

M.^a DEL MAR ANDREU MARTÍ
(Dir. y Coord.)

LA EMPRESA SOCIAL Y SU ORGANIZACIÓN JURÍDICA

Autores:

Rosalía Alfonso Sánchez
María del Mar Andreu Martí
Francisco Javier Burillo Sánchez
Javier Carrascosa González
Faustino Cavas Martínez
Irene Escuín Ibáñez
Mercedes Farias Batlle
Francisca Ferrando García
Luis Miguel García Lozano
Belén García Romero
María Isabel Grimaldos García
Rafael Jordá García
María del Carmen López Aniorte
Linda Navarro Matamoros
María M. Pardo López
Raquel Sánchez Hernández
Alejandra Selma Penalva
Ángel Velerdas Peralta

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2014

ÍNDICE

	Pág.
PRÓLOGO , por <i>José Miguel Embid Irujo</i>	19
ABREVIATURAS	23

PRIMERA PARTE

ACTIVIDAD DE SERVICIO PÚBLICO Y EMPRESA SOCIAL

CAPÍTULO I. CRISIS, ESTADO SOCIAL Y SOCIEDAD , por <i>María M. Pardo López</i>	29
I. A VUELTAS CON LA CRISIS DEL ESTADO SOCIAL: CRISIS ECONÓMICA VERSUS CRISIS CONCEPTUAL	29
1. El origen del Estado social	30
2. Diferencia entre Estado social y Estado del Bienestar	32
3. La irrenunciable superioridad conceptual del Estado social ...	33
4. Una nueva alternativa para el Estado Social: el Estado social «relacional»	34
II. LA REDEFINICIÓN DE LA RELACIÓN ENTRE SOCIEDAD Y ESTADO	37
1. El traslado de funciones del Estado a la Sociedad: el Estado garante	38
2. Cooperación entre Estado y Sociedad	39
III. BIBLIOGRAFÍA	40

	Pág.
CAPÍTULO II. PRESTACIÓN PÚBLICO-PRIVADA DE ACTIVIDADES DE SERVICIO PÚBLICO , por <i>Rosalía Alfonso Sánchez y Luis Miguel García Lozano</i>	43
I. LA ACTIVIDAD DE SERVICIO PÚBLICO	43
1. Generalidades.....	43
2. La compleja noción comunitaria de servicio público.....	46
3. Los servicios sociales de interés general en «versión española»	51
II. PRESTACIÓN DE LA ACTIVIDAD DE SERVICIO PÚBLICO	52
III. ENTIDADES PÚBLICO-PRIVADAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS. VISIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA	58
IV. LAS EMPRESAS SOCIALES EN EL MARCO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS	62
V. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS	64
VI. BIBLIOGRAFÍA	64
DOCUMENTACIÓN CITADA	66
CAPÍTULO III. LA EMPRESA SOCIAL , por <i>Francisco Javier Burillo Sánchez y Linda Navarro Matamoros</i>	69
I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS RESPECTO A LAS EMPRESAS SOCIALES	69
II. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE EMPRESA SOCIAL.....	73
1. Consideraciones previas	73
2. Posibles conceptos de empresa social.....	74
3. Apuntes de Derecho comparado	75
III. LA CREACIÓN DE VALOR SOCIAL POR LAS EMPRESAS SOCIALES.....	77
1. Antecedentes: la necesidad de un nuevo aporte social	77
2. El «fin social» de las empresas sociales	78
2.1. Aproximación al concepto y dimensión internacional ...	78
2.2. Caracterización.....	80
2.3. Fin social <i>versus</i> responsabilidad social empresarial	81
IV. LAS FORMAS JURÍDICAS DE LA EMPRESA SOCIAL.....	83
1. Diversidad de figuras jurídicas aplicables	83
2. Propuestas de la Comisión Europea y experiencia internacional	84
3. Discusión sobre la conveniencia de una identidad legal y regulación propia	86
V. CONCLUSIONES	88
VI. BIBLIOGRAFÍA	89

	Pág.
CAPÍTULO IV. FINANCIACIÓN DE LA EMPRESA SOCIAL , por Mercedes Farias Batlle	91
I. INTRODUCCIÓN.....	91
II. MICROCRÉDITOS Y BANCA SOCIAL	93
1. Banca social y cooperativas de crédito.....	93
2. Microcréditos y microfinanzas.....	94
3. Código de conducta para la provisión de microcréditos en la Unión Europea, versión 2.0.....	95
3.1. Relaciones con clientes e inversores	96
3.2. Gobernanza	96
3.3. Gestión del riesgo.....	97
3.4. Normas comunes de notificación financiera y de resultados sociales.....	97
3.5. Sistemas informáticos de gestión.....	97
III. CAPÍTULO I DEL PROYECTO DE LEY DE FOMENTO DE LA FINANCIACIÓN EMPRESARIAL: PRÉSTAMOS A LAS PYMES.	98
IV. CROWDFUNDING O FINANCIACIÓN MASIVA	99
1. Sistemas de <i>crowdfunding</i> o financiación masiva.....	99
2. Régimen jurídico de la modalidad de <i>crowdfunding</i> como instrumento de inversión previsto en el Título V del Proyecto de Ley de Financiación empresarial	101
2.1. Régimen jurídico de las plataformas de financiación participativa.....	101
2.2. Autorización y registro.....	102
2.3. Normas de conducta	102
2.4. Sobre los promotores y los proyectos	103
2.5. Protección del inversor	103
V. BUSINESS ANGELS Y REDES DE INVERSORES PRIVADOS...	104
VI. FONDOS DE EMPRENDIMIENTO SOCIAL EUROPEOS (FESE): REGLAMENTO (UE) NÚM. 346/2013, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 17 DE ABRIL.....	105
1. Objeto, ámbito de aplicación y definiciones.....	107
1.1. Empresas en cartera admisible	107
1.2. Fondo de emprendimiento social europeo admisible.....	109
1.3. Inversión admisible.....	110
2. Condiciones relativas al uso de la designación FESE: «Estatuto» de las entidades de gestión de los FESE	110
2.1. Deberes de diligencia y lealtad	111
2.2. Deberes de información.....	112
2.3. Deber de capitalización adecuada.....	112
3. Perfil del inversor	113
4. Supervisión y cooperación administrativa	113
5. Actos delegados de la Comisión Europea.....	114
VII. BIBLIOGRAFÍA	114
WEBGRAFÍA	115

