “una corrección puntual y mínima de las condiciones de vida”⁹. El salto cualitativo que implica su recepción en la norma constitucional reside en que se pierde esa lógica benéfico-asistencial presente en el primer estadio del Estado social, como estado ‘paternalista’ –que era la idea presente en el modelo de *Welfare State* que articuló J.R. MacDonald, primer laborista que preside el Gobierno del Reino Unido para con los desempleados en 1924. La constitucionalización de los derechos sociales pretende el restablecimiento de la igualdad y, con ella, la libertad de todos los ciudadanos, también en el ejercicio del resto de derechos constitucionales. Y éste es el sentido que se infiere del mandato del artículo 9.2 de la CE.

8 Para un análisis histórico pormenorizado ver CARMONA CUENCA, E., *El Estado social de derecho en la Constitución*. Madrid: CES, 2000.

9 M.A. GARCÍA HERRERA pone de manifiesto cómo esta lógica es especialmente patente en el régimen franquista en el que la ausencia de derechos y libertades se ‘contrarrestaba’ con la defensa de los intereses de los trabajadores y de otros sectores sociales más desfavorecidos. Este autor recuerda que el fundamento esta la actuación pública era una “una ideología asistencial de inspiración religiosa que se traduce en un sistema de ayuda a los pobres y marginados, en respuesta a las demandas que provenían del proceso de industrialización y a la atención de ciertas necesidades sociales para compensar la ausencia de libertades”. Ver “Veinticinco años de derechos sociales en la experiencia constitucional española”, nota 2, p. 280 y 296. Igualmente, G. PISARELLO, “Del Estado social legislativo al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales”, *Isonomía*, núm. 15, 2001, p. 82.

Por otra parte, no puede obviarse el hecho de que cuando la Constitución acoge ese conjunto de disposiciones que habilitan al Estado a intervenir en la economía, la condiciona a una serie de finalidades unidas por un propósito común: corregir y reequilibrar las condiciones de vida de los ciudadanos. Así lo pone de manifiesto el mismo reconocimiento de derechos sociales que, en muchas ocasiones, actúan como límites a los derechos de libertad clásicos (p. ej. el derecho a la vivienda con respecto al derecho de la propiedad o los derechos laborales o de los consumidores por lo que se refiere a la libertad de empresa). O, de forma más explícita, también lo evidencian los objetivos de promover “las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica” (art. 40); velar “por la utilización racional de todos los recursos naturales con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida” (art. 45); satisfacer el interés general (art. 128); equiparar el nivel de vida de todos los españoles (art. 130); o “atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución” (art. 131).

III. Eficacia y efectividad de los derechos sociales

La recepción en la Constitución española de un amplio listado de derechos sociales levantó, en su día, todo tipo de precauciones y recelos por parte de buena parte de la doctrina iuspublicista que, desde un primer momento, entendió que, pese a su proclamación constitucional, no estábamos ante verdaderos derechos. Las objeciones realizadas se centraban, de forma muy particular, en los que se acogían en el Capítulo III del Título I de la CE –bajo la rúbrica “Principios rectores de la política social y económica” –, aquéllos a los que podríamos identificar, siguiendo a R. Alexy, como derechos de prestación en sentido estricto¹⁰. Este sector doctrinal crítico entendía que los únicos derechos, en sentido propio, eran los derechos de ‘clásicos’ –de libertad y participación–; mientras que a los de prestación en sentido estricto solo puede

10 Ver *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: CEC, 1993, p. 419 y ss.

atribuírseles el concepto de ‘derechos’ en un sentido metafórico o “por homonimia”¹¹: derechos prometidos o aparentes¹², más que reales. Los argumentos esgrimidos para sustentar esta tesis son diversos¹³, pero tienen un substrato común: son preceptos cuyos enunciados no son inmediatamente exigibles ante la jurisdicción. En definitiva, carecen de eficacia directa: solo una actuación del legislador podía convertirlos en auténticos derechos subjetivos.

Si dejamos a un lado las múltiples cuestiones que centraron la discusión suscitada en torno a estas disposiciones constitucionales –del que da sobrada cuenta la extensa literatura jurídica publicada–, lo cierto es que no puede negarse la vinculación entre estos derechos de prestación en sentido estricto y la ley –objeto del estudio de M. Carrillo en esta misma obra, a cuyas consideraciones me remito.

Precisamente, esta dependencia del legislador hizo que en un primer momento, el debate que suscitaba la eficacia de estos derechos se centrara, casi de forma exclusiva, en el ámbito temporal: esto es, en cuándo el legislador aprobaría las leyes que desarrollaran las previsiones constitucionales. La prevalente condición de norma objetiva de estos derechos de prestación obligaba a dictar una ley de ‘conversión’ de estas expectativas en verdaderos derechos subjetivos, pero éste era un cometido no condicionado a un plazo de tiempo determinado: el legislador podía decidir, en virtud de criterios de mera oportunidad política, el momento de aprobación de estas leyes. Y este problema se agravaba desde el momento en que no había posibilidad, por parte del Tribunal Constitucional, de declarar la inconstitucionalidad por omisión. En efecto, a diferencia del ordenamiento constitucional portugués, el español no contempla ninguna vía procesal que permita al Tribunal Constitucional censurar al legislador en aquellos supuestos en los que “la Constitución

11 Literalmente TRUJILLO, A.J., “Normatividad y vigencia de los derechos sociales”, en GARCÍA HERRERA, M.A. (Ed.), *Constitución y democracia. 25 años de Constitución democrática en España*. Vol. I. Madrid: CEPC, 2006, p. 610.

12 Calificativos que utiliza JIMÉNEZ CAMPO, J., “Artículo 53. Protección de los derechos fundamentales”, en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Vol. IV (Arts. 39 a 55). Madrid: Edersa, 1996, p. 448 y 520.

13 G. PISARELLO agrupa estas tesis ‘críticas’ en cuatro categorías: históricas, normativas, estructurales y de dogmática jurídica. El autor expone los principales argumentos en los que se basan cada una de ellas y los rebate puntualmente. Ver *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta, 2007.

le impone la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y el legislador no lo hace” (STC 24/1982, de 13 de mayo, FJ 3).

Ésta fue, sin embargo, una cuestión que fue perdiendo fuerza a medida que se aprobaron las leyes que desarrollaban y dotaban de eficacia plena a los derechos sociales proclamados en el texto constitucional: leyes de educación (1980 y 1985), de sindicación (1985), el Estatuto de los trabajadores (1980 y 1995 –texto refundido–), Ley general de sanidad (1986), ley general de seguridad social (1994 –texto refundido–), ley de defensa de consumidores (1984 y 2007 –texto refundido–), de patrimonio histórico (1985) y un largo etc.

Desde hace algunos años, y como efecto de la crisis económica, la discusión se ha avivado trasladándose a otro plano: el de la efectividad de estos derechos que ya no es una cuestión de existencia de la norma, sino de dotar de los medios económicos necesarios para su efectivo cumplimiento. Y, en este contexto, vuelve a resurgir con fuerza la tesis, siempre latente, en virtud de la cual se vincula la efectividad de estos derechos a la disposición ilimitada o amplia de recursos económicos por parte del Estado¹⁴. Ésta es, como he señalado una vieja cuestión que, no obstante, se acompaña de una novedad y es que debate actual sobre el coste de estos derechos se ubica en otro mucho más amplio: el de la sostenibilidad económica que ha adquirido una nueva dimensión con la reforma constitucional llevada a cabo en el año 2011 en la que se consagra expresamente en el artículo 135 y con el desarrollo normativo de este precepto por la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

Ciertamente, ni del contenido de la reforma de la Constitución ni de la ley que le da cumplimiento se evidencia una afectación directa a los derechos sociales. En apariencia, todo lo contrario. La propia Ley Orgánica 2/2012, en su Exposición de Motivos, vincula la estabilidad presupuestaria a la garantía del bienestar de los ciudadanos o del propio sistema del bienestar y considera “la salvaguardia de la estabilidad presupuestaria” como “un instrumento indispensable” para garantizar la financiación adecuada del sector público y los servicios públicos de calidad sobre los que descansa este sistema de bienestar.

14 Así, entre otros, CARMONA CUENCA, E. “Derechos sociales de prestación y el derecho a un mínimo vital”, en *Nuevas Políticas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, núm. 2 (Monográfico: “Los derechos sociales”), 2006, p. 177.

Ahora bien, que no se pretenda una incidencia directa, no significa que el ámbito de los derechos sociales y de las prestaciones que su satisfacción requiere no vayan a ser afectados de una forma u otra, como así ha puesto de manifiesto la realidad, especialmente la normativa¹⁵.

Igualmente, la Ley Orgánica 2/2012 identifica dos ejes complementarios en los que fundamentar la estabilidad presupuestaria: la consolidación fiscal –eliminación del déficit público estructural y la reducción de la deuda pública– y las reformas estructurales. Y por lo que respecta a estas últimas, S. Muñoz Machado advertía que “una fuente importante del déficit deriva de que en Es-

15 A modo de ejemplo puede señalarse cómo en el mismo año en el que se aprueba la Ley Orgánica 2/2012 se adoptan, a iniciativa del Gobierno, toda una serie de Decretos-ley –posteriormente convalidados– que inciden directamente en este ámbito: Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, *de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral* (abaratamiento del despido de los trabajadores, incremento de los poderes de dirección del empresario, o la introducción de figuras contractuales precarias); Real Decreto-ley 14/2012, de 20 de abril, *de medidas urgentes de racionalización del gasto público en el ámbito educativo* (afecta al personal docente, al incremento de alumnos por aula, reestructuración y simplificación de las estructuras universitarias, etc.); Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, *de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones* (recorte de las prestaciones sanitarias y las excluye para determinados colectivos de extranjeros); Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, *de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad* (supresión de pagas extras o adicionales al personal al servicio de las administraciones públicas y recorte de los derechos; posibilidad de suspender o modificar los convenios colectivos y acuerdos que afecten al personal laboral, sólo cuando concorra causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas –y, en todo caso, se entenderá que concurre causa grave de interés público cuando las Administraciones Públicas deban adoptar medidas o planes de ajuste, de reequilibrio de las cuentas públicas o de carácter económico financiero para asegurar la estabilidad presupuestaria o la corrección del déficit público– y reducción o supresión de beneficios laborales –se reducen los días de libre disposición; se suprimen los días adicionales por antigüedad tanto en el caso de las vacaciones como en el de los días por asuntos particulares; con la misma finalidad de racionalizar el gasto de personal, se limita el número de días de asuntos particulares y de días adicionales a los de libre disposición que puedan haber establecido las Administraciones Públicas y se adoptan medidas con la misma finalidad en relación con el personal laboral, así como respecto de las vacaciones); Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, *de medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social* (dejar sin efecto la actualización de las pensiones en el ejercicio 2012 y a suspender la revalorización de las pensiones para el ejercicio).

paña están vigentes muchas normas que imponen a las administraciones públicas –estatales, autonómicas o locales- la organización y sostenimiento de servicios públicos de carácter prestacional muy costosos. Las mismas normas consagran derechos de los ciudadanos que pueden ser exigidos por éstos y que también requieren una financiación superior a la disponible, al menos en estos momentos de crisis”. Por esta razón, concluye este mismo autor que “es bastante improbable que los desequilibrios financieros puedan corregirse si no se producen reformas estructurales al mismo tiempo que alivien o disminuyan las referidas cargas prestacionales y reformen los derechos que permitan exigirlos”¹⁶.

Al margen de otras importantes cuestiones, centrándonos en el objeto de este trabajo, lo que, a mi juicio, plantea el contenido de este artículo 135 de la CE y su desarrollo legal no es tanto una limitación de la actuación del Estado, sino un auténtico correctivo que afecta directamente al papel que los poderes públicos están llamados a desempeñar en un Estado social en dos planos muy específicos: en el de la propia definición del modelo de Estado (1); y en el ejercicio de la función normativa del Estado, en especial, proyectándola a un contexto legal muy determinado: el de las leyes de presupuestos (2).

1. La afectación a la definición del modelo de Estado constitucional

El Estado social es un modelo de Estado constitucional. Ahora bien, cabe interrogarnos si esta calificación, además de identificar nuevos objetivos y fines del Estado, lleva aparejada los medios a través de los cuales se alcanzan. Es decir: ¿qué es lo que la Constitución protege con la calificación del Estado como Estado social?

Tradicionalmente se había entendido que la asignación de nuevos fines al Estado garantizaba su satisfacción y efectividad a través de unos determinados medios. Por esta razón, el Estado, al que se dotaba de nuevos fines, debía satisfacerlos directamente, garantizando esa procura existencial, esto es, las prestaciones y servicios básicos indispensables para una existencia digna y adecuada de todas las personas.

Y a tal propósito servía el refuerzo y la ampliación del aparato ejecutivo y administrativo del Estado concebido como Estado interventor en tanto que

16 En *Informe sobre España. Repensar el Estado o destruirlo*. Barcelona: Crítica, 2012, p. 168-169.

Estado prestador en el que los poderes públicos suministran directamente la prestación.

Debe recordarse, además, que la intervención pública que se legitima en ámbitos tradicionalmente relegados a los agentes privados, en especial en la economía, no constituye un fin en sí misma. La Constitución la contempla como un instrumento en manos de los poderes públicos para la consecución de determinados objetivos que son los que califican de social el Estado democrático y de derecho. Objetivos, que, como se ha señalado, en su mayor parte, coinciden con los Principios rectores contenidos en el Capítulo III del Título I u otros muchos propósitos explicitados en la Constitución, que ponen de manifiesto el fin corrector y de reequilibrio de esta intervención pública.

No obstante, hoy en día el Estado social en tanto que Estado interventor está siendo cuestionado en la medida en que se concibe como una de las modalidades posibles de Estado social, pero no la única. La crisis económica ha puesto de relieve la existencia de otras alternativas.

Ésta es una tesis que si bien estaba presente en la literatura jurídica¹⁷, es objeto de especial atención, entre otros, por J. Esteve Pardo¹⁸. Para este autor los fines del Estado son irrenunciables, pero el “programa constitucional” del Estado social “no impone los medios: no se exige en concreto que deba formarse un ingente sector público y un desarrollado aparato administrativo para alcanzar esos objetivos”. Los objetivos y fines del Estado social pueden satisfacerse, como de hecho ya se está realizando, a través de sujetos privados. Se plantea, de esta manera, una conversión del Estado prestador en Estado garante¹⁹.

No se esconde que, en el fondo la lógica que ampara esta tesis es la que encierra el principio de subsidiariedad horizontal. De esta manera, escudándose en la sostenibilidad de los recursos, se reduciría el peso del aparato estatal dando más espacios de libertad a los agentes privados²⁰.

17 Ver, entre otros, CASCAJO CASTRO, J.L., “Derechos sociales”, nota 3, p. 14.

18 En *La nueva relación entre Estado y Sociedad. Aproximación al trasfondo de crisis*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

19 *Ibidem*, en las p. 25-26 y 58 se realiza el planteamiento que desarrolla en la segunda parte de la monografía. En un sentido similar se pronuncia J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, “La cláusula del Estado social de derecho y los derechos fundamentales sociales”, *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 21, 2014, p. 263-290.

20 El principio de abstención de intervención directa, por respeto al principio de autonomía de los sujetos jurídicos privados o públicos adquiere “su significado esencial en la

Ciertamente, la actual crisis económica nos ha hecho replantearnos muchos de los paradigmas en los que se sustentaba la actuación de los poderes públicos. Ahora bien, defender una retirada del Estado hacia la ‘retaguardia’ en el cumplimiento de sus fines no me parece una idea muy sostenible desde la perspectiva constitucional.

En efecto, la asignación de nuevos fines al Estado ha venido acompañada de un incremento del aparato administrativo y burocrático del Estado y de la consiguiente potenciación de sus funciones. Y todo ello ha hecho necesario, al mismo tiempo, el establecimiento de un orden impositivo o fiscal que genere más ingresos para hacer frente al aumento del gasto público que conlleva la directa satisfacción de estos propósitos. Así se deriva del artículo 31 de la CE en virtud del cual no solo se contempla el deber constitucional de todos los ciudadanos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (apartado 1º), también se exige que ese gasto público realice “una asignación equitativa de los recursos públicos” (apartado 2º). De esta manera, indica A. Rodríguez Bereijo, el Estado social se vincula a la idea de “Estado fiscal” en el que “el poder tributario no es sólo una condición necesaria para la garantía de las libertades económicamente relevantes; constituye también un presupuesto irrenunciable del cumplimiento por el Estado del mandato constitucional de establecer un Estado social”²¹.

Lo anterior, pone de manifiesto la incoherencia de que toda esta instrumentalización lo sea para sustentar un aparato público que delegue el cumplimiento de sus cometidos. Por esta razón, no es solo una reforma de estructuras administrativas lo que se está en juego. También de todo el sistema fiscal que ha sido, durante tiempo aceptado y asumido por la sociedad como un instrumento de equilibrio y corrección de las desigualdades económicas de sus miembros.

En todo caso, lo que queda fuera de toda duda, a mi juicio, es que los derechos en el contexto de un Estado social, requieren, en la práctica, de un cierto modelo de organización estatal para poder responder socialmente a los riesgos que originan determinadas circunstancias que pueden generar una

idea de que una sociedad, una organización o una institución de orden superior a otra no deba interferir en la actividad de esta última, inferior a ella [...] sino que debe, más bien, sostenerla en casos de necesidad y ayudarla a coordinar su acción con la de otros componentes sociales en vista del bien común”. Así, FROSINI, T.E., “Subsidiariedad y Constitución”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 115, 2002, p. 7-8.

21 “Disciplina presupuestaria, crisis económica y reforma constitucional”, en *Crisis y Constitución*. Madrid: CEPC, 2015, p. 169.

mayor vulnerabilidad del individuo en las sociedades actuales²² y para cumplir con la irrenunciable obligación de proteger los intereses de los ciudadanos frente a las posibles afectaciones de los poderes privados²³. Y es ésta una exigencia expresa del artículo 9.2 de la CE que, recordemos, no solo encierra un mandato de actuación sino que identifica a los titulares del mismo: los poderes públicos (y no los privados).

La introducción de la lógica económica en la eficacia de los derechos sociales –a través de los conceptos de sostenibilidad y estabilidad presupuestaria– se presenta como la mayor amenaza para el Estado social y para los derechos sociales y, a través de los mismos, para todos los derechos en la medida que no son compartimentos estancos. Todos ellos, como he señalado, constituyen un sistema unitario e interrelacionado en el que el ciudadano se erige como epicentro. Las decisiones políticas exigen priorizar, sobre todo los recursos y el gasto público²⁴. Y en un Estado constitucional las necesidades de las personas deben anteponerse a las exigencias del mercado²⁵. Concretamente, por lo que respecta a los derechos sociales me permitiré hacer un juego de palabras evocando diferentes títulos de trabajos publicados sobre la materia, para afirmar que el problema está en ‘tomarnos en serio’ su reconocimiento constitucional de tal manera que nos permita pasar de un Estado imaginario a un Estado social real haciendo de éste una noción plenamente útil²⁶.

22 CARBONELL, M., “Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas”, *Estudios Constitucionales*, núm. 2, 2008, p. 44-56.

23 PISARELLO, G., “Del Estado social legislativo al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales”, nota 9, p. 95.

24 DE LA QUADRA-SALCEDO, T., “Derecho público tras la crisis económica en el Estado social y democrático: Estado de bienestar y servicios de interés general”, en *Crisis y Constitución*. Madrid: CEPC, 2015, p. 85.

25 Así también TAJADURA TEJADA, J. “La crisis de los derechos sociales en el contexto de la mundialización”, en *Nuevas Políticas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, núm. 2 (Monográfico: “Los derechos sociales”), 2006, p. 127 y ss.

26 Concretamente, se hace referencia a los trabajos de GIANNINI, M.S., “Stato sociale: una nozione inutile”, en *Scritti in onore di Costantino Mortati. Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, Milán: Giuffrè, Vol. I, 1977, p. 139 y ss.; GOMES CANOTILHO, J.J., “Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1, 1988, p. 239 y ss. BARCELLONA, P., *Dallo Stato sociale allo stato immaginario*. Turín: Bollati Boringhieri, 1994.

Por otra parte, y sin pretender entrar en el terreno de la demagogia, debemos tener en cuenta que si la exigencia de prestaciones que reclaman la mayor parte de los derechos sociales lleva aparejada la idea de su coste, no podemos obviar el hecho de que también muchos derechos de libertad clásicos o de participación política requieren también de prestaciones públicas, por lo que también hay derechos clásicos igual de caros. Por esta razón, no creo que esgrimir el coste económico de los derechos sea un argumento constitucional suficiente ni admisible para concluir en su absoluta disponibilidad por el legislador o por las mayorías parlamentarias, ni siquiera en momentos de crisis en los que, con mayor razón, se exige una redistribución de la riqueza y priorización del gasto, pero no la supresión o merma injustificada de sus contenidos²⁷. Por poner un ejemplo: en este mismo año 2015 en Cataluña se han celebrado elecciones municipales y está prevista también la realización de comicios autonómicos y generales. El gasto que provocan unas elecciones para el erario público es importante, pero si además lo multiplicamos por tres en un mismo año coincidiremos en que el coste económico que conlleva el ejercicio del derecho de participación en los asuntos públicos (art. 23 de la CE) adquiere unas dimensiones más que significativas. Y, sin embargo, nadie se cuestiona no realizar estas elecciones por razones económicas. Si así fuera estaríamos atentando a los pilares de los sistemas democráticos en los que se articula en funcionamiento de los estados constitucionales. A la vista de lo anterior ¿por qué no llevar esta misma lógica a los derechos sociales en la medida que su proclamación constitucional define un modelo de Estado?

2. Transformación del rol del legislador: de las leyes sustantivas a las leyes de presupuestos

La cuestión del coste de los derechos, de su efectividad, nos lleva ineludiblemente al papel de la ley de presupuestos. Ciertamente, la existencia de un derecho depende de los de los medios materiales y económicos que acompañan su proclamación. Solo así se asegura la efectividad del mismo. Por tanto, todos los derechos sin excepción, también los derechos clásicos, requieren de las ‘reservas presupuestarias’ suficientes que permitan su efectividad real. En este sentido era especialmente significativa –por cuanto constituía la primera

27 T. DE LA QUADRA-SALCEDO aboga por la aplicación del criterio de la proporcionalidad en estos supuestos y examina su proyección en este ámbito en su reciente trabajo citado *supra*, nota 24, “Derecho público tras la crisis económica en el Estado social y democrático: Estado de bienestar y servicios de interés general”, p. 117-137.

vez que aparecía positivizada en una norma jurídica– la previsión que aparecía en el artículo 22 del proyecto de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha²⁸, como una garantía específica de los derechos que proclamaba dicho proyecto de Estatuto al contemplar que “Los presupuestos de Castilla-La Mancha contendrán partidas presupuestarias suficientes para garantizar el cumplimiento efectivo de los derechos contemplados en este Título”.

Sin entrar a discutir la importancia que asumen estas leyes de presupuestos en el funcionamiento del Estado y de sus fines, lo cierto es que éstas – junto con las denominadas leyes de acompañamiento– están adquiriendo un significativo papel en relación con los derechos sociales en la medida que pueden llegar a dejar sin efecto no sólo su efectividad, sino su propia existencia, por más de que el legislador los haya dotado de desarrollo convirtiéndolos en derechos subjetivos.

El artículo 66 de la CE atribuye a las Cortes Generales –y los Estatutos de Autonomía a los Parlamentos de las Comunidades Autónomas– la función legislativa y la función presupuestaria. En ambos casos, el cometido del Parlamento se cumple adoptando leyes. Pero la significación de unas y otra es muy distinta. Si bien los Presupuestos revisten la forma de ley, su adopción responde al ejercicio combinado de una doble función: de control y de *indirizzo* político y legislativa: el Ejecutivo presenta, en cifras, su programa político de actuación y el Parlamento lo discute y, en su caso, lo aprueba. En todo caso, estas leyes de presupuestos deben contemplar, en mayor o menor medida, las partidas económicas necesarias para el cumplimiento del ordenamiento constitucional vigente. Y desde esta perspectiva no puede negarse que la ley de presupuestos sea la condición necesaria para la ejecución del resto de leyes²⁹. En cambio, la función legislativa proyectada en el ámbito de los derechos de los ciudadanos, adquiere un plus con la existencia del instituto de la reserva de ley por el cual se obliga a que sea el legislador el que desarrolle material y sustantivamente todo lo concerniente al régimen jurídico de estos derechos. En el caso de los derechos sociales, y más concretamente, en los de prestación, la actuación del legislador, como es sabido, se dirige no solo a complementar su reconocimiento constitucional, sino a convertirlos en auténticos derechos subjetivos concretando sus titulares, contenidos, condicio-

28 El citado proyecto fue presentado en el Congreso de los Diputados en abril de 2008 y retirado, antes de concluir su tramitación parlamentaria, en 2010.

29 RODRÍGUEZ BEREIJO, A., “Disciplina presupuestaria, crisis económica y reforma constitucional”, nota 21, p. 159.

nes de ejercicio y límites, haciendo posible, de esta manera, su tutela jurisdiccional. En este contexto, la eficacia del derecho requiere de la ley ordinaria y es ésta la que, una vez aprobada, obliga a disponer de cuantos medios sean necesarios para garantizar sus previsiones. Mandato que deberá satisfacerse, necesariamente, a través de la ley de presupuestos. Ésta, recuerda A. Rodríguez Bereijo –evocando la jurisprudencia constitucional– “no puede constituir un obstáculo ni un límite jurídico al cumplimiento por el Estado de sus obligaciones legales o válidamente contraídas [...] dejando sin contenido un derecho que la Constitución reconoce y garantiza”³⁰.

En la actualidad, asistimos a una inversión de estos roles. Lo decisivo ya no es lo que disponga el legislador en relación con el contenido de un derecho y las posibilidades de exigibilidad del mismo, sino la dotación económica que se habilite vía presupuestos generales. Ya no es necesario reformar las leyes que desarrollan los derechos sociales, sino que basta que el ejecutivo no asigne recursos, para mermar o privar de eficacia a estos derechos y, en consecuencia, a la voluntad del legislador³¹.

Igualmente, en un plano puramente teórico se traslada el tradicional debate, de origen alemán³², sobre la no regresividad de los logros o de las conquistas sociales³³ –que es objeto de análisis en esta misma obra por E. Montoya-, a un nuevo plano: el de la resiliencia³⁴. Así, mientras la no regresividad afecta a los derechos sociales de prestación desde una perspectiva material, en la medida que es el legislador sustantivo el que dispone sobre el alcance

30 *Ibid.*, p. 173.

31 Para J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, la falta de presupuesto o de disponibilidad presupuestaria razonable conllevaría “no solo la violación de la cláusula Estado social, sino el fracaso del mismo Estado, que, en lugar de defensor y promotor de la dignidad humana, se convertiría en uno de sus principales enemigos; en “La cláusula del Estado social de derecho y los derechos fundamentales sociales”, nota 19, p. 273 y 277.

32 Del que se hace eco PAREJO ALFONSO, L., *Estado social y Administración Pública*. Madrid: Civitas, 1983.

33 El tema de la irreversibilidad de las conquistas sociales ha sido objeto de numerosos estudios en la literatura jurídica española. Ver, por todos, el más reciente estudio de PONCE SOLÉ, J., *El derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*. Madrid: INAP, 2013.

34 Sobre esta cuestión ver el estudio anteriormente citado de J. PONCE SOLÉ, p. 53 y ss. y DE LA QUADRA-SALCEDO, T., “Derecho público tras la crisis económica en el Estado social y democrático: Estado de bienestar y servicios de interés general”, nota 24, p. 79 y 139-140.

de la eficacia del derecho; el de la resiliencia nos sitúa en el contexto de la eficacia: que si bien puede verse mermada por factores económicos garantiza que estos derechos, como indica T. De la Quadra-Salcedo, puedan volver a su alcance y forma anterior una vez que estos factores disminuyan o desaparezcan³⁵. Ciertamente, ésta constituye una variante ‘pacificadora’ del debate en la que preservando el papel del legislador sustantivo, ofrece una justificación, pretendidamente constitucional, a las limitaciones que se imponen a sus decisiones tomando el atajo de obviar la discusión parlamentaria sobre el fondo. La decisión de recortar contenidos o prestaciones de los derechos debe venir presidida por una discusión –a través de las distintas fases del procedimiento legislativo ordinario que derivan en la aprobación de una ley– entre todas las fuerzas políticas con representación parlamentaria que puede garantizar que sus posiciones sean conocidas por la ciudadanía. Y sinceramente creo que ni el objeto de la ley de presupuestos, ni las restricciones procedimentales a las que se somete su tramitación –en cuanto a su iniciativa, la limitación de la capacidad de enmienda con la intervención predominante del Gobierno o el tiempo en el que debe ser tramitada– cumplen con las exigencias que implica la afectación de estas magnitudes de los derechos sociales de prestación.

IV. La posición del Tribunal Constitucional a la luz de los recientes pronunciamientos

En relación con los derechos sociales de prestación, no puede afirmarse que el Tribunal Constitucional español haya mantenido una posición muy garantista. Sin entrar en detalles, podría concluirse que lo que ha caracterizado su actitud es un firme propósito de autocontención que le ha llevado, con carácter general, a avalar las medidas adoptadas por el legislador en el ejercicio de su amplio margen de discrecionalidad y valoración. Han sido muy pocas, y puntuales, las ocasiones, en las que el Tribunal ha censurado la actuación del legislador declarando su inconstitucionalidad³⁶ por vulneración de algunos de los preceptos del Capítulo III del Título I.

35 *Ibidem*, p. 140.

36 Para un análisis más detallado sobre la jurisprudencia constitucional me remito a los estudios de PÉREZ ROYO, J., “La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado social”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 10, 1984, p. 157 y ss.; APARICIO PÉREZ, M.A., “El Estado social en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en CÁMARA VILLAR, G. y CANO BUESO, J. (Eds. y Coords.), *Estudios sobre el Estado social*. Madrid: Tecnos, 1993, p. 47 y ss. o los más recientes de TENORIO SÁNCHEZ,

Ésta es, igualmente, la posición que está manteniendo en algunos de sus últimos pronunciamientos, en especial, los contenidos en las SSTC 49/2015, de 5 de marzo y 84/2015, de 30 de abril.

En esta última, se resolvía un recurso de inconstitucionalidad planteado contra una ley de acompañamiento de los presupuestos de la Comunidad Autónoma de Madrid en la que se introducían reformas a la ley de ordenación sanitaria de esa Comunidad Autónoma, permitiendo la adjudicación a terceros de la gestión de servicios de asistencia especializada que venían prestándose en algunos hospitales públicos. En ella el Tribunal Constitucional viene a culminar su ya consolidada doctrina sobre el régimen público de la seguridad social al que hace referencia el artículo 41 de la CE, admitiendo su absoluta compatibilidad con modalidades de gestión privada de las prestaciones. El Tribunal afirma que “[...] el art. 41 CE no exige que el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social requiera necesariamente y en todo caso un sistema de gestión pública directa. [...] el rasgo principal de la garantía institucional del sistema de Seguridad Social, el carácter público del mencionado sistema –correlato de la consideración de la protección de los ciudadanos ante situaciones de necesidad como una función del Estado–, ha de apreciarse en relación con la estructura y el régimen del sistema en su conjunto [...] sin hacerlos encajar indebidamente en los moldes que en un determinado momento proporciona la ley ordinaria, tratando de descartar que pueda haber otros posibles. Lo que significa que ese carácter público del sistema de Seguridad Social no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privadas, de importancia relativa en el conjunto de la acción protectora de aquél” (STC 84/2015, FJ 7a). Se asume, por tanto este cambio de concepción, al que se aludía en líneas precedentes, en el que el Estado va desprendiéndose de sus medios de intervención, ocupando, por voluntad propia, un papel más subsidiario y garante, en todo caso.

En la segunda de las resoluciones citadas, la contenida en la STC 49/2015 tenía como objeto el recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de un Real Decreto Ley aprobado por el Gobierno de la Nación en marzo de 2012 que dejaban sin efecto para ese mismo ejercicio de 2012, la

P.J., “El Tribunal Constitucional, la cláusula del estado social, los derechos sociales y el derecho a un mínimo vital digno”, en *Derechos sociales y principios rectores: Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 257 y ss. y DÍAZ CREGO, M., “Derechos sociales y amparo constitucional”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 94, 2012, p. 17 y ss.

actualización de pensiones³⁷. Su relevancia en el tema que ocupa este trabajo es doble. Por una parte, el Tribunal se decanta por la tesis de la reversibilidad de las prestaciones al confirmar la constitucionalidad de la no actualización de las pensiones prevista, con carácter anual, en la Ley general de la Seguridad social, admitiendo como causa objetiva razonable “el elevado déficit del sistema de la seguridad social durante el ejercicio de 2012” alegado por el Gobierno de la Nación. De esta manera, avala el amplio margen del legislador para determinar y apreciar la existencia de las situaciones de necesidad a las que se refiere el artículo 50 de la CE “teniendo en cuenta el contexto general en que se produzcan, y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales”, permitiendo, que determine el nivel y las condiciones de dichas prestaciones o, incluso, su modificación para adaptarlas a las necesidades del momento (FJ 5).

Y vinculado con esta argumentación, el segundo aspecto más destacable de esta sentencia es la novedad que supone la concepción que defiende el Tribunal sobre la función que cumple, en este ámbito, la Ley de presupuestos –a la que se remiten las disposiciones a las que hace referencia el art. 2.1 del Real Decreto Ley impugnado para determinar los márgenes de actualización y revalorización de las pensiones. A juicio del Tribunal, esta remisión a la Ley de presupuestos generales del Estado “no es [...] una mera remisión a los efectos de que esta Ley habilite la correspondiente partida del gasto presupuestario, sino que supone el reconocimiento al legislador de un margen de discrecionalidad a la hora de concretar la eventual actualización de la revalorización en función de las circunstancias económicas y sociales en cada momento existentes, todo ello con la finalidad de asegurar la suficiencia y solvencia del sistema de Seguridad Social”. De este modo, para el Tribunal, “el legislador no ha hecho sino reconocer que la actualización de la revalorización de las pensiones efectuada al principio del ejercicio pueda ser modulada por la Ley de presupuestos generales del Estado en función de las circunstancias socioeconómicas concurrentes y, por ello, habilita a la Ley de presupuestos para que decida cuál es el alcance de la actualización”. Expresado en estos términos el Tribunal no sólo reduce a la naturaleza de meras expectativas el

37 Para un comentario más detallado de esta sentencia ver el comentario que realicé a la misma “Tribunal Constitucional y revalorización de las pensiones. La STC 49/2015, de 5 de marzo: un pronunciamiento con más sombras que luces”, publicado en el blog de la *Revista Catalana de Dret Públic*, el 30 de junio de 2015. Disponible en <http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eapc-rcdp/page/1/?s=exp%C3%B3sito+STC+49&x=0&y=0>.

derecho establecido por la ley, sino que esta premisa le sirve para atribuir una nueva función a la ley de presupuestos generales: la de convertir lo que él mismo considera como “simples expectativas de derechos” en “derechos adquiridos”, mandato que, hasta ahora se entendía que la Constitución reservaba al legislador sustantivo.

El Voto Particular de la citada STC 49/2015, se muestra especialmente crítico al reflejar que “el razonamiento aprestado por la Sentencia para fundamentar el fallo desestimatorio del recurso puede desplegar unos efectos devastadores para la adquisición de derechos de las personas [...] frente a las instituciones sometidas en su actuación a las leyes de presupuestos [...] Estos potenciales efectos traen causa en el valor jurídico conferido a las remisiones de leyes sustantivas a la legislación presupuestaria [...] Quede ahí constancia del riesgo que lleva en sus genes esta Sentencia; y también de nuestra intensa inquietud ante la eventual concreción de este riesgo”.

V. Una breve reflexión final

Es difícil adoptar una posición concluyente sobre el tema que ha ocupado este trabajo y, mucho más, aportar soluciones al problema que supone equilibrar los recursos económicos de un Estado, en tiempos de crisis, y el gasto público que comportan las prestaciones dirigidas a satisfacer la efectividad de determinados derechos. No obstante, en esta operación, sea cual fuere el resultado, debe partirse de unas premisas que son las que establece la propia Constitución, en tanto que norma superior y suprema del ordenamiento jurídico del Estado que vincula a todos los poderes públicos.

Y en este sentido no me parece superfluo recordar que el Estado social es un modelo constitucional de Estado y no un modelo de Estado legal o de mera legalidad. La eficacia, exigibilidad y efectividad de los derechos sociales se realiza desde el más alto nivel normativo: el constitucional. El hecho de que el constituyente los haya situado en diferentes partes del Título Primero puede afectar a su régimen de garantías y exigibilidad, pero no merma un ápice su normatividad. Los poderes públicos están obligados a respetarlos y, en el ejercicio de sus funciones, a hacerlos efectivos. Ésta es una afirmación que cobra un especial significado en tiempos de crisis puesto que es, si cabe, más necesaria la implicación del Estado en la satisfacción de la ‘procura existencial’ de los ciudadanos que son los directamente afectados por sus consecuencias. Si se vacían los derechos sociales a partir de la no actuación de las políticas públicas que requieren ¿de qué sirve la intervención del Estado en determinados ámbitos que prescribe la Constitución? Retrocederíamos a

otras épocas históricas en las que en el marco de un Estado liberal consolidado, se aplicaban los correctivos del principio democrático, en virtud del cual correspondería a las mayorías políticas resultantes de unas elecciones la potestad discrecional de actuar.

Si así fuera, no solo se afectaría a los derechos, también a la normatividad de la Constitución, dejando sin eficacia a una buena parte de sus disposiciones. Y siendo éste el riesgo, el Tribunal Constitucional debería adoptar una posición más activa que sin llegar a sustituir la voluntad del legislador, pudiera censurarla en casos de excesos recurriendo, como ha hecho en otras ocasiones a pronunciamientos de inconstitucionalidad que, sin llevar aparejada la nulidad de la norma, ofrecieran a este legislador la posibilidad de ajustar su actuación a las prescripciones constitucionales.

Y éste es, precisamente, el llamamiento que subyace en el Voto Particular a la STC 49/2015 con cuyas afirmaciones he iniciado y he finalizado este trabajo. No puedo estar más de acuerdo con las mismas.

Freizügigkeit und soziale Rechte nicht erwerbstätiger Unionsbürger

Prof. Dr. *Siegfried Magiera*

I.	Einleitung	44
II.	Freizügigkeit als Ziel der europäischen Integration	44
III.	Wirtschaftliche und allgemeine Freizügigkeit	45
IV.	Beschränkungen der Freizügigkeit	46
V.	Freizügigkeit nicht erwerbstätiger Unionsbürger	48
	1. Arbeitssuchende	48
	2. Studierende	49
	3. Sozialhilfebedürftige	50
VI.	Ergebnis	52

I. Einleitung

Die Freizügigkeit von Personen ist – neben der Freizügigkeit von Waren, Dienstleistungen und Kapital – einer der vier Grundpfeiler der europäischen Integration.¹ In letzter Zeit sind ihr Wert und ihre Entwicklung jedoch auf erhebliche Schwierigkeiten gestoßen. Diese lassen sich zurückführen auf die Inanspruchnahme grenzüberschreitender Sozialleistungen durch Unionsbürger und finden ihren Ausdruck in dem Schlagwort von einem „Sozialtourismus“ in der Union.²

In Deutschland war dies Anlass zur Erstellung eines von der Bundesregierung im August 2014 verabschiedeten umfassenden Berichts zur tatsächlichen, wenn auch weit weniger dramatischen Lage auf diesem Gebiet.³ Auch die Europäischen Institutionen sehen insoweit erheblichen Handlungsbedarf. So soll das Programm „Europa für Bürgerinnen und Bürger“ im Zeitraum 2014-2020 mit einem Finanzbeitrag von rund 185 Millionen Euro die Unionsbürgerschaft fördern und den Informationsstand der Bürger über die Union, ihre Geschichte und ihre Vielfalt verbessern.⁴

II. Freizügigkeit als Ziel der europäischen Integration

Freizügigkeit als Bewegungs- und Aufenthaltsfreiheit der Angehörigen der Mitgliedstaaten in der gesamten Europäischen Union gehörte von Anfang an zu den Zielen der europäischen Integration. Sie beschränkte sich zunächst

-
- 1 Der folgende Beitrag schließt an frühere Veröffentlichungen des Verfassers an; zuletzt *Siegfried Magiera*, Freizügigkeit und ihre Grenzen in der Europäischen Union, in: Christian Calliess/Wolfgang Kahl/Kirsten Schmalenbach (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit, Freiheit und soziale Rechte in der Europäischen Union – Deidesheimer Kolloquium 2012 zu Ehren von Detlef Merten, 2014, S. 161 ff., *ders.*, Die soziale Dimension der Freizügigkeit in der Europäischen Union, in: Manfred Baldus/Friedemann Kainer/Cordula Stumpf (Hrsg.), Festschrift für Peter-Christian Müller-Graff, 2015, S. 1427 ff.
 - 2 Näher dazu *Kay Hailbronner*, EU-Freizügigkeit für nicht erwerbstätige Unionsbürger?, JZ 2014, 869 ff.; *Thorsten Kingreen*, Migration und Sozialleistungen, BayVBl. 2014, 289 ff.; *Daniel Thym*, Sozialleistungen für und Aufenthalt von nichterwerbstätigen Unionsbürgern, NZS 2014, 81 ff.
 - 3 Bundestags-Drucksache 18/2470, S. 5, 59, 63.
 - 4 VO (EU) Nr. 390/2014 des Rates v. 14.4.2014 über das Programm „Europa für Bürgerinnen und Bürger“ für den Zeitraum 2014-2020, ABl. 2014 L 115/3; vgl. auch Kommission, Freizügigkeit der EU-Bürger und ihrer Familien: fünf grundlegende Maßnahmen, COM(2013) 837.

auf die wirtschaftliche Freizügigkeit der Arbeitnehmer, der selbständig Erwerbstätigen und der Beteiligten am Dienstleistungsverkehr.⁵ Zur Einführung einer darüber hinausgehenden allgemeinen Freizügigkeit kam es 1990 durch drei Richtlinien – für aus dem Erwerbsleben ausgeschiedene Personen, für Studierende und für sonstige nicht wirtschaftlich tätige Personen.⁶

Seit dem Vertrag von Maastricht von 1992⁷ und nunmehr zusätzlich durch die Charta der Grundrechte⁸ gewährleistet auch das Primärrecht den Unionsbürgern das Recht, sich ohne wirtschaftliche Betätigung im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, jedoch nur vorbehaltlich der im Unionsrecht vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen. Einzelheiten dazu sind nunmehr in der zusammenfassenden Freizügigkeits-Richtlinie von 2004 festgelegt.⁹

III. Wirtschaftliche und allgemeine Freizügigkeit

Die wirtschaftliche Freizügigkeit gewährleistet den Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten die grundsätzliche Gleichbehandlung mit den Erwerbstätigen in den jeweils anderen Mitgliedstaaten. Sie erstreckt sich auch auf die

5 „Die Freizügigkeit, der freie Dienstleistungs- und Kapitalverkehr“ (Überschrift von Titel III des Zweiten Teils EWG-Vertrag).

6 Richtlinien 90/364/EWG, 90/365/EWG und 90/366/EWG des Rates v. 28.6.1990 über das Aufenthaltsrecht, über das Aufenthaltsrecht der aus dem Erwerbsleben ausgeschiedenen Arbeitnehmer und selbständig Erwerbstätigen sowie über das Aufenthaltsrecht der Studenten, ABl. 1990 L 180/26, 28 und 30; die Richtlinie 90/366/EWG wurde infolge ihrer umstrittenen Rechtsgrundlage nach einer Entscheidung des Gerichtshofs (EuGH, Rs. C-295/90 [Parlament/Rat], Slg. 1992, I-4193) ersetzt durch die Richtlinie 93/96/EWG des Rates v. 29.10.1993 über das Aufenthaltsrecht der Studenten, ABl. 1993 L 317/59.

7 Art. 8a, später Art. 18 EGV, nunmehr Art. 21 AEUV.

8 Art. 45 und 52 EU-Grundrechtecharta, Art. 6 Abs. 1 EUV.

9 Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 29.4.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG [betreffend die wirtschaftsbezogene Freizügigkeit], 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG [betreffend die allgemeine Freizügigkeit], ABl. 2004 L 158/77, in der berichtigten Fassung, ABl. 2004 L 229/35.

