

COMPETENCIAS AUTONÓMICAS EN ASISTENCIA SOCIAL Y SERVICIOS SOCIALES

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

EXTRACTO

Palabras Clave: Asistencia Social, Reparto de Competencias

La atribución de competencias exclusivas no debe confundirse con competencias “excluyentes” que impidan la actuación de las diferentes Administraciones Públicas implicadas. De manera que las técnicas de cooperación y colaboración deben considerarse consustanciales a la estructura compuesta del Estado Social Autnómico. Dada la exigencia de instrumentar una tutela transversal u horizontal de las situaciones de necesidad social, se debe reforzar la idea de “compartir” frente a la de “excluir”. Ello implica una superación en la dinámica del proceso constituyente autonómico del esquema tradicional de “monopolio competencial”, que hoy parece inequívocamente inoperante e ineficiente en la práctica para resolver los problemas planteados a la Política y al Derecho de la protección social pública.

ABSTRACT

Key Words: Social Assistance, Distribution of Competences

Attributing exclusive competences must not be mixed up with “excluding” competences that prevent the activity of the different Public Administrations involved. Hence, cooperation and collaboration techniques must be considered to be consistent with the compound structure of the Autonomic Social State. Given the need to implement a transverse or horizontal tutelage of situations of social need, the idea of “sharing” instead of “excluding” must be reinforced. This implies overcoming the traditional “competence monopoly” scheme in the autonomic process, which nowadays seems unmistakably ineffective and inoperable in practice to solve the problems arising in the public social protection policy and law.

ÍNDICE

1. LA NOCIÓN TÉCNICA DE ASISTENCIA SOCIAL Y LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL MARCO COMPETENCIAL AUTONÓMICO
2. LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA “ASISTENCIA SOCIAL” Y DE LOS “SERVICIOS SOCIALES”. DELIMITACIÓN DEL MODELO NORMATIVO
 - 2.1. Análisis de conjunto
 - 2.2. Títulos competenciales en la protección legal de las situaciones de Dependencia

1. LA NOCIÓN TÉCNICA DE ASISTENCIA SOCIAL Y LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL MARCO COMPETENCIAL AUTONÓMICO

El legislador constitucional concretó los títulos competenciales estatales y autonómicos, optando por incluir en el art. 148.1.20 CE la expresión “Asistencia social”, derivando las competencias sobre esta materia a las Comunidades Autónomas. Sin embargo, pronto se hicieron palpables las dificultades para delimitar los contornos de dicha expresión. Por una parte, la Constitución no incluye definición alguna de lo que deba entenderse por asistencia social; además, la propia jurisprudencia constitucional se hizo eco de la bifurcación que el ámbito de protección social experimentó cuando se formalizó la inclusión en el sistema de Seguridad Social de las prestaciones no contributivas. Ambos factores han influido en la conformación actual de un concepto evolucionado de asistencia social, integrador de técnicas de protección diversas, unas externas al sistema de Seguridad Social -y por tanto abiertas a la intervención autonómica en virtud de los arts. 148.1.20 y 41 CE- y otras internas al sistema y en consecuencia reconducibles al art. 149.1.17ª CE¹.

Dicha afirmación debe interpretarse, no obstante, partiendo del hecho de que la acción y protección social constituye una materia sumamente compleja, de manera que la atribución de competencias exclusivas no debe nunca confundirse con competencias “excluyentes” que impidan la actuación de las dife-

¹ Cfr. De La Villa Gil, L.E.: “La incidencia de las reformas estatutarias en el reparto constitucional y legal de competencias en materia de Seguridad Social y de Asistencia Social”, en AA.VV. (Coord. Molina Navarrete): *La dimensión socio-laboral de los nuevos Estatutos de Autonomía*, Sevilla, CARL, 2007, pág. 187. Entiende el autor que el art. 41 CE admitiría una Seguridad Social con prestaciones asistenciales extensas si no existiese el art. 148.1.20 CE, por lo que restar competencias asistenciales a las Comunidades Autónomas entendiendo que la asistencia social es, en su mayor parte Seguridad Social, supone vaciar de contenido el art. 148.1.20 CE y resulta constitucionalmente inadmisibile.

rentes Administraciones implicadas (STC 146/1986)². Por eso, incluso en los casos en los que nos estemos refiriendo a actuaciones incardinables en la «Asistencia Social» competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, “el Estado, en la medida que existan problemas sociales peculiares que requieran y exijan un planteamiento global, puede intervenir al respecto, también mediante medidas de fomento, pero respetando las competencias propias de la Comunidad Autónoma” (STC 146/1986). Siendo este el estado de la cuestión, las técnicas de cooperación y colaboración deben considerarse “consustanciales a la estructura compuesta del Estado de las Autonomías” (STC 13/1992)³.

Cabe recordar que uno de los pronunciamientos emblemáticos en relación a esta problemática, lo constituye la STC 76/1986 en la que se afirma que “de la legislación vigente se deduce la *existencia de una asistencia social externa al sistema de Seguridad Social, y no integrada en él, a la que ha de entenderse hecha la remisión contenida en el art. 148.1.20 de la C.E. y, por tanto, competencia posible de las Comunidades Autónomas*”. (...) Esta asistencia social aparece como un mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de población a los que no alcanza aquel sistema y que opera mediante técnicas distintas de las propias de la Seguridad Social. En el momento actual -con independencia de que la evolución del sistema de Seguridad Social pueda ir en la misma dirección-, es característica de la asistencia social su sostenimiento al margen de toda obligación contributiva o previa colaboración económica de los destinatarios o beneficiarios. (...) No se trata, por tanto, de ampliar o completar el campo de aplicación de la Seguridad Social, sino de contemplar la situación de un colectivo de personas, cualificado por unas circunstancias concretas, determinadas e irrepetibles. En remediar o atender esa situación se agota la virtualidad de ambas Leyes”.