	Pág.
CAPÍTULO V. INTERNACIONALIZACIÓN DE LA EMPRESA SOCIAL , por <i>Javier Carrascosa González</i>	117
I. EMPRESAS SOCIALES Y ACTIVIDAD INTERNACIONAL.....	117
II. EMPRESAS SOCIALES Y GLOBALIZACIÓN.....	122
III. LAS EMPRESAS SOCIALES EN EL DERECHO DE LA UE	123
1. Aspectos generales	123
2. La libertad de establecimiento y las empresas sociales de dimensión europea.....	124
3. Las empresas sociales como entidades titulares del derecho a la libertad de establecimiento en la UE	131
4. La regulación jurídica de las sociedades en la UE y en los Estados miembros	140
5. Determinación de la Ley aplicable a las sociedades de capital/empresas sociales en los Estados miembros.....	143
6. Las normas de conflicto societarias de los Estados miembros como obstáculos jurídicos a la libertad de establecimiento de las empresas sociales en la UE.....	147
6.1. El obstáculo: las normas de conflicto de los Estados miembros en materia societaria.....	147
6.2. La labor del TJUE y la trilogía societaria «Centros - Überseering - Inspire Art». La libre circulación intraeuropea de las empresas sociales	150
6.3. El reconocimiento mutuo (<i>Anerkennungsprinzip</i>) de empresas sociales en la UE.....	157
IV. REFLEXIÓN FINAL.....	160
V. BIBLIOGRAFÍA	161

SEGUNDA PARTE

FORMAS JURÍDICAS DE LA EMPRESA SOCIAL

CAPÍTULO VI. LOS CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO , por <i>Faustino Cavas Martínez y Maribel Grimaldos García</i>	169
I. INTRODUCCIÓN.....	169
II. CONCEPTO Y NOTAS CARACTERÍSTICAS.....	173
III. CONSTITUCIÓN Y FORMA JURÍDICA.....	178
IV. CALIFICACIÓN E INSCRIPCIÓN.....	179
V. UNIDADES DE APOYO A LA ACTIVIDAD PROFESIONAL	181
1. Concepto.....	181
2. Funciones	182
3. Subvenciones.....	182
4. Financiación.....	184
4.1. Fuentes de financiación	184
4.2. Seguimiento y control.....	186

	Pág.
VI. LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO.....	187
1. Delimitación y normativa aplicable.....	187
2. Ámbito subjetivo	189
2.1. El trabajador.....	189
2.2. El empresario	189
3. Acceso al empleo.....	190
4. Forma y objeto del contrato	190
5. Modalidades de contratación.....	191
6. Incentivos a la contratación	193
7. Contenido del contrato	193
7.1. Período de prueba	193
7.2. Organización del trabajo	194
7.3. Derechos y deberes de los trabajadores	195
7.4. Condiciones de trabajo	196
7.5. Vicisitudes y extinción del contrato de trabajo	197
VII. BIBLIOGRAFÍA	199
CAPÍTULO VII. LAS COOPERATIVAS DE INICIATIVA SOCIAL, <i>por Irene Escuin Ibáñez y M.ª del Carmen López Aniorte</i>	203
I. CONCEPTO	203
II. CARACTERÍSTICAS ESENCIALES.....	206
1. Conjunto de actividades que conforman su objeto social	206
2. Ausencia de ánimo de lucro	208
III. CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA CALIFICACIÓN DE COOPERATIVA DE INICIATIVA SOCIAL	210
1. Momento constitutivo: estatutos y procedimiento	210
2. Funcionamiento interno.....	210
IV. LAS COOPERATIVAS DE INICIATIVA SOCIAL COMO INSTRUMENTOS DE INTEGRACIÓN LABORAL DE SUS SOCIOS.....	212
1. Planteamiento	212
2. El empleo en las Cooperativas de Trabajo de Iniciativa Social.....	213
V. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN EXISTENTE ENTRE LAS CTIS Y SUS SOCIOS TRABAJADORES.....	214
VI. LA IMPREGNACIÓN JURÍDICO-LABORAL DEL RÉGIMEN NORMATIVO APLICABLE A LOS SOCIOS TRABAJADORES DE LAS CTIS	215
VII. LOS SOCIOS TRABAJADORES DE LAS CTIS Y LA SEGURIDAD SOCIAL.....	220
1. Evolución normativa	220
2. Regulación actual.....	220
3. Significado del «régimen de opción»	222