Inanspruchnahme von steuerlichen und sozialen Vergünstigungen.¹⁰ Zu den steuerlichen Vergünstigungen gehören u.a. die Abzugsfähigkeit von Ausgaben, Steuerrückerstattungen und das Ehegattensplitting.¹¹ Unter die sozialen Vergünstigungen fallen Geld- und Sachleistungen, wie Familien- und Ausbildungsbeihilfen, Erziehungsgeld sowie Hilfen zum Lebensunterhalt.¹²

Auch die allgemeine Freizügigkeit gewährleistet den Unionsbürgern grundsätzlich Gleichbehandlung mit den Staatsangehörigen des Aufnahmemitgliedstaats.¹³ Dementsprechend können den allgemein Freizügigkeitsberechtigten im Aufnahmemitgliedstaat vielfältige Ansprüche auf Gleichbehandlung immaterieller wie materieller Art zustehen, etwa im Hinblick auf Erziehungsgeld, Studienbeihilfen oder sonstige soziale Leistungen.¹⁴

IV. Beschränkungen der Freizügigkeit

Die wirtschaftliche und die allgemeine Freizügigkeit unterliegen jedoch auch Beschränkungen. Eine grundsätzliche Beschränkung folgt aus dem Ziel der

10 Vgl. Präambel Abs. 6, Art. 7 Abs. 2 VO (EU) Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 5.4.2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union, ABl. 2011 L 141/1; ferner für selbständig Erwerbstätige EuGH, Rs. C-55/94 (Gebhard), Slg. 1995, I-4165 Rn. 25; EuGH, Rs. C-3/95 (Broede), Slg. 1996, I-6511 Rn. 20; für am Dienstleistungsverkehr Beteiligte EuGH, Rs. 286/82 u.a. (Luisi und Carbone), Slg. 1984, 377 Rn. 16; EuGH, Rs. C-158/96 (Kohll), Slg. 1998, I-1931 Rn. 54; EuGH, Rs. C-385/99 (Müller-Fauré), Slg. 2003, I-4509 Rn. 38 ff.

11 EuGH, Rs. C-204/90 (Bachmann), Slg. 1992, I-249 Rn. 8 ff.; EuGH, Rs. C-279/93 (Schumacker), Slg. 1995, I-225 Rn. 59; EuGH, Rs. C-87/99 (Zurstrassen), Slg. 2000, I-3337 Rn. 26; EuGH, Rs. C-76/05 (Schwarz), Slg. 2007, I-6849 Rn. 64; EuGH, Rs. C-527/06 (Renneberg), Slg. 2008, I-7735 Rn. 43 ff.

12 EuGH, Rs. 32/75 (Cristini), Slg. 1975, 1085 Rn. 10/13; EuGH, Rs. C-3/90 (Bernini), Slg. 1992, I-1071 Rn. 29; EuGH, Rs. 316/85 (Lebon), Slg. 1987, 2811 Rn. 12; EuGH, Rs. C-212/05 (Hartmann), Slg. 2007, I-6303, Rn. 22 ff.

13 EuGH, Rs. C-84/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193 Rn. 31 f.; EuGH, Rs. C-403/03 (Schempp), Slg. 2005, I-6421 Rn. 15; EuGH, Rs. C-544/07 (Rüffler), Slg. 2009, I-3389 Rn. 62.

14 EuGH, Rs. C-85/96 (Martínez Sala), Slg. 1998, I-2691 Rn. 57 (Erziehungsgeld); EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193 Rn. 46 (Sozialhilfe); EuGH, Rs. C-148/02 (Garcia Avello), Slg. 2003, I-11613 Rn. 45 (Familiennamen); EuGH, Rs. C-209/03 (Bidar), Slg. 2005, I-2119 Rn. 30 ff. (Studienbeihilfe); EuGH, Rs. C-152/05 (Kommission/Deutschland), Slg. 2008, I-39 Rn. 14 ff. (Eigenheimzulage); EuGH, Rs. C-353/06 (Grunkin und Paul), Slg. 2008, I-7639 Rn. 21 ff. (Nachname); EuGH, Rs. C-75/11 (Kommission/Österreich), Urt. v. 4.10.2012 Rn. 36 ff. (Fahrpreisermäßigung).

mit der Freizügigkeit verbundenen Rechte, nämlich die Hindernisse für den grenzüberschreitenden Personenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten zu beseitigen.¹⁵ Dementsprechend erfasst der Anwendungsbereich der Freizügigkeitsrechte nicht rein innerstaatliche Sachverhalte.¹⁶ Grundsätzlich muss ein Unionsbürger deshalb von seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht haben, um in den Genuss der damit verbundenen Rechte zu kommen.¹⁷ Ausnahmsweise ist dies dann nicht erforderlich, wenn dem Unionsbürger der Kernbestand seines Statusrechts verloren ginge. Dies wäre etwa der Fall, wenn er aufgrund der staatlichen Maßnahme faktisch gezwungen würde, nicht nur das Gebiet seines eigenen Mitgliedstaats, sondern das der ganzen Union zu verlassen.¹⁸

Darüber hinaus enthält das Unionsrecht im Bereich der wirtschaftlichen Freizügigkeit Beschränkungen für die Beschäftigung von Arbeitnehmern in der öffentlichen Verwaltung sowie für selbständig Erwerbstätige und im Dienstleistungsverkehr bei der Ausübung öffentlicher Gewalt.¹⁹ Zulässig bleiben ferner Beschränkungen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind.²⁰

Die allgemeine Freizügigkeit gilt nur vorbehaltlich der im Vertragsrecht und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen.²¹ Neben Einschränkungen zum Schutz der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit, wie sie auch für die wirtschaftliche Freizügigkeit gelten, gehören dazu die Erfordernisse einer umfassenden Kranken-

15 Art. 3 Abs. 2 EUV; Art. 26 Abs. 2, Art. 67 Abs. 2 AEUV.

16 EuGH, Rs. 175/78 (Saunders), Slg. 1979, 1129 Rn. 11; EuGH, Rs. C-332/90 (Steen), Slg. 1992, I-341 Rn. 9; EuGH, Rs. C-212/06 (Gouvernement de la Communauté française und Gouvernement wallon), Slg. 2008, I-1683 Rn. 33; EuGH, Rs. C-434/09 (McCarthy), Slg. 2011, I-3375 Rn. 45; Rs. C-256/11 (Dereci u.a.), Slg. 2011, I-11315 Rn. 60.

17 Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 2004/38 (Fn. 9); EuGH, Rs. C-34/09 (Ruiz Zambrano), Slg. 2011, I-1177 Rn. 39; EuGH, Rs. C-434/09 (McCarthy), Slg. 2011, I-3375 Rn. 30 ff.; EuGH, Rs. C-256/11 (Dereci u.a.), Slg. 2011, I-11315 Rn. 54.

18 EuGH, Rs. C-34/09 (Ruiz Zambrano), Slg. 2011, I-1177 Rn. 43 f.

19 Art. 45 Abs. 4, Art. 51, Art. 62 AEUV.

20 Art. 45 Abs. 3, Art. 52, Art. 62 AEUV.

21 Art. 21 Abs. 1 AEUV.

versicherung und ausreichender Existenzmittel, deren Höhe eine Inanspruchnahme von Sozialleistungen des Aufnahmemitgliedstaats grundsätzlich ausschließt.²²

Die zusätzlichen Erfordernisse sollen sicherstellen, dass die allgemein Freizügigkeitsberechtigten die öffentlichen Finanzen des Aufnahmemitgliedstaats nicht über Gebühr belasten.²³ Bei den wirtschaftlich Freizügigkeitsberechtigten erscheint dies dadurch gewährleistet, dass sie die für ihren Lebensunterhalt und ihren Gesundheitsschutz erforderlichen Mittel aus ihrer Erwerbstätigkeit erzielen.²⁴

V. Freizügigkeit nicht erwerbstätiger Unionsbürger

Besonderheiten bestehen für arbeitssuchende, für studierende und für sozialhilfebedürftige Unionsbürger.

1. Arbeitssuchende

Arbeitssuchende, die sich erstmals²⁵ in einen anderen Mitgliedstaat begeben, hatten dort zunächst nur ein vertragliches Recht auf Gleichbehandlung im Hinblick auf den Zugang zur Beschäftigung.²⁶ Aufgrund ihrer Unionsbürgerschaft gilt dies nunmehr auch im Hinblick auf finanzielle Leistungen, die ihnen den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen. Voraussetzung dafür ist, dass zwischen ihnen und dem Arbeitsmarkt in dem Aufnahmemitgliedstaat eine tatsächliche Verbindung, etwa durch Wohnsitznahme, besteht.²⁷

22 Art. 7 Abs. 1 lit. b und c, Art. 14, Art. 24 Abs. 2, Art. 27 ff. Richtlinie 2004/38/EG (Fn. 9).

23 Erwägungsgründe 10 und 16 Richtlinie 2004/38/EG (Fn. 9).

24 EuGH, Rs. C-456/02 (Trojani), Schlussanträge GA Geelhoed, Slg. 2004, I-7573 Nr. 9 ff.; EuGH, Rs. C-379/11 (Caves Krier), Urt. v. 13.12.2012 Rn. 53.

25 Günstiger gestellt sind Arbeitssuchende, die in dem Aufnahmemitgliedstaat schon als Arbeitnehmer tätig gewesen sind; vgl. Art. 7 Abs. 3 Richtlinie 2004/38 (Fn. 9); näher dazu EuGH, Rs. C-67/14 (Alimanovic), Urt. v. 15.9.2015 Rn. 52 ff.; ebd., Schlussanträge GA Wathelet v. 26.3.2015 Nr. 99 ff.

26 EuGH, Rs. C-292/89 (Antonissen), Slg. 1991, I-745 Rn. 13 ff.; EuGH, Rs. C-171/91 (Tsiotras), Slg. 1993, I-2925 Rn. 8 ff.; EuGH, Rs. C-344/95 (Kommission/Belgien), Slg. 1997, I-1035 Rn. 15 ff.

27 EuGH, Rs. C-138/02 (Collins), Slg. 2004, I-2703 Rn. 63 ff.; EuGH, Rs. C-258/04 (Ioannidis), Slg. 2005, I-8275 Rn. 22 ff.; EuGH, Rs. C-367/11 (Prete), Urt. v. 25.10.2012 Rn.

Nach der Freizügigkeits-Richtlinie von 2004 ist der Aufnahmemitgliedstaat jedoch nicht verpflichtet, Arbeitssuchenden vor Erwerb eines Daueraufenthaltsrechts Sozialhilfe zu gewähren.²⁸ Bei vertragsrechtskonformer Auslegung muss die Bestimmung dahin verstanden werden, dass sich dieser Ausschluss nicht auf finanzielle Leistungen bezieht, die den Arbeitssuchenden den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen.²⁹ Dazu gehören jedoch nicht „besondere beitragsunabhängige Geldleistungen“ gemäß Art. 70 der sozialrechtlichen Koordinierungs-Verordnung von 2004.³⁰

2. Studierende

Studierende, die sich zur Studienaufnahme in einen anderen Mitgliedstaat begeben, hatten dort zunächst lediglich einen Anspruch auf gleichberechtigten Zugang zum Studium.³¹ Aufgrund ihrer Unionsbürgerschaft haben sie im Aufnahmemitgliedstaat nunmehr auch einen vertragsrechtlichen Anspruch auf Gleichbehandlung bei der Stipendienvergabe. Sie müssen sich dort allerdings im Rahmen ihrer allgemeinen Freizügigkeit für eine gewisse Zeit aufhalten und zu einem gewissen Grad in die Gesellschaft integriert haben.³²

Demgegenüber sind die Mitgliedstaaten nach der Freizügigkeits-Richtlinie von 2004 nicht verpflichtet, Studierenden aus anderen Mitgliedstaaten

21 ff.; EuGH, Rs. C-299/14 (García-Nieto u.a.), Schlussanträge GA Wathelet v. 4.6.2015 Nr. 81 ff.

28 Art. 24 Abs. 2 Richtlinie 2004/38 (Fn. 9); EuGH, Rs. C-67/14 (Alimanovic), Schlussanträge GA Wathelet v. 26.3.2015 Nr. 73 ff., 94 ff.

29 Vgl. EuGH, Rs. C-22/08 (Vatsouras u.a.), Slg. 2009, I-4585 Rn. 33 ff., und dazu Schlussanträge GA Jarabo-Ruiz Colomer, ebd., Nr. 44 ff.; EuGH, Rs. C-67/14 (Alimanovic), Schlussanträge GA Wathelet v. 26.3.2015 Nr. 59 f.

30 Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 29.4.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. 2004 L 200/1; vgl. dazu EuGH, Rs. C-67/14 (Alimanovic), Urt. v. 15.9.2015 Rn. 43.

31 EuGH, Rs. 293/83 (Gravier), Slg. 1985, 593 Rn. 25 f.; EuGH, Rs. C-147/03 (Kommission/Belgien), Slg. 2005, I-5969 Rn. 31 ff.; EuGH, Rs. C-73/08 (Bressol u.a.), Slg. 2010, I-2735 Rn. 30 ff.

32 EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193 Rn. 34 ff.; EuGH, Rs. C-209/03 (Bidar), Slg. 2005, I-2119 Rn. 44 ff., 56 ff.

Studienbeihilfen zu gewähren, bevor sie das Recht auf Daueraufenthalt erworben haben, d.h. erst nach einem fünfjährigen Mindestaufenthalt.³³ Das Vertragsrecht lässt Ausführungsvorschriften jedoch nur zur Erleichterung der allgemeinen Freizügigkeit zu.³⁴ Deshalb ist die betreffende Bestimmung der Freizügigkeits-Richtlinie im Hinblick auf Studierende, die sich in die Gesellschaft des Aufnahmemitgliedstaats hinreichend integriert haben, nicht dahin zu verstehen, dass die für den Daueraufenthalt erforderliche Mindestfrist von fünf Jahren den ausschließlichen Maßstab für das Integrationserfordernis bildet.³⁵ Vielmehr ist der erforderliche Grad der Verbundenheit mit dem Aufnahmemitgliedstaat auch anhand anderer geeigneter Merkmale, wie etwa Schulbesuch oder Sprachkenntnisse, festzustellen.³⁶

3. Sozialhilfebedürftige

Besondere Probleme ergeben sich, wenn Unionsbürger ihr Recht auf Freizügigkeit wahrnehmen, aber mangels ausreichender Mittel auf Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats angewiesen sind. Darunter sind im Rahmen der Freizügigkeits-Richtlinie von 2004 öffentliche Hilfeleistungen zu verstehen, die jemand wegen unzureichender Existenzmittel im Aufnahmemitgliedstaat in Anspruch nimmt und dadurch dessen Finanzen mit Auswirkungen auf das gesamte Beihilfenniveau belastet.³⁷ Die Freizügigkeits-Richtlinie unterscheidet insoweit zwischen einer Aufenthaltsdauer bis zu drei Monaten, einer Aufenthaltsdauer über drei Monate hinaus und dem Daueraufenthaltsrecht nach fünf Jahren.

Erwerbstätige Unionsbürger sowie Unionsbürger, die das Recht auf Daueraufenthalt erworben haben, besitzen in ihrem Aufnahmemitgliedstaat ein

33 Art. 24 Abs. 2 Richtlinie 2004/38 (Fn. 9).

34 Art. 21 Abs. 2 AEUV.

35 So EuGH, Rs. C-158/07 (Förster), Slg. 2008, I-8507 Rn. 51 f.; a. A. Schlussanträge GA Mazák, ebd., Nr. 129 ff.

36 EuGH, Rs. C-224/98 (D'Hoop), Slg. 2002, I-6191 Rn. 39; EuGH, Rs. C-503/09 (Stewart), Slg. 2011, I-6497 Rn. 95; EuGH, Rs. C-75/11 (Kommission/Österreich), Slg. 2011, I-6497 Rn. 59 ff.; EuGH, Rs. C-20/12 (Giersch), Urt. v. 20.6.2013 Rn. 70 ff.; EuGH, Rs. C-523/11 u.a. (Prinz und Seeberger), Urt. v. 18.7.2013 Rn. 31 ff.; EuGH, Rs. C-220/12 (Thiele Meneses), Urt. v. 24.10.2013 Rn. 27 ff.

37 EuGH, Rs. C-140/12 (Brey), Urt. v. 19.9.2013 Rn. 61; EuGH, Rs. C-67/14 (Alimanovic), Urt. v. 17.9.2015 Rn. 44.

Recht auf Gleichbehandlung mit dessen eigenen Staatangehörigen auch im Hinblick auf Sozialhilfeleistungen.³⁸

Zuvor haben nicht erwerbstätige Unionsbürger für einen Zeitraum von über drei Monaten ein Aufenthaltsrecht lediglich, wenn sie über eine umfassende Krankenversicherung und ausreichende Existenzmittel verfügen, so dass sie keine Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats in Anspruch nehmen müssen.³⁹ Dieser ist deshalb nicht verpflichtet, Unionsbürgern ohne ausreichende Mittel, die von ihrer Freizügigkeit nur Gebrauch machen, um in den Genuss von Sozialhilfeleistungen zu gelangen, solche Leistungen zu gewähren.⁴⁰ Ein Anspruch auf Sozialhilfeleistungen ist jedoch nicht völlig ausgeschlossen. Vielmehr sollen die Bedürftigen die Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats nur nicht unangemessen in Anspruch nehmen.⁴¹ Zudem darf die Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen nicht automatisch zur Ausweisung führen. Vielmehr muss eine Prüfung im Einzelfall nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit erfolgen, etwa im Hinblick auf die Dauer des Aufenthalts, auf die Größe der Schwierigkeiten und die Folgen für das Sozialhilfesystem des Aufnahmemitgliedstaats.⁴²

Für einen Zeitraum bis zu drei Monaten haben Unionsbürger ein Aufenthaltsrecht ohne weitere Bedingungen, wenn sie im Besitz eines gültigen Reisepasses oder Personalausweises sind.⁴³ Soweit sie nicht erwerbstätig sind,

38 Art. 14 Abs. 4 lit. a, Art. 16 Richtlinie 2004/38 (Fn. 9).

39 Art. 7 Abs. 1 lit. b und c Richtlinie 2004/38 (Fn. 9).

40 EuGH, Rs. C-333/13 (Dano), Urt. v. 11.11.2014 Rn. 76 ff.; vgl. dazu auch die Anmerkungen von *Ferdinand Wollenschläger*, Keine Sozialleistungen für nichterwerbstätige Unionsbürger?, NVwZ 2014, 1628 ff.; *Eberhard Eichenhofer*, Ausschluss von ausländischen Unionsbürgern aus deutscher Grundsicherung?, EuR 2015, 73 ff.; *Daniel Thym*, The elusive limits of subsidiarity: Residence rights of and social benefits for economically inactive Union citizens, CMLR 2015, 17 ff.; *Herwig Verschueren*, Preventing „benefit tourism“ in the EU, CMLR 2015, 363 ff.

41 Erwägungsgrund 10 Richtlinie 2004/38 (Fn. 9).

42 Art. 8 Abs. 4, Art. 14 Abs. 2 und 3, Erwägungsgrund 16 Richtlinie 2004/38 (Fn. 9); EuGH, Rs. C-140/12 (Brey), Urt. v. 19.9.2013 Rn. 64 ff.; EuGH, Rs. C-333/13 (Dano), Urt. v. 11.11.2014 Rn. 80; ebd., Schlussanträge GA Wathelet v. 20.5.2014 Nr. 126 ff.

43 Art. 6 Richtlinie 2004/38 (Fn. 9).

ist der Aufnahmemitgliedstaat jedoch nicht verpflichtet, ihnen einen Anspruch auf Sozialhilfe zu gewähren.⁴⁴ Andererseits steht auch ihnen das dreimonatige Aufenthaltsrecht solange zu, wie sie die Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats nicht unangemessen in Anspruch nehmen.⁴⁵ Damit sind sie den Unionsbürgern bei einem Aufenthalt von mehr als drei Monaten grundsätzlich gleichgestellt.⁴⁶ Auch insoweit muss deshalb bei Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen für den Fall einer Ausweisung eine Einzelfallprüfung erfolgen.⁴⁷ Diese kann sich aber angesichts der kürzeren Aufenthaltsdauer darauf beschränken, ob der Unionsbürger bei seiner Einreise über ausreichende Mittel verfügte und diese nur unvorhergesehen, z.B. durch Diebstahl, verloren hat oder ob er mittellos nur in der Absicht eingereist ist, Sozialhilfe zu erlangen. Ferner kann bei Rechtsmissbrauch oder Betrug eine Ausweisung erfolgen⁴⁸ sowie bei Verstößen gegen die öffentliche Ordnung oder Sicherheit ein Aufenthaltsverbot verhängt werden.⁴⁹

VI. Ergebnis

Zusammenfassend lässt sich danach feststellen:

Die Freizügigkeit in der Europäischen Union ist eine Grundfreiheit und ein Grundrecht der Unionsbürger. Auch das gegenwärtige Unionsrecht unterscheidet weiterhin zwischen wirtschaftlicher und allgemeiner Freizügigkeit der Unionsbürger. Beide gewährleisten den Unionsbürgern Gleichbehandlung mit den Angehörigen des Aufnahmemitgliedstaats nach einem rechtmäßigen Aufenthalt von fünf Jahren.

Zuvor müssen die Unionsbürger dort entweder einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen oder bei einem Aufenthalt von mehr als drei Monaten über eine umfassende Krankenversicherung und ausreichende Existenzmittel verfügen.

Ein Recht auf Gleichbehandlung haben auch Arbeitssuchende und Studierende im Hinblick auf Beihilfen für den Zugang zum Arbeitsmarkt oder für ein

44 Art. 24 Abs. 2 Richtlinie 2004/38 (Fn. 9).

45 Art. 14 Abs. 1 Richtlinie 2004/38 (Fn. 9).

46 EuGH, Rs. C-424/10 (Ziolkowski und Szeja), Slg. 2011, I-14035 Rn. 39 f.

47 Art. 14 Abs. 3 Richtlinie 2004/38 (Fn. 9).

48 Art. 35 Richtlinie 2004/38 (Fn. 9).

49 Art. 27 ff. Richtlinie 2004/38 (Fn. 9).

Studium, wenn sie sich zu einem gewissen Grad in die Gesellschaft des Aufnahmemitgliedstaats integriert haben.

Die Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen durch nicht erwerbstätige Unionsbürger kann vor Erreichen des Daueraufenthaltsrechts zur Ausweisung aus dem Aufnahmemitgliedstaat führen, wenn die Leistungen unangemessen oder rechtsmissbräuchlich in Anspruch genommen werden und dies durch eine Einzelfallprüfung festgestellt wird.

El debate sobre la reversibilidad de los derechos sociales: algunos ejemplos prácticos

Prof. Dra. *Encarnación Montoya Martín*

I.	Introducción	57
II.	Algunos ejemplos concretos del recorte de derechos y prestaciones sociales en España como consecuencia de la crisis económica: salud, educación, servicios sociales y dependencia	59
	1. Salud: La reforma de abril de 2012 y su impacto social e institucional	59
	2. El impacto de las reformas y la crisis económica en el sistema educativo español	62
	3. Servicios sociales: la Ley 27/2013, de 27 de diciembre de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración local. El impacto de la crisis en el sistema de atención a la dependencia	64
	3.1 La Ley 27/2013, de 27 de diciembre de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración local	64
	3.2 El impacto de la crisis en el sistema de atención a la dependencia	66
III.	La posición de la doctrina: nuevos vientos en un viejo debate	68
	1. Estado de Derecho <i>versus</i> Estado social: Errores o falacias sobre los derechos sociales	68
	2. La reversibilidad y sus límites	69
IV.	La doctrina del Tribunal Constitucional sobre la reversibilidad de los derechos sociales	72

1. La CE no consagra la irreversibilidad de los derechos sociales. No confundir la irreversibilidad de los derechos sociales con el principio de interdicción de la retroactividad del art. 9.3 CE	72
2. Juicio de ponderación de intereses. Su conexión con derechos fundamentales básicos	82
3. Los principios de solidaridad y de igualdad y no discriminación en el juicio de ponderación. Canon de constitucionalidad	88
V. Conclusiones	90

I. Introducción

La cuestión de la reversibilidad o irreversibilidad de los derechos y prestaciones sociales constituye un viejo debate que ha vuelto a la actualidad a causa de la crisis económico-financiera desencadenada en 2008. La crisis ha lastrado el Estado social provocando consecuencias muy duras para los ciudadanos, cuyas condiciones de vida se han precarizado¹.

Por otra parte, y a pesar de la indudable mejoría de la economía en estos momentos, la población sigue sufriendo las consecuencias negativas pues la crisis ha supuesto amén de un elevadísimo nivel de desempleo², una merma de sus prestaciones sociales.

Es cierto que la crisis económico-financiera requería y requiere respuestas que, en algunos casos, pudieran no ser las más deseables desde una perspectiva social. Sin embargo, estas decisiones tomadas por los poderes políticos legítimos no eximen a éstos de observar el Derecho como norma de convivencia que consolida un sistema y modelo jurídico que, desde la raíz constitucional, tiene que ser respetado.

Constituye punto de partida esencial la proclamación de España como un “Estado Social y Democrático de Derecho” tal y como hace el art. 1.1 CE. Es esta la base capital para realizar un análisis más completo e interdisciplinar (y no sólo economicista) que debe ser completado con otros enfoques jurídicos concretos desgranados a lo largo de la Constitución y que en su configuración conjunta impregnan un modelo jurídico que no puede modificarse de cualquier modo ni, menos aún, ignorarse.

1 La crisis y sus consecuencias tienen rostro y apellidos como el caso de Yasmina Resurrección (21 años) estudiante de tercer curso de Publicidad y Relaciones Públicas en la Universidad de Málaga. Nunca ha recibido beca de estudios a pesar de tener una nota media de 8,6 y la situación familiar pone en peligro su continuidad como alumna. En marzo de 2015 para completar el escenario, llegó a la familia una orden de desahucio. http://www.eldiario.es/andalucia/VIDEO-desahucio-Educacion-publica-privatizacion_0_3937_10854.html.

2 En España la tasa de desempleo se sitúa en el 22,37%, según datos de la Encuesta de Población Activa (EPA) de junio de 2015. El desempleo en España todavía sigue muy por encima de los estándares europeos y de la OCDE, que se sitúan en torno al 10% o incluso por debajo. De hecho, el único país de la Unión Europea que supera a España es Grecia.

Las repercusiones de la crisis económica sobre el Estado social son consecuencia directa de la primacía otorgada al principio de estabilidad presupuestaria, constitucionalizado en el art. 135 de la Carta Magna³. Como ha puesto de manifiesto TORNOS MAS⁴ el Estado del bienestar supone el compromiso del Estado en el gobierno de la economía, la garantía del pleno empleo y la cohesión social. El Estado social es el modelo constitucional que reconoce a los ciudadanos un conjunto de derechos prestaciones con el fin de asegurar a todos una vida segura y digna, prestando especial atención a los más necesitados⁵. Lo que caracteriza el momento presente es que a la crisis del Estado del bienestar se añade la amenaza creciente al contenido del Estado social⁶, afirmación que se mantiene a pesar de los actuales signos de recuperación económica.

-
- 3 Bassols Coma, M., "La reforma del artículo 135 CE y la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria", *REDA* nº 155, 2012, págs. 21-41.
 - 4 Tornos Mas, J., "Crisis del Estado del Bienestar. El papel del Derecho Administrativo", Ponencia presentada al XIX Congreso Italo-español de Profesores de Derecho Administrativo, Madrid, 18, 19 y 20 de octubre de 2012, pág. 4.
 - 5 Puede consultarse, entre otros, CERMI, *El impacto de la crisis económica en las personas con discapacidad y sus familias*, Cinca, Madrid, 2010; López Jiménez, JJ.; Renes, V., "Los efectos de la crisis en los hogares: nivel de integración y exclusión social", *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, nº 113, 2011, págs. 189-199.
 - 6 A pesar de las crisis del Estado del bienestar de los años 1970 y 1990, lo cierto es que el gasto social se mantiene. No hay un cambio de paradigma respecto al pacto social sobre el que se construyó la idea del Estado social. Lo único que ocurre es que se reduce el papel del Estado y se confía en que las políticas desreguladoras, de ampliación de la competencia y la flexibilización del mercado laboral permitirán mantener los niveles prestaciones garantizados en la Constitución gracias a la continuidad del crecimiento económico. El desarrollo de los derechos sociales también se lleva a cabo en la Unión Europea. Los avances en la unidad del mercado y la liberalización se compensan con el reforzamiento de la Europa social, en búsqueda de una mayor legitimación del poder democrático de las instituciones europeas. Como muestra, cabe citar la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, el art. 14 del TFUE que reconoce el lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión y su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, y, el Protocolo sobre los servicios de interés general. Vid. Nieto Delgado, E. y Martín Delgado, I., *Derecho administrativo europeo en el Tratado de Lisboa*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pág. 148.

II. Algunos ejemplos concretos del recorte de derechos y prestaciones sociales en España como consecuencia de la crisis económica: salud, educación, servicios sociales y dependencia

Voy a poner algunos ejemplos concretos de recortes de prestaciones sociales que han tenido lugar en España como consecuencia de la crisis económica, la necesidad de reducción del gasto público y el principio de estabilidad presupuestaria⁷ en sanidad, educación, servicios sociales y dependencia⁸.

1. Salud: La reforma de abril de 2012 y su impacto social e institucional

Como recuerda el *VII Informe sobre exclusión y desarrollo social en España 2014*, “[e]n el ámbito de la UE, la atención sanitaria es uno de los objetivos estratégicos del Estado de bienestar como respuesta al reconocimiento del derecho social a la salud y a los cuidados sanitarios. Hacerla sostenible financieramente, equitativa y de calidad es uno de los objetivos compartidos por los países miembros de la UE, tal como señalaba la Comisión Europea hace años (Comisión Europea, 2004).”⁹

El Informe también destaca que “[a] finales de la década pasada el Servicio Nacional de Salud (SNS) acusaba la tensión entre tres lógicas: la redistributiva (garantizar la universalización), la privatizadora (expansión de la oferta privada dentro y fuera del SNS) y la descentralizadora (multiplicación de actores

7 La crisis y sus urgencias ha generalizado la utilización del Decreto-ley. Por ello conviene recordar la doctrina del TC respecto de los límites materiales de esta fuente normativa con fuerza de ley. El TC ha precisado que afecta a los derechos, deberes y libertades del Título I y no solo a las materias reservadas a LO ni en general sujetas a reserva de ley (por todas STC 329/2005 FJ 8), sino que atiende a la configuración constitucional del derecho o deber afectado en cada caso. No cabe ceñir el límite solo a los derechos de la Sección primera del Capítulo II, sino que alcanza a las diversas secciones y capítulos del Título I. Otra cosa es “afectar a los derechos” que exige guardar el rigor de su aplicación en función del grado de configuración constitucional.

8 Vid. *VII Informe sobre exclusión y desarrollo social en España 2014*, Fundación FOESSA (Fundación Fomento de estudios Sociales y de Sociología aplicada), Cáritas España, Madrid, 2014. http://www.foessa2014.es/informe/uploaded/descargas/VII_INFORME.pdf.

9 Ibid., pág. 330.

y fragmentación del sistema), que actúan en parte como fuerzas contradictorias que impiden en muchos sentidos avanzar hacia un perfeccionamiento del SNS.”¹⁰

El Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones se centra en el ajuste a la baja del gasto público sanitario sin abordar las necesarias reformas estructurales¹¹.

Según señala el *VII Informe*, “El Programa Nacional de Reformas de 2013 y el Programa de Estabilidad de España 2013-2016 se plantean reducir el gasto sanitario entre 2012 y 2014 por valor de 7.267 millones de euros de modo que el gasto público en sanidad en 2016 no supere el 5,4% del PIB, lo que supone un retroceso sin precedentes respecto del gasto de 2011.”¹² “Los años 2009, 2010 y 2011 han supuesto un cambio de rumbo en la dinámica del gasto público sanitario que inicia una senda de reducción constatada por la propia OCDE en su informe *Health at Glance* de 2013 (OECD, 2013a).”¹³

La reforma de 2012 se concreta en dos medidas: el citado Real Decreto-Ley 16/2012 y su desarrollo en virtud del Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud. Sobre esta reforma, el *VII Informe* concluye que “implica tres consecuencias en cuanto a cobertura, desarrollo del modelo institucional e impacto social:

- La reforma supone una reducción de la cobertura sanitaria así como un desplazamiento del coste mediante formas de copago o «recoste». La reforma de 2012 retrotrae el sistema sanitario al ámbito del aseguramiento en detrimento del principio de universalidad o ciudadanía.
- El impacto institucional de la nueva reforma retorna el SNS al pasado, al sistema de Seguridad Social, de forma que el nuevo entramado se confi-

10 Ibid., pág. 331.

11 Ibid., pág. 332. Véase Moreno Fuentes, FJ., “Retos, Reformas y futuro del Sistema Nacional de Salud”, *REAF* nº 18, octubre 2013, págs. 238-266. Cantero Martínez, J., “A vueltas con el Real Decreto-ley 16/2012 y sus medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud”, *Gaceta sanitaria*, vol. 28, nº 5, 2014, págs. 351 y ss.

12 Vid. *VII Informe sobre exclusión y desarrollo social en España 2014* (nota 8), pág. 332.

13 Ibid.

gura en un sistema tripartito de atención sanitaria: un sistema de Seguridad Social para los cotizantes, un sistema asistencial para las personas sin recursos y un sistema privado con un margen de crecimiento mucho mayor, completado con un sistema informal e inseguro de atención sanitaria provisto por las redes de ONG y por algunas comunidades autónomas que se han opuesto a la exclusión de las personas en situación irregular o que valoran que el beneficio de la salud pública es superior al coste de la atención.

- La reforma amplía el espacio de la desigualdad (...) y, de manera particular, cuando nos referimos a colectivos vulnerables como son los enfermos crónicos, los jóvenes sin empleo mayores de 26 años y los inmigrantes indocumentados. Con ello el riesgo de exclusión se extiende justo en un sistema, como el sanitario, que contribuye como ningún otro durante las décadas de los ochenta y noventa a reducir la desigualdad social.

En suma, la política sanitaria de abril de 2012 y las medidas complementarias (Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto¹⁴ y Resolución de 10 de septiembre de 2013¹⁵) tienen como objetivo aparente contribuir a reducir el déficit público y hacer sostenible financieramente el SNS mediante medidas de austeridad y corrección de supuestos despilfarros. En la práctica, la reforma sanitaria española y, en general, las reformas sanitarias desarrolladas bajo la crisis son (...) «amputaciones del sistema público de salud (...)» que amplían el espacio social de la exclusión al reducir el ámbito práctico del derecho a la atención sanitaria.”¹⁶

14 El Pleno del TC, por providencia de 18 de diciembre de 2012, ha acordado admitir a trámite el conflicto positivo de competencia promovido por el Gobierno Vasco contra los arts. 4, 5, 6, 7 y 8 del Real Decreto 576/2013, de 26 de julio, por el que se establecen los requisitos básicos del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud y se modifica el R.D. 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud (nota de la autora).

15 Resolución de 10 de septiembre de 2013, de la Dirección General de Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia, por la que se procede a modificar las condiciones de financiación de medicamentos incluidos en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud mediante la asignación de aportación del usuario (nota de la autora).

16 *VII Informe sobre exclusión y desarrollo social en España 2014* (nota 8), págs. 332-333.

2. El impacto de las reformas y la crisis económica en el sistema educativo español

“[E]l acceso a la educación es considerado uno de los objetivos prioritarios en la Estrategia de la Unión Europea en el horizonte 2020 para conseguir «un crecimiento inteligente, sostenible e integrador», para mejorar la empleabilidad y reducir la pobreza (Comisión Europea, 2012)”¹⁷.

Para dar una muestra en cifras del impacto de la crisis económica sobre la educación en España continuamos guiándonos por el valioso estudio que contiene el *VII Informe sobre exclusión y desarrollo social en España*, FOESSA 2014. Según este informe el impacto de la consolidación fiscal asociada a la crisis económica en el sistema educativo se concreta en las siguientes medidas: Real Decreto-Ley 14/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes de racionalización del gasto público en el ámbito educativo¹⁸; Real Decreto 1000/2012, de 29 de junio, por el que se establecen los umbrales de renta y patrimonio familiar y las cuantías de las becas y ayudas al estudio, para el curso 2012-2013 y se modifica parcialmente el Real Decreto 1721/2007, de 21 de diciembre, por el que se establece el régimen de las becas y ayudas al estudio personalizadas; Real Decreto 609/2013, por el que se establecen los umbrales de renta y patrimonio familiar y las cuantías de las becas y ayudas al estudio, y la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa (LOMCE) que “está[n] alterando tanto su financiación como algunos de sus indicadores de funcionamiento y eficacia.”¹⁹

Las medidas de racionalización del gasto del Real Decreto Ley 14/2012 que afectan a las enseñanzas universitarias son las siguientes: aproximación de los precios públicos de los servicios académicos de las Universidades al coste efectivo de los mismos; racionalizar el número de titulaciones de grado mediante la exigencia de un número mínimo de alumnos; régimen de dedicación del profesorado universitario; incorporar el principio de estabilidad presupuestaria a las Universidades; limitación de incorporación de personal de nuevo ingreso en las Universidades. Los nuevos ingresos deberán acomodarse a lo que al efecto disponga la normativa básica sobre Oferta de Empleo Público.

17 Vid. *VII Informe sobre exclusión y desarrollo social en España 2014*, (nota 8), pág. 330.

18 El TC ha admitido a trámite los recursos de inconstitucionalidad núm. 4528-2012, núm. 4529-2012, núm. 301-2013, núm. 370-2013, núm. 382-2013, núm. 4217/2012, núm. 370-2013 contra el Real Decreto Ley.

19 *VII Informe sobre exclusión y desarrollo social en España 2014* (nota 8), pág. 336.

"El impacto en el gasto público es evidente: el gasto público en educación ha disminuido en torno a 6.000 millones de euros o algo más de medio punto del PIB entre 2009 (5% del PIB) y 2013 (4,5% del PIB). Tal disminución ha sido especialmente intensa entre 2011 y 2013 con un descenso superior a 3.500 millones de euros (Ministerio de Educación Cultura y Deporte MECD, 2013) lo que sigue situando a España por debajo de la media de los países de la OCDE y la UE28 (en 2011, España: 4,7%; UE28: 5,3%; OCDE, 5,8%). Por el contrario, el gasto público por alumno en la educación pública en España es superior al de la OCDE y al de la UE (en parte explicable a que tenemos una proporción menor de niños y jóvenes de 5 a 19 años, OECD, 2013b), si bien las diferencias a nuestro favor en relación a la UE28 en lo que se refiere a gasto anual total por alumno se han reducido considerablemente en tan solo dos años (en más de un 36% entre 2008 y 2010) (European Commission, 2013) y ello sin tener en cuenta el impacto de los tres últimos años de la crisis.

Igualmente se ha producido una disminución de los beneficiarios de becas y ayudas al estudio en más de 500.000 personas entre los cursos 2009-2010 (1.676.358) y 2012-2013 (1.165.619) especialmente intenso en las ayudas al estudio desde el curso 2011-2012²⁰.

Por su parte, "el Real Decreto-Ley 14/2012 ha precipitado el deterioro de la inversión en educación en España. Como consecuencia del ajuste, según el Programa Nacional de Reformas (PNR) de 2014 los presupuestos de las Comunidades autónomas en educación han descendido en su conjunto un 1,4% entre 2013 y 2014 y el impacto del Real Decreto-Ley en la consolidación fiscal en el periodo 2012-2013 fue de 4.630 millones.

En cuanto a las becas, los Reales Decretos 1000/2012, de 29 de junio, y 609/2013, de 2 de agosto por el que se establecen los umbrales de renta y patrimonio familiar y las cuantías de las becas y ayudas al estudio pretenden establecer un sistema más «eficiente» de adjudicación de becas y ayudas según nuevos criterios en los que tiene mayor peso el expediente académico del alumno (PNR 2014).

Por último, en lo que respecta a la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa (LOMCE), fue aprobada en 2013 con un escaso consenso en el Parlamento y empieza a aplicarse durante el curso 2014-2015 con el objetivo principal de reducir de la tasa de abandono

20 VII Informe sobre exclusión y desarrollo social en España, (nota 8), pág. 336.

educativo temprano hasta el 15% en 2020²¹. No se trata tanto de una reforma de recortes (económicos) a pesar de estar redactada en tiempos de crisis como de una reforma amparada en patrones ideológicos concretos que se van perfilando en el análisis de sus principales líneas básicas: mayor orientación a los resultados académicos, itinerarios más flexibles y tempranos, la libertad de elección y la autonomía de los centros como ejes vertebradores del sistema, la racionalización de la oferta educativa o cambios en la gobernanza de los centros educativos"²².

3. *Servicios sociales: la Ley 27/2013, de 27 de diciembre de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración local. El impacto de la crisis en el sistema de atención a la dependencia*

3.1 La Ley 27/2013, de 27 de diciembre de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración local

Una prueba práctica del ataque a la cláusula del Estado social en las últimas reformas legislativas lo podemos ejemplificar en la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y sostenibilidad de la Administración local (LRSAL). La Ley establece que los principios de eficacia y estabilidad presupuestaria serán los ejes de la gestión de las entidades locales.

En sede de competencias propias la nueva redacción del art. 25 Ley de Bases de Régimen local de 2 de abril de 1985 (LBRL) modificada por la Ley 27/2013 en su apartado 2²³ ha reducido la lista de materias de competencia local, pues algunas se aminoran o encogen y otras simplemente se suprimen.

21 Con el fin de cumplir los objetivos Europa 2020 en la reducción de la tasa de abandono educativo temprano hasta el 15% en 2020 el Gobierno también puso en marcha en 2012 dos planes de actuación específicos para la reducción del abandono escolar a los que se destinó una dotación presupuestaria de 100 millones de euros y en 2014 en torno a 303 millones de euros del Fondo Social Europeo (PNR 2014).

22 *VII Informe sobre exclusión y desarrollo social en España* (nota 8), pág. 337.

23 Como he indicado entre otros en nuestro trabajo “Medidas de redimensionamiento del sector público instrumental local antes y después de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local”, *RGDA* nº 36, mayo de 2014; el número 2 del art. 25 LBRL reformado al igual que su redacción precedente no contiene en puridad una lista de competencias locales propias, sino algo mucho más modesto, una simple lista de materias sobre las que en todo caso el legislador competente sea estatal o autonómico según el régimen constitucional de distribución de competencias ha de reconocer competencias a las entidades locales.

Pero sin duda las más polémicas y llamativas han sido las modificaciones producidas en el art. 25.2 LBRL con relación a las competencias relativas a salud, servicios sociales y educación, triada del Estado social. La reforma operada ha suprimido la salud entre las materias de competencia local²⁴.

Con relación a la materia de servicios sociales el antiguo art. 25.2.LBRL declaraba la “*Prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social*” como materia de competencia local, que ahora la LRSAL reduce en la letra e) del nuevo art. 25.2 a “Evaluación e información, de situaciones de necesidad social, y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social”.

Por último, también se ha encogido la materia educación en el nuevo apartado n) del art. 25.2LBRL²⁵.

Téngase en cuenta que el TC en su reciente sentencia 41/2016, de 3 de marzo, por la que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Asamblea de Extremadura en relación con diversos preceptos de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración local en su Fj. 13.c) declara inconstitucionales las Disposiciones Transitorias Primera y Segunda porque el art. 149.1.18 CE “no autoriza injerencias en la autonomía política de las CC AA como son, por un lado, la prohibición de que éstas en materias de su competencia atribuyan servicios a los entes locales y, por otro, la sujeción a un determinado régimen de traslación o traspaso. “

“Las Comunidades Autónomas, siendo competentes para regular los servicios sociales y sanitarios son competentes para decidir (...) sobre su descentralización o centralización y, en este segundo caso, para ordenar el correspondiente proceso de asunción competencial y traspaso de recursos.”

“[E]s indudable que las Disposiciones Transitorias primera y segunda de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, no porque

24 El art. 25.2. i) LBRL preveía como competencia propia local la “Participación en la gestión de la atención primaria de la salud”.

25 Ahora en art. 25.2.n LBRL esta materia se constriñe a “Participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria y cooperar con las Administraciones educativas correspondientes en la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes. La conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios de titularidad local destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial”.

mencionen las normas reguladoras del sistema de financiación, dejan de desbordar los márgenes de lo básico; imponen claramente la centralización de aquellos servicios y regulan también de modo evidente el consiguiente proceso de traslación competencial.” (FJ 13 c))

Por lo que respecta a la Disposición Adicional Decimoquinta relativa a las competencias en materia de educación el TC ha declarado en el FJ 13.e) que la LRSAL “ha incurrido en una evidente antinomia al imponer a las Comunidades Autónomas obligaciones de signo opuesto cuyo cumplimiento simultáneo resulta imposible: respecto de los mismos servicios.”