	Pág.
VIII. ESTATUTO PROFESIONAL Y RÉGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL APLICABLE A LOS SOCIOS DE TRABAJO DE LAS RES-TANTES COOPERATIVAS DE INICIATIVA SOCIAL	223
IX. BIBLIOGRAFÍA	224
CAPÍTULO VIII. LAS EMPRESAS DE INSERCIÓN, por M.^a del Mar Andreu Martí y Alejandra Selma Penalva	227
I. INTRODUCCIÓN.....	227
1. Marco normativo estatal.....	227
2. La política comunitaria y los programas generales de inclu-sión social.....	230
3. La heterogénea normativa autonómica	233
II. CONCEPTO Y CARACTERIZACIÓN	236
1. Forma jurídica determinada	236
2. Objeto social determinado y exclusivo	238
III. REQUISITOS PARA LA CALIFICACIÓN ADMINISTRATIVA	239
IV. EL PROCESO DE CALIFICACIÓN ADMINISTRATIVA AUTO-NÓMICA.....	244
V. LA ACTIVIDAD LABORAL COMO FORMA DE INTEGRACIÓN SOCIAL	246
VI. POSIBLES TRABAJADORES DE LAS EMPRESAS DE INSER-CIÓN.....	249
VI. LAS ESPECIALIDADES PROPIAS DE LA RELACIÓN LA-BORAL	252
1. Especialidades sobre la naturaleza y duración del contrato de trabajo.....	252
2. Especialidades contractuales	255
VIII. BIBLIOGRAFÍA	258
CAPÍTULO IX. LAS MUTUALIDADES DE PREVISIÓN SOCIAL: COMPLEMENTO Y ALTERNATIVA AL SISTEMA PÚBLICO DE SE-GURIDAD SOCIAL, por Francisca M.^a Ferrando García	261
I. INTRODUCCIÓN.....	261
II. BREVES APUNTES SOBRE LA PROTECCIÓN SOCIAL COM-PLEMENTARIA A CARGO DE LAS MUTUALIDADES	263
III. LAS MUTUALIDADES DE PREVISIÓN SOCIAL COMO AL-TERNATIVA AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL: PERS-PECTIVA HISTÓRICA.....	265
1. La tradicional exclusión del RETA de los profesionales libe-rales titulados encuadrados en colegios profesionales.....	265
2. El régimen de opción a petición del Colegio Profesional co-respondiente	266
3. El derecho de opción por el sistema de protección social apli-cable en la normativa vigente.....	267

	Pág.
IV. MUTUALIDADES <i>VERSUS</i> RETA: ANÁLISIS COMPARATIVO DEL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE	269
1. Régimen financiero	270
2. Compatibilidad e inaplicación del tope máximo de las pensiones públicas	271
3. Tratamiento fiscal	271
4. Cobertura social	272
5. Costes para el afiliado/mutualista	275
5.1. Aproximación de las cuotas	275
5.2. Bonificaciones y reducciones de las cuotas	275
5.3. La cobertura de la asistencia sanitaria a través del SNS	278
V. CONCLUSIONES	278
VI. BIBLIOGRAFÍA	280
CAPÍTULO X. MUTUAS DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL, por <i>Belén García Romero</i>	283
I. LA RELEVANCIA SOCIAL DE LAS MUTUAS DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL	283
1. Naturaleza jurídica	286
2. Concepto y caracteres	286
3. Origen y principales hitos de su evolución normativa	288
4. Organización	290
II. LA PROYECTADA REFORMA DE SU RÉGIMEN JURÍDICO	291
1. Objetivos y finalidades	293
2. Reforma de sus funciones	294
2.1. La supresión de su función como Servicios de Prevención Ajenos	295
2.2. La ampliación de su objeto como entidades colaboradoras	297
2.3. El reforzamiento de su papel de control de la IT por contingencias comunes	298
3. Otras modificaciones de su régimen jurídico	301
III. BIBLIOGRAFÍA	302
CAPÍTULO XI. SOCIEDADES MERCANTILES CON «FIN SOCIAL», por <i>Rafael Jordá García</i>	305
I. POSIBILIDAD DE CONSIDERAR A LAS SOCIEDADES MERCANTILES COMO EMPRESAS CON FIN SOCIAL	305
II. CUESTIÓN PREVIA: CONCEPTO Y PRINCIPIOS CONFIGURADORES DE LAS ENTIDADES DE ECONOMÍA SOCIAL	306

	Pág.
1. Principios configuradores de las entidades de economía social.....	307
1.1. Primacía de las personas y del fin social sobre el capital.....	307
1.2. Aplicación de los resultados obtenidos de la actividad económica.....	309
1.3. Promoción de la solidaridad interna y con la sociedad...	310
1.4. Independencia respecto a los poderes públicos	312
2. Entidades que conforman la economía social según su ley reguladora	313
3. El porqué de la no catalogación de las sociedades de capital como entidades de economía social	314
III. FIN SOCIAL E INTERÉS SOCIAL.....	317
IV. ¿SOCIEDADES MERCANTILES SIN ÁNIMO DE LUCRO?	320
V. POSIBILIDAD DE FORMALIZAR PACTOS PARASOCIALES PARA PRIMAR EL FIN SOCIAL.....	325
VI. BIBLIOGRAFÍA	327
CAPÍTULO XII. FUNDACIÓN-«EMPRESA SOCIAL», por <i>Ángel Velerdas Peralta</i>	331
I. INTRODUCCIÓN.....	331
II. APROXIMACIÓN A LA FIGURA JURÍDICA DE LA FUNDACIÓN-EMPRESA.....	333
III. LA FUNDACIÓN-EMPRESA COMO EMPRESA SOCIAL POR EXCELENCIA.....	337
IV. LA COMPLEJA NATURALEZA DE LA FUNDACIÓN-EMPRESA COMO OBSTÁCULO PARA SU ACTIVIDAD DE EMPRESA SOCIAL	339
V. BIBLIOGRAFÍA	342
CAPÍTULO XIII. CAJAS DE AHORROS Y PROGRAMAS SOCIALES, por <i>Raquel Sánchez Hernández</i>	345
I. INTRODUCCIÓN.....	345
II. LA OBRA SOCIAL: UNO DE LOS TRADICIONALES PILARES DE LAS CAJAS DE AHORRO.....	350
1. Origen de las cajas de ahorro	350
2. Ámbitos de desarrollo de la Obra Social	352
III. EL NUEVO MODELO ORGANIZATIVO DE LAS CAJAS DE AHORROS Y SU INEVITABLE INFLUENCIA EN EL DESARROLLO DE LA OBRA SOCIAL	354
1. El Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio	355
2. El Real Decreto-ley 2/2011, de 18 de febrero.....	357
3. La Ley 26/2013, de 27 de diciembre.....	358
4. La Ley 10/2014, de 26 de junio.....	361

ÍNDICE

	Pág.
IV. LA EVOLUCIÓN DE LA OBRA SOCIAL EN LOS ÚLTIMOS AÑOS.....	361
1. El modelo de gestión.....	362
2. Evolución cuantitativa.....	362
3. Principales áreas de desarrollo	364
V. BIBLIOGRAFÍA.....	364

Prólogo

No es, propiamente, de hoy la idea de matizar el desenvolvimiento de la actividad económica en el mercado a través de un calificativo tan impreciso y, a la vez, tan obvio como es el término «social». Tampoco es de nuestros días el objetivo, esencialmente jurídico, de predisponer singulares formas organizativas que hagan posible la consecución de una auténtica Economía social. Pero, aunque no estemos hablando de realidades contemporáneas, la duración y la intensidad de la presente crisis han actualizado, con singular fuerza, ambas circunstancias, de modo que los caracteres de esa pretendida Economía social y la delimitación de los sujetos susceptibles de convertirla en realidad sí que constituyen, parafraseando a Ortega, un auténtico «tema de nuestro tiempo». Como es natural, las urgencias de la crisis, cuya superación aún estamos lejos de ver, así como la misma dificultad de la materia, suponen otros tantos inconvenientes para que la Economía social y sus protagonistas se conviertan en objeto de estudio sistemático por los especialistas, a fin de que el tratamiento de tan importante asunto adquiera la nitidez y profundidad requeridas.

Son muchos los sectores del ordenamiento jurídico llamados a contribuir a tan relevante objetivo, si bien cometeríamos un grave error si circunscribiéramos al Derecho el perfil «científico» de la Economía social. Y no solo, desde luego, por el nombre de la disciplina y por el carácter empresarial de sus principales agentes. Pero es lo cierto que corresponde al Derecho y, por ello mismo, a los juristas, la trascendental misión de hacer operativos en el terreno de la realidad práctica los propósitos característicos de dicha disciplina, al tiempo que será también de su competencia la delimitación, institucional y organizativa, de los protagonistas principales de la Economía social.

Por tales circunstancias, hay que saludar efusivamente la publicación del libro al que estas líneas pretenden servir de prólogo y que toma como centro de su atención a la empresa social. En él, como comprobará enseguida el lector, se pasa revista a los aspectos básicos de esta institu-

ción, su concepto, financiación e internacionalización, prestando atención, del mismo modo, a la posible confluencia entre el funcionamiento de la empresa social y la prestación de servicios públicos. Con ser importante esta delimitación previa, que contribuye a perfilar los fundamentos mismos de la figura y de su actividad, no quedaría cumplido el propósito de analizarla exhaustivamente, como pretende la obra prologada, sin tomar en consideración las distintas y principales modalidades institucionales en las que puede plasmarse. Se contemplan, de este modo, diversas figuras jurídicas, algunas bien delimitadas normativamente y otras no tanto, en las que luce de manera común el ser objetivaciones concretas de la idea que pretende realizar la empresa social. Si en algunas de esas instituciones se pone de manifiesto de manera inmediata (incluso en su denominación misma) el hecho de ser una modalidad de empresa social, en otras, en cambio, ese rasgo no es del todo perceptible y solo se revela como resultado de una intensa labor de configuración jurídica, en la que corresponde un papel decisivo a la autonomía de la voluntad.