“De lo dispuesto en el art. 25.2 n) LBRL [y] de la ausencia de una fecha límite para la articulación del traspaso (...), cabe interpretar que el legislador básico no ha prohibido que la ley autonómica atribuya esas tareas como competencia propia municipal. Consecuentemente, las Comunidades Autónomas, no están obligadas a centralizarlas; antes bien, están obligadas a asegurar que los municipios dispongan “en todo caso” de competencias propias dentro de ellas.” De ahí concluye el TC la conformidad a la CE de la citada disposición.

3.2 El impacto de la crisis en el sistema de atención a la dependencia

El *VII Informe sobre exclusión y desarrollo social en España 2014* recuerda que la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a la Dependencia (LAPAD) “que empezó su andadura el 1 de enero de 2007, creó grandes expectativas en la ciudadanía al introducir un derecho para todas las personas en situación de dependencia y establecer mejoras en el nivel asistencial que, residualmente, existía en ese momento.”²⁶ En definitiva, la Ley 39/2006 “supone la introducción de un derecho de ciudadanía mediante el cual todas las personas en situación de dependencia «protegi-bles» tienen acceso a unas prestaciones adecuadas a su necesidad.”²⁷ El Informe analiza a continuación las últimas medidas al respecto: “Sin embargo, el cambio del ciclo económico ha propiciado la introducción de una serie de medidas que suponen un giro sustancial en el modelo diseñado inicialmente por la LAPAD.

Los recortes presupuestarios introducidos en el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de Medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, se complementan con el veto a la entrada en

26 *VII Informe sobre exclusión y desarrollo social en España* (nota 8), pág. 343.

27 *Ibid.*, págs. 343-344.

el Sistema de las personas en situación de dependencia moderada, iniciado con el RDL 20/2011, y otras medidas de contención del gasto introducidas en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado.”²⁸ *El VII Informe* recuerda que “[l]a atención a la dependencia se ha convertido en una prioridad social por el aumento de la esperanza de vida y el envejecimiento de la población y por el continuo crecimiento del porcentaje de personas que, como consecuencia del padecimiento de enfermedades crónicas, procesos patológicos o accidentes sobrevenidos, presenta algún tipo de discapacidad la cual, antes o después, disminuirá su autonomía derivando en una situación de dependencia.”²⁹

“El análisis de los presupuestos consolidados de las Comunidades autónomas en el periodo 2008-2011, una vez iniciada la crisis, muestra que ha habido dos etapas de política económica bien diferenciadas: la que transcurre de 2008 hasta mayo de 2010 y la que se inicia en la segunda mitad de 2010.(...) [E]l núcleo central de los «recortes» se identifica con la Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad aunque hay una antesala con el RDL 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público que retrasa el calendario de entrada de los dependientes moderados en un año (hasta 2013), si bien la mencionada Ley pospone definitivamente su entrada hasta mediados de julio del 2015. La Resolución de 13 de julio de 2012 recoge el acuerdo del Consejo Territorial del 10 de julio de 2012, cuyas propuestas fueron recogidas en la Ley 20/2012. Asimismo, los Presupuestos Generales del Estado para 2012, 2013 y 2014 han ido aprobando recortes presupuestarios como la suspensión del nivel acordado y la supresión de la bonificación de la cuota de la Seguridad Social del cuidador familiar”³⁰.

28 *VII Informe sobre exclusión y desarrollo social en España* (nota 8), pág. 343.

29 *Ibid.*

30 *VII Informe sobre exclusión y desarrollo social en España* (nota 8), pág. 348. Según este Informe, “Las cifras muestran que los recortes alcanzan 1.570 M€ en el 2012, 2.494 M€ en el 2013 y 3.091 M€ en el 2014, totalizando una suma de 7.155 M€ (...). El Plan Nacional de Reformas de 2013 expone que «se ha procedido a una profunda reforma del sistema de Atención a la Dependencia, en julio de 2012, para racionalizar y modernizar los servicios prestados garantizando su sostenibilidad». Asimismo, enuncia las principales modificaciones realizadas y estima el ahorro total en 599 M€ en 2012, 1.707 M€ en 2013 y 2.278 M€ en 2014. Si se confrontan las estimaciones realizadas en este documento con las del Plan Nacional de Reformas 2013 se deducirá que hay una diferencia presupuestaria de 2.571 M€ en el periodo 2012-2014, lo cual indica

III. La posición de la doctrina: nuevos vientos en un viejo debate

1. Estado de derecho versus Estado social: Errores o falacias sobre los derechos sociales

Constituye un error de contraponer “Estado de Derecho” y “Estado social” haciendo equivaler el primero con la libertad y el segundo con la igualdad: no hay contraposición entre la libertad y la igualdad. Hay que superar el viejo discurso liberal. Los llamados derechos sociales son un presupuesto de la libertad y a la postre derechos fundamentales.

Como señala REY MARTÍNEZ³¹ “los derechos sociales no sólo constituyen una manifestación de la igualdad real, sino también de la libertad y de la democracia. La educación, la protección de la salud, del medio ambiente, etc. son condiciones necesarias (aunque no suficientes) de la libertad”. En otras palabras, los derechos sociales se enmarcan “en síntesis equilibrada entre las exigencias del Estado social, pero también de un Estado de Derecho (esto es, de un poder público sometido al Derecho –lo cual, entre otras cosas, requiere la normatividad de todas las disposiciones de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico cuando reconocen los derechos sociales–), así como de un Estado democrático (pues sin derechos sociales efectivos no hay verdadera ciudadanía)”. “Así pues el problema de los derechos sociales no es sólo ni principalmente un problema económico de distribución de recursos y bienes escasos entre la población (y por ello un problema común a cualquier Estado sea o no democrático), sino que se enmarca en el escenario de los presupuestos esenciales de un Estado de Derecho y de un Estado democrático dignos de tal nombre. Sin derechos sociales no hay democracia ni libertad, sino un simple trampantojo”³². “Los derechos sociales como todos los derechos fundamentales tienen que ver por tanto, también con la libertad y el libre desarrollo de la personalidad y con la democracia (y no sólo con la igualdad). El conocido principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales afirma la imposibilidad lógica e histórica de garantizar la tutela de los derechos civiles y políticos sin promover contextualmente también los derechos

que el Gobierno subvalora el alcance de los recortes realizados, o a realizar, en dicho periodo.”, págs. 348-349.

31 Rey Martínez, F., “Derribando falacias sobre los derechos sociales”, en *Derechos sociales y principios rectores, Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, celebrado en Santa Cruz de Tenerife, España los días 27 y 28 de enero de 2011*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 633-642. Citamos pág. 634.

32 Ibid., pág. 634.

sociales y económicos. Este principio se invoca regularmente en la Unión Europea en el ámbito de la cooperación al desarrollo. Y en la Carta de Derechos Fundamentales se ha colocado a todos los derechos fundamentales en un plano prioritario, dedicando el capítulo tercero a la igualdad (ante la ley, prohibición de discriminación, igualdad entre mujeres y hombres, derechos del niño, el anciano y el discapacitado) y el capítulo cuarto a la solidaridad en el que se reconocen los derechos laborales (negociación colectiva, información acceso al empleo, protección del trabajo juvenil), protección de la familia del medio ambiente, de los consumidores, de seguridad y asistencia social y de salud”³³.

Otro error se refiere a su exigibilidad y consiste en identificar que todos los derechos sociales son de prestación y que por tanto lo propio es que estén condicionados financieramente a “lo económicamente posible”. La tesis de que los derechos civiles generan obligaciones negativas o de abstención y los sociales de obligaciones positivas con cargo al erario público está plagada de inexactitudes. También es falso que los clásicos derechos civiles no tengan estructura prestacional, lo que sucede es que está muy aceptado cuánto cuesta el garantizar los derechos de libertad: tribunales, policía etc. Cabalmente, “la efectividad de la libertad también requiere prestaciones públicas”³⁴.

Por último, los derechos fundamentales no constituyen compartimentos estancos, toda vez que están interrelacionados. Los clásicos derechos liberales como la vida o la propiedad son presupuesto y fundamento de la realización efectiva de los derechos sociales (sanidad, medio ambiente) y viceversa. En definitiva, los derechos fundamentales están conectados.

2. La reversibilidad y sus límites

Este debate no es nuevo, lo novedoso ahora es su salto cualitativo. Pero el reconocimiento de la reversibilidad no supone admitir una libertad absoluta del legislador, ya que su decisión debe estar fundada en el juicio de ponderación y la misma podrá ser controlada a través del juicio de proporcionalidad.

33 Seguimos a Rey Martínez, F. (nota 31), págs. 634-635.

34 Vaquer Caballería, M., “La garantía de los derechos sociales” en Soriano García (dir.), Estepa Montero (coord.), *Por el Derecho y la libertad. Libro homenaje al profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, vol. I, Iustel, Madrid, 2014, pág. 252. En este sentido podemos citar la educación y la tutela judicial efectiva que son derechos fundamentales pese a tener un contenido eminentemente prestacional.

Se impone un necesario juicio de ponderación entre el valor de la estabilidad presupuestaria y el principio del Estado social. En este juicio de ponderación los logros sociales alcanzados no deberán ser defendidos en razón de lo que han supuesto, sino en razón de su necesidad actual para lograr mantener una cohesión social sostenible con el límite infranqueable de los derechos sociales de prestación debe identificarse con la dignidad humana cuyo respeto constituye el fundamento del orden político y la paz social (art. 10.1 de la Constitución)³⁵.

Esto enlaza con la espléndida construcción realizada por el profesor PONCE SOLÉ³⁶ quien advierte con acierto sobre la íntima conexión de estos derechos con la dignidad personal³⁷, la cohesión y sostenibilidad social que en ningún caso puede olvidarse, incluso hoy con la nueva situación derivada de la reforma constitucional del art. 135 como fuente más incisiva de limitaciones y medidas regresivas. Por encima de estos límites cabe apelar al concepto de sostenibilidad social, manejado por la Unión Europea e incluso por alguna legislación sectorial y que fundamenta «un núcleo mínimo inviolable de derechos sociales». Precisamente, en función de este núcleo mínimo, el autor propone el concepto de “*resiliencia* de los derechos sociales” apelando al concepto manejado por la psicología como “capacidad de las personas para afrontar situaciones límite y su capacidad de sobreponerse a las mismas, resistiendo su impacto”, evitando su destrucción. Con este gráfico concepto de

35 Tornos Mas, J., (nota 4), pág. 42, se apoya en Habermas quien sitúa en el concepto de dignidad humana que aparece en las Constituciones y Tratados en la segunda mitad del siglo XX la fuente moral de la que todos los derechos fundamentales obtienen su sustancia. Es el hecho de que el origen de los derechos humanos se encuentre en la dignidad humana lo que permite mantener la utopía de la lucha por evitar la rebaja de su contenido. Por su parte, Vaquer Caballería, M. ha manifestado acertadamente que “no podemos seguir leyendo la Constitución social con los anteojos del jurista liberal, sino que estamos obligados a todo lo contrario, es decir, a leer los derechos de cuna liberal a la luz de la cláusula del Estado social, que hoy tiene ya rango constitucional tanto en su misma formulación (art. 1.1 CE) como en su principal destilación (art. 9.2 CE)” en *La eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España*, Iustel, Madrid, 2011, pág. 43.

36 *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los Recortes y la sostenibilidad social*, INAP, Madrid, 2013.

37 Según el diario “El País” de 2 de noviembre de 2014 el paro y la pobreza en Andalucía hacen que aumenten las familias que solicitan aplazar el pago de los recibos de agua. La Red Andaluza de Lucha contra la pobreza y la Exclusión Social calcula que las dificultades para hacer frente a gastos básicos afectan a un 12% de las familias. Algunos municipios ya registran incrementos de cortes por impago o de peticiones de ayuda del 50%.

resiliencia, se cuestiona el autor si es posible en nuestro ordenamiento jurídico ofrecer “un blindaje a ciertos aspectos de los derechos sociales constitucionales”³⁸. Para nuestro ordenamiento jurídico la determinación de un núcleo resistente del derecho social debe apelar necesariamente a la garantía institucional, en la inteligencia de que no tiene sentido negar a priori este contenido esencial a los derechos sociales, cuando un derecho social básico como el de la educación dispone de tal garantía al amparo del art 53.1 CE. Asimismo, el legislador no puede considerarse omnímodo, sino vinculado a principios superiores y, en especial, a los límites internacionales de la Carta Social Europea y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Esta fundamentación para su fecundidad debe ir acompañada de un derecho irreversible a un Buen Gobierno y a una Buena Administración para lo que propone seis medidas de mejora del ordenamiento jurídico y de impulso de la buena gestión pública: fijación del contenido mínimo y esencial de los derechos socioeconómicos; determinación de la sostenibilidad social del art. 135 CE y de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y sostenibilidad financiera como límite al principio de estabilidad presupuestaria; promoción de la inclusión de la cláusula de progresividad y de reversibilidad limitada; impulso de la *Better o Smart regulation*; promoción de una Carta de Servicios en los servicios públicos y de interés general (límites mínimos de derechos sociales vs. límites máximos del gasto público) y Evaluación del Impacto Social. De estas imaginativas propuestas merece especialmente retenerse la relativa a la Evaluación de Impacto Social a introducir en aquellas normas que pretenden una regresión en los derechos sociales para que se subordinen a la evaluación previa, al modo del principio de precaución en las Evaluaciones de Impacto Ambiental, del efecto o impacto que van a tener en los colectivos más vulnerables.

Por su parte, VAQUER CABALLERÍA entiende que el Estado debe ejercer su competencia regulatoria de *mínimis* del art. 149.1.1 CE para establecer la condiciones básicas de la igualdad en el ejercicio de los derechos sociales de forma que garantice a las personas un mínimo vital o existencial, como ya se ha hecho en materia educativa, sanitaria o por último de dependencia pero todavía no en materia residencial o de manutención. Hecho esto, debería consecuentemente asegurar la sostenibilidad del nivel prestacional mínimo

38 Ponce Solé, J., (nota 36), pasa revista a los ordenamientos comparados de Alemania, Italia, Canadá y Argentina que se han planteado con diversas cláusulas legislativas esta problemática.

regulado mediante el Fondo de Garantía de Servicios Públicos Fundamentales. No se trata ahora tanto de seguir ampliando las prestaciones sociales, cuanto de garantizar de forma general y establecer aquellas que sean prioritarias para la dignidad de la persona y sostenibles financieramente; concluir así el trazado de la línea roja para los recortes y consolidar el núcleo esencial del Estado Social³⁹.

IV. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre la reversibilidad de los derechos sociales

El TC ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la reversibilidad de los derechos sociales y sus límites. Por lo que en este punto pasamos a exponer su doctrina⁴⁰.

1. La CE no consagra la irreversibilidad de los derechos sociales. No confundir la irreversibilidad de los derechos sociales con el principio de interdicción de la retroactividad del art. 9.3 CE

El TC a propósito de la Seguridad Social del art. 41 CE⁴¹ (que la consagra como garantía institucional según STC 37/1994, de 10 de febrero) ha entendido

39 Vaquer Caballería, M., “La garantía de los derechos sociales” (nota 34), pág. 261.

40 Véase Sala Sánchez, P., “La garantía constitucional de los derechos económicos y sociales y su efectividad en situaciones de crisis económica”, Discurso de investidura como Doctor “Honoris Causa” de la Universidad de Valencia, Valencia, 26 de mayo de 2014.

41 El art. 41 CE dispone: “Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres”. El TC ha declarado reiteradamente entre otras en la Sentencia 128/2009, de 1 de junio, FJ. 4 que: “El art. 41 CE impone a los poderes públicos la obligación de establecer –o mantener– un sistema protector que se corresponda con las características técnicas de los mecanismos de cobertura propios de un sistema de Seguridad Social. En otros términos, el referido precepto consagra en forma de garantía institucional un régimen público «cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo ... un núcleo o reducto indisponible por el legislador» (STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 3), de tal suerte que ha de ser preservado «en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar» (STC 26/1987, de 27 de febrero, FJ 4; y 76/1988, de 26 de abril, FJ 4).

que no hay un derecho al mantenimiento incólume del régimen de prestaciones establecido: “es un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél “(SSTC 65/1987, de 21 de mayo FJ 17, y 128/2009, de 1 de junio FJ 4)⁴². Lo que ha llevado al TC a aceptar asimismo su discrecional reversibilidad por el legislador, pues su garantía “no equivale al mantenimiento incólume del régimen establecido”.

Así pues, el legislador goza de amplio margen para revisar, restringir e incluso derogar prestaciones configuradas al amparo de los derechos sociales consagrados en nuestra Constitución. Pero aunque el margen es amplio, no es ilimitado. Como ha razonado también el TC a propósito de los arts. 9.2 y 35 CE “no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las

Salvada esta indisponible limitación, el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de Seguridad Social es un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél (STC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17, entre otras)”.

- 42 Idem STC 38/1995, de 13 de febrero, FJ 2: “Ciertamente, el art. 41 de la CE convierte a la Seguridad Social en un sistema público en el que pasa a ocupar una posición decisiva el remedio de situaciones de necesidad, pero tales situaciones han de ser apreciadas y determinadas teniendo en cuenta el contexto general en que se producen y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales. No puede excluirse por ello que el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento (STC 65/1987). Los arts. 41 y 50 de la CE no constriñen al establecimiento de un único sistema prestacional fundado en principios idénticos, ni a la regulación de unos mismos requisitos o la previsión de iguales circunstancias determinantes del nacimiento del derecho (STC 114/1987). La identidad en el nivel de protección de todos los ciudadanos podrá ser algo deseable desde el punto de vista social, pero cuando las prestaciones derivan de distintos sistemas o regímenes, cada uno con su propia normativa, no constituye un imperativo jurídico (SSTC 103/1984 y 27/1988). Aunque existe una tendencia a la equiparación de los distintos regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social, corresponde al legislador llevar a cabo la culminación de este proceso (aquí materializada a través de la disposición adicional decimotercera del Real Decreto 9/1991, de 11 de enero), en el que el Tribunal Constitucional no debe interferir con decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero del conjunto de la institución, salvo que la diferencia de tratamiento controvertida esté desprovista de toda justificación objetiva y razonable”.

conquistas sociales ya conseguidas” (STC 81/1982, 21 de diciembre, FJ 3º). Y en relación al derecho conexo con las vacaciones periódicas retribuidas, que el TC eleva a la condición de “parte del núcleo irrenunciable de los derechos propios de un Estado social” (pese a contenerse en el art. 40, es decir, el capítulo III del Título I CE), también sostiene que “no quiere decir que tanto el legislador como la Administración no puedan poner límites derivados de su propia naturaleza y fiabilidad o los que aparezcan impuestos por la necesaria protección de un interés constitucionalmente legítimo, y respetuoso con el principio de proporcionalidad” (STC 324/2006, de 20 de noviembre, FJ 5).

Recientemente, el TC ha tenido ocasión de recordar su doctrina acerca del principio de irretroactividad del art. 9.3 CE y su diferencia con la intangibilidad de las prestaciones sociales en la sentencia 49/2015, de 5 de marzo de 2015⁴³, que resume la doctrina mantenida hasta ahora por el Alto Tribunal. La sentencia va acompañada de la importante discrepancia del voto particular, por cierto único lugar donde se hace alusión expresa a la irreversibilidad de los derechos y prestaciones sociales. La STC 49/2015, resuelve el recurso de inconstitucionalidad que se interpone por 146 Diputados de diversos Grupos Parlamentarios contra el art. 2.1 del Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social, que deja sin efecto, para el ejercicio 2012, la actualización de las pensiones para el caso de que el índice de precios al consumo (IPC) correspondiente al período comprendido entre noviembre del ejercicio anterior y noviembre del ejercicio económico en curso sea superior al IPC previsto y en función del cual se calcula la revalorización de la pensión.

“Consideran los recurrentes que el citado precepto vulnera el art. 9.3 CE al establecer una retroactividad auténtica contraria al derecho, constitucionalmente reconocido en el art. 50 CE, a la percepción de una pensión periódica y actualizada. Entienden, asimismo, que el precepto vulnera el art. 33.3 CE pues implica una expropiación de derechos con o sin causa justa, pero en todo caso, sin indemnización a favor de los así expropiados”⁴⁴.

43 Recurso de inconstitucionalidad contra el art. 2.1 del Real Decreto Ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del Sistema de la Seguridad Social. Ha sido Ponente la Magistrada doña Encarnación Roca Trías.

44 STC 49/2015, FJ 1. Conviene precisar, a efectos terminológicos, que el legislador utiliza el término revalorización para hacer referencia al incremento de la cuantía de las pensiones al comienzo de cada año y el término actualización para hacer referencia a la cantidad que debe abonarse a los pensionistas en caso de que el IPC real sea superior al IPC previsto.

En los fundamentos jurídicos, el Tribunal Constitucional resume las previas actuaciones legislativas respecto de las pensiones:

“Como consecuencia de la crisis económica, la revalorización y actualización de las pensiones ha sufrido distintos avatares legislativos en los últimos años. Así, el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, procedió a suspender para el ejercicio de 2011 la aplicación de lo previsto en el artículo 48.1.1 de la Ley general de la Seguridad Social y en el art. 27.1 del Texto refundido de la Ley de clases pasivas del Estado, es decir, la revalorización de las pensiones de la Seguridad Social en su modalidad contributiva, con la excepción de las pensiones mínimas de dicho sistema y de las pensiones no concurrentes del extinguido seguro obligatorio de vejez e invalidez. Dicha suspensión tampoco quedó prevista para las pensiones no contributivas de la Seguridad Social. Asimismo, para el año 2012 las pensiones se revalorizaron en un 1 por 100 (art. 5 Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público), sin embargo ese año no se abonó la diferencia entre el IPC real y el IPC previsto, ya que el Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de Seguridad Social, dejó sin efecto la actualización de las pensiones para 2012. Finalmente, el sistema de revalorización de las pensiones se ha modificado por la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del factor de sostenibilidad y del índice de revalorización del sistema de pensiones a la Seguridad Social. Así, a partir de su entrada en vigor las pensiones se incrementarán al comienzo de cada año en función del índice de revalorización previsto en la correspondiente Ley de presupuestos generales del Estado que se fijará en atención a los ingresos del sistema de Seguridad Social, el número de pensiones contributivas del Sistema, la variación interanual de la pensión media del sistema en un año en ausencia de revalorización y el importe de los gastos del sistema de la Seguridad Social. Esta nueva regla de revalorización no afecta al presente recurso de inconstitucionalidad pues la norma cuestio-

nada fue aprobada en el año 2012 y, por tanto, las reglas sobre revalorización y actualización de las pensiones vigentes en ese momento eran las descritas en el párrafo anterior.”⁴⁵

“El elevado déficit del sistema de la Seguridad Social durante el ejercicio 2012 y la necesidad de cumplir con el objetivo del déficit público, son las razones que según la exposición de motivos del Real Decreto-ley 28/2012, obligaron con carácter de extraordinaria y urgente necesidad a dejar sin efecto la actualización de las pensiones en el ejercicio 2012 y a suspender la revalorización de las pensiones para el ejercicio de 2013 en los términos previstos en el art. 48 Ley General de la Seguridad Social (LGSS) y en el art. 27 de la Ley de clases pasivas del Estado” (STC 49/2015, FJ 3).

Para dar respuesta adecuada al conflicto planteado, el TC en el FJ 4 explica la doctrina sobre la retroactividad prohibida en el art. 9.3 CE :

“a) Es doctrina reiterada de este Tribunal la de que el principio de irretroactividad de las leyes consagrado en el art. 9.3 CE quitar «no es un principio general sino que está referido exclusivamente a las leyes *ex post facto* sancionadoras o restrictivas de derechos individuales (SSTC 27/1981, 6/1983, 150/1990)» (STC 173/1996, de 31 de octubre). Fuera de estos dos ámbitos, nada impide constitucionalmente al legislador dotar a la ley del grado de retroactividad que considere oportuno, entre otras razones porque la interdicción absoluta de cualquier tipo de retroactividad conduciría a situaciones de congelación o petrificación del ordenamiento jurídico, lo que resulta inadmisibles –ello, obviamente, sin perjuicio del debido respeto a otros principios consagrados en el art. 9.3 CE– (SSTC 108/1986, de 29 de julio, FJ 17; 99/1987, de 11 de junio, FJ 6).

b) La expresión «restricción de derechos individuales» del art. 9.3 CE ha de equipararse a la idea de sanción, por lo cual el límite de dicho artículo hay que considerar que se refiere a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (del título I de la Constitución) o en la esfera general de protección de la persona (SSTC 104/2000, de 13 de abril, FJ 6; 131/2001, de 7 de junio, FJ 5; 112/2006, de 5 de abril, FJ

45 STC 49/2015, FJ 2.

17; 89/2009, de 20 de abril, FJ 4; 90/2009, de 20 de abril, FJ 4, y 100/2012, de 8 de mayo, FJ 10).⁴⁶

c) Lo que el art. 9.3 CE prohíbe es «la incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad» (STC 42/1986, de 10 de abril). Como ha reiterado este Tribunal «la eficacia y protección del derecho individual –nazca de una relación pública o de una privada– dependerá de su naturaleza y de su asunción más o menos plena por el sujeto, de su ingreso en el patrimonio del individuo, de manera que la irretroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas [por todas, SSTC 99/1987, de 11 de junio, FJ 6 b), o 178/1989, de 2 de noviembre, FJ 9], de lo que se deduce que sólo puede afirmarse que una norma es retroactiva, a los efectos del art. 9.3 CE, cuando incide sobre “relaciones consagradas” y afecta a “situaciones agotadas” [por todas, STC 99/1987, de 11 de junio, FJ 6 b)]» (STC 112/2006, de 5 de abril, FJ 17)”.

Fijado lo anterior, el TC en la sentencia 49/2015 analiza con carácter previo en el FJ 5º si en el momento en que se dictó el Real Decreto-ley 28/2012, de

46 Véase también la STC 6/1983, de 4 de Febrero. Con relación a los hipotéticos efectos retroactivos del Real Decreto-ley que afectaba al régimen de las bonificaciones tributarias de las viviendas de protección el TC proclama en el FJ 3: "Este Tribunal, en su Sentencia de 20 de julio de 1981, ha dicho ya que, cuando se trata de la defensa del ordenamiento constitucional, hemos de tener en cuenta que el concepto de «derecho individual» que el art. 9 menciona no puede confundirse con el *ius quaesitum*. El art. 9.3 –en todo o en parte– alude a los derechos fundamentales del Título I. El principio de irretroactividad del art. 9.3, en cuanto a las leyes, concierne sólo a las sancionadoras no favorables y a las restrictivas de derechos individuales, en el sentido que hemos dado a esta expresión. Fuera de ello, nada impide, constitucionalmente, que el legislador dote a la Ley del ámbito de retroactividad que considere oportuno. Y en la Sentencia de 4 de marzo de 1982 se dijo que basta recordar los arts. 9.3 y 83 b) de la Constitución para convenir que el límite de la retroactividad *in peius* de las leyes no es general, sino que está referido únicamente a las leyes *ex post facto* sancionadoras o restrictivas de derechos individuales. Por lo demás la interdicción absoluta de cualquier tipo de retroactividad conduciría a situaciones congeladoras del ordenamiento jurídico, a la petrificación de situaciones dadas, consecuencias que son contrarias a la concepción que fluye del art. 9.2" (nota de la autora).

30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del Sistema de la Seguridad Social, los pensionistas tenían una mera expectativa de derecho a recibir la diferencia entre el IPC real y el IPC estimado para el año 2012 o, por el contrario, tenían un derecho consolidado, asumido e integrado en su patrimonio.

“La revalorización de las pensiones obedece a la necesidad de garantizar su poder adquisitivo en consonancia con el mandato constitucional, en virtud del cual los poderes públicos deberán garantizar, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad (art. 50 CE), así como “prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad” (art. 41 CE). De acuerdo con la interpretación que este Tribunal ha hecho de esta materia debemos tener en cuenta que:

a) «Corresponde al legislador determinar el alcance del derecho de los ciudadanos a obtener y la correlativa obligación de los poderes públicos de otorgar una pensión durante la tercera edad, estableciendo los requisitos y condiciones que se precisen para hacer efectivo ese derecho» (STC 114/1987, de 6 de julio, FJ 3);

b) El art. 50 CE tiende «a erradicar situaciones de necesidad, que habrán de ser determinadas y apreciadas, teniendo en cuenta el contexto general en que se produzcan, y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales. No puede excluirse, por ello, que el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento» (STC 127/1987, de 16 de julio, FJ 4);

c) este precepto constitucional, no obliga a que todas y cada una de las pensiones ya causadas experimenten un incremento anual. La «garantía de actualización periódica, no supone obligadamente el incremento anual de todas las pensiones. Al fijar un límite a la percepción de nuevas pensiones o al negar la actualización durante un tiempo de las que superan ese límite el legislador no rebasa el ámbito de las funciones que le corresponden en la apreciación de

aquellas circunstancias socioeconómicas que condicionan la adecuación y actualización del sistema de pensiones» (STC 134/1987, de 21 de julio, FJ 5);

d) y, por último, la limitación de la actualización de la capacidad adquisitiva de las pensiones más altas, «en tanto se encuentra fundada en las exigencias derivadas del control del gasto público y del principio de solidaridad, goza de una justificación objetiva y razonable» (STC 100/1990, de 30 de mayo, FJ 3)”.

Afirma el TC que “los arts. 48.1.2 LGSS y 27.1 del Texto refundido de la Ley de clases pasivas del Estado no proceden a reconocer de forma automática a los pensionistas el derecho a recibir la diferencia entre el IPC estimado y el IPC real, sino que se remiten a la Ley de presupuestos generales del Estado (...)”

“La expresión «de acuerdo con lo que establezca la Ley de Presupuestos Generales del Estado» supone reconocer al legislador un cierto margen para hacer frente a la actualización de las pensiones en función de las posibilidades económicas del Sistema, sin que quepa olvidar que se trata de administrar medios económicos limitados para un gran número de necesidades sociales (STC 134/1987, de 21 de julio, FJ 5). La remisión que la LGSS y la Ley de clases pasivas del Estado hacen a la Ley de presupuestos generales del Estado no es, por tanto, una mera remisión a los efectos de que esta Ley habilite la correspondiente partida del gasto presupuestario, sino que supone el reconocimiento al legislador de un margen de discrecionalidad a la hora de concretar la eventual actualización de la revalorización en función de las circunstancias económicas y sociales en cada momento existentes, todo ello con la finalidad de asegurar la suficiencia y solvencia del sistema de Seguridad Social. Sobre la base de la doctrina constitucional anteriormente expuesta, el legislador no ha hecho sino reconocer que la actualización de la revalorización de las pensiones efectuada al principio del ejercicio pueda ser modulada por la Ley de presupuestos generales del Estado en función de las circunstancias socioeconómicas concurrentes y, por ello, habilita a la Ley de presupuestos para que decida cuál es el alcance de la actualización.

De este modo, el eventual devengo de la diferencia entre el IPC real y el IPC previsto tendría lugar el 31 de diciembre, siendo la Ley de presupuestos generales del Estado el instrumento para determinar

el quantum de esa actualización. El período de generación de dicha actualización es el año natural, coincidiendo con el ejercicio presupuestario y con el período a que se refiere tanto la pensión como su eventual revalorización y actualización, pero sin poder confundir ese período con la regla de cálculo que prevé la norma (de noviembre del ejercicio anterior a noviembre del ejercicio económico a que se refiere la revalorización). Es decir, la referencia de noviembre a noviembre es una mera regla de cálculo por razones presupuestarias, pero la eventual actualización de la revalorización se devengaría y, por tanto, se consolidaría, el 31 de diciembre de cada ejercicio. Sólo en ese momento podría hablarse de un derecho adquirido a la actualización de la revalorización de las pensiones realizada en los términos previstos en la Ley de presupuestos. Por ello, cuando se dictó el Real Decreto-ley 28/2012 los pensionistas sólo tenían una mera expectativa a recibir la diferencia entre el IPC real y el IPC previsto, expectativa que debiendo ser concretada por la Ley de presupuestos generales del Estado en cada ejercicio, para el año 2012 quedó sin efecto por haberse suspendido con anterioridad a su consolidación.

En consecuencia, dado que cuando se aprobó el Real Decreto-ley 28/2012 no existía una relación consagrada o agotada incorporada al patrimonio del pensionista, sino una mera expectativa, hemos de rechazar que la norma cuestionada haya incurrido en un supuesto de retroactividad auténtica o de grado máximo prohibido por el art. 9.3 CE⁴⁷.

En consecuencia, se desestima el recurso de inconstitucionalidad⁴⁸.

47 En cambio el FJ. 4.) del voto particular a la STC 49/2015 discrepa y considera que se ha producido la retroacción sobre un derecho ya devengado y perfecto: "El supuesto de hecho lo constituye una situación definida del modo siguiente: el índice de precios al consumo acumulado correspondiente al período comprendido entre el 1 de diciembre (2011, en el caso a examen) y el 30 de noviembre del año posterior (2012, en el caso a examen) sobrepasa o excede ("es superior a favor de los beneficiarios de pensiones causadas con anterioridad al 31 de diciembre de 2011", en el lenguaje legal) al índice previsto por la Ley de presupuestos para el ejercicio 2012 (el 1 por 100, en el caso a examen). De su lado, la consecuencia jurídica es la actualización de pensiones; es decir, el abono del diferencial entre ambos índices de precios al consumo a los beneficiarios de pensiones causadas con anterioridad al 1 de enero de 2012".

48 También se desestima la invocación de los recurrentes de vulneración del art. 33.3 CE expropiación sin indemnización, porque el TC concluye que sólo son indemnizables las privaciones de derechos ciertos, efectivos y actuales, pero no eventuales o futuros.

No es admisible, pues, en términos constitucionales ni una irreversibilidad absoluta ni una reversibilidad incondicionada. Así lo expresa y lo resume el voto particular a la sentencia 49/2015, de 9 de marzo⁴⁹:

"No defendemos la tesis de la irreversibilidad absoluta de los derechos sociales que, aplicada a las circunstancias del presente caso, vendría a significar que, una vez que se ha regulado legalmente la actualización de las pensiones, toda medida regresiva que afectara al contenido de tal regulación estaría viciada de inconstitucionalidad. Esa postura implicaría el sacrificio de otros valores constitucionales, como el pluralismo político que implica la posibilidad de que, dentro del marco constitucional, sean posibles diversas opciones legislativas de configuración de los derechos sociales, atendiendo a las diversas prioridades políticas, siendo, por otra parte, evidente que las decisiones precedentes nunca pueden vincular de forma absoluta a las futuras. Ahora bien, el debate acerca de la alterabilidad o inalterabilidad del statu quo alcanzado en el desarrollo de los derechos sociales es sensiblemente más complejo.

Admitido que el legislador podría adoptar medidas consideradas regresivas respecto a la situación anterior –pues los derechos socia-

El Voto particular de la sentencia 49/2015, de 9 de marzo, in fine manifiesta su preocupación por la interpretación y papel asignado a las leyes de presupuestos de cada ejercicio: "el razonamiento aprestado por la Sentencia para fundamentar el fallo desestimatorio del recurso puede desplegar unos efectos devastadores para la adquisición de derechos de las personas, físicas o jurídicas, frente a las instituciones sometidas en su actuación a las leyes de presupuestos así como para la consolidación de deudas y obligaciones por estas mismas instituciones. Estos potenciales efectos traen causa en el valor jurídico conferido a las remisiones de leyes sustantivas a la legislación presupuestaria. A partir de la doctrina formulada en esta Sentencia, las leyes de presupuestos, además de cumplir su tradicional y ortodoxa función de asegurar, mediante la oportuna consignación de créditos, la efectividad del cumplimiento por el Estado –de todo él, en su compleja composición–, de las obligaciones contraídas, asumiría como propia otra función; a saber, la transformación o conversión de las «simples expectativas de derechos» en derechos adquiridos. Quede ahí constancia del riesgo que lleva en sus genes esta Sentencia; y también de nuestra intensa inquietud ante la eventual concreción de este riesgo".

49 Voto particular que formulan los Magistrados don Fernando Valdés Dal-Ré y don Luis Ignacio Ortega Álvarez a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1114-2013, al que se adhieren la Magistrada doña Adela Asua Batarrita y el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos.

les, y en particular en materia de seguridad social, están condicionados por lo que podemos calificar de reserva de lo posible–, tampoco podemos aceptar la tesis de que semejante conclusión consienta la adopción de cualquier medida y de cualquier modo. El problema es, entonces, el grado de restricción que pueden sufrir los derechos sociales. Señalada la inviabilidad de la irreversibilidad absoluta, no es aceptable, sin más, su opuesto, la reversibilidad incondicionada o, lo que es lo mismo, el reconocimiento al legislador de una libertad omnímoda al respecto (...)"

2. Juicio de ponderación de intereses. Su conexión con derechos fundamentales básicos

Excluida la irreversibilidad absoluta, sólo cabe la reversibilidad condicionada, lo que exige sometimiento de las medidas restrictivas a un juicio de constitucionalidad. Tanto el legislador como el Gobierno han de respetar unos cánones de racionalidad constitucional para restringir los derechos sociales. Se infringe la CE si actúan de manera arbitraria (art. 9.3 CE) o discriminatoria (art. 14 CE), por tanto han de seguir los parámetros de constitucionalidad material de la proporcionalidad y formal de la motivación.

En este sentido se expone con total claridad en el voto particular a la STC 49/2015:

"la reversibilidad no puede significar que esa decisión restrictiva pueda hacerse sin justificar el alcance de las nuevas decisiones, sino que deberán darse unos supuestos o condiciones que expliquen el porqué de tal retroceso, (...).

Dado que las circunstancias pueden variar, podrá cambiar también la regulación, pero no de cualquier modo, sino con total justificación, valorando los criterios de preferencia en la imposición de la restricción. Ya hemos argumentado que el nivel previamente reconocido de derechos sociales no constituye necesariamente una frontera infranqueable para el legislador; pero una decisión restrictiva con respecto al nivel de protección previamente reconocido coloca a éste en la obligación de justificar de modo mucho más exigente el porqué de la disminución o restricción, en cuanto podría entenderse que esa previa regulación no solo prueba su inicial compatibilidad con los recursos económicos disponibles, sino que, en

ciertos aspectos, marca un contenido de lo que los ciudadanos entienden como reconocible de ese derecho social y, en consecuencia, esperan su efectiva realización por los poderes públicos".

El límite material lo impone el *juicio de ponderación* entre el interés salvaguardado por el derecho y el que legitime su limitación. En definitiva, que el sacrificio de aquél pueda ser racionalmente juzgado como necesario, idóneo y proporcional. Ahora la estabilidad presupuestaria ocupa un papel destacado en el art. 135 CE. Y la pregunta es si altera su relación con los derechos sociales. Resulta palmario que no basta su invocación formal, sino que tendrá que ser motivado. Lo que nos lleva al juicio de ponderación de intereses. En este sentido, queremos destacar el Auto 239/2012, de 12 de diciembre de 2012, dictado en el conflicto positivo de competencia 4540-2012⁵⁰. El Decreto vasco impugnado "tiene por objeto regular en la Comunidad Autónoma de Euskadi, el acceso a las prestaciones sanitarias contenidas en la cartera de servicios del Sistema Vasco de Salud a aquellas personas excluidas del ámbito de aplicación de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos a través del Sistema Nacional de Salud por no tener la condición de asegurados ni de beneficiarios del mismo, así como la complementación de las condiciones financieras básicas en que se desarrolla la prestación farmacéutica" (art. 1 Decreto 114/2012).

"Por lo que hace a los preceptos que regulan el acceso a las prestaciones sanitarias de aquellas personas excluidas del ámbito de aplicación de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos a través del Sistema Nacional de Salud (arts. 2 a 5), el Gobierno Vasco justifica extensamente el levantamiento de la suspensión de su vigencia afirmando que existen perjuicios generales y perjuicios individuales asociados al mantenimiento de tal suspensión. Esos perjuicios giran en torno al argumento básico de la protección de la salud colectiva y de la salud individual de los directamente afectados por las medidas del decreto vasco. Frente a estos argumentos la Abogado del Estado afirma que la protección de la salud queda garantizada en todo caso para los niños, para

50 Auto por el que se resuelve levantar la suspensión de la vigencia de los arts. 1; 2, apartados 2 y 3; 3; 4; 5; 6, apartados 1 y 2; 7, apartados 2 y 3 –en el sentido de lo dispuesto en el FJ 6 in fine–, y disposición final primera del Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi. Y mantener la suspensión de la vigencia del art. 8 apartados 1 y 2 del Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

los adultos en situaciones de urgencia, en los supuestos de embarazo, parto y postparto, y para los adultos solicitantes de protección internacional o víctimas de trata que se encuentren en período de restablecimiento y reflexión.”⁵¹

Así expuestos los perjuicios a los intereses particulares y generales que alega cada una de las partes, el TC procede a realizar la ponderación de intereses implicados que es propia de este incidente cautelar.

“Esa ponderación exige colocar de un lado el interés general configurado por el beneficio económico asociado al ahorro vinculado a las medidas adoptadas por el Estado al redefinir el ámbito de los beneficiarios del sistema público de salud, y de otro el interés general de preservar el derecho a la salud consagrado en el art. 43 CE. Esa contraposición también tiene proyecciones individuales puesto que la garantía del derecho a la salud no sólo tiene una dimensión general asociada a la idea de salvaguarda de la salud pública, sino una dimensión particular conectada con la afectación del derecho a la salud individual de las personas receptoras de las medidas adoptadas por los Gobiernos estatal y autonómico. (...)”

Para que este Tribunal valore los intereses vinculados a la garantía del derecho a la salud, es preciso acudir a lo dispuesto en el art. 43 CE, en relación con el deber de todos los poderes públicos de garantizar a todos los ciudadanos el derecho a la protección de la salud, cuya tutela les corresponde y ha de ser articulada «a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios (art. 43.1 y 2 CE)» (STC 126/2008, de 27 de octubre, FJ 6). Si, además del mandato constitucional, se tiene en cuenta, como ya lo ha hecho este Tribunal, la vinculación entre el principio rector del art. 43 CE y el art. 15 CE que recoge el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral, en el sentido de lo reconocido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por todos asunto *VO c. Francia* de 8 de julio de 2004), resulta evidente que los intereses generales y públicos, vinculados a la promoción y garantía del derecho a la salud, son intereses asociados a la defensa de bienes constitucionales particularmente sensibles. Respecto de los perjuicios asociados al mantenimiento de la suspensión, tal y como efectivamente entiende el Gobierno Vasco, tal medida consagraría en

51 ATC 239/2012, FJ 5.

el tiempo la limitación del acceso al derecho a la salud para determinados colectivos vulnerables por sus condiciones socioeconómicas y sociosanitarias. Ponen de manifiesto las Letradas del Gobierno Vasco que esos colectivos, en particular los inmigrantes sin permiso de residencia, verán notablemente afectada su salud si se les impide el acceso a los servicios sanitarios públicos de forma gratuita, lo que repercutiría, no sólo en su estado de salud individual, sino en la prevención de la propagación de determinadas enfermedades infecto contagiosas, afectando directamente a la salud de toda la sociedad.

Por su parte, al valorar el interés vinculado al control del déficit público, y analizarlo respecto de los perjuicios económicos que se podrían asociar al levantamiento de la suspensión, es preciso destacar que la Abogacía del Estado no concreta esos perjuicios, seguramente porque ello no sea posible, entre otras razones, al poder darse la eventualidad de que se produzca sencillamente una transferencia de gasto desde la atención primaria a la atención de urgencias.