Hay, por ello, en la presente obra un factor de unificación que, a falta de mejor término, podemos llamar «tipológico», por centrarse el trabajo de los autores, en su mayor parte, alrededor de los sujetos susceptibles de calificarse como «empresa social». Esa orientación, nítidamente realizada en el libro que ahora se publica, resulta del mayor interés y, si se nos apura, constituye el «núcleo duro» de la temática jurídica correspondiente a la empresa social. A su formación ha contribuido, desde luego, el legislador, cuya intensa actividad en este campo no parece necesario destacar. Pero también es relevante, y merece más atención de la que suele recibir, la autonomía de la voluntad, a la que acabamos de hacer referencia; en este sentido, su papel puede ser determinante no solo para canalizar hacia la Economía social la actividad de instituciones no pensadas desde el ordenamiento para sus fines específicos, sino, sobre todo, para perfilar con especial cuidado los caracteres de las figuras nacidas con ese concreto propósito. Suele olvidarse que los «productos» jurídicos, sea cual fuere su naturaleza y ámbito de aplicación, salen de las manos del legislador habitualmente incompletos, lo que justifica la necesidad de modularlos y desarrollarlos desde el tráfico jurídico, eso sí, con el debido respeto a su naturaleza y función. Esta reflexión resulta, a nuestro juicio, de especial importancia en el ámbito de la Economía social, por el carácter in fieri de este ámbito normativo, así como por la pluralidad de instrumentos y figuras predisuestos para su concreta realización.

Los autores del presente libro son todos ellos expertos conocedores de la materia analizada y ofrecen, tras un análisis riguroso y exhaustivo, resultados seguros que servirán de orientación firme a los muchos lectores interesados en el devenir de la Economía social y, sobre todo, en los caracteres específicos de la empresa social. Su común procedencia universitaria, focalizada en las Universidades de Murcia y Politécnica de Cartagena, otorga a su trabajo un marchamo de calidad, percepti-

PRÓLOGO

ble ya desde la misma ordenación sistemática de las materias objeto de análisis. Se facilita, de este modo, la lectura de los trabajos recopilados, permitiendo, a la vez, establecer bases seguras desde la que avanzar en el análisis y conocimiento de tan importante sector de la realidad económica y jurídica. Hay que felicitar, por ello, a todos los autores y muy especialmente a la profesora María del Mar Andreu Martí, responsable de la dirección de la obra, por el valioso trabajo logrado, que se inscribe, por otra parte, en una trayectoria, dilatada y exitosa, de estudio de la Economía social, con importantes publicaciones por lo común promovidas desde ese excelente think tank que es la Cátedra de Economía social, tan eficazmente dirigida en la Universidad de Murcia por la profesora Rosalía Alfonso Sánchez. Enhorabuena.

José Miguel EMBID IRUJO

PRIMERA PARTE
ACTIVIDAD DE SERVICIO PÚBLICO
Y EMPRESA SOCIAL

Capítulo I

Crisis, Estado social y Sociedad

María M. PARDO LÓPEZ

**Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo
Universidad de Murcia**

SUMARIO: I. A VUELTAS CON LA CRISIS DEL ESTADO SOCIAL: CRISIS ECONÓMICA VERSUS CRISIS CONCEPTUAL: 1. El origen del Estado social. 2. Diferencia entre Estado social y Estado del Bienestar. 3. La irrenunciable superioridad conceptual del Estado social. 4. Una nueva alternativa para el Estado social: el Estado social «relacional».—II. LA REDEFINICIÓN DE LA RELACIÓN ENTRE SOCIEDAD Y ESTADO: 1. El traslado de funciones del Estado a la Sociedad: el Estado garante. 2. Cooperación entre Estado y Sociedad.—III. BIBLIOGRAFÍA.

I. A VUELTAS CON LA CRISIS DEL ESTADO SOCIAL: CRISIS ECONÓMICA VERSUS CRISIS CONCEPTUAL

La crisis del Estado social se ha convertido en un lugar común. Casi pudiera afirmarse que la crisis acompaña al Estado social prácticamente desde su nacimiento si entendemos crisis como cambio constante¹. En efecto, desde sus orígenes filosóficos decimonónicos más remotos hasta la actualidad, en la segunda década del siglo XXI, el

¹ Así, ya en la década de los ochenta y los noventa del siglo pasado abunda la bibliografía especializada sobre la crisis del Estado social. Por todos: P. LUCAS VERDÚ, «Crisis del Estado social de Derecho e imaginación constitucional», *La crisis del Estado y Europa (Actas del Congreso sobre la Crisis del Estado y Europa celebrado en el seno del II Congreso Mundial Vasco en Vitoria-Gasteiz, entre los días 19 y 23 de octubre de 1987)*, Oñati, HAEE/IVAP, 1988, pp. 147-173; F. J. PÉREZ ROYO, «Crisis del Estado social: un falso debate», en CORCUERA ATIENZA y GARCÍA HERRERA (eds.), *Derecho y Economía en el Estado social*, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 39-47.

Estado social ha mutado de paternalista a asistencial y posteriormente a intervencionista².

La evolución de este modelo de Estado no ha concluido y muy posiblemente la crisis económica en la que los Estados de nuestro entorno jurídico-cultural se encuentran inmersos esté forjando y forzando una nueva transformación que casi con seguridad no habrá de ser la última. Esta crisis económica sin duda afecta al Estado social y dificulta el cumplimiento de sus objetivos pero dista de sumir este modelo íntimamente ligado al principio de igualdad material en una crisis conceptual que conduzca a su superación y abandono. Antes bien, lo refuerza y obliga a buscar nuevos modelos de financiación e implementación de políticas sociales y asistenciales.