Teniendo en cuenta la concreción de los perjuicios derivados del levantamiento o del mantenimiento de la suspensión efectuada por las partes, así como la importancia de los intereses en juego, y apreciando este Tribunal que el derecho a la salud y el derecho a la integridad física de las personas afectadas por las medidas impugnadas, así como la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad, poseen una importancia singular en el marco constitucional, que no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado, entendemos que se justifica el levantamiento de la suspensión de la vigencia de los preceptos referidos a la ampliación del ámbito subjetivo del derecho a acceder a la asistencia sanitaria pública y gratuita”.⁵²

Otra en cambio es la solución respecto de medidas de contención del gasto farmacéutico vinculadas a la crisis económica. “La cuestión del mantenimiento o levantamiento de la suspensión de medidas autonómicas vinculadas a políticas de contención del gasto farmacéutico ha sido objeto de análisis por los AATC 270/1997, de 15 julio; 95/2011, de 21 junio; 96/2011, de 21 junio; y

52 ATC 239/2012, FJ 5.

147/2012, de 16 de julio. En el ATC 270/1997 se entiende que el hecho de que la normativa autonómica impugnada supusiera un régimen de financiación pública de las prestaciones farmacológicas distinto del que rige en el resto del territorio nacional podría «poner en peligro el conjunto de la política estatal de contención del gasto público, por cuanto se vería afectado un componente esencial del mismo como es el relativo al gasto farmacéutico» (FJ 3). Este argumento se refuerza en los Autos más recientes, relativos a medidas normativas adoptadas en el contexto de la actual crisis económica, afirmándose que «es indiscutible que, tal y como confirman las propias decisiones del legislador estatal, la sostenibilidad del sistema sanitario público impone a todos los poderes públicos la necesidad de adoptar medidas de racionalización y contención del gasto farmacéutico pues es uno de los principales componentes del gasto sanitario y en el que más pueden incidir las políticas de control del mismo, tanto más necesarias en una situación como la actual caracterizada por una exigente reducción del gasto público. La contención y reducción del gasto farmacéutico es, por tanto, un objetivo a conseguir por la totalidad de las estructuras del sistema nacional de salud» (ATC 147/2012, FJ 6).⁵³

Finalmente, el TC declara:

"Estos argumentos son trasladables al asunto que nos ocupa. La Abogado del Estado aporta datos económicos de evolución del gasto farmacéutico en la Comunidad Autónoma del País Vasco, en particular en los documentos núms. 2 y 3, del escrito de alegaciones, ambos elaborados por la Dirección General de cartera básica de servicios del Servicio Nacional de Salud y Farmacia del Ministerio (STC) de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y a los que remite la Directora General de Salud Pública, Calidad e Innovación, que ponen de manifiesto la existencia de un incremento del gasto en la misma durante los dos meses en que estuvo en vigor la norma impugnada, incremento que fue en paralelo a una disminución del gasto en las autonomías en que se aplica en su integridad la norma básica estatal. Por tanto el perjuicio económico que, para el objetivo de control del déficit supondría el levantamiento de la suspensión parece claro, no pudiendo quedar desvirtuado por el efectivo perjuicio que pudiera derivarse para los individuos usuarios del sistema de salud, al incrementarse el porcentaje de copago. Por su parte el Gobierno Vasco no aporta argumentos suficientes, ni datos

53 ATC 239/2012, FJ 6.

que permitan inferir que la inaplicación de la resolución impugnada vaya a producir, desde el punto de vista cautelar que ahora hemos de adoptar y huyendo de toda consideración sobre el fondo del asunto, una reducción de la calidad y eficacia de la prestación farmacéutica que revierta en una lesión del derecho a la protección de la salud, puesto que los argumentos relativos a la adherencia al tratamiento y al impacto económico de la inaplicación de la norma autonómica sobre los pensionistas se formulan con un carácter marcadamente hipotético que en ningún momento se concretan ni justifican"⁵⁴.

El voto particular a la sentencia 49/2015, después de proclamar el necesario y justificado juicio de ponderación, declara en el caso enjuiciado que (FJ 3 a):

"la supresión de la actualización de las pensiones en el ejercicio económico del 2012 afecta de lleno y de manera directa a la esfera general de protección de la persona. En el capítulo de los derechos sociales promovidos y gestionados por los poderes públicos con vistas a la efectiva y real implantación de un Estado social (art. 1.1 CE), las prestaciones sociales destinadas a «la reducción, remedio o eliminación de situaciones de necesidad» (STC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17) y ocasionadas en un buen número por la pérdida de las rentas de trabajo ocupan un lugar de primer orden; hasta tal punto, que tales prestaciones pueden calificarse con toda propiedad como expresión del deber de los poderes públicos de fomentar cuantas medidas contribuyan a garantizar la dignidad que corresponde a todas las personas por su condición de seres humanos (art. 10.1 CE). Por enunciar la idea con palabras de la STC 57/1994, de 28 de febrero (luego reiteradas en otros muchos pronunciamientos), «la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo en consecuencia, un *mínimum invulnerable* que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de los derechos individuales no conlleven un *menosprecio* para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona» [FJ 3 A]."

54 A la vista de lo anterior, el TC entiende que se ha de mantener la suspensión de la vigencia del art. 8.1 del Decreto 114/2012, que prevé que la cobertura de la aportación de las personas usuarias a la prestación farmacéutica ambulatoria del Sistema Nacional de Salud (FJ 6).

Por cierto, también los tribunales ordinarios marcan la pauta en esta misma senda⁵⁵.

3. Los principios de solidaridad y de igualdad y no discriminación en el juicio de ponderación. Canon de constitucionalidad

En la STC 100/ 1990, de 30 de mayo⁵⁶ se planteó la duda acerca de la constitucionalidad de la limitación a que se someten determinadas pensiones por razón de su cuantía, por lo que el TC recuerda la STC 134/1987, en la que se enjuició la constitucionalidad de un precepto similar al cuestionado, concretamente, el art. 51, párrafo último de la Ley 44/1983, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1984. En la citada sentencia 100/1990, el TC afirmó, citando la STC 134/1987:

"«(no) puede deducirse que la Constitución obligue a que se mantengan todas y cada una de las pensiones iniciales en su cuantía

55 Merece traerse a colación el auto de 5 de marzo de 2013 del TSJ de Castilla-La Mancha que de modo ampliamente razonado argumentaba sobre su decisión de suspender el cierre de los servicios de urgencia en varias zonas de salud. Ese interesante auto, confirma otro anterior, en la ponderación de los intereses concurrentes, haciendo prevalecer (al anular la decisión de la Gobierno de Castilla-La Mancha) la protección de la salud pública sobre los intereses económicos.

Es muy explícita la Sala cuando afirma que: “Ni un ahorro económico como el que se persigue (5,1 millones) ni los fines con que esa concreta concreción del gasto se pretenden alcanzar, son por si solos, equiparables a los serios riesgos con origen en tales medidas para la salud y la vida humana, ni a la importancia de la que hace de la que se hace merecedor el principio rector del artículo 43 de la CE en relación con el artículo 15 que recoge el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral de la persona humana”. Y añade que “No se puede juzgar y evaluar exclusivamente desde el punto de vista de la ortodoxia presupuestaria y de su carácter puramente transitorio y coyuntural sin ponderar en el otro lado de la balanza las consecuencias perversas que de la adopción de tales medidas se pueden derivar para la población afectada, alguna de ella especialmente necesitada de protección, y en los daños definitivos e irreversibles que se pueden ocasionar cuando los riegos son tan ostensibles”.

56 “La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Pamplona, en las cuestiones aquí acumuladas, suscita la duda de constitucionalidad en relación con dos normas concretas, es decir, las contenidas en los apartados a) y b) del art. 12 de la Ley de la Comunidad Foral de Navarra 21/1984, de 29 de diciembre, que aprobó los Presupuestos Generales de Navarra para el ejercicio del año de 1985, así como el art. 14 de la Ley Foral 19/1986, de Presupuestos para 1987.” (STC 100/1990, FJ 1).

prevista, ni que todas y cada una de las ya causadas experimenten un incremento anual (fundamento jurídico 5.º)». En esa misma Sentencia, (...) se añadió, igualmente, que, «el concepto de ‘pensión adecuada’ no puede considerarse aisladamente, atendiendo a cada pensión singular, sino que debe tener en cuenta el sistema de pensiones en su conjunto, sin que pueda prescindirse de las circunstancias sociales y económicas de cada momento y sin que quepa olvidar que se trata de administrar medios económicos limitados para un gran número de necesidades sociales. Lo mismo cabe decir de la garantía de actualización periódica, que no supone obligadamente el incremento anual de todas las pensiones. Al fijar un límite a la percepción de nuevas pensiones o al negar la actualización durante un tiempo de las que superen ese límite el legislador no rebasa el ámbito de las funciones que le corresponden en la apreciación de aquellas circunstancias socioeconómicas que condicionan la adecuación y actualización del sistema de pensiones» (fundamento jurídico 5.º)" (FJ 2).

"La limitación transitoriamente impuesta, durante 1985, a determinadas pensiones de jubilación de las Administraciones Públicas de Navarra tampoco resulta contraria al principio de igualdad ante la Ley de todos los españoles que sanciona el art. 14 de la Constitución. Antes bien, el legislador, atendiendo a la diversa cuantía económica de las pensiones, ha vinculado a esas situaciones desiguales una consecuencia que no resulta ni arbitraria, ni razonable, razón por la cual la diferenciación establecida no puede estimarse vulneradora del principio constitucional de igualdad. Como ya se ha señalado anteriormente, desde la consideración de la finalidad perseguida con la congelación a la que transitoriamente quedan sujetas las pensiones de cuantías más elevadas respecto de las restantes, dicha limitación a la actualización de la capacidad adquisitiva de las pensiones más altas, en tanto se encuentra fundada en las exigencias derivadas del control del gasto público y del principio de solidaridad, gozan de una justificación objetiva y razonable, sin que, por el contrario, deban ser estimadas las alegaciones relativas a la escasa incidencia de tal medida en las finanzas públicas o al exiguo número de pensiones sometidas a esa limitación, ya que -y son, una vez más, afirmaciones contenidas en la anterior STC 134/1987- «tal razonamiento supone, con su simple enunciado, la negación misma del principio de solidaridad»; principio de solidaridad que, en sí

mismo considerado, abunda en la razonabilidad de la medida establecida, y ya es sabido que, según doctrina reiterada, el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables, de acuerdo con aquellos juicios de valor generalmente aceptados” (FJ 3).

Retoma la importancia del principio de solidaridad como canon de constitucionalidad de las medidas restrictivas de los derechos sociales el voto particular de la repetidamente citada sentencia 49/2015, olvidado en el voto de la mayoría y proclama:

"Precisamente, el precepto objeto de impugnación dejó sin efecto de manera generalizada e indiferenciada el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones causadas con anterioridad al 1 de enero de 2012, equiparando, desde la doble óptica subjetiva y objetiva, las pensiones de cuantía más baja, incluso aquellas sujetas al complemento a mínimos, con las de cuantía más alta, incluidas las situadas en el nivel máximo. Una regla jurídica de semejante contenido normativo confronta y agrede sin miramiento alguno el principio de solidaridad, que, como la propia STC 134/1987, FJ 5, hace notar, mantiene estrechas vinculaciones con «ciertas declaraciones constitucionales, como el de ser España un Estado social y democrático de Derecho que propugna entre otros valores superiores de su ordenamiento la justicia (art. 1.1) o el deber de promover las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa (art. 40.1)»”.

V. Conclusiones

La cuestión de la reversibilidad o irreversibilidad de los derechos y prestaciones sociales constituye un viejo debate que ha vuelto a la actualidad a causa de la crisis económico- financiera desencadenada en 2008.

Constituye un error contraponer “Estado de Derecho” y “Estado social” haciendo equivaler el primero con la libertad y el segundo con la igualdad: no hay contraposición entre la libertad y la igualdad. Los derechos sociales no sólo constituyen una manifestación de la igualdad real, sino también de la libertad y de la democracia.

Los derechos sociales amén de su efecto orientador del legislador e informador de la práctica judicial (art. 53.3 CE) despliegan un efecto limitador, es decir, estos derechos constitucionales están poniendo límites a las potestades legislativas y reglamentarias (eficacia limitativa). En definitiva, están prohibiendo que desplieguen efectos retroactivos las disposiciones generales que los restrinjan (art. 9.3 CE) o que puedan ser afectados por un Decreto-ley.

No hay que confundir la aplicación del principio de irretroactividad garantizado en el art. 9.3 CE con la irreversibilidad de los derechos sociales. Una cosa es que el legislador pueda legítimamente restringir pro futuro el contenido de un derecho de prestación proclamado constitucionalmente, y otra bien distinta que pueda hacerlo de forma retroactiva, lo que está vedado no ya por el Capítulo III del Título I de la Norma fundamental, sino por el art. 9.3 CE. El TC rechaza la confusión del art. 9.3 CE con la doctrina de los derechos adquiridos y afirma que debe entenderse alusiva solo a los derechos fundamentales y libertades públicas del Título I de la CE. Ha añadido después los derechos situados “en la esfera general de protección de la persona”, expresión en la que hay que entender incluidos los derechos sociales.

El TC admite la reversibilidad de los derechos y prestaciones sociales, pero sujetas a un estricto juicio de constitucionalidad formal y material. “[E]l nivel previamente reconocido de derechos sociales no constituye necesariamente una frontera infranqueable para el legislador; pero una decisión restrictiva con respecto al nivel de protección previamente reconocido coloca a éste en la obligación de justificar de modo mucho más exigente el porqué de la disminución o restricción, en cuanto podría entenderse que esa previa regulación no solo prueba su inicial compatibilidad con los recursos económicos disponibles, sino que, en ciertos aspectos, marca un contenido de lo que los ciudadanos entienden como reconocible de ese derecho social y, en consecuencia, esperan su efectiva realización por los poderes públicos”.⁵⁷

El límite material lo impone el *juicio de ponderación* entre el interés salvaguardado por el derecho y el que legitime su limitación. Cabalmente, que el sacrificio de aquél pueda ser racionalmente juzgado como necesario, idóneo y proporcional. Para ello resulta esencial la aportación de los estudios económicos y demás datos oportunos que motiven y justifiquen la constitucionalidad de la medida, cuestión que enlaza con la racionalización y mejora los procesos normativos y la calidad de las normas.

57 Voto particular a la STC 49/2015 (nota 46).

Ahora la estabilidad presupuestaria consagrada en el art. 135 CE ocupa un papel destacado en la Carta Magna y se configura también como un principio estructural en la UE, pero ello no puede alterar sin más su relación con los derechos sociales. Resulta palmario que no basta su invocación formal, sino que tendrá que ser motivado, en aras del respeto al Estado social y democrático de Derecho consagrado en la Constitución. En definitiva, no es admisible en términos constitucionales recortar prestaciones sociales para ahorrar, sino que, por el contrario, hay que ahorrar para mantener un mínimo de prestaciones sociales.

Los servicios sociales de protección a la infancia y adolescencia, en especial, el caso de Cataluña

Prof. Dra. *Angeles de Palma*

I.	Introducción	95
II.	El sistema de servicios sociales de protección a la infancia y la adolescencia. Características	96
	1. Sistema de protección pública de los menores desamparados de régimen administrativo	96
	2. Alcance y extensión de la acción social en materia de menores. La configuración de un sistema descentralizado	98
	3. La atribución al orden jurisdiccional civil del control de las resoluciones administrativas en materia de protección pública de menores	102
III.	La integración del sistema público de atención y protección a los menores en el sistema de servicios sociales	104
IV.	La actividad administrativa de atención a los menores en situación de riesgo y protección de los menores desamparados	106
	1. La acción social de atención a los menores en situación de riesgo	108
	a) El concepto legal de riesgo	108
	b) La intervención en situaciones de riesgo. Competencia de la Administración local	110
	2. Los servicios sociales de protección de los menores en situación de desamparo. La funciones tutelares de la Administración de la Generalitat de Cataluña	118
	a) El concepto legal de desamparo	118

b) La intervención administrativa en situaciones de posible desamparo	121
c) La tutela administrativa	127
d) La guarda administrativa o protectora. Diferencia con la tutela administrativa	129
e) Las medidas de protección de los menores en situación de desamparo	130
V. El control de la actividad administrativa en materia de protección de menores. Régimen de recursos y acción por cambio de circunstancias	136

I. Introducción

La familia constituye el núcleo básico para la protección de los menores. Sin embargo, en nuestro sistema, las Administraciones públicas no son ajenas a esta tarea privada. La propia Constitución, en el art. 39 acoge un sistema de protección de menores que podríamos calificar de mixto, en la medida que contempla la colaboración entre el ámbito público y el privado¹. Asimismo, en Cataluña, como no podía ser de otro modo, el Estatuto de Autonomía de se expresa en el mismo sentido en el art. 40.2 y 3².

Las Administraciones públicas deben colaborar con las familias en el cumplimiento de los deberes legales que tienen encomendados respecto a los hijos menores. Asimismo, las Administraciones deben velar por que los padres o tutores cumplan debidamente sus funciones de protección y, en último término, deberán intervenir cuando detecten alguna situación de desprotección de los niños o adolescentes³.

El alcance de la intervención administrativa en la vida familiar vendrá determinado por la gravedad de la situación de desprotección del menor. Así, en nuestro sistema jurídico se contempla, de forma general, la distinción entre situaciones de riesgo y desamparo, en función del grado de desprotección que sufra el menor y la intensidad de la intervención que deberán realizar las Administraciones públicas competentes⁴; más adelante se hace referencia a los criterios que permiten delimitar estas situaciones de desprotección.

1 Sobre esta cuestión, DE PALMA, A., *Administraciones públicas y protección de la infancia*, INAP, 2006, págs. 37-42.

2 El art. 40.3 del EAC, bajo el título *Protección de las personas y de las familias*, establece que “Los poderes públicos deben garantizar la protección de los niños, especialmente contra toda forma de explotación, abandono, malos tratos, crueldad y de la pobreza y sus efectos. En todas las actuaciones llevadas a cabo por los poderes públicos o por instituciones privadas el interés superior del niño debe ser prioritario”. Y el art. 17 del propio EAC referido a los *Derechos de los menores*, dispone que “Los menores tienen derecho a recibir la atención integral necesaria para el desarrollo de su personalidad y su bienestar en el contexto familiar y social”.

3 En Cataluña, como en muchas otras Comunidades Autónomas, la Ley ha distinguido entre niños y adolescentes. Así, la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, establece en su art. 2.2 que “...se entiende por niño la persona menor de doce años y por adolescente la persona con una edad comprendida entre los doce años y la mayoría de edad establecida por la ley”.

4 Vid. DE PALMA, A., “El derecho de los menores a recibir protección: el papel de la familia y de las Administraciones públicas. La actuación de las Administraciones públicas

El presente trabajo centra su atención, en particular, en el examen de la acción social desarrollada en Cataluña por las Administraciones públicas en materia de atención a los menores en situación de riesgo y protección de los menores desamparados. Actuaciones administrativas que quedarían enmarcadas en la desarrollada en materia de servicios sociales.

II. El sistema de servicios sociales de protección a la infancia y la adolescencia. Características

En primer lugar, se realiza una breve referencia a algunas de las características que identifican el sistema de servicios sociales de protección a la infancia y la adolescencia en el conjunto del Estado español.

Así, como veremos, se trata de un sistema administrativo, un sistema descentralizado y, además, un sistema caracterizado por atribuir el control de la actividad administrativa en esta materia al orden jurisdiccional civil; cuando de forma general el control de la actividad administrativa está legalmente atribuido al orden jurisdiccional contencioso administrativo.

1. Sistema de protección pública de los menores desamparados de régimen administrativo

En efecto, nuestro sistema jurídico de protección pública de menores se caracteriza por atribuir a las Administraciones públicas la competencia para garantizar el derecho de los menores a recibir atención y protección; en aquellos casos en que no tengan garantizado este derecho en el seno de la propia familia.

En cambio, en la mayoría de Estados de nuestro entorno, estas funciones públicas están atribuidas al Poder Judicial; de forma que las Administraciones públicas, a través de los servicios sociales, se limitarían a colaborar con la autoridad judicial en la aplicación y seguimiento de las medidas acordadas.

Por otra parte, en nuestro sistema jurídico, las Administraciones desarrollan la función de brindar protección a los menores actuando como poder público. Esto es, tienen reconocidas sus tradicionales prerrogativas: la denominada autotutela declarativa y ejecutiva. En consecuencia, las resoluciones ad-

en situaciones de riesgo, dificultad social y desamparo de los menores”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM)* n.º. 15 (2011), págs. 185-215.

ministrativas en materia de protección de menores tienen presunción de validez y, desde el momento de su notificación a los interesados, en legal forma, son inmediatamente ejecutivas⁵.

Por ello, frente a las prerrogativas atribuidas a la Administración en el desarrollo de la actividad de protección pública de los menores, es esencial reconocer, a los padres u otros responsables legales y al propio menor, un conjunto de derechos y garantías frente a la actuación administrativa.

La autotutela administrativa supone que la Administración no tiene que acudir a la autoridad judicial para declarar a un menor en situación de riesgo o desamparo, ni para acordar las necesarias medidas de protección; ni tampoco, cuando hubiera sido necesario separar al menor de su familia, para establecer el régimen de relaciones personales y visitas.

En cuanto a la autotutela ejecutiva, consiste en la potestad de la Administración de ejecutar sus propias resoluciones, sin necesidad de acudir a la autoridad judicial; salvo cuando la Constitución o la Ley exijan la intervención judicial. Este último sería el caso de la entrada en domicilio para hacerse cargo del menor, tras la declaración de desamparo, cuando los progenitores no colaboran. Además, la simple impugnación ante la autoridad judicial de los actos administrativos no priva a los mismos de su fuerza ejecutiva, es necesario solicitar la suspensión de la ejecución.

Por tanto, la Administración no necesita que la autoridad judicial declare que sus actos se ajustan a Derecho. Las resoluciones administrativas en materia de protección pública de menores se presumen válidas por expresa determinación legal. La norma reconoce a los actos administrativos presunción de validez con el fin de facilitar su inmediata ejecución. De este modo, los intereses públicos que la Administración tiene encomendado servir –en el caso que nos ocupa hacer efectivo el derecho de los niños y adolescentes a recibir protección pública– se ven priorizados ante posibles acciones de los particulares. Sin embargo, se trata de una mera presunción legal de validez a los efectos de hacer posible la ejecución. De forma que, si el acto es recurrido,

5 Sin embargo, la reciente Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia ha privado a la Administración del privilegio de la autotutela administrativa para adoptar la medida de “acogimiento residencial en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta” (art. 26). En este caso, la Administración pública deberá acudir a la autoridad judicial para solicitar el ingreso del menor en el centro. Por ello, la Ley prevé que, con posterioridad, la Administración deberá remitir a la autoridad judicial informes motivados de seguimiento del menor ingresado.

corresponde a la autoridad judicial la declaración definitiva sobre la validez del mismo.

Ahora bien, frente a las referidas potestades exorbitantes atribuidas a las Administraciones, el Ordenamiento reconoce a los ciudadanos que se relacionan con las mismas un conjunto de derechos y garantías. La relación jurídico-administrativa se caracteriza por la tensión en busca del equilibrio entre privilegios de la Administración y garantías de los interesados. Así, la Administración no puede formar libremente su voluntad; en todo caso debe actuar conforme al procedimiento legalmente establecido, que deberá quedar abierto a la participación de los propios interesados.

La Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades de la infancia y la adolescencia, en su art. 106 regula el procedimiento de desamparo; en el art. 110 se prevé la adopción de medidas cautelares; en el art. 112 se contempla el auxilio judicial o policial para la ejecución de las medidas acordadas (cuando fuera necesaria la entrada en el domicilio).

2. Alcance y extensión de la acción social en materia de menores. La configuración de un sistema descentralizado

En nuestro sistema jurídico, la protección pública de los menores es una materia que ha sido atribuida con carácter exclusivo a las Comunidades Autónomas.

En efecto, al amparo del art. 148.1.20 de la Constitución, el conjunto de Estatutos de Autonomía han atribuido a las respectivas Comunidades Autónomas competencia en materia de asistencia social, servicios sociales o acción social⁶. Por otra parte, los diversos Estatutos de Autonomía han atribuido a las Comunidades Autónomas, también con carácter exclusivo, competencia

⁶ Sobre la evolución de la asistencia social a los servicios sociales, DE PALMA, A, “La asistencia social” (Lección 11), en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho administrativo*, tomo VII, *Servicios públicos*, Iustel, 2009, págs. 339-341.

en materia protección pública de menores⁷. Por tanto, nos encontramos ante una materia competencia de las Comunidades Autónomas⁸.

En el caso de Cataluña, el art. 166.3 del Estatuto de Autonomía (2006), establece que “*Corresponde a la Generalitat, en materia de menores: a) la competencia exclusiva en materia de protección de menores, que incluye, en todo caso, la regulación del régimen de protección y de las instituciones públicas de protección y tutela de los menores desamparados, en situación de riesgo y de los menores infractores, respetando en este último caso la legislación penal*”. En el apartado 4 del mismo precepto se atribuye a la Generalitat “*la competencia exclusiva en materia de promoción de las familias y de la infancia, que en todo caso incluye las medidas de protección social y su ejecución*”. Además, en el apartado 1, se establece que corresponde a la Generalitat, también con carácter exclusivo, la competencia en materia de servicios sociales.

El Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, contempla por primera vez, en materia de protección de menores, la distinción entre situaciones de riesgo y desamparo, al atribuir competencia exclusiva a la Generalitat. Así, como no podía ser de otro modo, la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades de la infancia y la adolescencia (en adelante LDOIA) se ha hecho eco de esta distinción. Por otra parte, la LDOIA anticipa la actuación de las Administraciones públicas y prevé el desarrollo de acciones sociales de promoción, prevención, atención y protección⁹.

Las acciones de *promoción* serían aquellas dirigidas a crear las condiciones para el bienestar personal y social de los menores, de forma que puedan disfrutar de los derechos que tienen reconocidos y garantizar su pleno desarrollo como personas¹⁰. La *prevención* sería el conjunto de acciones sociales destinadas a preservar al niño o adolescente de las situaciones que son perjudiciales

7 La Constitución al establecer las competencias que corresponden al Estado y las que pueden ser asumidas por las Comunidades Autónomas no contempla esta materia. Sin embargo, las Comunidades Autónomas la habrían ido asumiendo al amparo de la cláusula residual del art. 149.3 de la Constitución. Vid. DE PALMA, A., *Administraciones públicas y protección* (nota 1), págs. 55-56.

8 En cuanto a los diversos títulos competenciales que entran en juego en la regulación de esta materia, DE PALMA, A., *Administraciones públicas y protección* (nota 1), págs. 43-59.

9 En el preámbulo de la LDOIA el propio legislador define el contenido de cada una de estas actividades.

10 En el preámbulo de la Ley se afirma que “la promoción es el conjunto de actuaciones sociales que se desarrollan *“aunque nada vaya evidentemente mal”*, porque obedecen a

para su adecuado desarrollo integral o su bienestar. La *atención* serían las actuaciones sociales dirigidas a neutralizar o minimizar, en el propio entorno socio-familiar del menor, las situaciones de *riesgo*; así, el propio legislador señala que son el conjunto de acciones sociales desarrolladas “cuando las cosas empiezan a ir mal” o cuando solo van “un poco mal”. En cambio, la Ley se refiere a la *protección* para regular las acciones sociales desarrolladas en el caso de menores declarados en situación de *desamparo*, ámbito de actuación que exige la adopción de medidas que implican su separación del núcleo familiar; en palabras del propio legislador, las reservadas para “cuando las cosas van mal”.

La declaración de *desamparo* comporta la asunción de la tutela del menor por la Administración autonómica y la suspensión de la patria potestad; en este caso, las medidas de protección requieren la separación del menor de su núcleo familiar. En cambio, corresponde a las Administraciones locales desarrollar las actuaciones de atención de los menores en situación de *riesgo* en el propio entorno socio-familiar, sin separar al menor de sus padres u otros responsables legales. Por ello, el principio de integración familiar y el de subsidiariedad progresiva de la intervención administrativa requerían distinguir entre situaciones de riesgo y desamparo de menores¹¹.

En nuestro sistema jurídico, el derecho de los menores a recibir atención y protección debe hacerse efectivo, siempre que sea posible, en el seno de la familia; así lo exige el derecho a la vida familiar proclamado por el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Por ello, resulta esencial distinguir entre situación de riesgo y desamparo. El legislador catalán, al igual que el conjunto de legisladores autonómicos, para delimitar estas situaciones, ha distinguido si para la protección efectiva del menor la Administración debe o no adoptar medidas de protección que hagan necesaria su separación del núcleo familiar. A partir de la distinción entre situaciones de riesgo y desamparo, la LDOIA configura un sistema descentralizado de atención y protección de los menores.

En efecto, en Cataluña, la Ley atribuye a los entes locales la competencia para desarrollar las acciones de prevención y la actuación de atención a la infancia y adolescencia en situación de riesgo. En cambio, atribuye a la Administración de la Generalitat la competencia para declarar las situaciones de

objetivos de mejora social y responden a anhelos o aspiraciones colectivos, particularmente a los de un bienestar personal y social mayor”.

11 Sobre el contenido de estos principios, A. de Palma, *Administraciones públicas y protección* (nota 1), págs. 122-123 y 126-130.

desamparo, asumir la tutela del menor y adoptar las necesarias medidas de protección. En definitiva, como veremos, la LDOIA configura un sistema descentralizado de atención y protección de los menores. La Administración de la Generalitat y entidades locales comparten responsabilidades en la atención y protección de la infancia y adolescencia, lo que va a requerir, asimismo, la colaboración y coordinación interadministrativa. Por ello, la Ley también prevé mecanismo e instrumentos de colaboración y coordinación entre las Administraciones públicas.

Así, la LDOIA contempla las Mesas Territoriales de Infancia como órganos colegiados que se constituyen para coordinar, impulsar y promover las políticas de infancia en todo el territorio, mediante la participación de las Administraciones implicadas (art. 26). Asimismo, la Ley crea un Sistema de información y gestión en infancia y adolescencia con el objeto de garantizar la ordenación adecuada del sistema público de protección y la coordinación administrativa (art. 25). En este Sistema de Información se integran todos los datos relativos a las actuaciones y medidas de intervención administrativa en relación a los menores, que deben servir de herramienta para la tramitación, comunicación e información entre las Administraciones competentes. Así, la Ley contempla la existencia de un expediente único para cada menor que se integra en el Sistema de Información y Gestión en Infancia y Adolescencia. En el expediente único de cada menor se recoge toda la información relativa a las actuaciones realizadas por las Administraciones competentes; este expediente único puede constar de distintas piezas en función del tipo de intervención administrativa: informativa, riesgo, desamparo, tutela administrativa, guarda administrativa y medidas asistenciales (art. 101).

Por otra parte, además de las señaladas, la LDOIA contempla otras técnicas de colaboración y coordinación. Así, la elaboración de protocolos de actuación entre las distintas Administraciones (art. 22 c). En concreto, la Ley prevé expresamente planes de colaboración y protocolos de protección ante los maltratos (art. 83), programas para la detección y atención del maltrato (art. 94). Y regula, asimismo, un Registro unificado de maltratos infantiles (art. 86). En definitiva, en un sistema descentralizado de atención y protección de la infancia y adolescencia, la colaboración y coordinación administrativa constituyen una pieza clave en el funcionamiento eficaz y eficiente del sistema. Es más esta colaboración debe extenderse a la sociedad civil y, en particular, a las entidades sociales que actúan en este ámbito.

La propia LDOIA impone a las Administraciones públicas el deber de favorecer las entidades sociales y comunitarias que trabajan por los derechos y

las oportunidades de los niños y adolescentes, y prestarles apoyo, en especial en los entornos en los que se concentran desigualdades y mayores indicadores de riesgo (art. 23.5 y 6).

3. La atribución al orden jurisdiccional civil del control de las resoluciones administrativas en materia de protección pública de menores

Las resoluciones administrativas dictadas en materia de protección de menores, de forma general, están dotadas de las características propias de los actos administrativos sujetos al Derecho administrativo, tal como ha quedado señalado anteriormente. Por tanto, en principio, el control de las mismas debería corresponder a los Tribunales del orden contencioso-administrativo¹². Sin embargo, en esta materia se da la particularidad de corresponder al orden jurisdiccional civil el conocimiento de la oposición a estas resoluciones.

La razón que explicaría que el legislador haya atribuido el control de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores a los jueces y Tribunales del orden jurisdiccional civil, sería la incidencia de estos actos administrativos en la definición o configuración de relaciones de Derecho privado, en concreto en el derecho a la vida familiar. No se trata, pues, de que la Administración actúe en este ámbito en situación de igualdad con los particulares y, por tanto, sometida al Derecho privado. La Administración actúa en esta materia como poder público, investigada de prerrogativas. Sin embargo su actuación afecta al contenido de relaciones jurídicas de Derecho privado.

La STS de 12 de enero de 2004, dictada por la sala de lo contencioso administrativo (RJ 2004/859), hace suyo el pronunciamiento de una sentencia anterior (STS DE 15/2/2000, RJ 2000/2326) en la que se afirma (en relación al derecho de propiedad) que “tradicionalmente se ha admitido que el criterio para atribuir competencia al orden jurisdiccional civil o contencioso-administrativo está cons-

12 En efecto, el art. 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa establece que los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones Públicas sujetas al Derecho administrativo. Ahora bien, la propia Ley dispone en su art. 3 a) que “no corresponderá al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, “las cuestiones expresamente atribuidas a los órdenes jurisdiccionales civil, penal y social *aunque estén relacionadas con la actividad de la Administración Pública*”.

tituido por la posición que adopte la Administración en sus relaciones con las demás personas físicas o jurídicas. Cuando aparece como sujeto de derechos y obligaciones en situación de igualdad con los particulares se someterá al Derecho privado y corresponderá la jurisdicción al orden civil. Cuando actúe en el ejercicio de una función pública típicamente administrativa, esto es, como poder público, manifestando su voluntad a través de actos administrativos sujetos al Derecho administrativo, la jurisdicción corresponderá a los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Existen, sin embargo, supuestos –a veces caracterizados como Administración Pública de Derecho privado– en los que, aun actuando la autoridad en el ejercicio de potestades públicas, su actividad tiene por objeto la garantía y definición de relaciones de Derecho privado. En estos casos, por lo general, nuestro ordenamiento jurídico considera prevalente el carácter objetivo de la materia, defiriendo la “cuestión civil” planteada a la jurisdicción de esta clase”. Sin embargo, el propio TS ha reconocido que falta en nuestro ordenamiento una definición de lo que se considera “cuestión civil”.

En el caso de las resoluciones administrativas mediante las que se declara la situación de desamparo de un menor, a las que la Ley vincula la atribución de la tutela a la Administración autonómica y la suspensión de la patria potestad, afectan claramente a relaciones jurídicas de Derecho privado. Lo mismo debe decirse de las resoluciones administrativas por las que se adoptan medidas de protección en ejercicio de la tutela atribuida a la Administración y aquellas mediante las que se establece el régimen de relaciones personales y visitas de los menores tutelados con su familia. En todos estos casos estaríamos ante supuesto calificados por el Tribunal Supremo como “Administración pública de Derecho privado”.

La atribución al orden jurisdiccional civil del control de las resoluciones administrativas de protección de menores plantea la cuestión del alcance del control judicial. La Ley de la jurisdicción contencioso administrativa dispone que “los órganos jurisdiccionales” no podrán “determinar el contenido discrecional de los actos anulados”. Pues bien, en la medida en que las Administraciones ejercen en este ámbito discrecionalidad técnica, los órganos jurisdiccionales también tendrían limitado el control de la actividad administrativa. El citado art. 71.2 de la LJCA se refiere a los “órganos jurisdiccionales” y no exclusivamente al orden contencioso-administrativo. Sin embargo, lo cierto es

que, en la actualidad, nos encontramos con resoluciones judiciales que incurren en exceso de jurisdicción, sustituyendo y ocupando la posición que el legislador atribuye a las Administraciones, desconociendo los límites del control de la actuación administrativa en el ámbito de la discrecionalidad.

III. La integración del sistema público de atención y protección a los menores en el sistema de servicios sociales

En Cataluña, el sistema público de atención y protección a los menores está integrado por aquel conjunto de recursos, prestaciones, actividades, programas, proyectos y equipamientos destinados a la prevención, atención y protección de los niños y adolescentes¹³, de titularidad de la Administración de la Generalitat, de los entes locales y demás Administraciones competentes, así como los que las referidas Administraciones concierten con las entidades de iniciativa social o privada. La finalidad del sistema sería promover el bienestar personal y social de los niños y adolescentes, con el fin de garantizar el ejercicio de sus derechos, en especial el derecho a recibir atención y protección pública, y, en definitiva, el desarrollo integral de su personalidad¹⁴.

El sistema público de atención y protección a los niños y adolescentes quedaría integrado, a su vez, en el sistema público de servicios sociales. La atención y protección de los menores constituye unas de las áreas de actuación de los servicios sociales. Así, la acción social en este ámbito vendría regulada por la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia y las normas que la desarrollan y, a su vez, quedaría enmarcada en las previsiones de la Ley 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales y reglamentos de desarrollo¹⁵.

13 La legislación catalana de protección de menores, distingue entre niños y adolescentes. Así, se entiende por niño la persona menor de doce años y por adolescente la persona con una edad comprendida entre los doce años y la mayoría de edad establecida por la Ley en 18 años (art. 2 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia (en adelante LDOIA)).

14 Art. 1 LDOIA.

15 En particular, el Decreto por el que se aprueba la Cartera de Servicios Sociales (en la actualidad Decreto 142/2010, de 11 de octubre, por el que se aprueba la Cartera de Servicios sociales 2010-2011) y el Decreto 202/2009, de 22 de diciembre, de los órganos de participación y de coordinación del sistema catalán de servicios sociales.

La integración del sistema público de atención y protección a la infancia y la adolescencia en el sistema de servicios sociales tiene consecuencias importantes, tanto desde un punto de vista organizativo como de la posición de los ciudadanos frente a la Administración actuante. Así, los principios que rigen la acción social en materia de atención y protección de la infancia no sólo vienen establecidos por la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades de la infancia y la adolescencia (LDOIA), sino también por lo establecido en la Ley 12/2007, de 11 de octubre de servicios sociales (en adelante LSS). Por ello, además de los principios del interés superior del menor, prevención, integración y reintegración familiar, subsidiariedad progresiva, no discriminación y carácter colegiado e interdisciplinar de las intervenciones administrativas¹⁶ –que, entre otros, resultan de la normativa aplicable, en particular la LDOIA– son también aplicables los principios que rigen la actuación general en el ámbito de los servicios sociales, proclamados por la LSS¹⁷. De igual forma, en el marco de la acción social en materia de infancia y adolescencia, los menores gozan de los derechos que les reconoce tanto la legislación de infancia (LDOIA) como la de servicios sociales (LSS).

Además, según se ha señalado, la integración de la acción social en materia de menores en el ámbito de los servicios sociales también se pone de relieve en los aspectos organizativos del propio sistema público de atención y protección a la infancia y la adolescencia. Así, el Consejo Nacional de los niños y adolescentes (art. 27 LDOIA) y el Observatorio de los derechos de la infancia son Comisiones sectoriales del Consejo General de Servicios Sociales¹⁸. Por otra parte, el Sistema de Información y Gestión en Infancia y Adolescencia se integra en el Sistema de Información Social¹⁹.

16 Sobre el contenido y alcance de estos principios, DE PALMA, A., *Administraciones públicas y protección* (nota 1), págs. 109 y ss.

17 El art. 5 de la LSS proclama los principios rectores del sistema público de servicios sociales. Un breve examen de los mismos en DE PALMA, A., “Los servicios sociales en Cataluña como marco de atención a las situaciones de dependencia”, en *Servicios sociales, dependencia y derechos de ciudadanía*, coord. Vicenç AGUADO, Atelier, 2009, pág. 181-183.

18 Según resulta del art. 15 del Decreto 202/2009, de 22 de diciembre, de los órganos de participación y coordinación del Sistema Catalán de Servicios Sociales.

19 El Sistema de Información y Gestión en Infancia y Adolescencia integra todos los datos relativos a las actuaciones y medidas de intervención respecto de los niños y adolescentes, que deben servir como herramienta para la tramitación, comunicación e información de los entes públicos y las Administraciones competentes en la materia (art. 25 LDOIA); en el mismo queda incorporado el expediente único de cada menor (art.

Asimismo, el Plan de atención integral a la infancia y adolescencia forma parte y despliega el Plan Estratégico de Servicios Sociales²⁰. Y el Mapa de recursos y servicios para la prevención, atención y protección de los niños y adolescentes forma parte del Mapa de Servicios Sociales²¹.

Por otra parte, la financiación del sistema pública de atención y protección a la infancia y adolescencia resulta, asimismo, de lo establecido en la Ley 12/2007, de Servicios Sociales (arts. 59 y ss.), en el marco de lo dispuesto en la propia LDOIA (art. 15.3 y disposición adicional 1ª).

IV. La actividad administrativa de atención a los menores en situación de riesgo y protección de los menores desamparados

La LDOIA, como se ha señalado con anterioridad, configura un sistema de atención y protección pública de la infancia y adolescencia descentralizado, atribuyendo competencias a los entes locales y a la Administración de la Generalitat. La Ley distingue las actividades administrativas de *prevención* de las situaciones de desprotección, la *atención* a los menores en situación de riesgo y la *protección* de los menores desamparados. Las competencias en materia de prevención y atención a los menores en situación de riesgo están atribuidas a los entes locales. En cambio, la protección de los menores en situación de desamparo corresponde a la Administración de la Generalitat.

Pues bien, a continuación, será objeto de examen la acción social desarrollada en materia de atención a los menores en situación de riesgo y protección de los menores desamparados.

101 LDOIA). El Sistema de Información Social garantiza la disponibilidad de la información relativa a las prestaciones y a la Cartera de servicios sociales, integra los datos relativos a la atención social del sector público y del sector privado, con los objetivos de evitar duplicidades y mejorar la atención a los destinatarios de los servicios sociales (art. 42 LSS).

20 Art. 21 LDOIA, en relación con el art. 37 LSS. El Plan Estratégico de Servicios Sociales de Cataluña de los años 2010-2013 fue aprobado mediante Acuerdo del Gobierno en agosto de 2010. A su vez, el Plan de atención integral a la infancia y adolescencia para los años 2010-2013 fue aprobado por Acuerdo del Gobierno de 26 de octubre de 2010.

21 Art. 23 LDOIA. La disposición transitoria segunda de la LDOIA establece que en el plazo de dos años desde la aprobación de la misma, el Departamento competente en infancia y adolescencia debe presentar el Mapa de Recursos y Servicios para la Prevención y Protección de los niños y adolescentes, que debe formar parte del Mapa de Servicios Sociales de Cataluña.

La LDOIA, como se ha señalado con anterioridad, acoge la distinción entre situaciones de riesgo y desamparo de los menores. El elemento fundamental para distinguir uno u otro tipo de situación obliga a la Administración competente a examinar si para la protección efectiva del menor es necesario separarle de su familia. La propia ley, como veremos, identifica algunas de las situaciones que deben calificarse de riesgo (art. 102.2) y desamparo (art. 105.2), en función del alcance e intensidad de la situación de desprotección del menor.

Por otra parte, con el fin de brindar a los profesionales de los servicios sociales que intervienen en la valoración de estas situaciones criterios técnicos y científicos, la LDOIA ha previsto la elaboración de listas de indicadores y factores de riesgo y protección y recomendaciones para promover su identificación. Esta previsión ha sido desarrollado por la Orden BSF/331/2013, de 18 de diciembre, por la que se aprueban las listas de indicadores y factores de protección de los niños y adolescentes.

El art. 79 LDOIA prevé que “El departamento competente en infancia y adolescencia, en colaboración con otros departamentos de la Generalitat, las universidades y los colegios profesionales y otras entidades dedicadas a los niños y adolescentes, debe elaborar listas de indicadores y factores de riesgo y lista de indicadores y factores de protección y resiliencia. Asimismo, debe formular las recomendaciones específicas para facilitar y promover la identificación de estos indicadores o factores y la consiguiente valoración de la situación del niño o el adolescente. Estas listas y recomendaciones pueden actualizarse y modificarse siempre que lo aconsejen los avances en el conocimiento científico y profesional”.

Las listas de indicaciones y factores de riesgo y de protección y resiliencia se dirigen a garantizar la aplicación de criterios técnicos y científicos contrastados en la valoración de las situaciones de desprotección de los menores. De este modo se busca una mayor objetividad en el procedimiento de valoración.

1. La acción social de atención a los menores en situación de riesgo

a) El concepto legal de riesgo

La propia LDOIA brinda una definición de las situaciones de riesgo. El art. 102 nos dice que *“se entiende por situación de riesgo la situación en la que el desarrollo y el bienestar del niño o el adolescente se ven limitados o perjudicados por cualquier circunstancia personal, social o familiar, siempre y cuando para la protección efectiva del niño o el adolescente no sea necesaria la separación del núcleo familiar”*.

El elemento característico de las situaciones de riesgo, y el que permite distinguirlo del desamparo, es que para la protección efectiva del menor no es necesario que la Administración competente adopte medidas de protección que impliquen su separación del núcleo familiar.

A continuación, la propia LDOIA contempla un conjunto de situaciones que se califican de riesgo. Ahora bien, de ningún modo podríamos estar ante una lista cerrada. Es imposible que la Ley prevea las innumerables circunstancias que podrían llevar a valorar la situación del menor como riesgo. Por ello, el propio art. 102 acaba remitiendo (en su apartado i) a cualquier otra circunstancia que de persistir pueda conducir al desamparo. A través de la actividad administrativa desarrollada en situaciones de riesgo se trata de prevenir el desamparo y la necesidad de adoptar medidas de protección que requieran la separación del menor de su familia. Por otra parte, para la valoración de la situación del menor, los profesionales de los servicios sociales deberán considerar, además, de las situaciones expresamente contempladas en la LDOIA (art. 102.2) la lista de indicadores y factores de riesgo y de protección y resiliencia, a las que se ha hecho referencia con anterioridad (art. 79 LDOIA).

Art. 102.2 *“Son situaciones de riesgo:*

- a) La falta de atención física o psíquica del niño o el adolescente por parte de los progenitores, o por los titulares de la tutela o de la guarda, que comporte un perjuicio leve para la salud física o emocional del niño o el adolescente.*
- b) La dificultad grave para dispensar la atención física y psíquica adecuada al niño o al adolescente por parte de los progenitores o de los titulares de la tutela o de la guarda.*
- c) La utilización, por parte de los progenitores o por los titulares de la tutela o de la guarda, del castigo físico o emocional sobre el niño o el adolescente que,*

sin constituir un episodio grave o un patrón crónico de violencia, perjudique su desarrollo.

d) Las carencias que, por no poder ser adecuadamente compensadas en el ámbito familiar, ni impulsadas desde este mismo ámbito para su tratamiento mediante los servicios y recursos normalizados, puedan producir la marginación, la inadaptación o el desamparo del niño o el adolescente.

e) La falta de escolarización en edad obligatoria, el absentismo y el abandono escolar.

f) El conflicto abierto y crónico entre los progenitores, separados o no, cuando anteponen sus necesidades a las del niño o el adolescente.

g) La incapacidad o la imposibilidad de los progenitores o los titulares de la tutela o de la guarda de controlar la conducta del niño o el adolescente que provoque un peligro evidente de hacerse daño o de perjudicar a terceras personas.

h) Las prácticas discriminatorias, por parte de los progenitores o titulares de la tutela o de la guarda, contra las niñas o las jóvenes que conlleven un perjuicio para su bienestar y su salud mental y física, incluyendo el riesgo de sufrir la ablación o la mutilación genital femenina y la violencia ejercida contra ellas.

i) Cualquier otra circunstancias que, en caso de persistir, pueda evolucionar y derivar en el desamparo del niño o el adolescente”.

Las situaciones de riesgo de los menores se producen cuando los padres u otros responsables legales no atienden de forma adecuada las necesidades del niño o adolescente, por las razones que sean. La situación de riesgo no siempre derivará de una actuación dolosa o negligente de los progenitores, tutores o guardadores. En ocasiones, las propias dificultades personales, sociales o familiares podrían comportar la situación de riesgo del menor.

En definitiva, los factores que llevarían a valorar la situación del menor como de riesgo serían: el tipo y características de la situación de desprotección, su alcance e intensidad; las peculiaridades del propio menor; y las particularidades del entorno social y familiar. En cuanto a las características de la situación de desprotección, se trataría de episodios leves o aislados que no producen un perjuicio grave al desarrollo y bienestar del menor. Por lo que se refiere al propio menor, se tendrá en cuenta si tiene los recursos personales y sociales suficientes para protegerse por sí mismo o solicitar ayuda; a tal efecto deberá considerarse si su desarrollo psicofísico y emocional es correcto y si

mantiene relaciones positivas con personas de su entorno que pudieran servirle de apoyo. En lo que respecta a las características del núcleo sociofamiliar, se tendría en cuenta si los responsables legales del menor tienen conciencia de la situación y si están motivados y colaboran en la neutralización de los factores de riesgo. Por otra parte, los profesionales de los servicios sociales que realizan la valoración deben tener en cuenta, asimismo, todos los factores de protección del entorno socio-familiar que puedan servir de base sobre la que apoyar la intervención de los servicios sociales.

b) La intervención en situaciones de riesgo. Competencia de la Administración local

La competencia para valorar las situaciones de riesgo y adoptar las consiguientes medidas de protección corresponde a la Administración local en cuyo territorio se encuentra el menor, a través de los servicios sociales básicos. No obstante, como veremos, en el caso de Cataluña, cuando la situación de riesgo es grave deberán intervenir, asimismo, los servicios sociales especializados para elaborar el denominado compromiso socioeducativo (art. 103 LDOIA).

*El art. 99 LDOIA, bajo el título **Competencia en materia de riesgo**, establece que “La Administración local debe intervenir si detecta una situación de riesgo de un niño o adolescente que se encuentra en su territorio; debe adoptar las medidas adecuadas para actuar contra esta situación, de conformidad con la regulación establecida en la presente ley, con la normativa de la Generalitat que la desarrolla y con la legislación en materia de servicios sociales”.*

La Ley catalana 12/2007, de 11 de octubre, de Servicios Sociales, prevé las funciones de los servicios sociales básicos en relación al conjunto de población, sin contemplar de forma concreta las relativas a la infancia y adolescencia (art. 17). No obstante, algunas de estas funciones tienen una mayor incidencia en el caso de los menores. Así, se les atribuye, entre otras, la función de “intervenir en los núcleos familiares o convivenciales en situación de riesgo social, especialmente si hay menores” o “prestar servicios de intervención socioeducativa no residencial para niños y adolescentes”(art. 17 g y j).

Los servicios sociales dirigidos a menores en situación de riesgo actúan recabando la colaboración de la propia familia. La intervención de la Administración no finaliza con una resolución administrativa declarando de forma unilateral la situación de riesgo y adoptando las consiguientes medidas de

protección del niño o adolescente. Tal como afirma el propio legislador catalán en el preámbulo de la Ley, la Administración actúa en este ámbito de forma convencional, con la colaboración de los progenitores u otros responsables legales del menor y con la participación del adolescente o del niño con capacidad natural.

Así, como veremos, en función de la intensidad de la situación de riesgo, la intervención de los servicios sociales finalizará con un plan o programa de atención social y educativa o, en su caso, con un compromiso socioeducativo que deberá ser aceptado por los responsables legales del menor. No obstante, cabría que, en desarrollo del compromiso socioeducativo o plan de atención social, la Administración dictara la correspondiente resolución administrativa unilateral acordando determinadas medidas de atención social y educativa, como la ayuda a la familia, la ayuda a domicilio u otras.

El art. 103.1 LDOIA establece que “los servicios sociales deben valorar la existencia de una situación de riesgo y promover, si procede, las medidas y los recursos de atención social y educativa que permitan disminuir o eliminar la situación de riesgo buscando la colaboración de los progenitores o de los titulares de la tutela o de la guarda”.

La evaluación de la situación del menor corresponde al profesional de referencia que designen los servicios sociales básicos. Asimismo, corresponde al profesional de referencia realizar el seguimiento del plan de atención social y educativa o, en su caso, del compromiso socioeducativo que se elabore y de las medidas de atención del menor que se hubieran adoptado. La Ley catalana 12/2007, de 11 de octubre, de Servicios Sociales, reconoce a los destinatarios de los servicios sociales el derecho a tener asignado un profesional de referencia que sea el interlocutor principal y que vele por la coherencia, la coordinación de todos los actores implicados (art. 9 e).

El art. 103.2 LDOIA dispone que “Los servicios sociales básicos deben designar a un profesional o una profesional de referencia, para cada caso, del niño o el adolescente, al que corresponde evaluar su situación y realizar el posterior seguimiento”.

Por otra parte, una vez detectada la situación de riesgo se deberá proceder a abrir el expediente de riesgo al que se incorporarán, debidamente documentadas, todas las actuaciones realizadas y medidas adoptadas. La pieza de riesgo pasará a formar parte del expediente único del menor. Asimismo, los servicios sociales deberán dar de alta o incorporar la pieza de riesgo en el

Sistema de Información y Gestión en Infancia y Adolescencia que gestiona la Administración de la Generalitat (art. 102 en relación con el art. 25 LDOIA).

La LDOIA distingue entre situaciones de riesgo grave y no grave. En función de la intensidad de la situación de riesgo –no grave o grave- intervendrán los servicios sociales básicos o, en su caso, deberán colaborar los servicios sociales especializados.

En aquellos casos en que los servicios sociales básicos evalúan la situación de riesgo como *no grave*, procederán a elaborar el plan o programa de atención social y educativa. En el plan o programa se contemplarán las medidas de apoyo a la familia y atención al menor que fueran necesarias para minimizar o neutralizar la situación de riesgo. Los servicios sociales básicos, a través del profesional de referencia, realizarán el seguimiento del referido plan y de las medidas adoptadas.

En el supuesto que la situación del menor fuera valorada por los servicios sociales básicos como de *riesgo grave*, deberán realizar una primera intervención para disminuir o controlar la situación. Si los factores de riesgo grave persisten y la situación del menor no mejora, deberán actuar los servicios sociales especializados y elaborar el correspondiente compromiso socioeducativo. Asimismo, la situación de riesgo se considerará grave y deberán intervenir los servicios sociales especializados, cuando los servicios sociales básicos no hubieran conseguido, a través del plan o programa de atención social y educativa, minimizar o neutralizar los factores de riesgo no grave y la situación del menor se agravara; cuando los padres o responsables legales no colaboren en la aplicación de las medidas previstas en el plan de atención con el consiguiente perjuicio para el menor; o cuando los padres o responsables legales del menor rechacen la intervención.

Asimismo, podría suceder que fueran los servicios sociales especializados los que detectaran inicialmente la situación de riesgo grave: porque previamente hubieran valorado una posible situación de desamparo que finalmente califiquen con riesgo grave; o cuando el menor hubiera sido declarado previamente en desamparo y se hubiera acordado el retorno con su familia y la actuación como riesgo grave a través de un compromiso socioeducativo.

Cuando los servicios sociales básicos hubieran realizado una intervención previa para atender a los menores en situación de riesgo y el caso tuviera que ser trasladado a los servicios sociales especializados, al no conseguir minimizar o controlar la situación, deberán elaborar un informe sobre los siguientes extremos: la valoración de la situación de riesgo que persiste, el resultado de la intervención y la propuesta de las medidas que consideran convenientes

para neutralizar la situación de riesgo grave. Este informe será trasladado a los servicios especializados. A través del mismo, los servicios sociales especializados tendrán conocimiento de todas las actuaciones realizadas previamente por los servicios básicos en relación al concreto menor.

Art. 103.3 LDOIA “Si el riesgo es grave y con la intervención de los servicios sociales básicos no se consigue disminuir o controlar la situación de riesgo, estos servicios deben elevar el informe con la valoración de la situación de riesgo que persiste en el niño o el adolescente, el resultado de la intervención y la propuesta de medidas que consideren oportunas a los servicios sociales especializados en infancia y adolescencia”.

Una vez recibido el informe realizado por los servicios sociales básicos, junto con todos los antecedentes del menor, los servicios sociales especializados deberán completar el estudio y evaluación de la situación y proceder a elaborar el denominado compromiso socioeducativo. A partir de este momento la actividad administrativa adquiere un carácter más formal; aunque, como se ha dicho, en materia de riesgo siempre deberá recabarse la colaboración de los responsables legales del menor, de forma que la actuación administrativa tiene carácter convencional. En la elaboración del compromiso educativo deberán participar los padres u otros responsables legales del menor. Asimismo, los servicios sociales especializados deberán escuchar a los menores en la forma adecuada a su edad y, en todo caso, a los adolescentes. Estos trámites deberán quedar documentados en el expediente de riesgo del menor, en el que constarán el resto de actuaciones realizadas y, por supuesto, el informe derivado por los servicios sociales básicos.

El compromiso socioeducativo deberá tener el siguiente contenido: la descripción de la situación del menor, resultando necesario que queden debidamente acreditados los factores de riesgo; la evaluación de la situación del menor; las medidas previstas para neutralizar los factores de riesgo acreditados; el profesional de referencia designado.

Una vez elaborado el compromiso socioeducativo deberá ser suscrito por los padres u otros responsables legales del menor y por el órgano administrativo competente de la Administración local. Estaríamos ante un supuesto de terminación convencional del procedimiento. Sin perjuicio de ello, el órgano administrativo competente de la Administración local podría dictar una resolución administrativa unilateral aprobando el compromiso socioeducativo suscrito por los responsables legales y los servicios sociales.

Art. 103.4 y 5 LDOIA *“Los servicios sociales especializados de atención a los niños y a los adolescentes, atendiendo el informe y las medidas de atención propuestas, deben completar el estudio y elaborar un compromiso socioeducativo dirigido a los progenitores o a los titulares de la tutela orientado a la superación del riesgo que rodea al niño o al adolescente, que debe contener la descripción y la acreditación de la situación de riesgo, su evaluación y la concreción de las medidas que se aplicarán desde los servicios sociales básicos o desde otros servicios especializados para la superación de la situación perjudicial.*

Antes de firmar el compromiso socioeducativo con los progenitores o, en su caso, con los titulares de la tutela o de la guarda, debe haberse escuchado al adolescentes, en cualquier caso, y al niño, si tiene suficiente conocimiento”.

El compromiso socioeducativo sería un acto administrativo de naturaleza convencional del que derivan obligaciones para las partes que lo suscriben: la Administración local competente y los padres u otros responsables legales del menor. Por un lado, la Administración local queda obligada a prestar los recursos o servicios previstos en el mismo y realizar el seguimiento de la situación del menor; por otro lado, los responsables legales del menor deberán cumplir los objetivos establecidos en el mismo, realizando las actuaciones establecidas.

Por otra parte, el compromiso socioeducativo constituye un requisito para el reconocimiento del derecho subjetivo a una prestación económica para atender los gastos de mantenimiento del menor en situación de riesgo, siempre que la unidad familiar no disponga de unos ingresos superiores a los previstos por la norma reguladora (disposición final 2ª LDOIA, en relación con el art. 22 bis de la Ley 13/2006, de 27 de julio, de prestaciones sociales de carácter económico)²².

22 La Ley 13/2006, de 27 de julio, de prestaciones sociales de carácter económico, establece en su art. 22 bis, bajo el título *Prestación para menores de edad en situación de riesgo*, que *“1. Se crea una prestación de derecho subjetivo para atender los gastos de mantenimiento de un menor o una menor de edad en situación de riesgo respecto al cual se haya formalizado el correspondiente compromiso socioeducativo. 2. Tienen derecho a la prestación a la prestación regulada por este artículo los menores de edad que hayan sido valorados en situación de riesgo, respecto de los cuales se haya formalizado el correspondiente compromiso socioeducativo y cuya unidad familiar disponga de unos ingresos, por todos los conceptos, iguales o inferiores al indicador de renta de suficiencia. Este límite de ingresos se incrementa en un 30% por cada miembro de la unidad familiar a partir del segundo...”* En el apartado 6 del propio precepto se dice que *“son causas de extinción de*

Cuando los padres u otros responsables legales no colaboran en la aplicación de las medidas acordadas para superar la situación de riesgo y ello perjudique el bienestar o desarrollo del menor o cuando la situación del menor se agrave por cualquier circunstancia, los servicios sociales especializados deberán derivar el caso al Departamento competente de la Administración de la Generalitat para que los equipos técnicos que corresponda valoren, en su caso, declarar la situación de desamparo (art. 103.6 LDOIA).

La LDOIA contempla un conjunto de medidas de atención social y educativa ante las situaciones de riesgo (art. 104). Ahora bien, más allá de las medidas previstas por la Ley, la Administración local podría contemplar en el plan o programa de atención social y educativa o en el compromiso socioeducativo cualquier otra medida que contribuya a la desaparición de la situación de riesgo. En todo caso, las medidas deben aplicarse en el entorno socio-familiar del menor. Uno de los objetivos de actuación en situación de riesgo es, precisamente, evitar el desamparo y la adopción de medidas que impliquen la separación del menor de su familia.

Art. 104 Medidas de atención social y educativa ante las situaciones de riesgo

“Las medidas que pueden establecerse una vez valorada la situación de riesgo son las siguientes:

- a) La orientación, el asesoramiento y la ayuda a la familia. La ayuda a la familia incluye las actuaciones de contenido técnico, económico o material dirigidas a mejorar el entorno familiar y a hacer posible la permanencia del niño o el adolescente en el mismo.*
- b) La intervención familiar mediante el establecimiento de programas socioeducativos para los progenitores, tutores o guardadores con la finalidad de que alcancen capacidades y estrategias alternativas para el cuidado y la educación de sus hijos o del niño o el adolescente tutelado.*
- c) El acompañamiento del niño o el adolescente a los centros educativos o a otras actividades, y el apoyo psicológico o las ayudas al estudio.*
- d) La ayuda a domicilio.*
- e) La atención en centro abierto y otros servicios socioeducativos.*

la prestación regulada en este artículo, además de las establecidas a todos los efectos las siguientes: a) la finalización del compromiso socioeducativo o su pérdida de efectos; b) El incumplimiento del compromiso socioeducativo; c) Llegar a la mayoría de edad o ver reconocida la emancipación”.

- f) *La atención sanitaria, que incluya la intervención psicoterapéutica el tratamiento familiar, tanto para los progenitores o los titulares de la tutela o de la guarda, como para el niño o el adolescente.*
- g) *Los programas formativos para adolescentes que han abandonado el sistema escolar.*
- h) *La asistencia personal para los progenitores, tutores y guardadores con diversidad funcional que les permita asumir sus obligaciones de atención y cuidado de los niños y los adolescentes.*
- i) *Cualquier otra medida de carácter social y educativo que contribuya a la desaparición de la situación de riesgo.”*

La aplicación efectiva de algunas de las medidas previstas por la Ley requerirá la colaboración de los servicios educativos o sanitarios con los servicios sociales. Asimismo, para su aplicación podrán celebrarse convenios con entidades de iniciativa privada y, en especial, de iniciativa social que trabajan por los derechos y las oportunidades de los niños y adolescentes²³.

El art. 23.5 LDOIA establece que “Las entidades públicas, las entidades de iniciativa privada y especialmente las entidades de iniciativa social del ámbito del tercer sector social, de acuerdo con la legislación de servicios sociales, pueden promover el establecimiento de los recursos, los servicios y los equipamientos... mediante acuerdos y convenios con

23 La Ley 12/2007, de 11 de octubre, de Servicios Sociales, establece en su art. 69, que “son entidades de iniciativa social las fundaciones, asociaciones, cooperativas, organizaciones de voluntariado y demás entidades e instituciones sin ánimo de lucro que realizan actividades de servicios sociales”. Y “son entidades de iniciativa mercantil las personas jurídicas y las demás entidades privadas con ánimo de lucro que realizan actividades de servicios sociales y que adoptan cualquier forma societaria reconocida por la legislación mercantil”. A continuación, el art. 70 establece que “1. las entidades de iniciativa privada que lo soliciten pueden formar parte de la Red de Servicios sociales de Atención Pública, a cuyo fin previamente deben obtener la correspondiente acreditación de la Administración y deben establecer un convenio de colaboración con la Administración competente en materia de servicios sociales. 2. La acreditación de una entidad de iniciativa privada comporta el derecho de prestar servicios con financiación pública, de acuerdo con lo establecido en la normativa reguladora de servicios sociales y el convenio de colaboración”. Las entidades de iniciativa social y las entidades de iniciativa mercantil que han obtenido la acreditación correspondiente tienen la consideración de entidades prestadoras de servicios sociales (art. 75.1 LSS). En su condición de entidades prestadoras de servicios sociales puede gestionar servicios sociales de titularidad pública, mediante el establecimiento de un contrato con la Administración correspondiente, en este caso pasan a formar parte de la Red de Servicios Sociales de Atención Pública (art. 75.3 LSS).

las correspondientes administraciones públicas, de conformidad con el mapa de recursos y servicios y la planificación local establecida”.

Las medidas de atención a los menores en situación en riesgo que consisten en prestaciones de servicios o económicas tienen el carácter de prestaciones garantizadas a los efectos de la Ley de servicios sociales, tal como señala el art. 15.3 de la LDOIA²⁴. El reconocimiento de una prestación como garantizada implica el derecho subjetivo a acceder a la misma, en este caso por los menores que se encuentren en situación de riesgo y requieran una medida de atención.

El art. 24.4 de la LSS establece que “las prestaciones garantizadas son exigibles como derecho subjetivo de acuerdo con lo establecido en la Cartera de servicios sociales, que debe incluir, al menos, la necesidad de una valoración profesional previa y de una prueba objetiva que acredite su necesidad”.

Los entes locales competentes deberán programar las medidas de atención a los menores en situación de riesgo en los planes de actuación local previstos en la Ley 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales (disposición adicional 4ª LDOIA en relación art. 31 c) LSS). En base a la planificación local, la Cartera de Servicios Sociales deberá incluir las prestaciones como garantizadas²⁵. Ahora bien, el carácter de prestación garantizada no implica la gratuidad de la misma, los beneficiarios podrían participar en el pago del coste.

Sin embargo, en la Cartera de Servicios Sociales actualmente en vigor, referida al periodo 2010-2011 (aprobada por Decreto 142/2010, de 11 de octubre), no se han previsto como prestaciones garantizadas el conjunto de medidas de atención a los menores en situación de riesgo que establece el art. 104 de la LDOIA. Es muy probable que la causa tenga su origen en la falta de previsión y programación de las medidas en los planes de actuación local vigentes. Pero lo cierto es que la Cartera en vigor sólo prevé el servicio de intervención socioeducativa no residencial para niños y adolescentes, esto es,

24 Los arts. 21 y 22 de la Ley 12/2007, de 11 de octubre de servicios sociales, establecen las actuaciones e intervenciones que tienen la condición de prestación de servicios y el concepto de prestaciones económicas.

25 En la Cartera de Servicios Sociales deberá definirse el tipo de prestación, la población a la que va destinada, el establecimiento o el equipo profesional que debe gestionarla, los perfiles y ratios profesionales del equipo, y los estándares de calidad (art. 24.3 LSS).

los centros abiertos, a los que claro está les atribuye el carácter de prestación garantizada. Por otra parte, la Cartera también contempla la medida de ayuda a domicilio, pero dirigida a la población en general y no de forma específica para la atención a las familias con menores en situación de riesgo; así, según el Plan Estratégico de Servicios Sociales (2010-2013), en el año 2008 solo un 7'17 % de los beneficiarios de la medida de ayuda a domicilio fueron menores en riesgo.

En definitiva, más allá de regulación de las medidas de atención a los menores en situación de riesgo (art. 104 LDOIA) y del reconocimiento legal del carácter de prestaciones garantizadas (art. 15.3 LDOIA), es necesario que queden efectivamente garantizadas la ordenación y provisión de estos recursos y servicios dirigido a controlar o neutralizar las situaciones de riesgo de los menores.

2. Los servicios sociales de protección de los menores en situación de desamparo. Las funciones tutelares de la Administración de la Generalitat de Cataluña

a) El concepto legal de desamparo

La situación de desamparo en el conjunto del Estado español se caracteriza fundamentalmente por la necesidad de adoptar medidas dirigidas a la protección efectiva del menor que implican la separación de su familia. En este punto la LDOIA aporta en Cataluña una novedad significativa, ya que la anterior legislación contemplaba la posibilidad de adoptar la medida de atención en la propia familia para los menores en situación de desamparo. Por ello, se había reclamado la necesidad de delimitar las situaciones de riesgo y desamparo.

La declaración de desamparo implica la asunción de la tutela del menor por la Administración y la suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria. Como vemos, supone una grave incidencia en el derecho a la vida familiar, por lo que requiere una aplicación restrictiva.

Pues bien, en la actualidad, la LDOIA de forma acertada, brinda un concepto legal de desamparo que se caracteriza, precisamente, por que las medidas que deben adoptarse para la protección del menor requieren su separación del núcleo familiar.

Así, el art. 105.1 de la LDOIA establece que “se consideran desamparados los niños o los adolescentes que se encuentren en una situación de hecho en

las que les faltan los elementos básicos para el desarrollo integral de la personalidad, *siempre que para su protección efectiva sea necesario aplicar una medida que implique la separación del núcleo familiar*".

En Cataluña, la actual Ley pone el acento en la situación de hecho desprotección que padece el menor y no en el origen de la misma²⁶: le faltan al menor los elementos básicos para el desarrollo integral de su personalidad. Lo esencial es el resultado, sin perjuicio de las causas que han producido la situación de desprotección que, claro está, tendrán su origen en la falta o inadecuado cumplimiento de los deberes de protección por parte de los responsables legales del menor; incumplimiento que no tendrá que ser necesariamente negligente o voluntario y podrá ser debido a causas ajenas a la voluntad de los mismos. Lo importante, como se ha dicho, es el resultado de efectiva desprotección del menor que produce que le falten los elementos básicos para el desarrollo integral de su personalidad. No obstante, las causas que han llevado a la situación de desamparo tendrán su importancia a la hora de determinar la medida de protección más conveniente para el concreto menor.

Por otra parte, el art. 105.2 de la LDOIA contempla un conjunto de situaciones que darán lugar a la declaración de desamparo. Estas situaciones se caracterizan por causar perjuicios graves al menor que repercuten de forma significativa en el desarrollo del niño o adolescente y le privan de los elementos básicos para la formación plena de su personalidad.

26 En cambio, a nivel estatal, el Código Civil (art. 172.1) caracteriza el desamparo como la situación de hecho que se produce "a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por leyes para la guarda de los menores" cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

Art. 105.2 “Son situaciones de desamparo:

a) *El abandono.*

b) *Los maltratos físicos o psíquicos, los abusos sexuales, la explotación u otras situaciones de la misma naturaleza efectuadas por las personas a las que corresponde la guarda o que se han llevado a cabo con el conocimiento y tolerancia de estas personas.*

c) *Los perjuicios graves al recién nacido causados por maltrato prenatal. A tales efectos, se entiende por maltrato prenatal la falta de cuidado del propio cuerpo, consciente o inconsciente, o la ingestión de drogas o sustancias psicotrópicas por parte de la mujer durante el proceso de gestación, así como el producido indirectamente al recién nacido por parte de la persona que maltrata a la mujer en proceso de gestación.*

d) *El ejercicio inadecuado de las funciones de guarda que comporte un peligro grave para el niño o el adolescente.*

e) *El trastorno o la alteración psíquica o la drogodependencia de los progenitores, o de los titulares de la tutela o de la guarda, que repercuta gravemente en el desarrollo del niño o el adolescente.*

f) *El suministro al niño o al adolescente de drogas, estupefacientes o cualquier otra sustancia psicotrópica o tóxica realizado por las personas a las que corresponde la guarda o por otras personas con su conocimiento y tolerancia.*

g) *La inducción a la mendicidad, a la delincuencia o a la prostitución por parte de las personas encargadas de la guarda, o el ejercicio de estas actividades llevado a cabo con su consentimiento o tolerancia, así como cualquier forma de explotación económica.*

h) *La desatención física, psíquica o emocional grave o cronificada.*

i) *La violencia machista o la existencia de circunstancias en el entorno sociofamiliar del niño o el adolescente, cuando perjudiquen gravemente su desarrollo.*

j) *La obstaculización por los progenitores o los titulares de la tutela o de la guarda de las actuaciones de investigación o comprobación, o su falta de colaboración, cuando este comportamiento ponga en peligro la seguridad del niño o el adolescente, así como la negativa de los progenitores o los titulares de la tutela o de la guarda a participar en la ejecución de las medidas adoptadas en situaciones de riesgo si ello conlleva la persistencia, la cronificación o el agravamiento de estas situaciones.*

k) Las situaciones de riesgo que por número, evolución, persistencia o agravamiento determinen la privación al niño o al adolescente de los elementos básicos para el desarrollo integral de la personalidad.

l) Cualquier otra situación de desatención o negligencia que atente contra la integridad física o psíquica del niño o el adolescente, o la existencia objetiva de otros factores que imposibiliten su desarrollo integral.”

El citado precepto no contempla un elenco cerrado de causas de desamparo. No sería posible prever normativamente todas las posibles circunstancias que podrían determinar la situación de desamparo de un menor.

Entre las situaciones legalmente previstas, debe destacarse la falta de colaboración de los responsables legales del menor o la obstaculización a la intervención de la Administración competente, cuando comporte la persistencia, cronificación o agravamiento de la situación de riesgo del menor que conducirá a la declaración de desamparo. Asimismo, podría declararse la situación de desamparo siempre que la situación de riesgo se agrave o se prolongue en el tiempo más allá de lo admisible, causando perjuicios al menor.

Por otra parte, también podría suceder que situaciones calificadas de desamparo pasaran a tratarse como riesgo por la Administración local competente, cuando las medidas adoptadas hubieran supuesto una mejora que permita la reintegración del menor a su núcleo familiar.

b) La intervención administrativa en situaciones de posible desamparo

Una vez detectada una posible situación de desamparo, la Administración de la Generalitat debe proceder a tramitar el correspondiente procedimiento administrativo en el curso del cual se verificará si, efectivamente, debe declararse el desamparo del menor y adoptarse medidas de protección que impliquen la separación de su núcleo familiar.

Sin embargo, antes de iniciar la tramitación del procedimiento de desamparo, la Administración podría abrir un *periodo de información previa* que daría lugar al denominado expediente informativo. En el periodo de información previa, el órgano competente de la Administración de la Generalitat (en este momento la Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia (DGAIA)) indagaría las circunstancias del caso al efecto de determinar si resulta conveniente abrir el procedimiento de desamparo. Debe tenerse en

cuenta que el procedimiento de desamparo, desde la perspectiva de los padres u otros responsables legales del menor, es un procedimiento de intervención susceptible de producir efectos desfavorables, ya que implica la suspensión de la patria potestad o la tutela ordinaria. Por ello, sólo deberá iniciarse el procedimiento de desamparo cuando existan indicios claros de que el menor padece una situación de desprotección que justifica la intervención.

Art. 106.1 LDOIA “... Antes del acuerdo de iniciación (del procedimiento de desamparo), el órgano competente puede abrir un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento.”

En el periodo de información previa o expediente informativo podría requerirse información al denunciante o la persona que comunicó la posible situación de desamparo a las autoridades o, incluso, a los propios interesados. En cualquier caso, toda la documentación e información recabada en el curso de la información previa pasará a formar parte del denominado expediente informativo, que constituye una pieza del expediente único del menor. Este expediente informativo, a su vez, deberá ser integrado en el Sistema de Información y Gestión en Infancia y Adolescencia (art. 101.2 a). De este modo, las Administraciones dispondrán de toda la información referida al concreto menor. El expediente informativo puede ser una pieza esencial en el caso de posteriores denuncias o indicios de situaciones de desprotección del mismo menor.

La información previa, en función de la situación detectada, puede conducir al archivo del expediente informativo o bien a la apertura del procedimiento de desamparo e incluso podría derivarse el caso a los servicios sociales para intervenir como situación de riesgo.

Ahora bien, el referido periodo de información previa sólo se abrirá cuando la Administración de la Generalitat considere que no hay indicios suficientes para abrir directamente el procedimiento de desamparo.

En el momento que la Administración de la Generalitat considera que, efectivamente, el menor puede encontrarse en una situación de desamparo, acordará la iniciación del procedimiento. La LDOIA prevé que pueda tramitarse un procedimiento ordinario o un procedimiento simplificado (arts. 106 y 107). En ambos casos, el procedimiento es iniciado de oficio por la Administración.

El procedimiento simplificado se caracteriza por no requerir prácticamente instrucción. En los casos en que los padres u otros responsables legales

del menor acepten que la Administración de la Generalitat declare la situación de desamparo y asuma la tutela del menor, se escuchará en su caso al adolescente o al niño con suficiente juicio, y se procederá directamente a dictar la resolución administrativa de desamparo.

Art. 107 Procedimiento simplificado “El organismo competente en materia de protección de los niños y los adolescentes desamparados puede dictar, sin más trámites, la resolución que declara la situación de desamparo, si los progenitores o los titulares de la tutela o de la guarda manifiestan la conformidad con la declaración, y una vez escuchado al adolescente, o el niño, si tiene suficiente conocimiento”.

Sin embargo, en el expediente del procedimiento simplificado, la Administración de la Generalitat deberá dejar constancia de los hechos probados que conducen a la declaración de desamparo. Asimismo, deberá documentarse y constar en el expediente administrativo la manifestación de conformidad de los padres u otros responsables del menor con la declaración de desamparo y consiguiente tutela de la Administración. Por otra parte, en el momento de manifestar la conformidad o aceptación de la declaración de desamparo los responsables legales del menor deberán ser debidamente informados de los efectos y consecuencias jurídicas de su aceptación. El procedimiento simplificado se tramitaría, fundamentalmente, cuando los padres o responsables legales del menor hagan abandono de los derechos y deberes inherentes a su condición, en especial en el momento del nacimiento.

En cuanto al procedimiento general, la LDOIA sólo contempla la iniciación de oficio por la propia Administración de la Generalitat, a través del órgano competente, ya sea por iniciativa propia, a petición razonada de otros órganos o por denuncia de carácter confidencial (art. 100.2). El acuerdo de incoación deberá notificarse a los padres u otros responsables legales del menor; en el mismo se les habrá de informar sobre el derecho a comparecer el procedimiento, aportar informes u otros elementos de prueba o efectuar las alegaciones que consideren oportunas (art. 106.2 LDOIA).

La Ley no contempla la notificación del acuerdo de incoación del procedimiento a los adolescentes. Sin embargo, en la medida que sí prevé la notificación de la resolución final y la impugnación de la misma por el adolescente, tras el nombramiento de defensor judicial (art. 113 LDOIA), deberá concluirse que, de forma indirecta, le reconoce la condición de interesado en el procedimiento administrativo (arts. 40.1 y 4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas, que

entrará en vigor en octubre de 2016). En este caso, la Administración de la Generalitat debería notificar al adolescente el acuerdo de incoación e informarle de la situación en la forma adecuada a su edad que, desde mi punto de vista, exige la notificación presencial. La LDOIA impone a la Administración el deber de informar a los adolescentes una vez declarado el desamparo y durante todo el proceso de intervención (art. 117). Pues bien, el deber de información a los adolescentes debería hacerse efectivo desde el primer momento en que se dicta el acuerdo de incoación del procedimiento, al efecto de que tenga conocimiento, de forma adecuada a su edad y circunstancias personales, del proceso que se inicia y conocer su opinión sobre el mismo. Por supuesto, no se trata de una notificación formal del acto, sino una notificación verbal que permita informar al adolescente de las circunstancias; claro está, este trámite deberá realizarse conforme al interés superior del concreto menor.

Por otra parte, la LDOIA ha previsto la adopción de medidas cautelares, tanto en el curso del procedimiento administrativo de desamparo como, incluso, antes de su iniciación. Así, cuando se detecte una posible situación de peligro para el niño o adolescente o concurra cualquier circunstancia que haga aconsejable, de forma urgente, separar al menor de su núcleo familiar, la Administración de la Generalitat podrá declarar preventivamente la situación de desamparo mediante resolución motivada y aplicar las medidas de protección más convenientes. Tras la resolución declarando el desamparo preventivo y la consiguiente tutela provisional, la Administración autonómica deberá proseguir con la tramitación del procedimiento general o, en su caso, iniciar el mismo. La resolución administrativa que ponga fin al procedimiento general de desamparo ratificará en su caso la declaración provisional o la podrá dejar sin efecto; asimismo podrá ratificar las medidas de protección acordadas de forma cautelar o modificarlas (art. 110.3 LDOIA).

Una vez iniciado el procedimiento general, el correspondiente equipo técnico de los servicios sociales especializados de atención a la infancia y adolescencia (EAIA), deberá proceder a realizar el estudio y valoración de la situación del menor, al efecto de evacuar, con carácter preceptivo –aunque no vinculante– un informe propuesta sobre la situación del niño o adolescente y, en su caso, las medidas más convenientes para su protección (art. 106.3 LDOIA).

Los equipos técnicos del servicio especializado, durante el proceso de estudio y valoración, deberán escuchar, siempre que sea posible, a los responsables legales del menor, al adolescente y al niño con suficiente juicio. A tal

efecto, la LDOIA prevé que los responsables legales del menor quedan obligados a comparecer en la sede administrativa en la que se les convoque (art. 106.4 LDOIA).

Al informe-propuesta deberán acompañarse todas las pruebas recabadas sobre la situación del menor. La situación de desamparo podrá acreditarse por cualquier medio de prueba admitido en derecho: la observación directa, los testimonios, informes técnicos, pruebas documentales o, en su caso, la prueba por indicios.

Una vez emitido el informe-propuesta por el equipo técnico correspondiente, se abrirá el trámite de audiencia. A tal efecto, se dará audiencia y vista del expediente a los responsables legales del menor, al efecto de que, dentro del plazo de diez días, puedan formular las alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes. El art. 106.5 LDOIA no se refiere expresamente a la posibilidad de presentar alegaciones en el marco del trámite de audiencia. Sin embargo, lo previsto en el citado precepto se ha de interpretar conforme a lo establecido en el art. 82 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas y el art. 51 de la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de procedimiento administrativo de Cataluña. No obstante, si en el trámite de vista del expediente o, en su caso, antes de finalizar el plazo de diez días los interesados manifiestan su decisión de no efectuar alegaciones ni aportar nuevos documentos o justificaciones, se tendría por realizado el trámite.

Por otra parte, en la fase de vista del expediente, los interesados no podrán acceder a los documentos o datos que afecten a la intimidad de las personas o tengan carácter reservado o confidencial. Se ha de tener en cuenta que la propia LDOIA impone a la Administración el deber de garantizar la confidencialidad de la identidad de la persona que denuncia o comunica la situación de desprotección que pudiera padecer el menor (art. 100.2).

El procedimiento administrativo finaliza mediante resolución administrativa en la que, en su caso, se declarará la situación de desamparo del menor. Asimismo, podría concluirse que el menor no se encuentra desamparado y, si procede, derivar el asunto a los servicios sociales básicos para su intervención como situación de riesgo por la Administración local competente.

En la resolución administrativa mediante la que se declara la situación de desamparo del menor podría acordarse, asimismo, la medida de protección más conveniente, el régimen de relaciones personales y, en su caso, el plan de reintegración familiar. No obstante, la Administración también podría acordar en una resolución distinta las referidas cuestiones.

La resolución deberá ser en todo caso motivada. La aceptación de informes, en particular el informe-propuesta emitido por el correspondiente equipo técnico, servirá de motivación siempre que se incorpore a la resolución administrativa el texto del informe, o la parte del mismo que proceda (art. 88 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, en adelante LPAC²⁷).

Tal como ha señalado el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, el derecho a la vida familiar reconocido en el art. 8 del CEDH “exige que las autoridades y tribunales que toman decisiones proporcionen razones detalladas como para permitir a los padres o tutores participar en las siguientes tomas de decisiones, recurriendo sus resoluciones de manera adecuada”. Y añade: “una mera referencia a la “documentación archivada” o a la “información” contenida en apéndices de una resolución no proporcionará a esa parte del procedimiento la suficiente información para un posible recurso y así, no le permitirá participar de manera suficiente en el proceso de toma de decisiones” (STEDH de 14 de enero 2003, asunto K.A. contra Finlandia, ap. 104 (JUR 2003\50027)).

La Administración de la Generalitat, a través del órgano competente, deberá notificar la resolución administrativa dictada en el procedimiento de desamparo a los responsables legales del menor y al propio adolescente, dentro del plazo de dos días desde el momento de dictarse. Desde mi punto de vista, la notificación debería realizarse, siempre que sea posible, de forma presencial al efecto de informar adecuadamente sobre su contenido y efectos; y en todo caso, la notificación a los adolescentes. Asimismo, la resolución deberá ser comunicada al Ministerio Fiscal en el mismo plazo (art. 108.1 LDOIA).

La notificación de la resolución mediante la que se declara el desamparo del menor deberá contener el texto íntegro de la resolución, el órgano ante el que podrá impugnarse y el plazo para la oposición (art. 108.2 LDOIA en relación con el art. 40.2 LPAC). Asimismo, en la notificación se deberá informar acerca de los requisitos y trámites para el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita²⁸.

27 Esta Ley entrará en vigor el 1 de octubre de 2016, quedando derogada la anterior Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC).

28 Sobre las particularidades del control de las resoluciones administrativas dictadas en materia de protección de menores, ver en este mismo trabajo el epígrafe sobre “El

La Administración de la Generalitat debe tramitar el procedimiento de desamparo dentro del plazo de un año; el momento inicial del cómputo es la fecha del acuerdo de incoación del procedimiento y el momento final la notificación de la resolución a los interesados (art. 106.6 LDOIA en relación con el art. 21.2 y 3 a) LPAC). Tal como se ha señalado con anterioridad, el procedimiento de desamparo se ha configurado desde la perspectiva de los padres u otros responsables legales del menor; por ello, al regular las consecuencias del transcurso del plazo legalmente previsto para su tramitación se ha previsto la caducidad del procedimiento, propia de los procedimientos susceptibles de producir efectos desfavorables. La caducidad del procedimiento comporta el archivo de las actuaciones (art. 25.1 b) LPAC). No obstante, la Administración de la Generalitat podría acordar de forma inmediata la iniciación de un nuevo procedimiento si considera la situación del menor de posible desamparo; en este caso, el principio de conservación de los actos y trámites permitiría traer al nuevo expediente algunas de las actuaciones previamente realizadas, relativas al estudio y valoración de la situación del niño o adolescente.

c) La tutela administrativa

La resolución administrativa de desamparo comporta *ex lege* la asunción por la Administración de la Generalitat de las funciones tutelares sobre el menor. Además, la atribución legal de la tutela a la Administración autonómica produce la suspensión automática de la patria potestad o, en su caso, la tutela ordinaria (art. 109.1 y 2 LDOIA).

Ahora bien, la atribución de las funciones tutelares a la Administración de la Generalitat no afecta a la obligación de los responsables legales del menor de prestarle alimentos en el sentido más amplio. Así, la resolución de desamparo podría determinar la obligación de los responsables legales del menor u otros parientes de contribuir al pago de los servicios prestados por la Administración en ejercicio de las funciones tutelares (art. 109.4 y 5 LDOIA).

La atribución *ex lege* de las funciones tutelares a la Administración autonómica da nacimiento a una relación jurídica continuada o de tracto sucesivo entre la Administración y el menor y sus responsables legales. Así, la Administración de la Generalitat deberá abrir el denominado expediente o pieza

control de la acción social en materia de protección de menores. Régimen de recursos y acción por cambio de circunstancias”.

de tutela, que pasará a integrarse en el expediente único del menor incorporado en el Sistema de Información y Gestión en Infancia y Adolescencia (art. 101 LDOIA).

En el expediente o pieza de tutela deberán reflejarse todas las actuaciones realizadas por la Administración de la Generalitat en ejercicio de las funciones tutelares: el seguimiento o modificación de las medidas de protección adoptadas, del régimen de relaciones personales establecido, del plan de reintegración familiar, las comunicaciones al Ministerio Fiscal y cualquier otra actuación.

La actividad administrativa desarrollada en ejercicio de las funciones tutelares debe tener un carácter flexible. Las medidas de protección adoptadas deben adecuarse en cada momento a las circunstancias personales del niño o adolescente; por ello, la Administración deberá realizar un seguimiento de las mismas y adecuarlas al interés superior del concreto menor. Lo mismo sucede con el régimen de visitas y relaciones personales y el plan de reintegración familiar. Así, los equipos técnicos del servicio social especializado de atención a la infancia y adolescencia, deben informar semestralmente de la evolución de la situación del menor y del resultado del seguimiento de las medidas de protección adoptadas y, en su caso, proponer al órgano competente las modificaciones que se estimen convenientes. Este informe debe formar parte de la pieza de tutela en el expediente único del menor.

Art. 122 LDOIA Revisión y modificación “Las medidas de protección pueden ser revisadas y modificadas en cualquier momento en función de la evolución de la situación del niño o el adolescente. Con esta finalidad, los equipos técnicos competentes deben informar semestralmente al órgano competente en materia de protección de los niños y los adolescentes de la evolución de la situación y del seguimiento que realizan de la misma”.