1. El origen del Estado social

El Estado social es la superación del Estado liberal-individualista. La igualdad ante la ley, la igualdad en la aplicación de la ley y la igualdad en la ley (vertientes de la igualdad formal) son insuficientes para corregir, o al menos mitigar, las desigualdades de hecho existentes en toda sociedad. Aparece así un nuevo contenido del principio de igualdad: la igualdad material, real o efectiva.

El Estado liberal, preocupado por las libertades públicas, parecía descuidar la igualdad, con falta de sentido histórico y pobre comprensión de la realidad social. Frente al concepto racionalista de derechos y libertades formales surge el de libertad e igualdad real o sustancial, con un nuevo fundamento jurídico que no es ya tanto la naturaleza humana cuanto una determinada estructura de las relaciones sociales y el principio de solidaridad.

Los derechos sociales (tercera generación de los derechos fundamentales) son la respuesta a la deficiente tutela de los sectores más desprotegidos y desfavorecidos de la sociedad. Su reconocimiento en el plano constitucional comienza en el siglo xx (Constitución de Querétaro de 1917 y Constitución de Weimar de 1919) y se acentúa tras la Segunda Guerra Mundial, con la inclusión de la denominada cláusula de Estado social, de la que es expresión en el caso español el art. 9.2 de la Constitución³, adquiriendo densidad jurídica. En el Estado social de Derecho los poderes públicos asumen la responsabilidad de proporcionar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones y

² Sucesión de «versiones» del Estado social según P. DONATI, «Nuevas políticas sociales y Estado social relacional», *REIS. Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 108, 2004, pp. 9-47.

³ A. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, «El Estado social», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 69, septiembre-diciembre 2003, pp. 139-180, pp. 151-154.

servicios públicos adecuados para subvenir sus necesidades vitales, es decir, velo por lo que la doctrina alemana ha calificado de procura existencial (*Daseinvorsorge*)⁴.

Los derechos sociales garantizados por el Estado social reposan sobre los valores de justicia social, igualdad y solidaridad reivindicados por movimientos sociales y obreros en el siglo XIX. Habida cuenta la importancia que se presta al principio de solidaridad en este modelo, cabe detectar en él cierta influencia del pensamiento del maestro francés de Derecho público, Leon Duguit, que construye su doctrina político-jurídica con un profundo rechazo del individualismo y el formalismo jurídico⁵.

Nuestro autor construye un sistema jurídico-político fundado en la teoría de la solidaridad, el Derecho objetivo y la situación jurídica subjetiva. Los seres humanos se encuentran unidos unos con otros por la concurrencia de dos fenómenos: primero, unas necesidades comunes, y segundo, las distintas actitudes y reacciones ante tales necesidades que les conducen a prestar servicios recíprocos y establecer el comercio de los mismos, por medio de la solidaridad y la división del trabajo. Precisamente, la ética de la solidaridad nace de la similitud de los hombres unidos en sus necesidades y que solo pueden ser satisfechas mediante la vida en común y la unión de esfuerzos⁶.

Esa solidaridad se impone también a los poderes públicos, pues estos están sometidos al Derecho objetivo entendido como regla de conducta social. El Estado es otro grupo social y los gobernantes no son superiores a los gobernados sino que sirven a estos y dirigen su poder a la satisfacción del interés general⁷. La soberanía se transforma en un deber y es reinterpretada como vocación de servicio a la comunidad, dando paso a una teoría del Estado en la que el concepto de

⁴ Término acuñado por E. Forsthooff. A. E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, 9.ª ed., Madrid, Tecnos, 2007, pp. 193 y ss.

⁵ En el desarrollo de este punto concreto, la teoría del Estado de L. Duguit y su influencia en el desarrollo del Estado social, el presente trabajo sigue fielmente las reflexiones de R. AGUILERA PORTALES y D. R. ESPINO TAPIA, «Repensar a Leon Duguit ante la actual crisis del Estado social», *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 12, julio 2010, pp. 49-71, pp. 52-55.

⁶ R. AGUILERA PORTALES y D. R. ESPINO TAPIA, «Repensar a Leon Duguit ante la actual crisis del Estado social», *op. cit.*, p. 53, citando a L. DUGUIT, *Manual de Derecho Constitucional: Teoría General del Estado, el Derecho y el Estado, y las libertades públicas* (traducción con prólogo y apéndice sobre *La representación proporcional* por J. G. ACUÑA; edición y estudio preliminar «La Teoría jurídica de León Duguit» a cargo de J. L. MONEREO PÉREZ y J. CALVO GONZÁLEZ), Granada, Comares, 2005, pp. 36 y ss.

⁷ R. AGUILERA PORTALES y D. R. ESPINO TAPIA, «Repensar a Leon Duguit ante la actual crisis del Estado social», *op. cit.*, p. 54, citando a DUGUIT, *Manual de Derecho Constitucional: Teoría General del Estado, el Derecho y el Estado, y las libertades públicas*, *op. cit.*, p. 71.

servicio público sustituye al concepto de soberanía como fundamento del Derecho público⁸.

El servicio público es una obligación jurídica que impone a los poderes públicos una actividad prestacional ineludible. Con el desarrollo del Estado y la Sociedad, crece el número de servicios públicos de prestación obligada. Ya no basta la seguridad interior y exterior. En el Estado de los servicios públicos, un núcleo de actividad debe ser cumplida, regulada, asegurada y fiscalizada desde el poder, por ser indispensable para la interdependencia social y realizable únicamente desde y con la intervención del poder⁹.