Asimismo, deberán incorporarse a la pieza de tutela todas las comunicaciones dirigidas al Ministerio Fiscal: la resolución de desamparo, la resolución por la que se adoptan medidas cautelares (arts. 108.1 y 110.3 LDOIA), la resolución por la que se adoptan o modifican las medidas de protección y la relativa al régimen de visitas y relaciones personales. En definitiva, todas las resoluciones administrativas adoptadas en ejercicio de las funciones tutelares del menor.

La resolución de desamparo, como se ha dicho, comporta la atribución de la tutela del menor a la Administración y la suspensión automática de la patria

potestad o la tutela ordinaria. Sin embargo, la Administración de la Generalitat, a través del órgano competente, podría instar la privación de la potestad parental o la remoción de la tutela ordinaria (art. 109.3 LDOIA). Así, cuando los responsables legales del menor no manifiesten interés por el mismo o no cumplan el régimen de relaciones personales establecido durante seis meses, la Administración de la Generalitat podría instar ante la autoridad judicial la privación de la potestad a los progenitores; no obstante, cuando resulte conveniente para el interés del menor, la autoridad judicial podría acordar la recuperación de la potestad parental si ha cesado la causa que había motivado su privación²⁹.

La tutela de la Administración de la Generalitat finaliza: cuando se reintegra el menor a su familia por desaparecer los factores que llevaron a la declaración de desamparo; cuando se procede a la designación de un tutor civil u ordinario; cuando no sea posible la reintegración familiar con su familia y la autoridad judicial constituya la adopción; por emancipación del menor o al llegar a la mayoría de edad (art. 109.1 LDOIA).

d) La guarda administrativa o protectora. Diferencia con la tutela administrativa

En aquellos casos que los padres u otros responsables legales del menor no puedan cumplir, de forma temporal, las funciones legales de protección por

29 La Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, establece en su art. 236-6 “1. Los progenitores pueden ser privados de la titularidad de la potestad parental por incumplimiento grave o reiterado de sus deberes. Existe incumplimiento grave si el hijo menor o incapacitado sufre abusos sexuales o maltratos físicos o psíquicos, o si es víctima directa o indirecta de violencia familiar o machista. 2. Existe causa de privación de la potestad parental sobre el menor desamparado si los progenitores, sin motivo suficiente que lo justifique, no manifiestan interés por el menor o incumplen el régimen de relaciones personales durante seis meses. 3. La privación de la potestad parental debe decretarse en un proceso civil o penal y es efectiva desde que la sentencia deviene firme, sin perjuicio de que pueda acordarse cautelarmente suspender su ejercicio. 4. Están legitimadas para solicitar la privación de la potestad parental....en el caso de los menores desamparados, la entidad pública competente...6. La privación de la potestad no exime a los progenitores de cumplir la obligación de hacer todo lo que sea necesario para asistir a los hijos ni la de prestarles alimentos en el sentido más amplio.” Y el art. 236-7 añade que “La autoridad judicial debe disponer, si el interés de los hijos lo aconseja, la recuperación de la titularidad y, si procede, del ejercicio de la potestad parental, si ha cesado la causa que había motivado su privación”.

circunstancias graves y ajenas a su voluntad, se pueden dirigir a la Administración de la Generalitat, a través del órgano competente en materia de protección de menores (en la actualidad DGAIA), al efecto de solicitar que asuma de forma temporal la guarda del menor mientras persista aquella situación (art. 119 LDOIA). La asunción de la guarda por la Administración no comporta, a diferencia de la tutela, la suspensión de la patria potestad o la tutela ordinaria.

En el supuesto que la Administración resuelva asumir la guarda adoptará las medidas de protección más convenientes para el menor, ya sea el acogimiento familiar o el acogimiento residencial. Las medidas de protección que la Administración puede adoptar en ejercicio de la guarda son las mismas previstas para la tutela administrativa, a excepción del acogimiento preadoptivo.

La asunción de la guarda protectora por la Administración autonómica requiere la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo. En el curso del procedimiento la Administración, a través del órgano competente, deberá constatar que concurren las circunstancias graves y ajenas a la voluntad de los responsables legales que justifican que, de forma temporal, se constituya la guarda administrativa. El procedimiento se inicia a solicitud de los padres u otros responsables legales del menor y finaliza con la correspondiente resolución administrativa. En el caso que la Administración resuelva la asunción de la guarda, la resolución, además de las medidas de protección, deberá determinar la obligación de los padres u otros responsables legales de contribuir al mantenimiento del menor.

El procedimiento de guarda administrativa da lugar a la apertura del correspondiente expediente, la denominada pieza de guarda, que pasará a formar parte del expediente único del menor y deberá ser dado de alta en el Sistema de Información y Gestión en Infancia y Adolescencia (art. 101 LDOIA).

e) Las medidas de protección de los menores en situación de desamparo

La declaración de desamparo y la consiguiente atribución de la tutela a la Administración de la Generalitat, comporta la aplicación de las medidas de protección más convenientes para el menor que, como hemos dicho, implica la separación de su núcleo familiar. La Administración, en la misma resolución administrativa en la que se declara la situación de desamparo o, en su caso, en una posterior resolución, deberá acordar de forma motivada la medida de protección más conveniente para el interés superior del concreto menor (art. 120.1 LDOIA).

La LDOIA contempla las siguientes medidas de protección: acogimiento familiar, acogimiento familiar en unidad convivencial de acción educativa, acogimiento residencial, medidas de transición a la vida adulta y a la autonomía personal y otras medidas de tipo asistencial, educativo o terapéutico que resulten aconsejables.

El acogimiento familiar puede ser de varias clases. En función de la duración prevista puede ser simple o permanente. El acogimiento simple por persona o familia se dirige a suplir, de forma temporal, el núcleo familiar del menor. El acogimiento familiar permanente tiene vocación de permanencia, está concebido para aquellas situaciones en las que no se considera posible o conveniente la reintegración del menor con su familia o el acogimiento preadoptivo y la posterior adopción (art. 126 LDOIA).

Por otra parte, el acogimiento familiar puede ser, a su vez, acogimiento de urgencia-diagnóstico (art. 111.1 LDOIA). Este tipo de acogimiento se dirige a brindar atención inmediata al menor, mientras se procede a la evaluación del caso y la adopción de una medida de protección de carácter más estable.

A su vez, el acogimiento familiar, simple o permanente, puede constituirse en familia extensa o ajena. La propia LDOIA establece que el acogimiento en familia extensa es preferente al acogimiento en familia ajena (art. 127.3). El acogimiento en familia extensa es aquel constituido a favor de una persona o personas que tienen una relación de parentesco, por consanguinidad o afinidad, con el menor o a favor de personas que hubieran convivido con el menor en los dos años anteriores³⁰.

Por otra parte, en aquellos casos en que la Administración no considere posible la reintegración del menor con su familia y se considere más conveniente para el interés del menor su plena integración en otra familia, o cuando los padres u otros responsable del menor lo soliciten a la Administración y

30 Art. 127 LDOIA “...2. A los efectos de la presente ley, se entiende por familia extensa aquella en la que existe una relación de parentesco por consanguinidad o afinidad entre el niño y el adolescente y la persona acogedora, o uno de los miembros de la familia acogedora, así como con los convivientes con el niño o el adolescente en los últimos dos años...4. La elección de los familiares en el acogimiento simple o permanente en familia extensa debe hacerse teniendo en cuenta, en cualquier caso, que quienes quieren acoger al niño o adolescente han mostrado suficiente interés por su bienestar, que existe vínculo afectivo con el mismo, que tienen capacidad de preservarle de las condiciones que generaron la situación de desamparo, y una aptitud educadora adecuada. Asimismo, no debe haber oposición al acogimiento por parte de las personas que conviven en el domicilio de los acogedores”.

hagan abandono de sus funciones, se podrá constituir el acogimiento preadoptivo (art. 147 LDOIA).

En la medida de acogida familiar, la persona o familia acogedora asume la guarda y el ejercicio ordinario de las funciones tutelares personales sobre el menor, por delegación de la Administración de la Generalitat que tiene su tutela legal. Así, la persona o familia acogedora debe velar por el menor, tenerlo en su compañía, alimentarlo y procurarle una formación integral, bajo la vigilancia, el asesoramiento y la ayuda de la Administración de la Generalitat³¹.

Una de las novedades de la LDOIA es la previsión del acogimiento familiar en unidad convivencial de acción educativa, el también denominado acogimiento profesional. La regulación de la Ley es muy escueta y claramente exige un posterior desarrollo normativo. Este tipo de acogimiento es ejercido por personas seleccionadas y calificadas previamente por razón de su titulación, formación y experiencia en el ámbito de la infancia y adolescencia. Su constitución está prevista fundamentalmente respecto a menores con diversidad funcional, grupos de hermanos y, en general, con dificultades o necesidades educativas especiales (art. 131)³².

La Administración de la Generalitat, al asumir la tutela de un menor desamparado, también podrá adoptar como medida de protección el acogimiento residencial. La medida de acogida en centro tiene carácter subsidiario respecto al acogimiento familiar; tal como exige el principio de integración familiar. Así, la medida de acogida residencial se contempla para casos de desamparo o necesidad de separación del menor de su familia de carácter transitorio, cuando no hubiera sido posible o aconsejable el acogimiento familiar. Por otra parte, en el caso de hermanos, la Ley prevé que deberán ser acogidos en el mismo centro, salvo que en el caso concreto el interés superior de los menores no lo hiciera conveniente (art. 132.1 y 5 LDOIA).

El acogimiento residencial consiste en ingresar al menor en un centro público o concertado adecuado a sus características, para que reciba la atención y educación necesarias. Los centros deben ser abiertos, por lo que sólo podrán

31 Así lo establece expresamente el art. 228-9 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

32 Vid. S. CASELLAS i J. MAYORAL, "L'acolliment familiar professionalitzat d'infants i adolescents en unitat convivencials d'acció educativa", Col.lecció eines nº 11- setembre 2010 (Generalitat de Catalunya); C. MONTSERRAT, F. CASAS, D. NAVARRO, "Els acolliments familiars en l'àmbit internacional: el debat de la professionalització", Col.lecció Infancia i Adolescència nº 5 (octubre 2010), Generalitat de Catalunya.

establecerse limitaciones de entrada y salida de los menores por razones educativas y de protección, de conformidad con las normas internas de funcionamiento. Por otra parte, los centros deben estar integrados en un barrio o comunidad y deben organizarse en unidades que permitan un trato afectivo y una vida cotidiana personalizada. El director del centro ejerce por delegación las facultades y las obligaciones inherentes a la guarda que tiene atribuida la Administración de la Generalitat, en tanto titular de las funciones tutelares (art. 132.3 y 6 LDOIA). Por tanto, corresponde al director del centro, ya sea público o privado, la obligación de velar por el menor, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral. Por su parte, la Administración de la Generalitat deberá velar por el debido cumplimiento de estas funciones.

La LDOIA prevé que los menores con medida de acogimiento en centro puedan pasar estancias cortas, de fin de semana o vacaciones, con una persona o familia colaboradora; en especial, en el caso de menores que, por sus circunstancias, la Administración tenga dificultades para acordar la medida de acogimiento familiar.

En atención a su finalidad, los centros de protección se clasificarían en centros de acogimiento y centros residenciales de acción educativa. A su vez, estos últimos podrían ser centros residenciales de educación intensiva.

Los centros de acogida son servicios residenciales de estancia limitada, que tienen por objeto brindar una respuesta inmediata y transitoria mediante la acogida de menores que se encuentren en situación de desamparo y deben ser separados de forma inmediata de su núcleo familiar. En el centro de acogida se examina y valora la situación del menor, al efecto de acordar la medida de protección más conveniente (art. 111.1 LDOIA)³³. Por tanto, la estancia de los menores en estos centros deberá limitarse al tiempo que la Administración de la Generalitat necesita para el estudio y valoración de su situación.

Cuando la Administración de la Generalitat, a través del órgano competente, acuerda como medida de protección el acogimiento en un centro residencial, el menor pasa a un centro residencial de acción educativa (CRAE). Los centros residenciales de acción educativa deben realizar un proyecto educativo individualizado para cada menor, en el que se expresarán los objetivos educativos que se pretenden conseguir y las estrategias de intervención. El proyecto educativo individualizado deberá contemplar sistemas de evaluación de la acción educativa y la evolución de menor, con el fin de ir adaptando

33 Ver, asimismo, el art. 35 del Decreto 2/1997, de 7 de enero, vigente en lo que no contradiga la LDOIA (disposición derogatoria 1 de la LDOIA).

los objetivos a las nuevas circunstancias. Las acciones educativas desarrolladas deberán coordinarse con las desarrolladas por los servicios sociales con la familia del menor, al efecto de hacer posible la reintegración familiar, cuando así lo aconseje el interés superior del concreto menor.

La LDOIA contempla, asimismo, la creación de centros o unidades de educación intensiva (CREI). Este tipo de centro está previsto para adolescentes que presentan alteraciones de conducta que requieren un sistema de educación intensiva. Por ello, se prevé que los centros o unidades de educación intensiva puedan incorporar a su configuración arquitectónica elementos constructivos de protección, con el fin de favorecer el desarrollo de los programas educativos, prelaborales o de tratamiento psicológico o terapéutico que se apliquen. Estos centros también tienen, como no podía ser de otro modo, el carácter de centros abiertos. No obstante, la Ley prevé que puedan restringirse o suprimirse las salidas de un concreto menor por un tiempo máximo de un mes, con el fin de conseguir el desarrollo adecuado de su programa individual (art. 133.3 LDOIA).

Por otra parte, en estos centros o unidades se desarrollan actividad escolares reconocidas por el sistema educativo. Por ello, la Ley prevé que estos centros o unidades cuenten con espacios de escolarización propios reconocidos por la Administración educativa.

En cualquier caso, de forma reciente ha sido aprobada la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. La nueva Ley incorpora un título IV dedicado a “los centros de protección específicos de menores con trastornos de conducta” (arts. 25 a 35). La novedad principal es que la Administración que tiene atribuida la tutela del menor no puede acordar su ingreso en estos centros. Con la aprobación de esta Ley la Administración deberá recabar autorización judicial; dicha autorización se otorgará previa tramitación del procedimiento regulado en el art. 778 bis de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, y deberá pronunciarse sobre la posibilidad de aplicarles medidas de seguridad, así como de limitarles temporalmente el régimen de visitas, de comunicaciones y de salidas³⁴.

34 No obstante, la citada Ley Orgánica prevé que *“si razones de urgencia, convenientemente motivadas, hicieren necesaria la inmediata adopción del ingreso, la Entidad Pública o el Ministerio Fiscal podrá acordarlo previamente a la autorización judicial, debiendo comunicarlo al Juzgado competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación del mismo para lo que deberá aportar la información de que disponga y justificante del ingreso inmediato.*

La LDOIA contempla, además, una nueva medida de protección en el ámbito del desamparo: las medidas de transición a la vida adulta y a la autonomía personal. Estas medidas están concebidas fundamentalmente para adolescentes mayores de dieciséis años que tienen pocas posibilidades de retorno a su familia o sin perspectivas de integración en otra familia. En todo caso se requiere el consentimiento del menor. Las medidas de transición a la vida adulta y a la autonomía personal deben consistir en ofrecer acompañamiento en la inserción sociolaboral y de vivienda para garantizar una preparación progresiva para la independencia personal, de acuerdo con las necesidades formativas y de integración social y laboral del menor (art. 146). En la actualidad, la medida aplicable para facilitar la vivienda podría ser el piso asistido. Los pisos asistidos son viviendas que se ofrecen a los menores de entre dieciséis y dieciocho años, un servicio de carácter asistencial y educativo; la finalidad es conseguir que al llegar a la mayoría edad tengan las capacidades que les garanticen su adecuada integración social. Los pisos asistidos deben contar con personal cualificado, formado por educadores sociales que podrán tener el soporte de otros educadores y, si cabe, de otros profesionales especializados³⁵.

A través de la aplicación de las medidas de transición a la vida adulta y autonomía personal podría conseguirse la emancipación del menor por vida independiente o la emancipación por consentimiento. En este caso, podría darse por finalizada la situación de desamparo y la tutela de la Administración (art. 124 b) LDOIA)³⁶.

Por último, la LDOIA prevé que Administración de la Generalitat pueda adoptar cualquier otra medida de carácter asistencial, educativo o terapéutico que resulte conveniente para el niño o adolescente en situación de

El Juzgado resolverá en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que reciba la comunicación, dejándose de inmediato sin efecto el ingreso en caso de que no lo autorice”.

35 Los pisos asistidos están previstos en el art. 45 del Decreto 2/1997, de 7 de enero.

36 La Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña en su art. 211-11, bajo el título *Vida independiente del menor*, dispone que “1. El menor de más de dieciséis años se considera emancipado si vive de modo económicamente independiente de los progenitores o el tutor, con consentimiento. Este consentimiento puede revocarse”. Y en el art. 211-9 bajo el título *Emancipación por consentimiento*, se dice que “1. La emancipación por consentimiento de quienes ejercen la potestad parental o la tutela requiere que el menor tenga al menos dieciséis años y la consientan. En caso de emancipación por consentimiento del titular de la tutela, se requiere, además, la autorización judicial con un informe del ministerio fiscal...”.

desamparo. Este tipo de medida podrá ser compatible con cualquiera de las anteriormente examinadas (art. 120.1 g).

V. El control de la actividad administrativa en materia de protección de menores. Régimen de recursos y acción por cambio de circunstancias

Las resoluciones dictadas por las Administraciones públicas en materia de protección de menores gozan de las prerrogativas propias de los actos administrativos: tienen presunción de validez y eficacia conforme a lo establecido en la LPAC (art. 39.1). Sin embargo, en lo relativo al control judicial de las mismas la situación es particular. De forma general, las resoluciones y actos administrativos están sometidos al control de los jueces y tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo³⁷. Sin embargo, el control de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores ha sido atribuido al orden jurisdiccional civil, debido a su incidencia en la definición o configuración de relaciones de Derecho privado y, en particular, en el derecho a la vida familiar³⁸; debe tenerse en cuenta que la resolución de desamparo supone la asunción por la Administración de la tutela del menor y la suspensión automática de la patria potestad o, en su caso, la tutela civil u ordinaria.

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), reguló un procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores (arts. 779 y 780). Sin embargo, en un primer momento no estableció un plazo para la oposición de las mismas; de modo que podían ser recurridas en cualquier momento. El carácter continuado y flexible de la actuación administrativa en este ámbito justificaba la ausencia de un plazo de oposición. Así, se configuró un control dinámico de la actividad administrativa en esta materia. Sin embargo, desde algunos sectores se propugnaba la conveniencia de establecer ciertos límites en aras al interés superior de los menores. Así, se aducía que el menor declarado en situación de desamparo y tutelado por la Administración no podía quedar de forma indefinida a la espera de un cambio de circunstancias en su entorno

37 Art. 1 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

38 Sobre el momento y razones de esta atribución, DE PALMA, A. *Administraciones Públicas y protección* (nota 1) págs. 430-434 y 442 y ss.

socio-familiar para retornar con su familia. En muchos casos el menor permanecía institucionalizado más tiempo del que resultaba deseable para su interés superior, a la espera de que cambiaran las circunstancias familiares que llevaron a la Administración competente a asumir su tutela. El pleno desarrollo de la personalidad del menor reclamaba que pudiera disfrutar de forma estable y permanente, dentro de un plazo prudencial, de un adecuado entorno familiar.

Por ello, en el año 2007 fue objeto de modificación el art. 780.1 de La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil³⁹, para establecer un plazo dentro del cual podían impugnarse las resoluciones administrativas de desamparo y en materia de protección de menores (tres meses para las resoluciones de desamparo y dos meses para las restantes resoluciones en materia de protección de menores). La reforma de la Ley aprobada en el año 2015 ha unificado en dos meses el plazo para la oposición a cualquier resolución administrativa en materia de protección de menores.

Así, con el establecimiento de un plazo para recurrir las resoluciones dictadas por la Administración competente en materia de protección de menores se habría pasado de un control dinámico de la actuación administrativa a un control estático. Ahora bien, de forma paralela al establecimiento de un plazo para recurrir las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, debía brindarse a los padres u otros responsables legales del menor la posibilidad de solicitar, en un momento posterior, la recuperación plena del ejercicio de la patria potestad y, por tanto, la extinción de la tutela administrativa cuando hubieran cambiado las circunstancias que llevaron a la Administración a declarar el desamparo. La firmeza de la resolución de desamparo no podía ser un obstáculo insalvable para la rehabilitación de la patria potestad o, en su caso, la tutela civil u ordinaria. Por esta razón, la LDOIA ha regulado una acción por cambio de circunstancias: los padres que no hubieran sido privados de la patria potestad pueden solicitar a la Administración de la Generalitat, dentro del plazo de un año desde la notificación de la resolución de desamparo, que deje sin efecto la tutela administrativa cuando se hubiera producido un cambio sustancial en las circunstancias⁴⁰.

39 Esta reforma fue llevada a cabo por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional (disposición final segunda).

40 En cambio, a nivel estatal, el Código civil ha regulado la acción por cambio de circunstancias de forma mucho más flexible. Por un lado, ha previsto el plazo de dos años para la revocación de la declaración de desamparo y el cese de la tutela por la Admi-

Art. 115 *Cambio de circunstancias*

“1. Los progenitores que no han sido privados de la potestad parental o, si procede, las personas titulares de la tutela que no han sido removidas del cargo pueden solicitar al organismo competente en materia de protección de los niños y los adolescentes, *dentro del plazo de un año* a contar desde la notificación de la resolución administrativa de desamparo, que deje sin efecto la resolución que la hubiese acordado, si se ha producido un *cambio sustancial en las circunstancias* que motivaron la declaración de desamparo y no se ha constituido la medida de acogimiento preadoptivo, velando siempre por el interés superior del niño o el adolescente

....

4. Transcurrido el plazo de un año establecido por el apartado 1, decae el derecho de petición de revisión y no es posible la oposición

nistración. Por otra parte, el presupuesto para el ejercicio de la acción es que se hubiera producido “un cambio de circunstancias”, mientras que el legislador catalán requiere un cambio “sustancial” de circunstancias. Además, a nivel estatal se deja abierta la puerta para que, pasados los dos años, la Administración, de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal o de cualquier persona o entidad interesada, pueda revocar la declaración de desamparo. En efecto, el art. 172 del Código Civil dispone lo que sigue: “2. *Durante el plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declare la situación de desamparo, los progenitores que continúen ostentando la patria potestad pero la tengan suspendida conforme a lo previsto en el apartado 1, o los tutores que, conforme al mismo apartado, tengan suspendida la tutela, podrán solicitar a la Entidad Pública que cese la suspensión y quede revocada la declaración de situación de desamparo del menor, si, por cambio de las circunstancias que la motivaron, entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad o la tutela. Igualmente, durante el mismo plazo podrán oponerse a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor. Pasado dicho plazo decaerá el derecho de los progenitores o tutores a solicitar u oponerse a las decisiones o medidas que se adopten para la protección del menor. No obstante, podrán facilitar información a la Entidad Pública y al Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio de las circunstancias que dieron lugar a la declaración de situación de desamparo. En todo caso, transcurridos los dos años, únicamente el Ministerio Fiscal estará legitimado para oponerse a la resolución de la Entidad Pública. Durante ese plazo de dos años, la Entidad Pública, ponderando la situación y poniéndola en conocimiento del Ministerio Fiscal, podrá adoptar cualquier medida de protección, incluida la propuesta de adopción, cuando exista un pronóstico fundado de imposibilidad definitiva de retorno a la familia de origen*”. A continuación, el apartado 3 señala que “*La Entidad Pública, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de persona o entidad interesada, podrá revocar la declaración de situación de desamparo y decidir el retorno del menor con su familia, siempre que se entienda que es lo más adecuado para su interés. Dicha decisión se notificará al Ministerio Fiscal*”.

a las medidas que se adopten para la protección del niño o el adolescente”.

El marco legal establecido obliga a la Administración de la Generalitat que ha asumido la tutela del menor a trabajar con la familia desde el primer momento, través del departamento competente, para modificar las circunstancias que llevaron a declarar la situación de desamparo del menor y suspender la patria potestad o, en su caso, la tutela civil. Por ello, como se ha dicho, es fundamental que la declaración de desamparo vaya acompañada de un plan de reintegración familiar⁴¹ y un adecuado régimen de visitas y relaciones personales.

41 La LDOIA no ha regulado expresamente los planes de retorno o reintegración familiar de los menores desamparados. Sin embargo, al regular los derechos de los usuarios de servicios residenciales, reconoce a los menores que se encuentren bajo medidas de protección el “derecho a un plan de retorno a sus familiares” (art. 12.2).

Die Subjektivierung sozialer Verfassungsverbürgungen

Prof. Dr. Dr. h.c. *Karl-Peter Sommermann*

I.	Einleitung	142
II.	Subjektivierungsansätze	143
	1. Subjektivierung durch Verknüpfung mit Freiheits- und Gleichheitsrechten	145
	2. Soziale Grundrechte als Staatszielbestimmungen mit Subjektivierungsauftrag	146
	3. Soziale Verfassungsverbürgungen als subjektive Rechte?	147
	4. Gestufte Subjektivierung	149
III.	Verfassungsrechtliche Grenzen der Kürzung von Sozialleistungen	151
IV.	Fazit	153

I. Einleitung

Seit einigen Jahren ist eine deutliche Zunahme der Literatur über soziale Rechte zu beobachten. Dabei hat die Debatte über die normative Reichweite sozialer Verfassungsverbürgungen eine neue Qualität erreicht. Nicht zuletzt der Einschnitt in Sozialleistungen als Folge der im Jahr 2007 einsetzenden Wirtschafts- und Finanzkrise hat das Bestreben befeuert, in der Verfassung verankerte soziale Verbürgungen als subjektive Rechte zu interpretieren, um dadurch jedenfalls ein vom Bürger einklagbares Mindestniveau staatlicher Sozialleistungen sicherzustellen. Auch wenn man sich bewusst war, dass dadurch die Grenzen der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Gemeinwesens nicht überwunden werden können, sollte doch zumindest die Position der auf Sozialleistungen angewiesenen Personen im Streit um die Verteilung der knappen Haushaltsmittel verbessert werden.

Doch würde man es sich zu einfach machen, wollte man die dogmatische Neuorientierung im Bereich der sozialen Verfassungsverbürgungen allein auf Interessenwahrnehmung im aktuellen Verteilungskampf, also auf rein politische Motive zurückführen. In der Debatte geht es auch um die Stellung des Einzelnen in der Verfassungsordnung. Bei Leistungen, die auf einfachgesetzlicher Ebene bestimmt werden, hielt man es bereits bisher im Hinblick auf das Menschenbild des modernen Verfassungsstaats für nicht hinnehmbar, die Leistungsempfänger auf eine Position zu reduzieren, nach der sie lediglich reflexhaft von objektiven, verfassungsrechtlich angeordneten Handlungsverpflichtungen des Staates begünstigt würden¹. Doch ist zu fragen: Gilt eine entsprechende Überlegung auch für die Verfassungsebene? Nicht nur im

1 Zur unter diesem Gesichtspunkt notwendigen Subjektivierung von einfachgesetzlich vorgesehenen „Fürsorgeleistungen“ vgl. bereits BVerwG, Urteil vom 24.6.1954, Az. V C 78.54, BVerwGE 1, 159, 161 f.: „Mit dem Gedanken des demokratischen Staates (Art. 20) wäre es unvereinbar, dass zahlreiche Bürger, die als Wähler die Staatsgewalt mitgestalten, ihr gleichzeitig hinsichtlich ihrer Existenz ohne eigenes Recht gegenüberstehen. Auch der Gemeinschaftsgedanke, der in den Grundsätzen des sozialen Rechtsstaats (Art. 20 und 28) und der Sozialgebundenheit des Eigentums (Art. 14 Abs. 2) Ausdruck gefunden hat, erschöpft sich nicht in der Gewährung von materiellen Leistungen, sondern verlangt, daß die Teilnehmer der Gemeinschaft als Träger eigener Rechte anerkannt werden, die grundsätzlich einander mit gleichen Rechten gegenüberstehen (vgl. auch Art. 3), und dass nicht ein wesentlicher Teil des Volkes in dieser Gemeinschaft hinsichtlich seiner Existenz ohne Rechte dasteht.“ Bestätigung eines verfassungsrechtlichen Anspruchs auf Existenzminimum in BVerwGE 5, 27, 31; 52, 339, 346.

Hinblick auf das Prinzip der „Einheit der Menschenrechte“², sondern auch vor dem Hintergrund des herrschenden, auf den Einzelnen als verfassungsrechtliches Subjekt abhebenden, bürgerzentrierten Grundrechtsverständnisses ist jedenfalls ein Konzept schwer vermittelbar, nach dem die Verfassung in gleichsam paternalistischer Manier abstrakt Leistungen für bestimmte Lebenssituationen vorsieht, ohne dass sie zugleich dem Einzelnen entsprechende Ansprüche verleiht.

Im Folgenden werden die wichtigsten Ansätze einer Subjektivierung sozialer Verfassungsverbürgungen vorgestellt (II.) und anschließend kurz die Frage der Zulässigkeit einer Reduzierung einmal rechtlich gewährleisteter sozialer Leistungen erörtert (III.). Ein Fazit wird die Überlegungen abschließen (IV.).

II. Subjektivierungsansätze

Soziale Verfassungsgarantien werden, zumal wenn sie im Grundrechtsteil einer Verfassung stehen, häufig „soziale Grundrechte“ genannt³. Dennoch galten jedenfalls die Leistungsrechte in der Regel als nicht unmittelbar einklagbar. Es leuchtet ein, dass ein Richter allein auf der Grundlage eines in der Verfassung nicht näher bestimmten Leistungsrechts – z.B. eines Rechts auf Arbeit, eines Rechts auf Sozialhilfe, eines Rechts auf Wohnung, eines Rechts auf eine andere soziale Leistung – nicht ohne weiteres verallgemeinerbare Maßstäbe für die Bestimmung der Leistung im konkreten Fall entwickeln kann. Zum einen sind der richterlichen Regelbildung aus Gründen der Gewaltenteilung Grenzen gezogen⁴, zum anderen gebietet der Grundsatz der Gleichbehandlung, Voraussetzungen und Umfang der Leistung sowie die zu ihrer Er-

2 Dazu *Ulrich Fastenrath*, Einheit der Menschenrechte: Universalität und Unteilbarkeit, in: P.-M. Dupuy/B. Fassbender/M. N. Shaw/K.-P. Sommermann (Hrsg.), *Völkerrecht als Wertordnung*. Festschrift für Christian Tomuschat, Kehl u.a. 2006, S. 153-179.

3 Zur terminologischen Frage jüngst *Szymon Mazur*, *Durchsetzung von Leistungsansprüchen aus sozialen Grundrechten in Brasilien und Deutschland*, Aachen 2015, S. 10 ff.

4 Dazu rechtsvergleichend *Claire Marzo*, *La protection des droits sociaux dans les pays européens*, in: *Revue internationale de droit comparé* Bd. 61 (2009), S. 203, 221 ff.

mittlung und Durchführung notwendigen organisatorischen und prozeduralen Vorkehrungen durch ein allgemeines Gesetz⁵ zu regeln. Aus dieser Einsicht werden soziale Verfassungsbürgungen in der Regel, selbst wenn sie als „Recht auf ...“ formuliert sind, als rein objektiv-rechtlich wirkende Gesetzgebungsaufträge oder Staatszielbestimmungen interpretiert⁶. Eine Reihe jüngerer Verfassungen verdeutlicht die kategoriale Unterscheidung von klassischen subjektiven Rechten einerseits und rein objektiv-rechtlich wirkenden sozialen Rechten andererseits nicht nur durch die Systematik des Grundrechtsteils, sondern auch durch explizite Bestimmungen zum unterschiedlichen normativen Gehalt der verschiedenen Rechte bzw. Prinzipien⁷.

Wenn freilich der Gesetzgeber seine ihm nach der Verfassung zukommende Aufgabe nicht erfüllt, bleibt der Verweis auf die Notwendigkeit seines Tätigwerdens unbefriedigend. Soweit nicht die Verfassung selbst spezielle Verfahren zur Geltendmachung einer Verfassungswidrigkeit durch Unterlassen vorsieht⁸, sind andere Wege zur Ermöglichung eines wirksamen Verfassungsrechtsschutzes in Betracht zu ziehen. Im Sinne der Herstellung einer subjektiven Rechtsposition der Leistungsempfänger lassen sich im Wesentlichen vier Ansätze unterscheiden: *erstens* die normative Verknüpfung sozia-

5 Zur Rolle des allgemeinen Gesetzes näher *Gregor Kirchhof*, *Die Allgemeinheit des Gesetzes*, Tübingen 2009.

6 Vgl. *Detlef Merten*, Begriff und Abgrenzung der Grundrechte, in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. 2, Heidelberg 2006, § 35, S. 475, 565: „Da ‚soziale Grundrechte‘ keinen eigenständigen Verfassungsnorm-Typus darstellen, müssen sie einer der anerkannten Kategorien (Einrichtungsgarantien, Staatszielbestimmungen, Gesetzgebungsaufträge u.a.) zugeordnet werden, Ungeachtet der subjektiv-rechtlichen Sprachfassung ... wird insbesondere die teleologische Auslegung in der Regel ergeben, dass es sich nur um ein scheinbares subjektives Recht handelt ...“. Vgl. auch *Jörn Lücke*, Soziale Grundrechte als Staatszielbestimmungen und Gesetzgebungsaufträge, in: *Archiv des öffentlichen Rechts* Bd. 107 (1982), S. 15, 17 ff.; *Rolf Gröschner* in: H. Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar*, Bd. 2, 2. Aufl., Tübingen 2006, Art. 20 (Sozialstaat) Rdnr. 58.

7 Vgl. insbesondere Art. 18 der portugiesischen Verfassung und Art. 53 der spanischen Verfassung sowie aus dem deutschen Verfassungsrecht Art. 3 der sachsen-anhaltinischen Verfassung. Näher zur Entwicklung expliziter Normativitätsdistinktionen im ausländischen und deutschen Verfassungsrecht *Karl-Peter Sommermann*, *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, Tübingen 1997, S. 336-355.

8 Vgl. insbesondere Art. 283 der portugiesischen Verfassung; dazu *Jorge Miranda*, *L'inconstitutionnalité par omission dans le droit portugais*, in: *Revue Européenne de droit public* Bd. 4 (1992), S. 39-59. Vgl. etwa auch Art. 103 § 2 der brasilianischen Verfassung; hierzu *Mazur*, *Durchsetzung von Leistungsansprüchen* (Anm. 3), S. 388 ff.

ler Verbürgungen mit Freiheits- und Gleichheitsrechten, *zweitens* die Interpretation sozialer Grundrechte als Staatszielbestimmungen mit Subjektivierungsauftrag, *drittens* die jedenfalls partielle unmittelbare Subjektivierung sozialer Verbürgungen und *viertens* die Konstruktion einer gestuften Subjektivierung.

1. Subjektivierung durch Verknüpfung mit Freiheits- und Gleichheitsrechten

Der erste Subjektivierungsansatz besteht in der Verknüpfung sozialer Verbürgungen mit zweifelsfrei subjektive Rechte vermittelnden Grundrechtsbestimmungen. So können etwa aus Freiheitsrechten in Verbindung mit einer Staatszielbestimmung wie dem Sozialstaatsprinzip⁹ oder aus der Verbindung des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit und dem leistungrechtlich angelegten Recht auf Gesundheit zusätzliche subjektivrechtliche Rechtspositionen erwachsen¹⁰. Allerdings ist auch hier die Operabilität ohne konkretisierende Regelungen begrenzt.

Eine größere subjektivrechtliche Reichweite kann aus der Verbindung sozialer Verbürgungen mit dem Recht auf Gleichbehandlung hervorgehen, wenn für eine bestimmte Personengruppe bereits konkrete Leistungsregelungen bestehen und eine andere Gruppe ohne rechtfertigenden Differenzierungsgrund von der Leistung ausgeschlossen bleibt. In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat die Feststellung eines gleichheitswidrigen Begünstigungsausschlusses mehrfach zur Erstreckung eines bestehenden Leistungsregimes auf weitere Personengruppen geführt¹¹. Obwohl es dabei häufig um die Konkretisierung eines sozialen Verfassungsauftrags geht,

9 Vgl. BVerfGE 33, 303, 331 (numerus clausus).

10 Vgl. *Ricardo García Macho*, Los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda como derechos funcionales de libertad, in: *Revista catalana de dret públic* núm. 38, 2009, S. 67, 80 f.; *Rodolfo Arango*, Justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales in Colombia, *Cuadernos Electrónicos de Derechos Humanos y Democracia* (Cuaderno Electrónico N° 5 – 2009), S. 26 f.; *Ulrich Becker*, Das Recht auf Gesundheitsleistungen, in: G. Manssen/M. Jachmann/C. Gröpl (Hrsg.), *Nach geltendem Verfassungsrecht. Festschrift für Udo Steiner zum 70. Geburtstag*, Stuttgart u.a. 2009, S. 50, S. 61 ff.; *Mirja A. Trilsch*, Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte im innerstaatlichen Recht, Heidelberg u.a. 2012, S. 218 ff.

11 Vgl. BVerfGE 18, 257, 258 (Tenor), 268 ff.; 67, 186, 195 ff., 67, 348, 349 (Tenor), 365 ff.; 73, 40, 41 f. (Tenor), 100 ff.; 79, 87, 88 (Tenor), 104 f.; 106, 166, 175 ff.; 130, 240, 252 ff.

bleibt primärer Anknüpfungspunkt freilich eine bestehende einfachgesetzliche Regelung.

2. Soziale Grundrechte als Staatszielbestimmungen mit Subjektivierungsauftrag

Fasst man die Dimension der Subjektivierung weiter, so sind auch den sozialen Verbürgungen zu entnehmende Subjektivierungsaufträge an den Gesetzgeber in die Betrachtung einzubeziehen. Soziale Verfassungsverbürgungen sind teilweise als bloße Bewirkungs- und Förderverpflichtungen (*promotional obligations*) des Staates¹², teilweise als Grundrechte formuliert¹³. Scheidet im letzteren Fall eine Subjektivierung der Grundrechtsnorm selbst aus, z.B. auch deshalb, weil die Verfassung in einer Normativitätsbestimmung eine rein objektiv-rechtliche Wirkung anordnet¹⁴, ist eine Auslegung der Verfassungsnorm als Subjektivierungsauftrag zu erwägen. Wenn etwa ein „Recht auf soziale Sicherheit“ verankert ist, und nicht nur eine Verpflichtung des Staates, für soziale Sicherheit zu sorgen, kann diese Formulierung dadurch normativ effektuiert werden, dass man eine verfassungsrechtliche Verpflichtung des Gesetzgebers anerkennt, die bereitzustellenden sozialen Leistungen mit entsprechenden subjektivrechtlichen Positionen der potentiellen Leistungsempfänger zu verbinden¹⁵. Gemäß dem Grundsatz verfassungskonformer Interpretation wären die einfachgesetzlichen Vorschriften im Zweifel entsprechend auszulegen.

Dieser Ansatz findet nun auch in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte seine konsequente Fortführung. So hat der

12 So beispielsweise Art. 40, 44, 46, 48 u.a. der spanischen Verfassung von 1978 und die überwiegende Zahl der „Staatsziele“ in der sachsen-anhaltinischen Verfassung von 1992 (Art. 34-40).

13 So z.B. Art. 58, 60, 63, 73 u.a. der portugiesischen Verfassung von 1976 (i.d.F. v. 2005), Art. 43, 45 u. 47 der spanischen Verfassung von 1978.

14 Vgl. beispielsweise Art. 18 Abs. 1 der portugiesischen Verfassung von 1976 (i.d.F. v. 2005), der nur die Grundrechte des Titels II (Art. 24-57) für unmittelbar anwendbar erklärt, und Art. 53 Abs. 3 der spanischen Verfassung, der den im 3. Kapitel (Art. 39-52) niedergelegten Leitprinzipien (als auch den in der vorigen Anmerkung genannten, als „Recht auf ...“ formulierten Bestimmungen) lediglich orientierende Bindungswirkung gegenüber den drei Staatsgewalten zuschreibt und für die Geltendmachung von Leistungsbegehren auf die einfachen Gesetze und die einfachen Gerichte verweist.

15 Näher dazu *Sommermann*, Staatsziele und Staatszielbestimmungen (Anm. 7), S. 418 f., 448.

Gerichtshof in seinem Urteil im Fall Tchokontio Happi c. France vom 9. April 2015 Frankreich wegen einer Verletzung der Rechtsschutzgarantie des Art. 6 EMRK verurteilt, da die zuständigen französischen Behörden es unterlassen hatten, ein Gerichtsurteil auszuführen, nach dem der Beschwerdeführerin eine neue, menschenwürdige Unterkunft zur Verfügung zu stellen war¹⁶. Das Urteil des französischen Gerichts war auf gesetzliche Bestimmungen gestützt, die das in der Präambel der Verfassung von 1946 proklamierte Recht auf Wohnung (*droit au logement*) konkretisierten.

3. Soziale Verfassungsverbürgungen als subjektive Rechte?

Die fehlende Subjektivierung auf verfassungsrechtlicher Ebene kann damit freilich nicht beseitigt werden. Trotz der dargelegten Schwierigkeiten einer Leistungsbestimmung durch das Gericht ohne einfachgesetzliche Konkretisierung gibt es durchaus ernst zu nehmende Ansätze, sozialen Leistungsgrundrechten jedenfalls unter bestimmten Voraussetzungen unmittelbare Einklagbarkeit zuzusprechen.

Am ehesten lässt sich eine Subjektivierung verfassungsrechtlich verbürgter Leistungsrechte begründen, wenn es um die Teilhabe an Leistungen geht, die im Rahmen vorhandener staatlicher Institutionen bereitgestellt werden. In diesem Sinne lässt sich das Recht auf Bildung effektiv als subjektives Recht ausgestalten¹⁷, ebenso beispielsweise – freilich außerhalb des Bereichs der sozialen Leistungsrechte – das Recht auf effektiven Rechtsschutz¹⁸.

16 EGMR, Arrêt du 9 avril 2015, Affaire Tchokonto Happi c. France (Requête no. 65829/12), Ziff. 44 ff.

17 Vgl. z.B. Art. 27 der spanischen Verfassung von 1978, der ein (auch vor dem Verfassungsgericht im Wege der Verfassungsbeschwerde) einklagbares Grundrecht auf Bildung enthält, § 13 der finnischen Verfassung (i.d.F. von 1999) und aus dem deutschen Verfassungsrecht etwa Art. 8 der nordrhein-westfälischen Verfassung. Zum Recht auf Bildung als Teilhaberecht näher *Jörg Paul Müller*, Soziale Grundrechte in der Verfassung?, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht N.F. Bd. 92 (1973), S. 782, 864 ff.

18 Vgl. *Peter M. Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl., München 2010, Art. 19 Abs. 4, Rdnr. 370 f. („Teilhaberecht“); *Eberhard Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz. Kommentar, Art. 19 Abs. 4 (2003), Rdnr. 7 f. („Grundrecht des status positivus“). Für die Schweiz vgl. *Jörg Paul Müller*, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern 1982, S. 62 („prozessuale Garantien mit Leistungscharakter“). Vgl. auch die Einordnung des Art. 24 Abs. 1 der spanischen Verfassung durch das spanische Verfassungsgericht im Urteil 99/1985 v.

Ein rechtsdogmatischer Ansatz, der auf eine unmittelbare Einklagbarkeit jedenfalls eines Kerns von Leistungen abzielt, stellt die sog. „Extremfallmethode“ dar¹⁹. In Fällen dringender Bedürftigkeit soll die Behörde, gegebenenfalls aufgrund richterlicher Anordnung, eine geeignete Maßnahme zur Abwendung der akuten Notlage ergreifen können. Dieser insbesondere in der lateinamerikanischen Lehre vertretene Ansatz²⁰ weist eine Verwandtschaft mit der in den 50er Jahren des 20. Jahrhunderts von den deutschen Verwaltungsgerichten entwickelten Rechtsprechung auf, nach der die Operabilität verfassungsrechtlich radizierter sozialer Fürsorgeansprüche mit Hilfe der polizeilichen Generalklausel hergestellt wurde²¹. Einzelne Verfassungen sehen ein verfassungsunmittelbares subjektives Leistungsrecht jedenfalls für Notlagen vor²².

Insgesamt lässt sich feststellen, dass die unmittelbare Herleitung konkreter Leistungsansprüche aus sozialen Grundrechten noch die Ausnahme darstellt, jedoch eine Tendenz zur Subjektivierung jedenfalls für einen Kernbereich festzustellen ist²³.

30.9.1985, Boletín de Jurisprudencia Constitucional Nr. 54-55, S. 1141, 1146 (II 4): „... siendo el derecho a la tutela judicial efectiva no un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino un derecho de prestación, sólo puede ejercerse por los cauces que el legislador establece o, dicho de otro modo, es un derecho de configuración legal“.

19 Vgl. *Rodolfo Arango*, Justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales in Colombia, in: A. von Bogdandy/H. Fix-Fierro/M. Morales Antoniazzi/E. Ferrer Mac-Gregor (Coord.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales*, México 2011, S. 17, 25 ff.

20 Vgl. aber auch *Jeff King*, *Judging Social Rights*, Cambridge 2012, S. 102 f.

21 In der unmittelbaren Nachkriegszeit spielte insbesondere die ordnungsrechtliche Zwangseinweisung von Flüchtlingen oder anderen Personen in die Wohnung Privater zur Verhinderung von Obdachlosigkeit eine Rolle, vgl. aus der Rechtsprechung nur die Urteile des OVG Münster v. 18.3.1953, OVG 7, 105, und vom 18.9.1953. OVG 8, 26.

22 Vgl. etwa Art. 12 der Schweizerischen Bundesverfassung von 1999. Zur Handhabbarkeit der sozialen Grundrechte als subjektive Rechte, sofern es sich um „Minimalrechte“ („kleine“ Sozialansprüche“) handelt, vgl. *Müller*, *Soziale Grundrechte in der Verfassung?* (Anm. 17), S. 842 f.

23 Zu Ansätzen einer verfassungsgerichtlichen Anerkennung der Einklagbarkeit sozialer Grundrechte namentlich in osteuropäischen Ländern *Diane Roman*, *Les droits sociaux, entre «injusticiabilité» et «conditionalité» : éléments pour une comparaison*, in: *Revue internationale de droit comparé* Bd. 61 (2009), S. 285, 301 ff. Wegen eines rechtsvergleichenden Überblicks über den gerichtlichen Schutz der sozialen Grundrechte in 15 europäischen Staaten (ohne Osteuropa) vgl. *Julia Iliopoulos-Strangas*, in: dies. (Hrsg.),

4. Gestufte Subjektivierung

Der Subjektivierung sozialer Verfassungsverbürgungen hat schließlich das deutsche Bundesverfassungsgericht mit seiner sog. „Hartz IV-Entscheidung“ vom 9. Februar 2010 einen weiteren Ansatz hinzugefügt. Bis zu diesem Zeitpunkt hatte das Gericht im Hinblick auf das Sozialstaatsprinzip und die Menschenwürdegarantie nur von der Verpflichtung des Staates gesprochen, das Existenzminimum zu gewähren, d.h. die Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein zu sichern²⁴. Von einem „Recht“ auf entsprechende Leistungen war nicht die Rede. In der Entscheidung von 2010 hat das Gericht nunmehr ein „Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums“ anerkannt. Dass damit nicht lediglich einem internationalen, der Frage der unmittelbaren Einklagbarkeit gegenüber indifferenten Sprachgebrauch im Bereich der Menschenrechte gefolgt wird, sondern tatsächlich ein subjektiver Normgehalt zum Ausdruck gebracht werden soll, bestätigt sich, wenn es heißt, der objektiven Schutzverpflichtung aus Art. 1 Abs. 1 GG korrespondiere „ein Leistungsanspruch des Grundrechtsträgers, da das Grundrecht die Würde jedes individuellen Menschen schützt“²⁵. Und weiter ist von einem „unmittelbar verfassungsrechtliche[n] Leistungsanspruch“ die Rede²⁶.

Ganz so unmittelbar, wie man zunächst annehmen mag, ist der Leistungsanspruch allerdings nicht. Er manifestiert sich in erster Linie als „Anspruch auf normative Leistung“²⁷ und damit als „Rahmengrundrecht“. Denn: „Die Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums muss durch einen

Soziale Grundrechte in Europa und nach Lissabon. Eine rechtsvergleichende Untersuchung der nationalen Rechtsordnungen und des europäischen Rechts, Baden-Baden u.a. 2010, S. 986-1050 (mit Auswertung der im selben Werk vereinigten Länderberichte).

24 BVerfGE 40, 121, 133; 45, 187, 228; 82, 60, 85; 113, 88, 108 f.

25 BVerfGE 125, 175, 222 f. Wenn in der Entscheidung des BVerfG v. 18.7.2012 - 1 BvL 10/10 – davon die Rede ist, das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums werde durch Art. 1 GG als „Menschenrecht“ begründet (Rdnr. 88 = BVerfGE 132, 134, 159), so wird dadurch lediglich klargelegt, dass der Anspruch nicht nur Deutschen, sondern jedem Menschen zusteht.

26 BVerfGE 125, 175, 223.

27 *Thomas Mayen*, Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums, in: M. Sachs/H. Siekmann (Hrsg.), *Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat. Festschrift für Klaus Stern zum 80. Geburtstag*, Berlin 2012, S. 1451, 1460.

gesetzlichen Anspruch gesichert sein.“²⁸ Hier werden mithin zwei subjektivrechtliche Stufen hintereinandergeschaltet: Das Verfassungsrecht verleiht dem Einzelnen ein Recht auf ein Recht. Das zu erlassende Parlamentsgesetz, so das Gericht, muss „einen konkreten Leistungsanspruch des Bürgers gegenüber dem zuständigen Leistungsträger“ enthalten“²⁹. Und weiter: „Der Leistungsanspruch aus Art. 1 Abs. 1 GG“ sei „dem Grunde nach von der Verfassung vorgegeben“; in Abhängigkeit von den „gesellschaftlichen Anschauungen über das für ein menschenwürdiges Dasein Erforderliche“, sei er „vom Gesetzgeber konkret zu bestimmen“³⁰. Komme der Gesetzgeber dieser Pflicht nicht hinreichend nach, sei das einfache Recht „im Umfang seiner defizitären Gestaltung verfassungswidrig“³¹.

Eine weit reichende Konsequenz der Anerkennung des neuen Grundrechts ist, dass der Einzelne, wenn er die Leistungsgesetze zur Gewährleistung des Existenzminimums für unzureichend hält, für eine verfassungsgerichtliche Kontrolle nicht mehr von einem entsprechenden Vorlagebeschluss des mit seinem Fall befassten einfachen Gerichts abhängig ist, sondern – jedenfalls nach Erschöpfung des Rechtswegs, gegebenenfalls auch unmittelbar – Verfassungsbeschwerde erheben kann. Damit besitzt der Einzelne ein Schutzinstrument gegen legislative Verfassungswidrigkeit durch unzureichende Regelung oder durch Unterlassen.

Diese Lösung geht hinsichtlich der Erreichbarkeit verfassungsgerichtlicher Kontrolle über diejenigen Systeme hinaus, die ein spezielles Verfahren zur Feststellung einer Verfassungswidrigkeit durch Unterlassen vorsehen, die Antragsbefugnis bislang aber auf bestimmte Staatsorgane, z.B. einen Ombudsman, beschränken³². Einer höheren Arbeitslast, die mit der Erleichterung des Zugangs zur verfassungsgerichtlichen Kontrolle verbunden sein könnte, will das Bundesverfassungsgericht offenbar durch Betonung der Beschränkung auf eine Evidenzkontrolle³³ vorbeugen. Bei näherer Betrachtung entsteht indes ein durchaus komplexes Bild der Verfassungskontrolle. Dies beruht darauf, dass das Gericht jenseits der Evidenzkontrolle hinsichtlich der

28 BVerfGE 125, 175, 223; ebenso BVerfGE 132, 134, 160.

29 BVerfGE 125, 175, 223.

30 BVerfGE 125, 175, 224.

31 BVerfGE 125, 175, 224.

32 Siehe oben Anm. 8.

33 BVerfGE 125, 175, 225 f.; 132, 134, 165 f.

materiellen Regelung eine effektive verfahrensbezogene Kontrolle hinsichtlich der Bewertungsgrundlagen des Gesetzgebers ausüben will. Vor allem hat es sich Raum für eine Überprüfung der Leistungsmaßstäbe verschafft. Die vom Gericht formulierte allgemeine Anforderung lautet: „Zur Konkretisierung des Anspruchs hat der Gesetzgeber alle existenznotwendigen Aufwendungen folgerichtig in einem transparenten und sachgerechten Verfahren nach dem tatsächlichen Bedarf, also realitätsgerecht, zu bemessen...“³⁴. Zudem muss der Gesetzgeber das gefundene Ergebnis immer wieder neu überprüfen und gegebenenfalls notwendige Anpassungen vornehmen. Das Bundesverfassungsgericht schreibt so seine Linie des Grundrechtsschutzes durch Verfahren³⁵ fort³⁶.

Die weiteren Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zu den Pflichten und Obliegenheiten des Gesetzgebers bieten viel Diskussionsstoff³⁷. Hier kann abschließend nur noch die in Zeiten der Wirtschaftskrise besonders drängende Frage angesprochen werden, ob und gegebenenfalls inwieweit es zulässig ist, Sozialstandards abzusenken.

III. Verfassungsrechtliche Grenzen der Kürzung von Sozialleistungen

Soziale Leistungsrechte werden, wie bereits erwähnt, jedenfalls in ihrer objektivrechtlichen Dimension als *promotional obligations* verstanden, wie sich im Bereich des internationalen Menschenrechtsschutzes insbesondere aus dem internationalen Pakt für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte ergibt³⁸. Bekanntlich sind die nationalen Grundrechte in vielen Ländern im

34 BVerfGE 125, 175, 225; ebenso BVerfGE 132, 134, 162.

35 Vgl. BVerfGE 53, 30, 65; 84, 59, 72.

36 Vgl. *Peter Axer*, Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums und die Sicherung sozialer Grundrechtsvoraussetzungen, in: M. Anderheiden/R. Keil/S. Kirste/J. P. Schaefer (Hrsg.), *Verfassungsvoraussetzungen. Gedächtnisschrift für Winfried Brugger*, Tübingen 2013, S. 335, 345: „Das Gericht beschreitet den Weg des Grundrechtsschutzes durch Verfahren und Prozeduralisierung.“

37 Vgl. dazu nur *Detlef Merten*, „Gute“ Gesetzgebung als Verfassungspflicht oder Verfahrenslast?, in: *DÖV* 2015, S. 349 ff.

38 Vgl. Art. 2 Abs. 1 des Internationalen Pakts für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte: „Each State Party to the present Covenant undertakes to take steps, individually and through international assistance and co-operation, especially economic and

Lichte der internationalen Verbürgungen auszulegen³⁹, sofern den internationalen Menschenrechten nicht Verfassungs- oder Überverfassungsrang zuerkannt wird⁴⁰. Da somit ein stetiger Fortschritt angestrebt werde, nicht aber ein Rückschritt vorgesehen sei, wurde die Ansicht vertreten, dass die in einem Land bestehenden Sozialstandards nicht mehr abgesenkt werden dürften, somit ein Rückschrittsverbot bestehe⁴¹.

Diese Auffassung ist indes nicht mit dem „Vorbehalt des Möglichen“⁴² zu vereinbaren, der – in Anerkennung der Faktizität – die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Gemeinwesens berücksichtigt⁴³. Diese kann sich bekanntlich nicht nur konjunkturell, sondern auch strukturell, und damit über größere Zeiträume, ändern. Zudem kann es Zielkonflikte mit anderen Verfassungsprinzipien wie z.B. dem Umweltschutz geben; der demokratische Prozess

technical, to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the present Covenant by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures.” Für das nationale Recht vgl. oben Anm. 12.

39 Vgl. Art. 16 Abs. 2 der portugiesischen Verfassung, Art. 10 Abs. 2 der spanischen Verfassung und Art. 1 Abs. 2 des deutschen Grundgesetzes in seiner Auslegung durch das Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 74, 358, 370; 128, 326, 367 ff.)

40 Verfassungsrang genießt die EMRK z.B. in Österreich, Überverfassungsrang in den Niederlanden. Einen Rang zwischen Gesetz und Verfassung nimmt die EMRK unter anderem in Belgien, Frankreich, Portugal, Spanien und in der Schweiz ein, vgl. *Christoph Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl., München/Basel/Wien 2009, § 3 T 2 (S. 16 f.). Zur Öffnung der europäischen Verfassungen für die EMRK jüngst *Daniel Toda*, Die Öffnung des EU-Rechts für die Europäische Menschenrechtskonvention – Überlegungen anlässlich des Gutachtens 2/13 des Europäischen Gerichtshofs, in: DÖV 2016, S 12, 21 f.

41 Vgl. zu dieser Ansicht *Rolf-Ulrich Schlenker*, Soziales Rückschrittsverbot und Grundgesetz: Aspekte verfassungsrechtlicher Einwirkung auf die Stabilität sozialer Rechtslagen, Berlin 1986, S. 16 ff. (zur politischen Debatte), 71 ff. (zu Meinungen im Schrifttum).

42 So die Formulierung des Bundesverfassungsgerichts in seiner „Numerus-clausus-Entscheidung“ vom 18.7.1972, BVerfGE 33, 303, 333. Aus dem „Vorbehalt des Möglichen“ erwachsen dem Gesetzgeber zugleich Spielräume, vgl. hierzu *Reinhard Gaier*, Der Vorbehalt des Möglichen als Gebot richterlicher Selbstbeschränkung, in: M. Bäuerle/Ph. Dann/A. Wallrabenstein (Hrsg.), Demokratie-Perspektiven. Festschrift für Brun-Otto Bryde zum 70. Geburtstag, Tübingen 2013, S. 367 ff. Kritisch zu Auslegung und Anwendung des „Vorbehalts des Möglichen“ *Mazur*, Durchsetzung von Leistungsansprüchen (Anm. 3), S. 364 ff.

43 Vgl. aus dem spanischen Schrifttum nur *García Macho*, Los derechos fundamentales sociales (Anm. 10), S. 91 f.

muss für neue Zielprioritäten offen bleiben. Allerdings bringt eine pauschale Berufung auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit oder auf konfligierende Verfassungsziele die Gefahr mit sich, Sozialstandards ohne Not abzusenken. Insoweit erscheint das Argument überzeugend, dass wesentliche Einschnitte in soziale Gewährleistungen der Begründung bedürfen⁴⁴. Den Gesetzgeber trifft danach unbeschadet seiner Einschätzungsprärogative eine Begründungslast. Je tiefer die Einschnitte sind, desto höhere Anforderungen sind an die Begründung zu stellen. Diese Rechtfertigungspflicht trägt zugleich dem Ansatz des Bundesverfassungsgerichts Rechnung, Grundlage und Umfang der sozialen Leistungen zur Gewährung eines Existenzminimums nachvollziehbar zu begründen.

IV. Fazit

In vielen Ländern ist eine zunehmende Subjektivierung sozialer Grundrechtsgarantien zu beobachten. In Zeiten wirtschaftlicher Krise wächst damit den Verfassungsgerichten eine zentrale Rolle für den Schutz sozialer Mindeststandards zu. Die Aufgabe, ein Leistungsminimum zu konkretisieren ist freilich überaus schwierig und anspruchsvoll. Die verfassungsgerichtliche Kontrolle kann nur wirksam ausgeübt werden, wenn den Gesetzgeber eine verfassungsrechtliche Pflicht trifft, wesentliche Einschnitte in die soziale Sicherung so zu begründen, dass die Begründung Grundlage einer verfassungsgerichtlichen Beurteilung werden kann. Diese begrenzte Umkehrbarkeit (*reversibilidad limitada*)⁴⁵, nach der die Umkehrung zu rechtfertigen ist (*reversibilidad justificada*)⁴⁶, enthält freilich großes Konfliktpotential: Demokratische Entscheidungsspielräume des Gesetzgebers müssen mit den Anforderungen

44 Vgl. *Ingwer Ebsen*, Verfassungs- und europarechtliche Vorgaben, in: B. Schulin (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Bd. 3, 1999, S. 133, 144; anderer Ansicht hingegen *Hans Michael Heinig*, Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit. Zur Formel vom „sozialen“ Staat in Art. 20 Abs. 1 GG, Tübingen 2008, S. 450; für Spanien *García Macho*, Los derechos fundamentales sociales (Anm. 10), S. 91 f., unter Bezugnahme auf das Urteil 81/1982 vom 21.12.1982 des spanischen Verfassungsgerichts.

45 Vgl. *Juli Ponce Solé*, El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos, Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social, Madrid 2013.

46 *Encarnación Montoya*, El debate sobre la reversibilidad de los derechos sociales, ponencia del 29 de mayo de 2015 (Parallelreferat zum vorliegenden Beitrag). „Reversibilidad justificada“ bedeutet wörtlich „gerechtfertigte Umkehrbarkeit“.

einer effektiven Verfassungskontrolle zum Ausgleich gebracht werden. Die Gesetzgeber in Europa können bei der Absenkung von Sozialstandards gegebenenfalls die bestehenden Schuldenbegrenzungsregeln, die in Deutschland und Spanien auch verfassungsrechtlich verankert sind⁴⁷, ins Feld führen, bis hin zur Geltendmachung eines Rückschrittsgebots⁴⁸. Diese Begrenzungen sollen nicht zuletzt künftige Generationen vor untragbaren finanziellen Belastungen schützen. In der Sache geht es somit um eine in die Zukunft wirkende „Wohlstandsvorsorge“⁴⁹, d.h. letztlich die Verwirklichung eines nachhaltigen Sozialstaats⁵⁰.

47 Vgl. nur Art. 109 u. 115 des deutschen Grundgesetzes sowie Art. 135 der spanischen Verfassung.

48 Zu einer entsprechenden Argumentation in Zeiten rückläufiger Staatseinnahmen noch vor der „Schuldenbremse“ siehe *Schlenker*, Soziales Rückschrittsverbot (Anm. 41), S. 184 ff.

49 Zur „Wohlstandsvorsorge“ als Element des Sozialstaatsprinzips eingehend *Martin Burgi*, Wohlstandsvorsorge als Staatsziel und als Determinante im Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: *Archiv des öffentlichen Rechts*, Beiheft 2014, S. 30, 37 ff.

50 Zu den Anforderungen einer nachhaltigen Sozialpolitik vgl. *Andreas Glaser*, Nachhaltige Entwicklung und Demokratie, Tübingen 2006, S. 241 ff.; *ders.*, Nachhaltigkeit und Sozialstaat, in: W. Kahl (Hrsg.), *Nachhaltigkeit als Verbundbegriff*, Tübingen 2008, S. 620, 630 ff.; *Markus Kotzur*, Der nachhaltige Sozialstaat, in: *BayVbl.* 2007, S. 257, 259 ff.; *Wolfgang Kahl*, Staatsziel Nachhaltigkeit und Generationengerechtigkeit, in: *DÖV* 2009, S. 2, 3 f., 7 f.; *ders.* „Soziale Gerechtigkeit“ oder Generationengerechtigkeit?, in: *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2014, S. 17-21. Zu organisatorischen und prozeduralen Vorkehrungen zur Gewährleistung von Nachhaltigkeit vgl. nur *ders.*, Einleitung: Nachhaltigkeit durch Organisation und Verfahren, in: W. Kahl, *Nachhaltigkeit durch Organisation und Verfahren*, Tübingen 2016, S. 1, 16 ff.

Europäische Sozialpolitik im Gewande des Wettbewerbsrechts: das Beispiel der Vergabe öffentlicher Aufträge

Prof. Dr. Dr. h.c. *Jan Ziekow*

I.	Einleitung	156
II.	Grundlagen: Beispiele sozialer Aspekte und potenzielle Ebenen der Berücksichtigung	158
III.	Zulässigkeit sozialer Kriterien nach der bisherigen Vergabekoordinierungsrichtlinie	159
IV.	Regelung der Vergaberichtlinie 2014	162
	1. Einhaltung des geltenden europäischen und nationalen Rechts ..	162
	2. Vorgaben der in Anhang X zur VRL aufgeführten internationalen Vorschriften	164
	3. Weitere die ILO-Kernarbeitsnormen betreffende Bestimmungen	165
	4. Vom öffentlichen Auftraggeber festgelegte soziale Gesichtspunkte	167
	a) Zuschlagskriterien	168
	b) Ausführungsbedingungen	169
	c) Auswahl: Zuschlagskriterium oder Ausführungsbedingung? .	169
V.	Schlussbetrachtung	171

I. Einleitung

Der Weg Europas von einer Gemeinschaft zur Verfolgung gemeinsamer wirtschaftlicher Interessen bei Gründung der EWG zu einem umfassenden Konzept der Integration von Politikfeldern ist lang. Im Laufe dieser Entwicklung haben Aspekte des sozialen Schutzes eine immer größere Bedeutung erlangt. Das Verhältnis von marktwirtschaftlichem Wettbewerb und sozialem Schutz hat schließlich in der in der in Art. 3 Abs. 3 EUV niedergelegten Formel einer „wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft, die auf Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt“, ihren Ausdruck gefunden.

Es liegt in der Natur einer solchen generellen Zielbestimmung, dass das Verhältnis von auf wirtschaftlichem Wettbewerb basierender Marktwirtschaft und sozialen Aspekten für jedes Politikfeld immer wieder neu austariert werden muss. Am Beispiel des öffentlichen Beschaffungswesens lässt sich insoweit eine bemerkenswerte Entwicklung nachzeichnen.

Das Recht der öffentlichen Beschaffung ist seinem Ursprung nach staatliches Haushaltsrecht. Durch die Statuierung von formalen Regeln für den Einkauf von Gütern oder Dienstleistungen durch die öffentliche Hand soll eine wirtschaftliche und sparsame Beschaffung sichergestellt sowie Korruption verhindert werden. Die seit etwa 25 Jahren von zunächst der EWG, dann der EU erlassenen Richtlinien zur Regelung des öffentlichen Auftragswesens setzten dann einen anderen Akzent. Dem europäischen Vergaberecht geht es zentral um die Öffnung der Beschaffungsmärkte der Mitgliedstaaten für den Wettbewerb. Europäisches Vergaberecht ist daher in erster Linie Wettbewerbsrecht, das einen fairen und gleichen Wettbewerb um öffentliche Aufträge sicherstellen soll.

Zu diesen beiden Zwecken des Vergaberechts, der wirtschaftlichen und sparsamen Beschaffung und der Öffnung des Wettbewerbs, passt eine Nutzung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Verfolgung sozialer Ziele nur beschränkt. Die Berücksichtigung sozialer Aspekte kann u. U. zu einer Verteuerung beschaffter Güter und Leistungen führen. Müssen Unternehmen z.B. einen spezifischen vergaberechtlichen Mindestlohn zahlen, dann werden die Güter und Leistungen evtl. teurer und die öffentlichen Haushalte stärker belastet. Ebenso wird die beabsichtigte Öffnung für den Wettbewerb möglicherweise wieder eingeschränkt, wenn Unternehmen, die zwar als Wettbewerber die nachgefragten Güter anbieten könnten, den verlangten sozialen Kriterien aber nicht genügen, deshalb nicht am Wettbewerb um die Auftragserteilung teilnehmen können.

Gleichwohl ist eine Nutzung der öffentlichen Beschaffung zur Verfolgung sozialer Ziele für den Staat verführerisch. Das finanzielle Volumen der öffentlichen Beschaffung durch die Mitgliedstaaten ist enorm. Knüpft man die Verwendung auch nur eines Teils dieser Mittel daran, dass die an den Aufträgen interessierten Unternehmen bestimmte soziale Standards einhalten, so lassen sich enorme Steuerungseffekte erzielen.¹ Außerdem ist die Steuerung über derartige finanzielle Anreize häufig das „weichere“ Mittel, das in der Öffentlichkeit weniger heftig diskutiert wird als eine Regelung durch Gebot oder Verbot.

Das europäische Vergaberecht hat im Umgang mit dem Spannungsbogen zwischen wirtschaftlicher und wettbewerbsöffnender Beschaffung einerseits und Nutzung des Steuerungspotenzials zur Verfolgung sozialer Ziele andererseits eine deutlich erkennbare Entwicklung durchlaufen. In den ersten Fassungen der europäischen Richtlinien für das öffentliche Beschaffungswesen aus den Jahren 1971 (Baufaufträge)² bzw. 1977 (Lieferaufträge)³ und 1992 (Dienstleistungsaufträge)⁴ war von sozialen Aspekten bei der Vergabe noch keine Rede. Erst nachdem der Europäische Gerichtshof entschieden hatte, dass aus dem Schweigen des Richtlinientextes nicht der Schluss auf die Unzulässigkeit sozialer Kriterien geschlossen werden könnte, sondern diese als zur Disposition des konkreten öffentlichen Auftraggebers stehende „besondere zusätzliche Kriterien“ berücksichtigt werden könnten,⁵ nahm sich der Richtliniengeber der Frage an.

Bei der Neufassung und Vereinheitlichung des europäischen Vergaberechts durch die sog. Vergabekoordinierungsrichtlinie (VKR)⁶ aus dem Jahre 2004

-
- 1 Vgl. etwa die Berechnung bei *Thomas Höpfl*, Soziale Auftragsvergabe, WISO 2004, 105, 124.
 - 2 RL 71/305/EWG des Rates v. 26.7.1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABl.EWG Nr. L 185 v. 16.8.1971, S. 5.
 - 3 RL 77/62/EWG des Rates v. 21.12.1976 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, ABl.EWG Nr. L 13 v. 15.1.1977, S. 1.
 - 4 RL 92/50/EWG des Rates vom 18.6.1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, ABl.EWG Nr. L 209 v. 24.7.1992, S. 1.
 - 5 EuGH, Urt. v. 20.9.1988, Rs. 31/87, Beentjes, Slg. 1988, 4635 Rn. 29 f., 36; EuGH, Urt. v. 26.9.2000, Rs. C-225/98, Nord-Pas de Calais, Slg. 2000, I-7445 Rn. 50 f.
 - 6 RL 2004/18/EG v. 31.3.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl.EU Nr. L 134 v. 30.4.2004, S. 114.

wurden die sozialen Kriterien ausdrücklich im Text der Richtlinie erwähnt, allerdings mit dem etwas irreführenden Hinweis, die Richtlinie „gründe“ sich auf die einschlägige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (Erwägungsgrund 1). In Wahrheit lag der Richtlinie das Bestreben zugrunde, die großzügige Tendenz der Rechtsprechung des EuGH legislativ zu begrenzen.⁷ Die VKR äußerte sich dementsprechend zu sozialen Aspekten bei der Vergabe nur sehr sparsam und wies die Berücksichtigung dieser Aspekte nur der Aufgangkategorie der „zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsausführung“ zu (Art. 26 i.V.m. Erwägungsgrund 33).

In der Richtlinie 2014/24 über die öffentliche Auftragsvergabe (VRL),⁸ die bis April 2016 in nationales Recht umgesetzt werden muss, wird im Vergleich zur Vorgängerrichtlinie das Wort „sozial“ nahezu inflationär gebraucht. Die Öffnung der nationalen Beschaffungsmärkte für den Wettbewerb wird zwar in Erwägungsgrund 1 nach wie vor als zentrales Ziel des europäischen Vergaberechts betont. Jedoch hebt gleich anschließend Erwägungsgrund 2 explizit hervor, dass die Richtlinie – im Unterschied zum früheren EU-Vergaberecht – „die öffentliche Auftragsvergabe in stärkerem Maße zur Unterstützung gemeinsamer gesellschaftlicher Ziele“ fruchtbar machen soll.

II. Grundlagen: Beispiele sozialer Aspekte und potenzielle Ebenen der Berücksichtigung

Für die Analyse der Möglichkeiten der Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte bei der Beschaffung bedarf es zunächst einer kurzen Beschreibung dessen, was unter derartigen Gesichtspunkten verstanden werden kann, sowie einer Erfassung der Ansatzpunkte innerhalb eines Vergabeverfahrens.

Was soziale Gesichtspunkte sind, die zur Berücksichtigung bei der Beschaffung in Betracht kommen können, ist legal nicht definiert. Die Landesvergabegesetze und andere landesrechtliche Regelungen enthalten insoweit verschiedene Fallgruppen.⁹ Bekannte Beispiele sind

7 Jan Ziekow, in: ders./Uwe-Carsten Völlink (Hrsg.), *Vergaberecht*, 2. Aufl. 2013, § 97 GWB Rn. 152.

8 RL 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.2.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl.EU Nr. L 94 v. 28.3.2014, S. 65.

9 Zu den landesrechtlichen Regelungen etwa *Barbara Meißner*, *Ökologische und soziale Aspekte der Landesvergabegesetze*, *VergabeR* 2012, 301; *Elke Tegeler*, *Das neue Hes-*

- die besondere Berücksichtigung bestimmter benachteiligter Personen oder die Verpflichtung zur Zurverfügungstellung einer Mindestquote von Ausbildungsplätzen oder von Arbeitsplätzen für ältere Beschäftigte oder für Menschen mit Behinderungen,
- Genderaspekte, etwa in Gestalt der Ergreifung aktiver Maßnahmen zur Gleichstellung von Männern und Frauen – z. B. Quotierungen von Führungspositionen zugunsten der Frauenförderung –, oder Verfolgung familienfreundlicher Unternehmenskonzepte,
- Zahlung eines bestimmten Mindest- oder Tariflohns an die für die Auftragsbefüllung eingesetzten Beschäftigten,
- Einhaltung der Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO), insbesondere des Verbots ausbeuterischer Kinderarbeit, oder
- Lieferung von Produkten, die bestimmten sozialen Standards, wie etwa denen des fairen Handels genügen.

Ob die Einführung eines sozialen Kriteriums zulässig ist, hängt davon ab, ob das Kriterium in concreto gerade auf der Stufe, auf der es tatsächlich verortet worden ist, zulässig ist oder nicht. Der Umstand, dass ein auf der gewählten Stufe unzulässiges Kriterium auf einer anderen Stufe zulässig wäre, führt nicht zur Zulässigkeit der Verwendung des Kriteriums. Theoretisch in Betracht kommt eine Berücksichtigung in der Leistungsbeschreibung, als bieterbezogenes Kriterium, als Zuschlagskriterium oder als Ausführungsanforderung.

III. Zulässigkeit sozialer Kriterien nach der bisherigen Vergabekoordinierungsrichtlinie

Um die Reichweite der in der neuen Vergaberichtlinie enthaltenen Regelungen zu sozialen Aspekten bewerten zu können, bedarf es zunächst einer kurzen Zusammenfassung des Status Quo auf der Basis der bisherigen Vergabekoordinierungsrichtlinie.¹⁰

sische Vergabe- und Tariftreugesetz, VergabeR 2015, 402; *Volkmar Wagner/Benjamin Quirin Pfohl*, Vergabefremde Aspekte in den Landesvergabegesetzen, VergabeR 2015, 389.

10 Im Einzelnen *Ziekow* (Fn. 7), § 97 GWB Rn. 114 ff.

Die Berücksichtigung in der *Leistungsbeschreibung* ist nur zulässig, soweit es darum geht, dass die Leistung inhaltlich den Bedürfnissen bestimmter sozialer Gruppen, z. B. einer behindertengerechten Ausgestaltung der Leistung (Art. 23 Abs. 1 VKR), gerecht wird. Eine darüber hinausgehende Berücksichtigung ist auch nicht als Technische Spezifikation zulässig. Dies gilt insbesondere für die allgemeinen Arbeitsbedingungen in dem mit der Leistungserbringung beauftragten Unternehmen.¹¹

Auf der Stufe der *Eignungsprüfung* lassen sich soziale Aspekte bislang nur auf äußerst zurückgezogener Linie in ein Vergabeverfahren implementieren.¹² Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH ist der Katalog der bieterbezogenen Kriterien in den Vergaberichtlinien abschließend.¹³ So bewertete der EuGH das Verlangen, „dass der Lieferant die Kriterien in Bezug auf nachhaltige Einkäufe und gesellschaftlich verantwortliches Verhalten erfüllt“, als unzulässige Mindestanforderung an die berufliche Leistungsfähigkeit, da die Aufzählung der Anforderungen an die technische und berufliche Leistungsfähigkeit in Art. 48 VKR abschließend ist und sich die verlangten Anforderungen keinem der in Art. 48 VKR genannten Punkte zuordnen lassen.¹⁴ Möglich ist allenfalls ein Ausschluss eines Bieters von der Teilnahme am Vergabeverfahren, weil er im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung begangen hat, die vom öffentlichen Auftraggeber nachweislich festgestellt wurde (Art. 45 Abs. 2 Satz 1 lit. d VKR). Allerdings sind hierfür konkrete, auf den Einzelfall bezogene Anhaltspunkte erforderlich.¹⁵ Möglich ist das Verlangen auf Abgabe einer Erklärung zur Einhaltung für allgemeinverbindlich

11 Betr. Leistungsbeschreibung allgemein *Europäische Kommission*, Sozialorientierte Beschaffung. Ein Leitfadens für die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Beschaffungswesen, 2011, 23. Betr. Technische Spezifikationen *Europäische Kommission*, a. a. O., 32; *Malte Müller-Wrede*, Nachhaltige Beschaffung, *VergabeR* 2012, 416 (423); *Ipek Ölcüm*, Die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Auftragswesen, 2009, S. 234.

12 *Walter Frenz*, Soziale Vergabekriterien, *NZBau* 2007, 17 (18); *Jakob Steiff*, Vergabefremde Aspekte – eine Zwischenbilanz, *VergabeR* 2009, 290 (297). Zur Unzulässigkeit der Forderung von Verpflichtungserklärungen zur Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen als Eignungsnachweis OLG Düsseldorf, *Beschl. v. 29.1.2014*, *Verg* 28/13, *NZBau* 2014, 314 (35); *Beschl. v. 25.6.2014*, *Verg* 39/13, *ZfBR* 2014, 815 (816).

13 Zum abschließenden Charakter der Eignungskriterien *Marc Bungenberg*, *Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme*, 2007, S. 302. Aus der Rechtsprechung des EuGH *EuGH*, *Urt. v. 9.2.2006*, *Rs. C-226/04 u.a.*, *Cascina*, *EuZW* 2006, 187 Rn. 22; *EuGH*, *Urt. v. 16.12.2008*, *Rs. C-213/07*, *Michaniki*. *EuZW* 2009, 87 Rn. 43.

14 *EuGH*, *Urt. v. 10.5.2012*, *Rs. C-368/10*, *Max Havelaar*, *NZBau* 2012, 445 Rn. 105 ff.

15 *EuGH*, *Urt. v. 13.12.2012*, *Rs. C-465/11*, *Forposta*, *EuZW* 2013, 151 Rn. 31.

erklärter Tarifverträge zu verlangen, weil der Bieter diese als Bestandteil der Arbeitsrechtsordnung beachten muss.¹⁶

Wie für die bieterbezogenen Kriterien ist auch für die *Zuschlagskriterien* ein Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand erforderlich.¹⁷ Ausweislich der Entscheidung des EuGH in der Sache Max Havelaar kann ein solcher Zusammenhang auch bei der Verwendung eines sog. Fair-Trade-Labels bzw. der ihm zugrundeliegenden Kriterien als Zuschlagskriterien gegeben sein. Das genannte Label zertifiziert den Erwerb der betreffenden Erzeugnisse zu einem fairen Preis und fairen Bedingungen von Organisationen, die sich aus Kleinerzeugern in Entwicklungsländern zusammensetzen. Den von der Kommission vermissten Bezug zum Auftragsgegenstand sah der Gerichtshof darin, dass die Einhaltung der den Gütezeichen zugrunde liegenden Kriterien nur für die konkret in Erfüllung des Auftrags zu liefernden Waren gefordert wurde und deshalb keine Einflussnahme auf die allgemeine Einkaufspolitik der Bieter vorlag.¹⁸ Ein Zuschlagskriterium muss sich danach nicht „auf eine echte innere Eigenschaft eines Erzeugnisses“ beziehen.¹⁹

Wie die Kommission betont hat, liegt der klare Schwerpunkt der Implementierbarkeit sozialer Belange bei der Formulierung von *Ausführungsbedingungen*.²⁰ Soweit ein soziales Kriterium nach der Havelaar-Entscheidung des EuGH auch als Zuschlagskriterium verwendet werden kann, liegt die Wahl der Verwendung als Zuschlagskriterium oder als Ausführungsbedingung beim Auftraggeber²¹ (zu den Kriterien für diese Wahl unten IV.4.c). Auf die allgemeine Betriebsorganisation zielende Anforderungen lassen sich auch nicht als Ausführungsbedingung formulieren. Es könnte also nicht verlangt werden, dass das Unternehmen sich allgemein tariftreu verhält, sondern nur, dass bei der Ausführung des Auftrags Tariflöhne gezahlt werden.²² Entsprechendes gilt etwa für eine allgemeine Quotierung von Führungspositionen

16 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.12.2010, Verg 24/10, ZfBR 2011, 294 (296).

17 EuGH, Urt. v. 17.9.2002, Rs. C-513/99, Concordia Bus, Slg. 2002, I-7213 Rn. 59 ff.

18 EuGH, Urt. v. 10.5.2012, Rs. C-368/10, Max Havelaar, NZBau 2012, 445 Rn. 90.

19 EuGH, Urt. v. 10.5.2012, Rs. C-368/10, Max Havelaar, NZBau 2012, 445 Rn. 91.

20 *Europäische Kommission* (Fn. 12), S. 43 f. Ebenso *Müller-Wrede* (Fn. 12), S. 424.

21 Ebenso *Bernhard W. Wegener/Jörg Ludwig Hahn*, Ausschreibung von Öko- und Fair-Trade-Produkten mittels Gütezeichen, NZBau 2012, 684 (687).

22 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.12.2010, Verg 24/10, ZfBR 2011, 294 (297).

für Frauen oder eine Mindestquote von Ausbildungsplätzen.²³ Derartige allgemeine Anforderungen an Unternehmen lassen sich mit Mitteln des Vergaberechts überhaupt nicht verfolgen. Verlangt werden könnte nur, dass bei der Ausführung des Auftrags eine bestimmte Quote Auszubildender zum Einsatz kommt oder bestimmte Leitungsfunktionen von Frauen bekleidet werden.²⁴

IV. Regelungen der Vergaberichtlinie 2014

In der neuen VRL finden sich verschiedene Anknüpfungspunkte für die Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte, die sich in vier Gruppen systematisieren lassen:

- Am Ort der Leistungserbringung der Dienstleistungen geltende Anforderungen auf dem Gebiet des Sozial- und Arbeitsrechts;
- Vorgaben der in Anhang X zur Richtlinie aufgeführten internationalen sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften;
- weitere die Kernarbeitsnormen der internationalen Arbeitsorganisation (ILO) betreffende Bestimmungen;
- vom öffentlichen Auftraggeber festgelegte soziale Kriterien.

1. Einhaltung des geltenden europäischen und nationalen Rechts

Art. 18 Abs. 2 Var. 1 verpflichtet die Mitgliedstaaten, geeignete Maßnahmen zu treffen, damit die Auftragnehmer bei der Ausführung öffentlicher Aufträge die geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen einhalten, die durch Rechtsvorschriften der Union, einzelstaatliche Rechtsvorschriften und Tarifverträge festgelegt sind. Die spezifische vergaberechtliche Zielrichtung dieser an die Mitgliedstaaten adressierten Verpflichtung besteht darin, Wettbewerbsvorteile von Unternehmen, die sich nicht an das geltende Recht halten, gegenüber rechtstreuen Unternehmen zu unterbinden. Deshalb wird auch die Einhaltung der nationalen und sogar tarifvertraglichen Vorschriften in die unionsrechtliche Verpflichtung einbezogen. Wesentlich ist dabei die Klarstellung, dass es um die Verpflichtungen am Ort der

²³ Jürgen Kühling/Florian Huerkamp, Vergaberechtsnovelle 2010/2011: Reformbedarf bei den vergabefremden Ausführungsbedingungen nach § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB, VergabeR 2010, 545 (547).

²⁴ A. M. Kühling/Huerkamp (Fn. 23), S. 548.

Leistung geht; dies ist der Ort der Ausführung der Bauleistung (Erwägungsgrund 37), bei Dienstleistungen der Ort der Erbringung der Dienstleistung, der von dem Ort, für den die Dienstleistung bestimmt ist, verschieden sein kann (Erwägungsgrund 38).

Eine wichtige Einschränkung besteht darin, dass die nationalen und tarifvertraglichen Vorschriften ihrerseits mit Unionsrecht vereinbar sein müssen (Erwägungsgrund 37). Von Bedeutung ist dies beispielsweise für die in zahlreichen Vergabegesetzen der Länder enthaltenen Tariftreue- oder Mindestlohnregelungen. Hier muss man differenzieren:

- Es handelt sich um Dienstleistungen, die vollständig durch Arbeitnehmer, die nicht in dem Mitgliedstaat, in dem der öffentliche Auftraggeber seinen Sitz hat, beschäftigt sind, erbracht werden. In diesem Fall gelten nicht die tariflichen oder Mindestlohnregelungen, die am Sitz des Auftraggebers anzuwenden sind, sondern die in dem anderen Mitgliedstaat. Dies ist primärrechtlich zwingend, wie der EuGH in seinem Urteil vom 18. Sept. 2014 in der Sache „Bundesdruckerei“ entschieden hat.²⁵
- Es handelt sich um Bauleistungen oder Dienstleistungen, die am Sitz des Auftraggebers erbracht werden. Hier gelten nach wie vor die vom EuGH in seinem Ruffert-Urteil aus dem Jahre 2008 entwickelten und in der Entscheidung „Bundesdruckerei“ noch einmal bestätigten Grundsätze. Danach stellen derartige Lohnvorgaben eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit dar, weil sie den in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Leistungserbringern eine zusätzliche wirtschaftliche Belastung auferlegen, die geeignet ist, die Erbringung ihrer Dienstleistungen in dem Staat, in dem der Auftraggeber seinen Sitz hat, zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen.²⁶ Eine Rechtfertigung dieser Beschränkung kommt nicht in Betracht, es sei denn, der Tarifvertrag ist für allgemein verbindlich erklärt worden.²⁷ Da es sich um einen Verstoß gegen Primärrecht handelt, könnte nicht etwa argumentiert werden, dass Erwägungsgrund 37 der neuen VRL ganz allgemein auf die „am Ort der Ausführung der Bauleistungen oder der Erbringung der Dienstleistungen

25 EuGH, Urt. v. 18.9.2014, Rs. C-549/13, Bundesdruckerei, NBau 2014, 647 Rn. 30 ff. Dazu etwa *Ralf Schnieders*, EuGH „Bundesdruckerei“ – Vorbote neuen Ungemachs für die deutsche Tariftreuegesetzgebung, *VergabeR* 2015, 136.

26 EuGH, Urt. v. 3.4.2008, Rs. C-346/06, Ruffert, *NJW* 2008, 3485 Rn. 37.

27 EuGH, Urt. v. 3.4.2008, Rs. C-346/06, Ruffert, *NJW* 2008, 3485 Rn. 39 ff.

geltenden Anforderungen“ abstellen würde. Dieser EU-rechtlichen Unzulässigkeit kann auch nicht dadurch ausgewichen werden, dass der Auftraggeber den Bietern die Kalkulationsvorgabe macht, für die Laufzeit des Vertrages mit den Tariflöhnen zu kalkulieren.²⁸ Hingegen hält der Gerichtshof das Verlangen auf Zahlung staatlich festgesetzter, allgemein geltender Mindestlöhne für mit der Dienstleistungsfreiheit vereinbar²⁹ - jedenfalls bis zur Grenze der Unverhältnismäßigkeit.³⁰ Dass diese Vereinbarkeit auch landesrechtlich allein für die Vergabe öffentlicher Aufträge geltende Mindestlöhne umfasst, darf bezweifelt werden.³¹

2. Vorgaben der in Anhang X zur VRL aufgeführten internationalen Vorschriften

Eine wirkliche Neuerung stellen die Regelungen der VRL zur Einhaltung der in Anhang X aufgeführten internationalen sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften dar. Dabei handelt es sich – soweit es um sozial- und arbeitsrechtliche Standards geht – um die ILO-Kernarbeitsnormen, betreffend vor allem die Vereinigungsfreiheit, die Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die Zwangsarbeit und die Kinderarbeit. Gemäß Art. 18 Abs. 2 Var. 2 VRL haben die Mitgliedstaaten durch geeignete Maßnahmen dafür zu sorgen, dass die ILO-Kernarbeitsnormen eingehalten werden. Zusätzlich weist Erwägungsgrund 37 darauf hin, dass während der Auftragsausführung auch die Verpflichtungen aus den genannten Übereinkommen gelten sollen.