Las doctrinas de Duguit tuvieron una intensa repercusión en el pensamiento y obra de autores comprometidos con el viraje reformista hacia lo social y críticos con la crisis del Estado liberal. El Estado de los servicios públicos defendido por el maestro francés habría de tener una incidencia decisiva en la transformación del Estado, al que se le reconocen ahora funciones y deberes positivos.

2. Diferencia entre Estado social y Estado del Bienestar

No resulta infrecuente, por parte de los juristas, la utilización como sinónimos de las expresiones *Welfare State*, *État-providence*, *Socialstaat*, Estado del bienestar o, incluso, la referencia a las políticas del *New Deal* de Franklin Roosevelt en Estados Unidos. Todas ellas son tenidas por denominaciones válidas para designar al Estado que legisla en materia social, en el sentido de aquel que desde finales del siglo XIX «interviene y reacciona frente a las mutaciones sociales ligadas a la revolución industrial y que constituye una ruptura fundamental en la concepción del Estado hasta entonces imperante»¹⁰.

Sin embargo, no debiera prescindirse de un somero repaso por las posiciones doctrinales que vienen a subrayar la relación entre estos dos conceptos al tiempo que los distinguen y catalogan como no se-

⁸ R. AGUILERA PORTALES y D. R. ESPINO TAPIA, «Repensar a Leon Duguit ante la actual crisis del Estado social», *op. cit.*, p. 55, a partir de L. DUGUIT, *Soberanía y Libertad. Lecciones dadas en la Universidad de Columbia (New York, 1920-1921)* (edición y «Estudio preliminar» de J. L. MONEREO), Granada, Comares, 2013.

⁹ R. AGUILERA PORTALES y D. R. ESPINO TAPIA, «Repensar a Leon Duguit ante la actual crisis del Estado social», *op. cit.*, p. 56, a partir de L. DUGUIT, *Las transformaciones del Derecho público y privado*, Granada, Comares, 2007 (especialmente, cap. II «El servicio público»).

¹⁰ E. M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN, «Conclusiones e ideas sobre el Estado del Bienestar», *Documentación Administrativa. Nueva Época*, núm. 1, enero-diciembre 2014 (<http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path%5B%5D=10168&path%5B%5D=10637>, consultado por última vez el 7 de noviembre de 2014), sin paginación.

mejantes, independientes (e incluso cabría apreciar que parcialmente antagónicos para algunos autores). Mientras que el «Estado social» puede considerarse como concepto eminentemente jurídico elevado a la dignidad de decisión constitucional, el «Estado del Bienestar» es ante todo un concepto socioeconómico¹¹.

Vinculado al crecimiento constante del consumo y el bienestar económico, el *Welfare State* encarna la realización del capitalismo en una sociedad tecnificada y materialmente satisfecha, pero no desarrollaría, ni siquiera de forma imperfecta, garantías jurídicas que se sumen a las ya previstas garantías jurídicas liberales que protegen las tradicionales libertades públicas. El Estado del Bienestar es un concepto ajurídico que no desarrolla una teoría jurídico-política del Estado social¹².

3. La irrenunciable superioridad conceptual del Estado social

Para algunos autores, el debate sobre la crisis del Estado social era (y acaso todavía lo sea, al menos en un cierto sentido) «un falso debate»¹³, pues aquel está implantado en la realidad de las políticas de los Estados europeos y asumido en sus textos constitucionales como un mandato a los poderes públicos. Indiscutiblemente sometido a tensiones, no es menos cierto que estas se acentúan siempre en tiempos de crisis económica (pues el elevado coste de las políticas sociales y los derechos de prestación dificulta su satisfacción).

Cuando la doctrina habla de «crisis del Estado social» hemos de preguntarnos si se refiere a la crisis de una realidad jurídica constitucional y normativa —plasmada en los arts. 1.1 y 9.2 de nuestra Constitución— o si, por el contrario, lo hace a la crisis del Estado de Bienestar, entendido como realidad socioeconómica.

Ha de precisarse explícitamente si está en crisis el Estado social o únicamente una forma histórica de entenderlo. Y, sobre todo, explicar, llegado el caso, por qué está en crisis el concepto jurídico de Estado social, pues resulta obvio que para un publicista solo cabría hablar de crisis del Estado social (entendido este como concepto y principio jurídico) ante la evidencia de su superación en el plano de la legitimidad y de su incumplimiento en el plano normativo y de la eficacia. «Las normas jurídicas entran en crisis cuando se cuestiona su validez o cuando se incumplen. Cuando lo que fracasa son los objetivos o fina-

¹¹ A. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, «El Estado social», *op. cit.*, pp. 139-142 y 143-146.

¹² Para profundizar en esta idea, L. FERRAJOLI y D. ZOLO, *Democracia autoritaria y capitalismo maduro* (prólogo y traducción de P. ANDRÉS IBÁÑEZ), Barcelona, Ediciones 2001, 1980.

¹³ F. J. PÉREZ ROYO, «Crisis del Estado social: un falso debate», *op. cit.*, pp. 39 y ss.

lidades perseguidos, lo que fracasa es la política legislativa, por inadecuación de los medios propuestos a los fines pretendidos»¹⁴.