Um die Bedeutung dieser Regelungen auszuloten, ist es notwendig, sich mit der räumlichen Reichweite der Sicherung der aus den ILO-Kernarbeitsnormen fließenden Verpflichtungen auseinanderzusetzen. Diese Übereinkommen sind von allen EU-Mitgliedstaaten ratifiziert und durch nationales Recht umgesetzt worden. Würde es nur darum gehen, die Einhaltung dieser Vorschriften auf dem Gebiet der Mitgliedstaaten zu sichern, wäre Art. 18 Abs. 2 Var. 2 VRL überflüssig. Denn die Einhaltung der in den Mitgliedstaaten geltenden europäischen und nationalen Regelungen wird durch Art. 18

28 A. M. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.11.2012, Verg 42/12, VergabeR 2013, 723.

29 EuGH, Urt. v. 24.1.2002, Rs. C-164/99, *Portugaia Construções*, EuZW 2002, 245 Rn. 19 ff.

30 *Clemens Latzel*, Soziale Aspekte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nach der Richtlinie 2014/24/EU, NZBau 2014, 673 (674).

31 Vgl. den Vorlagebeschluss des OLG Koblenz, Beschl. v. 19.2.2014, 1 Verg 8/13, NZBau 2014, 317.

Abs. 2 Var. 1 VRL ohnehin vorgegeben (oben IV.1.). Soll der zusätzliche Hinweis auf die Einhaltung der Verpflichtungen aus den ILO-Kernarbeitsnormen eine eigenständige Funktion haben, so muss er einen weitergehenden Gehalt haben. Dieser Gehalt liegt darin, dass in öffentlichen Beschaffungsprozessen, die im Anwendungsbereich der EU-Vergaberichtlinien erfolgen, keine Leistungen oder Produkte beschafft werden sollen, bei deren Erbringung, Herstellung oder Lieferung gegen die ILO-Kernarbeitsnormen verstoßen worden ist – und zwar unabhängig davon, ob der Verstoß innerhalb oder außerhalb der EU erfolgte.³²

Etwas anderes ließe sich auch nicht aus dem Wort „geltenden“ in der Weise entnehmen, dass außerhalb der EU die Übereinkommen nach Anhang X für ein bietendes Unternehmen aus einem Drittstaat oder dessen Zulieferer eben gerade nicht „gelten“, wenn der betreffende Drittstaat die Übereinkommen nicht ratifiziert hat. Die in Anhang X genannten Übereinkommen gelten als völkerrechtliche Übereinkommen nie unmittelbar für einzelne Unternehmen. Art. 18 Abs. 2 VRL ist eine an die Mitgliedstaaten adressierte Vorschrift. Es dürfte den Regelungsgehalt des Art. 18 Abs. 2 VRL am besten treffen, die Vorschrift als Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Durchsetzung des darin genannten Rechts unterschiedlichen Charakters zu verstehen, wobei ihnen hinsichtlich der Auswahl der betreffenden Maßnahmen ein Entscheidungsspielraum zukommt.³³ Erforderlich ist allerdings, dass die ausgewählten Maßnahmen die genannten Bestimmungen effektiv durchzusetzen vermögen.

3. Weitere die ILO-Kernarbeitsnormen betreffende Bestimmungen

Zur Sicherung der durch die ILO-Kernarbeitsnormen statuierten Verpflichtungen enthält die VRL darüber hinaus einige Sonderregelungen, die auf andere vom öffentlichen Auftraggeber in ein Vergabeverfahren eingeführte soziale Kriterien nicht anwendbar sind. Sie treffen folgende Bestimmungen:

- Für die Stufe der Prüfung von Angeboten im Vergabeverfahren, die Prüfung des Vorliegens von Ausschlussgründen, bestimmt Art. 57 Abs. 4 lit. a VRL, dass ein öffentlicher Auftraggeber einen Bieter ausschließen *kann*, wenn der Auftraggeber Verstöße gegen die ILO-Kernarbeitsnormen

32 Ebenso *Andreas Glaser*, *Zwingende Mindeststandards bei der Vergabe öffentlicher Aufträge*, 2015, S. 25.

33 *Glaser* (Fn. 32), S. 27 ff.

nachweisen kann. Die Mitgliedstaaten können weitergehende Regelungen treffen und die öffentlichen Auftraggeber bei Vorliegen derartiger Verstöße *verpflichten*, den betreffenden Bieter auszuschließen.

- Für die Wertungsstufe enthält Art. 69 Abs. 2 lit. d VRL die Regelung, dass der Auftraggeber vom Bieter die Erläuterung der im Angebot veranschlagten Preise und Kosten fordern kann, wenn diese im Verhältnis zu den angebotenen Leistungen oder Lieferungen oder Dienstleistungen ungewöhnlich niedrig erscheinen, wobei in diese Forderung auch auf die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen einbezogen werden kann. Wird dabei festgestellt, dass das Angebot ungewöhnlich niedrig ist, weil den geltenden Anforderungen der ILO-Kernarbeitsnormen nicht genügt wird, so muss das Angebot abgelehnt werden.
- Gleichsam eine allgemeine Notfallklausel für Konstellationen, in denen Verstöße gegen die ILO-Kernarbeitsnormen auf vorherigen Stufen nicht sanktioniert werden konnten, enthält Art. 56 Abs. 1 UAbs. 2 VRL. Danach *können* die öffentlichen Auftraggeber entscheiden, einen Auftrag nicht auf das wirtschaftlich günstigste Angebot zu vergeben, wenn sie festgestellt haben, dass das Angebot nicht den anwendbaren Verpflichtungen gemäß den ILO-Kernarbeitsnormen genügt.

Für die Praxis relevant ist vor allem die Frage, ob der Bieter selbst gegen die ILO-Kernarbeitsnormen verstoßen, z. B. in seinem Unternehmen selbst ausbeuterische Kinderarbeit betrieben haben muss, oder ob es ausreicht, wenn der Verstoß von einem seiner Lieferanten etwa von Vorprodukten oder einem Zwischenhändler begangen wird. Die Struktur der Richtlinie weist darauf hin, dass es allein auf das Vorliegen eines Verstoßes gegen die ILO-Kernarbeitsnormen und nicht auf die Begehung des Verstoßes durch den Bieter selbst ankommt. So stellen die weiteren Ausschlussgründe nach Art. 57 Abs. 4 VRL explizit auf ein Handeln oder einen Zustand des *Wirtschaftsteilnehmers*, d. h. des Bieters ab. Für Verstöße gegen die ILO-Kernarbeitsnormen findet der Wirtschaftsteilnehmer hingegen keine Erwähnung, gedacht wird allein des Verstoßes als solchen. Entsprechend angebots- und nicht bieterbezogen gefasst sind die erwähnten Art. 56 Abs. 1 UAbs. 2 und Art. 69 Abs. 2 lit. d VRL.

Die Besonderheit der ILO-Kernarbeitsnormen als soziale Kriterien in der Vergabe besteht darin, dass sie vom öffentlichen Auftraggeber – anders als andere soziale Kriterien – nicht besonders in das Vergabeverfahren eingeführt werden müssen. Allerdings gilt dies nur insoweit, wie die genannten

Sonderregelungen der VRL reichen. Soll die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen in anderer Weise berücksichtigt werden als in diesen Sonderregelungen, z. B. als Zuschlagskriterium oder als Bedingung für die Auftragsausführung, gelten für die Berücksichtigungsfähigkeit die gleichen Anforderungen wie sie für andere soziale Kriterien maßgebend sind (dazu im Folgenden).

4. Vom öffentlichen Auftraggeber festgelegte soziale Gesichtspunkte

Außerhalb der vorstehend dargestellten besonderen Vorschriften enthält die VRL unterschiedliche Regelungen zur Berücksichtigung sozialer Kriterien bei der Vergabe. Ihre Zulässigkeit soll im Folgenden anhand der verschiedenen Stufen der Vergabe dargestellt werden.

Für alle diese Stufen gilt zunächst, dass die jeweiligen sozialen Kriterien im Zusammenhang mit den bei Erfüllung des Auftrags zu erbringenden Leistungen oder Lieferungen stehen müssen. Wie dieser Zusammenhang konkret beschaffen sein muss, ist für die verschiedenen Stufen unterschiedlich. Ausnahmslos aber gilt, dass das jeweilige soziale Kriterium mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen muss.

Wann dies der Fall ist, regelt Art. 67 Abs. 3 VRL für die Zuschlagskriterien, wobei diese Bestimmung gemäß Art. 70 auf die Ausführungsbedingungen entsprechend anwendbar ist. Danach stehen die Kriterien mit dem Auftragsgegenstand des öffentlichen Auftrags in Zusammenhang, wenn sie sich auf die gemäß dem Auftrag zu erbringenden Leistungen oder Lieferungen oder Dienstleistungen beziehen – und zwar unabhängig von dem Lebenszyklus-Stadium. Hiervon umfasst sind auch Faktoren, die zusammenhängen mit dem spezifischen Prozess der Herstellung oder der Bereitstellung solcher Leistungen oder Lieferungen oder des Handels damit oder einem spezifischen Prozess in Bezug auf ein anderes Lebenszyklus-Stadium. Unerheblich ist es, ob sich derartige Faktoren auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes auswirken oder nicht. Erwägungsgrund 97 ergänzt dies für die Einbeziehung sozialer und ökologischer Überlegungen dahingehend, dass derartige Überlegungen als Zuschlagskriterien oder Ausführungsbedingungen umfassend genutzt werden können und dass der Lebenszyklus, in dem dies erfolgen kann, „von der Gewinnung der Rohstoffe für die Ware bis zur Entsorgung der Ware“ reicht.

Hierdurch beantwortet wird die bislang nicht abschließend geklärte und für die Praxis bedeutsame Frage der Einbeziehbarkeit von Produktions- und

Distributionsstufen, die zeitlich vor der Herstellung oder dem Erwerb des Produkts durch den Bieter liegen. Soziale Zuschlagskriterien oder Ausführungsbedingungen können sich auch auf diese Phasen, also Urproduzenten oder Zulieferer des Bieters, beziehen.

Generell unzulässig sind weiterhin Kriterien, die sich nicht auf den konkreten Prozess der Lieferung oder Leistungserbringung in Lebenszyklusbeurteilung, sondern auf das Unternehmen des Bieters als solches und seine Unternehmenspolitik mit Blick auf eine bestimmte Politik der sozialen Verantwortung beziehen³⁴ (Erwägungsgrund 97). Dementsprechend könnte etwa nicht verlangt werden, dass in den Organen eines Unternehmens eine bestimmte Quote für Frauen reserviert ist. Wohl aber könnte darauf abgestellt werden, ob Frauen Führungspositionen bei der Erfüllung des konkreten Auftrags innehaben. Anders als nach der bisherigen VKR (oben III.) können nunmehr soziale Kriterien auch als Technische Spezifikationen im Sinne des Art. 42 VRL verwendet werden, soweit es um den Prozess oder die spezifische Methode zur Erfüllung des Auftrags geht.³⁵

Auf der Stufe der Prüfung der persönlichen und technischen Eignung des Bieters lassen sich soziale Kriterien wie bisher nur auf äußerst zurückgezo-ger Linie implementieren. Praxisrelevant dürfte insoweit weiterhin hauptsächlich der Ausschluss des Bieters wegen einer vorangegangenen, durch den öffentlichen Auftraggeber nachgewiesenen schweren Verfehlung gemäß Art. 57 Abs. 4 lit. c VRL sein.

Die VRL macht an verschiedenen Stellen deutlich, dass die Einbeziehung sozialer Aspekte in Vergabeverfahren in erster Linie auf den Stufen der Zuschlagskriterien und der Ausführungsbedingungen erfolgen kann. Hier haben sich im Vergleich mit dem Rechtszustand unter der Vergabekoordinierungsrichtlinie von 2004 in der durch den EuGH im Havelaar-Urteil vorgenommenen Auslegung keine signifikanten Änderungen ergeben:

a) Zuschlagskriterien

Art. 67 Abs. 2 VRL stellt nun ausdrücklich klar, dass soziale Aspekte als Zuschlagskriterien verwendet werden dürfen, sofern sie den erforderlichen Auftragsbezug aufweisen. Im Anschluss an das Urteil des EuGH in der Sache „Max Havelaar“ (oben III.) weist Erwägungsgrund 97 ausdrücklich darauf hin,

34 *Latzel* (Fn. 30), S. 679.

35 *Glaser* (Fn. 32), S. 42 f.; *Latzel* (Fn. 30), S. 675.

dass ein handelsbezogenes Zuschlagskriterium beispielsweise darin bestehen kann, dass die betreffende Ware aus fairem Handel stammt – einschließlich des Erfordernisses, Erzeugern einen Mindestpreis und einen Preiszuschlag zu zahlen.

b) Ausführungsbedingungen

Die besonderen Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags im Sinne von Art. 70 VRL beziehen sich auf die Phase nach Zuschlagserteilung. Regelungstechnisch handelt es sich um Vertragsbedingungen, zu deren Einhaltung sich der Bieter vor Zuschlagserteilung verpflichten muss. Art. 70 Satz 2 VRL weist ausdrücklich darauf hin, dass zu den Ausführungsbedingungen auch soziale Belange zählen können. Als Beispiele nennen die Erwägungsgründe dieselben sozialen Kriterien wie für die Zuschlagskriterien und zusätzlich die Umsetzung von Maßnahmen zur Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern am Arbeitsplatz, die verstärkte Beteiligung der Frauen am Erwerbsleben und die Erfüllung der Kernarbeitsnormen der IAO sowie die Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen oder die Umsetzung von Ausbildungsmaßnahmen für Arbeitslose oder Jugendliche.

c) Auswahl: Zuschlagskriterium oder Ausführungsbedingung?

Wie dargestellt lässt die VRL explizit die Berücksichtigung derselben sozialen Kriterien sowohl als Zuschlagskriterien als auch als Ausführungsbedingungen zu. Dies entspricht dem mit dem Havelaar-Urteil des EuGH erreichten Stand (oben III.). Die Zuordnung und Prüfung der Zulässigkeit im Einzelfall richtet sich danach, wie das Kriterium in der konkreten Ausschreibung verwendet worden ist. Der Unterschied besteht im Wesentlichen darin, dass die Verwendung eines sozialen Aspekts als Zuschlagskriterium nicht in ja/nein-Form erfolgt. Bei der Ausgestaltung als Zuschlagskriterium könnte beispielsweise nicht festgelegt werden, dass Angebote, die sich auf unter Verstoß gegen die ILO-Kernarbeitsnorm 182 (Verbot der schlimmsten Formen der Kinderarbeit) hergestellte Produkte beziehen, nicht berücksichtigt werden dürfen. Denn wie Art. 67 VRL deutlich macht, gehört es zum Wesen der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots, dass eine Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien im Verhältnis zueinander vorgenommen wird. Es muss deshalb zugelassen werden, dass sich andere Wertungskriterien in der Gewichtung gegen die Herkunft eines Produkts aus ausbeuterischer Kinderarbeit durchsetzen können. Die Verwendung eines sozialen Kriteriums als Zuschlagskrite-

rium scheidet also immer dann aus, wenn seine Einhaltung in jedem Fall sichergestellt werden soll. In diesem Fall bleibt nur die Fassung als Ausführungsbedingung.

Umgekehrt erweist sich die Notwendigkeit der Gewichtung bei der Verwendung als Zuschlagskriterium als Vorteil, wenn beispielsweise das Maß der Gewährleistung sozialer Anforderungen bewertet werden soll. Erstens kann in dieser Weise der Erfüllungsgrad sozialer Anforderungen bewertet werden. Lautet etwa das soziale Kriterium „Frauen in Führungspositionen bei Tätigkeiten mit Auftragsbezug“, so kann eine höhere Zahl von Frauen in Führungspositionen oder eine höhere Funktion innerhalb der Ebene des Führungspersonals entsprechend höher gewichtet werden. In Anbetracht der Rechtsprechung des EuGH zu Tariftreueverpflichtungen (oben IV.1) dürfte es allerdings unzulässig sein, die Höhe des den Beschäftigten des Bieters gezahlten Lohns wertend zu berücksichtigen.

Zweitens bietet Fassung als Zuschlagskriterium z. B. die Möglichkeit, die Qualität von Systemen zum Nachweis der Einhaltung von sozialen Standards beim Zuschlag zu bewerten. Zwar wird der Nachweis der Erfüllung als Zuschlagskriterien oder Ausführungsbedingungen gefasster sozialer Kriterien durch Art. 43 VRL gegenüber der früheren Vergabekoordinierungsrichtlinie erleichtert. Anders als Art. 23 Abs. 6 VKR, der die Verwendung von Gütezeichen nur mit Blick auf Umwelteigenschaften regelte, lässt Art. 43 VRL auch für soziale Anforderungen – gleich, auf welcher Stufe des Vergabeverfahrens sie implementiert werden – die Bezugnahme auf Gütezeichen zum Nachweis der Erfüllung der Anforderungen zu, sofern das Gütezeichen den in der Vorschrift genannten Anforderungen genügt.³⁶ Jedoch sind die Anforderungen, die Art. 43 VRL an Gütezeichen stellt, im Wesentlichen auf den Prozess der Generierung des Gütezeichens bezogen und nicht auf dessen tatsächliche Verlässlichkeit. Varianzen in der Verlässlichkeit verschiedener Gütezeichen kann über die Gewichtung als Zuschlagskriterium Rechnung getragen werden.

Als Untergrenze dieser Varianz zu beachten ist aber, dass für Zuschlagskriterien das Gebot der effektiven Überprüfbarkeit gilt: Der Auftraggeber

36 Dazu *Henrik Baumann*, Zertifikate und Gütezeichen im Vergabeverfahren, *VergabeR* 2015, 367 ff.

muss in der Lage sein, die Erfüllung der Zuschlagskriterien effektiv zu überprüfen.³⁷ Dieses Gebot gilt für Ausführungsbedingungen nicht.³⁸ Dementsprechend kommt eine Verwendung sozialer Aspekte als Zuschlagskriterien nicht in Betracht, wenn nicht für alle erfassten Produktions- und Distributionsstufen verifiziert werden kann, dass den sozialen Aspekten Rechnung getragen worden ist.

V. Schlussbetrachtung

Bereits im Titel der Neuregelung des europäischen Vergaberechts im Jahre 2014 wird deutlich, dass die Zweckbestimmung des Vergaberechts, die Beschaffungsmärkte für den Wettbewerb zu öffnen, durch strategische Ziele angereichert worden ist: War die Richtlinie 2004/18 noch eine Richtlinie zur *Koordinierung* der mitgliedstaatlichen Vergabeverfahren, so nimmt die Richtlinie 2014/24 für sich in Anspruch, „die öffentliche Auftragsvergabe“ zu regeln. Dies impliziert, dass es nicht mehr allein um wettbewerbliche Öffnung, sondern um die Etablierung der Vergabe öffentlicher Aufträge als eigenes System von Koordinaten geht. Dementsprechend wird die öffentliche Beschaffung explizit in die Pflicht genommen, die Entwicklung von Innovationen anzustoßen, um wirtschaftliches Wachstum zu generieren. Dabei ist der Begriff der Innovationen sehr weit und umfasst auch „soziale Innovationen“ (Erwägungsgrund 47). Die Nutzung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Erreichung sozialen Fortschritts wird zu einem strategischen Ziel des europäischen Vergaberechts.³⁹

Dies lässt sich durchaus als Paradigmenwechsel auf der legislativen Ebene im Sinne einer Versöhnung von Wettbewerb- und Sozialpolitik begreifen. Übersehen werden darf allerdings nicht, dass die Lasten einer solchen Konzeption von der politischen Ebene auf die Verwaltungen vor Ort verschoben

37 EuGH, Urt. v. 4.12.2003, Rs. C-448/01, Wienstrom, EuZW 2004, 81 Rn. 51 f., 57 ff.; EuGH, Urt. v. 10.5.2012, Rs. C-368/10, Max Havelaar, NZBau 2012, 445 Rn. 109.

38 Latzel (Fn. 30), S. 680. A. M. Stellungnahme RiOLG *Summa* zu dem Entwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts, BT-Ausschuss für Wirtschaft und Technologie, Ausschussdrucks. 16(9)1171 S. 6; Ingeborg Diemon-Wies/Stefan Graiche, Vergabefremde Aspekte – Handhabung bei der Ausschreibung gem. § 97 IV GWB, NZBau 2009, 409, 413; Kühling/Huerkamp (Fn. 23), S. 551.

39 Glaser (Fn. 32), S. 17 bezeichnet die Förderung umweltbezogener und sozialer Vergabekriterien sogar als *die* wesentliche Neuerung der Neuregelung.

werden. Die Gefahr, dass vor allem die Kommunen durch die Umsetzung eines komplexen Zielsystems mit dem strikten Gebot der Einhaltung der vergaberrechtlichen Regeln überfordert werden, ist beträchtlich.

Die Autoren und Herausgeber

Prof. Dr. **Marc Carrillo**

Inhaber eines Lehrstuhls für Verfassungsrecht an der Universität Pompeu Fabra (Barcelona)

Prof. Dra. **Enriqueta Expósito**

Professorin für Verfassungsrecht an der Universität Barcelona

Prof. Dr. **Siegfried Magiera**

Universitätsprofessor, M.A. (Political Science), Mitglied des Deutschen Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung Speyer, Jean-Monnet-Lehrstuhl für Europarecht *ad personam*, Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer

Prof. Dra. **María Jesús Montoro Chiner**

Inhaberin eines Lehrstuhls für Verwaltungsrecht an der Universität Barcelona

Prof. Dra. **Encarnación Montoya Martín**

Inhaberin eines Lehrstuhls für Verwaltungsrecht an der Universität Sevilla

Prof. Dra. **Angeles de Palma**

Professorin für Verwaltungsrecht an der Universität Barcelona

Prof. Dr. Dr. h.c. **Karl-Peter Sommermann**

Universitätsprofessor, Mitglied des Deutschen Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung Speyer, Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Staatslehre und Rechtsvergleichung, Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer

Prof. Dr. Dr. h.c. **Jan Ziekow**

Universitätsprofessor, Direktor des Deutschen Forschungsinstituts für öffentlicher Verwaltung Speyer, Inhaber des Lehrstuhls für öffentliches Recht, insbesondere allgemeines und besonderes Verwaltungsrecht an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer

Los Autores y Editores

Prof. Dr. **Marc Carrillo**

Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Pompeu Fabra
(Barcelona)

Prof. Dra. **Enriqueta Expósito**

Profesora Titular de Derecho Constitucional, Universidad de Barcelona

Prof. Dr. **Siegfried Magiera**

Miembro del Instituto Alemán de Investigación para la Administración Pública, Catedrático Jean Monnet de Derecho de la Unión Europea *ad personam*, Universidad Alemana de Ciencias de la Administración de Speyer, Dr. iur. M.A. (Political Science)

Prof. Dra. **María Jesús Montoro Chiner**

Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Barcelona

Prof. Dra. **Encarnación Montoya Martín**

Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Sevilla

Prof. Dra. **Angeles de Palma**

Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Barcelona

Prof. Dr. Dr. h.c. **Karl-Peter Sommermann**

Miembro del Instituto Alemán de Investigación para la Administración Pública, Catedrático de Derecho Público, Teoría del Estado y Derecho Comparado, Universidad Alemana de Ciencias de la Administración de Speyer

Prof. Dr. Dr. h.c. **Jan Ziekow**

Director del Instituto Alemán de Investigación para la Administración Pública de Speyer, Catedrático de Derecho Público, especialmente Derecho Administrativo General y Especial, Universidad Alemana de Ciencias de la Administración de Speyer

Programm

Freitag, 29. Mai 2015

09.00 Uhr **Einführung**

Frau *Montserrat de Vehí i Torra*
Direktorin der Escola d'Administració Pública de Catalunya

09.30 Uhr **Freizügigkeit und soziale Rechte nicht erwerbstätiger Unionsbürger**

Prof. Dr. *Siegfried Magiera*, M.A. (Political Science), Inhaber des Jean-Monnet-Lehrstuhls für Europarecht *ad personam*

Soziale Rechte zwischen der Verfassung und dem Gesetz: die Rechtsschutzgarantie

Prof. Dr. *Marc Carillo*
Inhaber eines Lehrstuhls für Verfassungsrecht an der Universität Pompeu Fabra (Barcelona)

Die Debatte um die Reversibilität der sozialen Rechte: einige praktische Beispiele

Prof. Dra. *Encarnación Montoya Martín*
Inhaberin eines Lehrstuhls für Verwaltungsrecht an der Universität Sevilla

11.30 Uhr Kaffeepause

12.00 Uhr **Die Subjektivierung sozialer Verfassungsverbürgungen**

Prof. Dr. Dr. h.c. *Karl-Peter Sommermann*
Mitglied des Deutschen Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung Speyer, Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Staatslehre und Rechtsvergleichung an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer

Der verfassungsrechtliche Rahmen der sozialen Rechte: Wirksamkeit und Garantien

Prof. Dra. *Enriqueta Expósito*
Professorin für Verfassungsrecht an der Universität Barcelona

**Europäische Sozialpolitik im Gewande des Wettbewerbsrechts:
das Beispiel der Vergabe öffentlicher Aufträge**

Prof. Dr. Dr. h.c. *Jan Ziekow*

Direktor des Deutschen Forschungsinstituts für Öffentliche Verwaltung Speyer, Inhaber des Lehrstuhls für öffentliches Recht, insbesondere allgemeines und besonderes Verwaltungsrecht an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer

Die sozialen Dienstleistungen zum Schutz der Kinder und Jugendlichen

Prof. Dra. *Angeles de Palma*

Professorin für Verwaltungsrecht an der Universität Barcelona

Programa

29 de mayo de 2015

09.00 Uhr **Benvinguda/Bienvenida**

Sra. *Montserrat de Vehí i Torra*
Directora de la EAPC

09.30 Uhr **Libre circulación y derechos sociales de los ciudadanos de la Unión inactivos y sin actividad lucrativa**

Prof. Dr. *Siegfried Magiera*, M.A. (Political Science), Catedrático Jean Monnet de Derecho de la Unión Europea *ad personam*

Los derechos sociales entre la Constitución y la ley: su garantía jurisdiccional

Prof. Dr. *Marc Carillo*
Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Pompeu Fabra (Barcelona)

El debate sobre la reversibilidad de los derechos sociales: algunos ejemplos prácticos

Prof. Dra. *Encarnación Montoya Martín*
Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Sevilla

11.30 Uhr Pausa/café

12.00 Uhr **La subjetivización de las garantías sociales constitucionales**

Prof. Dr. Dr. h.c. *Karl-Peter Sommermann*
Miembro del Instituto Alemán de Investigación para la Administración Pública, Catedrático de Derecho Público, Teoría del Estado y Derecho Comparado, Universidad Alemana de Ciencias de la Administración de Speyer

El marco constitucional de los derechos sociales: implicaciones para su eficacia y efectividad (en tiempos de crisis)

Prof. Dra. *Enriqueta Expósito*
Profesora Titular de Derecho Constitucional, Universidad de Barcelona

Política social europea bajo la apariencia del Derecho de la competencia: el ejemplo de la contratación pública

Prof. Dr. Dr. h.c. *Jan Ziekow*

Director del Instituto Alemán de Investigación para la Administración Pública de Speyer, Catedrático de Derecho Público, especialmente Derecho Administrativo General y Especial, Universidad Alemana de Ciencias de la Administración de Speyer

Los servicios sociales de protección a la infancia y adolescencia, en especial, el caso de Cataluña

Prof. Dra. *Angeles de Palma*

Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Barcelona

I. SPEYERER FORSCHUNGSBERICHTE

(institutseigene Reihe, über das Institut zu beziehen)

- Nr. 264 *Dennis Kutting*, „Neues Bauen für Neue Menschen?“ Planungen städtischer Verwaltungen und Aneignung durch die Bewohner im sozialen Wohnungsbau der 1920er Jahre, Oktober 2010.
- Nr. 265 *Helmut Klages/Kai Masser*, Die Stadt im Blickfeld des Bürgers – Das Speyerer Bürgerpanel als Element beteiligungsbasierter Stadtentwicklung, Dezember 2010.
- Nr. 266 *Bernd W. Wirtz/Sebastian Ullrich/Linda Mory*, E-Health – Akzeptanz der elektronischen Gesundheitskarte, Januar 2011.
- Nr. 267 *Christian Jock* (Hrsg.) im Auftrag des Unterausschusses Allgemeine Verwaltungsorganisation des Arbeitskreises VI der Innenministerkonferenz, Aktivitäten auf dem Gebiet der Staats- und Verwaltungsmodernisierung in den Ländern und beim Bund 2008-2010, November 2011.
- Nr. 268 *Kai Masser*, Zwei Bürgerpanelbefragungen mit der Universität Tübingen: 1. „Wie finanzieren wir die Zukunft?“ 2010, 2. „Kulturkonzeption der Universitätsstadt Tübingen“ 2011. Analyse der Präferenzstruktur der Daseinsvorsorge unter Hinzuziehung von Ergebnissen der Städte Leipzig und Ludwigshafen, Juli 2011.
- Nr. 269 *Gisela Färber* (Hrsg.), *Governing from the Center: The Influence of the Federal/Central Government on Subnational Governments. Papers Presented at the Conference of the IACFS September 29 – October 1, 2011 in Speyer*, September 2012.
- Nr. 270 *Sabine Kuhlmann/Philipp Richter/Christian Schwab/Dirk Zeitz*: Kommunal- und Verwaltungsreform: Optionen zur Neugestaltung der Gemeindeebene in Brandenburg, September 2012.
- Nr. 271 *Gisela Färber/Joachim Wieland/Marco Salm/Johanna Wolff/Dirk Zeitz*, Reform des kommunalen Finanzausgleichs in Thüringen. Gutachten im Auftrag des Finanzministeriums des Freistaats Thüringen, November 2012.
- Nr. 272 *Jan Ziekow/Corinna Sicko/Axel Piesker*, Abschied vom Arkanprinzip? Evaluation des Landesinformationsfreiheitsgesetzes Rheinland-Pfalz, Februar 2013.
- Nr. 273 *Kai Masser*, Zwei Bürgerpanelbefragungen mit der Universitätsstadt Tübingen: 1. „Wie finanzieren wir die Zukunft?“ 2010. 2. „Kulturkonzeption der Universitätsstadt Tübingen“ 2011. Teil 2: Kulturkonzeption der Universitätsstadt Tübingen, Februar 2013.

- Nr. 274 *Gisela Färber* unter Mitarbeit von *Marco Salm*, Gesetzesfolgenabschätzung unter der Genderperspektive – am Beispiel des Faktorverfahrens nach § 39f EStG, Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ), Juni 2013.
- Nr. 275 *Kai Masser/Tobias Ritter/Jan Ziekow*, Erweiterte Bürgerbeteiligung bei Großprojekten in Baden-Württemberg – Abschätzung der Auswirkungen der Verwaltungsvorschrift „Bürgerdialog“ und des „Leitfadens für eine neue Planungskultur“ der Landesregierung, Mai 2014.
- Nr. 276 *Gisela Färber/Marco Salm/Christian Schwab*, Evaluation des Verwaltungsmodernisierungsprozesses „CHANGE²“ der Stadt Mannheim, Mai 2014.
- Nr. 277 *Steffen Walther*, Reformen der Beamtenversorgung aus ökonomischer Perspektive, Juni 2014.
- Nr. 278 *Stefan Preller*, Nachhaltige Finanzierung der Zusatzversorgung im öffentlichen Dienst, September 2014.
- Nr. 279 *Joachim Wieland/Johanna Wolff*, Kommunales Vermögen – Kommunale Finanz- und Vermögensverwaltung unter Knappheitsbedingungen, Oktober 2014.
- Nr. 280 *Mario Martini/Georg Thiel/Astrid Röttgen* (Hrsg.), Geodaten und Open Government – Perspektiven digitaler Staatlichkeit, November 2014.
- Nr. 281 *Mariá Jesús Montoro Chiner/Karl-Peter Sommermann* (Hrsg.), Gute Rechtsetzung – La Buena Legislación, März 2015.
- Nr. 282 *Alexandra Lessau/Sarah Schmitt* (Hrsg.) im Auftrag Unterausschusses Allgemeine Verwaltungsorganisation des Arbeitskreises VI der Innenministerkonferenz, Aktivitäten auf dem Gebiet der Staats- und Verwaltungsmodernisierung in den Ländern und beim Bund 2011-2013, Juni 2015.
- Nr. 283 *Jan Ziekow* (Hrsg.), Grenzgänge zwischen Wissenschaft und Praxis – Walking the Border between Theory and Practice, Forschungssymposium am 7. November 2014 zu Ehren von Eberhard Bohne zum 70. Geburtstag, November 2015.
- Nr. 284 *Kai Masser/Franziska Fischer/Tobias Ritter*, Evaluation des Kommentieren-Bereichs des Beteiligungsportals des Landes Baden-Württemberg, November 2015.
- Nr. 285 *Yukai WANG/Gisela FÄRBER* (ed.), Comparative Studies on Vertical Administrative Reforms in China and Germany, Juli 2016.
- Nr. 286 *Mariá Jesús Montoro Chiner/Karl-Peter Sommermann* (Hrsg.), Soziale Rechte in Europa – Derechos sociales en Europa, September 2016.

II. SELBSTÄNDIGE VERLAGSPUBLIKATIONEN

(nur im Buchhandel erhältlich)

238. *Eberhard Bohne*, The World Trade Organization – Institutional Development and Reform, Hampshire/New York 2010.
239. *Bernd W. Wirtz* (Hrsg.), E-Government. Grundlagen, Instrumente, Strategien, Wiesbaden 2010.
240. *Dorothea Jansen* (Hrsg.), Governance and Performance in the German Public Research Sector - Disciplinary Differences, Dordrecht 2010.
241. *Margrit Seckelmann/Stefan Lange/Thomas Horstmann* (Hrsg.), Die Gemeinschaftsaufgaben von Bund und Ländern in der Wissenschafts- und Bildungspolitik – Analysen und Erfahrungen, Interdisziplinäre Schriften zur Wissenschaftsforschung, Bd. 11, Baden-Baden 2010.
242. *Jan Ziekow* (Hrsg.), Wandel der Staatlichkeit und wieder zurück? Die Einbeziehung Privater in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben (Public Private Partnership) in/nach der Weltwirtschaftskrise, Baden-Baden 2011.
243. *Richard Heidler*, Evolution und Struktur von Wissenschaftsnetzwerken am Beispiel der Astrophysik, Interdisziplinäre Schriften zur Wissenschaftsforschung, Bd. 12, Baden-Baden 2011.
244. *Dorothea Jansen/Katrin Ostertag/Rainer Walz* (Hrsg.), Sustainability Innovations in the Electricity Sector, Berlin/Heidelberg 2012.
245. *Alexander Windoffer*, Verfahren der Folgenabschätzung als Instrument zur rechtlichen Sicherung von Nachhaltigkeit, Jus Publicum 209, Tübingen 2011.
246. *Dorothea Jansen*, Towards a European Research Area. Proceedings of a Research Conference at the German Research Institute for Public Administration Speyer, Interdisziplinäre Schriften zur Wissenschaftsforschung, Bd. 13, Baden-Baden 2012.
247. *Ulrich Stelkens/Wolfgang Weiß/Michael Mirschberger* (Hrsg.), The Implementation of the EU Services Directive. Transposition, Problems and Strategies, The Hague 2012.
248. *Christian Jock*, Das Instrument der Fachaufsicht. Rechtliche und verwaltungswissenschaftliche Probleme und potenzielle Weiterentwicklungen, Göttingen 2011.
249. *Margrit Seckelmann*, Informationen durch Performance Measurement - Die Leistungsvergleiche nach Art. 91d GG, Karlsruher Dialog zum Informationsrecht, Bd. 2, Karlsruhe 2012.

250. *Jan Ziekow/Alfred G. Debus/Elisabeth Musch*, Bewährung und Fortentwicklung des Informationsfreiheitsrechts. Evaluierung des Informationsfreiheitsgesetzes des Bundes im Auftrag des Deutschen Bundestages, Schriften zur Evaluationsforschung, Bd. 1, Baden-Baden 2013.
251. *Jan Ziekow/Alfred G. Debus/Axel Piesker*, Die Planung und Durchführung von Gesetzesevaluierungen. Ein Leitfaden unter besonderer Berücksichtigung datenschutzrechtlicher Eingriffe, Schriften zur Evaluationsforschung, Bd. 2, Baden-Baden 2013.
252. *Christoph Ewen/Oscar W. Gabriel/Jan Ziekow*, Bürgerdialog bei der Infrastrukturplanung: Erwartungen und Wirklichkeit. Was man aus dem Runden Tisch Pumpspeicherwerk Atdorf lernen kann, Schriften zur Evaluationsforschung, Bd. 3, Baden-Baden 2013.
253. *Jan Ziekow/Axel Piesker/Marco Salm/Corinna Sicko*, Neue Serviceangebote für Dienstleister. Erfahrungen mit den Einheitlichen Ansprechpartnern in Baden-Württemberg, Schriften zur Evaluationsforschung, Bd. 4, Baden-Baden 2014.
254. *Klaus König/Sabine Kropp/Sabine Kuhlmann/Christoph Reichard/Karl-Peter Sommermann/Jan Ziekow* (Hrsg.), Grundmuster der Verwaltungskultur. Interdisziplinäre Diskurse über kulturelle Grundformen der öffentlichen Verwaltung, Baden-Baden 2014.
255. *Christian Bauer*, Die Energieversorgung zwischen Regulierungs- und Gewährleistungsstaat. Die Gasnetzzugangs- und Gasnetzentgeltregulierung durch Bundesnetzagentur und Landesregulierungsbehörden, Schriftenreihe der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer, Bd. 225, Berlin 2014.
256. *Insa Pruisken*, Fusionen im institutionellen Feld „Hochschule und Wissenschaft“, Interdisziplinäre Schriften zur Wissenschaftsforschung Bd. 15, Baden-Baden 2014.
257. *Klaus König*, Operative Regierung, Tübingen 2015.
258. *Corinna Sicko/Dirk Zeitz/Jan Ziekow*, Neubau der sozialen Wohnraumförderung. Evaluierung des Landeswohnraumförderungsgesetzes Baden-Württemberg und Entwicklung von Regelungsperspektiven, Schriften zur Evaluationsforschung, Bd. 5, Baden-Baden 2015.
259. *Cristina Fraenkel-Haeberle/Sabine Kropp/Francesco Palermo/Karl-Peter Sommermann* (Hrsg.), Citizen Participation in Multi-Level Democracies, Leiden/Boston 2015.
260. *Karl-Peter Sommermann* (Hrsg.), Öffentliche Angelegenheiten – interdisziplinär betrachtet. Forschungssymposium zu Ehren von Klaus König, Schriftenreihe der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer, Bd. 230, Berlin 2016.

III. FÖV DISCUSSION PAPERS

(institutseigene Reihe, über das Institut zu beziehen)

- Nr. 55 *Christian Bauer*, „Collaborative Governance“ – ein neues Konzept für die Regulierung der europäischen Strom- und Gasmärkte?, Januar 2010.
- Nr. 56 *Andrei Kiraly*, Whistleblower in der öffentlichen Verwaltung. Ihre Rechtsstellung bei der Korruptionsbekämpfung, Speyer, März 2010.
- Nr. 57 *Kathrin Przybilla*, The "WTOisation" of the customs administration: Univormity of the administration of law according to Article X:3 (a) GATT 1994 and its implications for EU customs law, Speyer, März 2010.
- Nr. 58 *Eberhard Bohne*, Clash of Regulatory Cultures in the EU: The Liberalization of Energy Markets , Speyer, Juni 2010.
- Nr. 59 *Andreas Knorr/Jörg Bellmann/Rahel Schomaker*, International Trade Rules and Aircraft Manufacturing: Will the World Trade Organization Resolve the Airbus-Boeing Dispute?, Speyer, September 2010.
- Nr. 60 *Albrecht Blümel/Katharina Kloke/Georg Krücken*, Hochschulkanzler in Deutschland: Ergebnisse einer hochschulübergreifenden Befragung, Speyer, September 2010.
- Nr. 61 *Jonas Buche*, Die Europäisierung von Parteien und Parteiensystemen - Eine Analyse am Beispiel Schwedens vom Beitritt zur EU 1995 bis zur Reichstagswahl 2006, Speyer, September 2010.
- Nr. 62 *Andreas Knorr/Andreas Lueg-Arndt/Barbara Lueg*, Airport Noise Abatement as an International Coordination Problem – The Case of Zurich Airport, Februar 2011.
- Nr. 63 *Gisela Färber*, Steuerhoheit von Gebietskörperschaften, März 2011.
- Nr. 64 *Bernd W. Wirtz/Linda Mory/Robert Piehler*, Kommunales E-Government: Erfolgsfaktoren der Interaktion zwischen Stadtportalen und Anspruchsgruppen, März 2011.
- Nr. 65 *Aron Buzogány/Andrej Stuchlik*, Paved with good intentions Ambiguities of empowering parliaments after Lisbon, Mai 2011.
- Nr. 66 *Dennis Kutting*, Staatliche Verwaltungsarchitektur der 1950er Jahre in der Bundesrepublik, Forschungsstand, Problemstellung und Perspektiven, Juli 2011.
- Nr. 67 *Ulrich Stelkens*, Art. 291 AEUV, das Unionsverwaltungsrecht und die Verwaltungsautonomie der Mitgliedstaaten, August 2011.

- Nr. 68 *Gisela Färber*, Impacts of the Global Financial Crisis in a Federation: Evidence from Germany, Januar 2012.
- Nr. 69 *Ulrich Stelkens/Hanna Schröder*, EU Public Contracts – Contracts passed by EU Institutions in Administrative Matters, März 2012.
- Nr. 70 *Hans Herbert von Arnim*, Der Bundespräsident – Kritik des Wahlverfahrens und des finanziellen Status, März 2012.
- Nr. 71 *Andreas Knorr*, Emissionshandel und Luftverkehr – Eine kritische Analyse am Beispiel des Europäischen Emissionshandelssystems (EU ETS) –, September 2012.
- Nr. 72 *Gisela Färber/Julia Einsiedler*, Bürokratiekostenabbau im Steuerrecht: Ein Ansatz zur Vereinfachung des Steuerrechts? September 2012.
- Nr. 73 *Tim Jäkel*, Wer vergleicht seine Leistung, wenn er hohe Schulden hat? Empirische Evidenz aus den deutschen kreisfreien Städten, Mai 2013.
- Nr. 74 *Holger Mühlenkamp*, From State to Market Revisited: More Empirical Evidence on the Efficiency of Public (and Privately-owned) Enterprises, Juli 2013.
- Nr. 75 *Dirk Zeitz*, Bewertung der Einfacher-zu-Projekte unter dem Blickwinkel eines Vollzugsbenchmarking, September 2013.
- Nr. 76 *Stefan Domonkos*, Making Increased Retirement Age Acceptable: The Impact of Institutional Environment on Public Preferences for Pension Reforms, Juni 2014.
- Nr. 77 *Daniela Caterina*, Construing and managing the crisis: A cultural political economy perspective on the Italian Labour Market Reform 2012, Juni 2014.
- Nr. 78 *Marco Salm*, Property Taxes in BRICS: Comparison and a First Draft for Performance Measurement, Oktober 2014.
- Nr. 79 *Dirk Zeitz*, Der Antrag auf Wohngeld als Beispiel der Konsequenzen des Exekutivföderalismus auf den Erfüllungsaufwand, April 2015.
- Nr. 80 *Marco Salm/Christian Schwab*, HRM and Change Management: Comparative Results from Three European Cities of Excellence, November 2015.
- Nr. 81 *Marius Herr*, Das E-Government-Gesetz des Bundes – Ein verwaltungswissenschaftlicher Literaturbericht –, November 2015.
- Nr. 83 *Rahel M. Schomaker/Michael W. Bauer*, Experiments in Public Administration – some research, but no agenda, Juli 2016.

IV. Vorträge aus dem Deutschen Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung Speyer

(institutseigene Reihe, über das Institut zu beziehen)

Nr. 1 *Hans Peter Bull*, Vom Auf- und Abbau der Bürokratie, Januar 2006.

Nr. 2 *Janbernd Oebbecke*, Rechtswissenschaftliche Forschung und Verwaltung, Januar 2006.



ISBN 978-3-941738-24-9
ISSN 0179-2326

DEUTSCHES FORSCHUNGSINSTITUT FÜR
ÖFFENTLICHE VERWALTUNG SPEYER
FORSCHUNG ÜBER UND FÜR DIE ÖFFENTLICHE VERWALTUNG

Hausanschrift
Freiherr-vom-Stein-Straße 2
67346 Speyer

Postanschrift
Postfach 14 09
67324 Speyer

Tel.: +49 (0) 62 32 / 654-0
E-Mail: foev@foev-speyer.de
<http://www.foev-speyer.de>