Contemplado en perspectiva histórica, el Estado social en sus diferentes tradiciones y versiones es el producto de la crisis y desde luego no es fácil determinar si el agravamiento de la actual crisis económica contribuirá a revisar sus elementos patológicos o por el contrario vendrá a instalar escenarios de mayor desigualdad y fragmentación social¹⁵. Una salida posible, aunque nunca deseable, bien pudiera consistir en la lenta degradación de la experiencia constitucional europea.

Pero lo cierto es que la preocupación doctrinal y social por la redistribución y por la igualdad material no ha desaparecido toda vez que: las sociedades continúan estando «estratificadas y jerarquizadas» desde un punto de vista material-económico¹⁶; la ciudadanía está convencida en términos generales de que la remoción de desigualdades es una cuestión de Justicia y una exigencia de la paz social; y los poderes públicos siguen vinculados por el mandato constitucional cuya legitimidad no ha sido cuestionada.

Urge encontrar mecanismos alternativos y redefinir la relación entre Estado y Sociedad para hacer realidad los objetivos del Estado social pues la crisis económica afecta a los medios, a la vía concreta de realización de los fines y objetivos marcados, pero no cuestiona ni conduce a la superación constitucional del modelo de Estado ocupado, por definición, del principio revolucionario de igualdad.

4. Una nueva alternativa para el Estado social: el Estado social «relacional»

Las sociedades europeas siguen intentando la realización práctica del Estado social a través de políticas sociales basadas en un código estatal de inclusión denominado *código lib/lab* (por ser una combinación de liberalismo y laborismo) dado que en el pasado dicho código se mostró adecuado como factor de progreso si bien hoy día parece haber quedado obsoleto. Existen nuevas tendencias para el diseño e implementación de las políticas sociales, tendencias societarias que

¹⁴ A. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, «El Estado social», *op. cit.*, pp. 140.

¹⁵ G. PISARELLO, «El constitucionalismo social ante la crisis: entre la agonía y la refundación republicano-democrática», *Revista de Derecho del Estado*, núm. 28, enero-junio 2012, pp. 55-75, p. 71.

¹⁶ M. Á. CORTÉS RODRÍGUEZ, «La crisis de la ciudadanía social y el Estado de bienestar», *Factótum*, núm. 6, 2009, pp. 23-33, p. 23. Desde una *perspectiva no jurídica* se analiza la crisis del Estado social y la evolución del concepto de ciudadanía social. Según el autor, la caída del Muro de Berlín el 9 de noviembre de 1989 vino a consolidar el proceso de identificación entre sistema capitalista y realidad, acentuando los debates sobre la viabilidad del Estado de Bienestar (p. 32).

confían la inclusión social a una ciudadanía compleja y que definen los servicios públicos y los derechos sociales mediante un código simbólico de tipo relacional. Lo pretendido aquí es plantear como alternativa un Estado social de cuarta generación que Donati denomina Estado social «relacional»¹⁷.

La crisis no ha cuestionado propiamente el Estado social sino que le estaría obligando a pasar a una nueva fase histórica. Muchos son los temores y dudas que parecen desestabilizar el Estado social tal como lo hemos conocido, pero no terminan de propiciar la formulación de proyectos alternativos.

Concentrados en el control del gasto y el logro de unos estándares mínimos, se reivindican las bondades de un sistema de protección social que dista de estar garantizado en el contexto de globalización creciente de la economía. Los defensores y los detractores (¡también los hay!) del sistema mantienen el debate en un nivel estéril que conduce a derivaciones históricas que bien pretenden volver a modelos asistencialistas superados, bien se limitan a abundar en la privatización y la desregulación.

Esta es, precisamente, la reflexión de Donati. Para este autor, en el plano de los principios, tanto el paradigma *lib/lab* como el *societario* convergen en una serie de valores guía comunes —pero que interpretan de forma diferente— y buscan la realización a través de formas sociales esencialmente diferentes¹⁸.

Por ello concluye que en la medida en que se consigue identificar los límites y defectos estructurales del modelo *lib/lab* se abre camino la idea alternativa de una *sociedad de la subsidiariedad solidaria*, como viene a denominarla. El paso a este nuevo modelo no puede realizarse, sin embargo, a través de mecanismos políticos institucionales que funcionan en el marco de los compromisos entre Mercado y Democracia mediante la mera concesión de reconocimientos a lo privado social entendido como un sector terciario residual. Su propuesta no consiste en propugnar una amalgama de instituciones y órganos estatales/públicos con agencias con y sin ánimo de lucro que, a modo de clientes, se colocan «en red». Apuesta por emancipar a la sociedad civil con especialización de sus funciones respecto a las de los poderes públicos y el Mercado.

¹⁷ En este epígrafe se ofrecerá una versión muy extractada de la original propuesta sostenida por P. DONATI, «Nuevas políticas sociales y Estado social relacional», *op. cit.*, centrándonos fundamentalmente en las pp. 28-44. Todo lo afirmado debe entenderse siempre referido al citado estudio, que se sintetiza aquí de forma muy esquemática para transmitir al lector la alternativa de un Estado relacional sugerida por el autor:

¹⁸ Son principios perseguidos por ambos paradigmas pero interpretados de forma diferente: la subsidiariedad, la solidaridad y la personalización del bienestar. P. DONATI, «Nuevas políticas sociales y Estado social relacional», *op. cit.*, pp. 35-37.