² “Siguiendo la pauta de algunos instrumentos internacionales como la Carta Social Europea, lo que deba entenderse por Asistencia Social, en sentido abstracto, abarca a una técnica de protección fuera del sistema de la Seguridad Social, con caracteres propios, que la separan de otras afines o próximas a ella. Uno de estos caracteres típicos es su dispensación por entes públicos o por organismos dependientes de entes públicos, cualesquiera que éstos sean. La Asistencia Social viene conformada como una técnica pública de protección, lo que la distingue de la clásica beneficencia, en la que históricamente halla sus raíces”.

³ “(...) como pueden ser, entre otras, los convenios de colaboración ajustados al orden constitucional de competencias: Técnicas consustanciales a nuestro modelo de Estado autonómico que deberían ser acordadas en éste y otros sectores entre los órganos centrales del Estado y las Comunidades Autónomas, buscando entre todos, dentro del respectivo e indisponible marco competencial, métodos flexibles y adecuados de convergencia que disminuyan la conflictividad entre aquellos poderes, todos los cuales deben guiarse siempre por una común lealtad constitucional”.

A partir de esta caracterización, el Tribunal Constitucional defiende la competencia autonómica para acordar la concesión de estas medidas de asistencia social siempre y cuando concurren dos elementos básicos: excepcionalidad y no incidencia en el sistema de la Seguridad Social. Introduciendo relevantes matizaciones a la argumentación anteriormente comentada, resulta ineludible referirnos a la controvertida STC 239/2002, de 11 de diciembre, cuya doctrina podría sintetizarse del siguiente modo⁴:

– El art. 41 CE consagra un sistema de protección social encomendado a los poderes públicos cuyo eje fundamental, aunque no único, es el sistema de Seguridad Social de carácter imperativo, el cual coexiste con otros complementarios⁵.

– La ampliación de las contingencias protegidas por el sistema de Seguridad Social (en alusión a las prestaciones no contributivas⁶) no implica la exclusión de la posibilidad de que diversos colectivos de sus beneficiarios precisen de ayudas complementarias para atender necesidades no cubiertas por dicho sistema⁷.

⁴ Vid. Guillén López, E.: “Servicios sociales, voluntariado, menores y familia”, en AA.VV. (Dir. Balaguer Callejón, F.): *Reformas estatutarias y distribución de competencias*, Sevilla, IAPP, 2007, pág. 668.

⁵ Véase Vida Soria, J.: “Comentario al art.41 de la Constitución”, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, t. IV, Madrid, Edersa, 1996.

⁶ “Las pensiones no contributivas de invalidez y jubilación de la Seguridad Social forman parte del patrimonio de la Seguridad Social y se integran en la llamada «caja única» del sistema (arts. 80 y 81 LGSS), pues «como cabe deducir de los antecedentes y de los debates parlamentarios que culminaron en la aprobación del texto del citado precepto constitucional (art. 149.1.17ª CE), la mención separada del “régimen económico” como función exclusiva del Estado trataba de garantizar la unidad del sistema de la Seguridad Social y no sólo la unidad de su regulación jurídica, impidiendo diversas políticas territoriales de Seguridad Social en cada una de las Comunidades Autónomas» (STC 124/1989, de 7 de julio, F. 3). A continuación señalábamos que «el principio de unidad presupuestaria de la Seguridad Social significa la unidad de titularidad y por lo mismo la titularidad estatal de todos los fondos de la Seguridad Social, puesto que si faltara un único titular de los recursos financieros del sistema público de aseguramiento social, tanto para operaciones presupuestarias como extrapresupuestarias, no podría preservarse la vigencia efectiva de los principios de caja única y de solidaridad financiera, ni consecuentemente la unidad del sistema».

⁷ “La ampliación de las contingencias protegidas por el Sistema de la Seguridad Social no excluye de antemano que diversos colectivos de sus beneficiarios precisen de apoyos complementarios para atender necesidades no cubiertas por dicho Sistema, de modo que no puede resultar extravagante desde la perspectiva del Estado Social de Derecho, consagrado en nuestra Constitución (art. 1 CE), que se atiendan dichas necesidades, en aras del valor de la justicia al que se refiere este precepto constitucional, desde las diversas habilitaciones previstas, las cuales, por decisión del propio Texto constitucional, enlazan con específicos títulos competenciales del Estado en el sentido estricto («Seguridad Social») o de las Comunidades Autónomas («asistencia social»), siempre, naturalmente, que ello se realice legítimamente, esto es, de acuerdo con las reglas de deslinde y delimitación de ambas materias”.

– No se puede obviar el llamamiento que el art. 41 CE dirige a los poderes públicos para que contribuyan a paliar estas situaciones de necesidad eso sí, en el ámbito de sus competencias.

– Se reconoce a las Comunidades Autónomas, en virtud de lo previsto en el art. 148.1.20 CE, competencia para otorgar ayudas de esta naturaleza a colectivos de personas que, aun percibiendo prestaciones asistenciales o no contributivas del sistema de Seguridad Social, acrediten dicha situación de necesidad, siempre que con dicho otorgamiento no se modifique ni perturbe el sistema de Seguridad Social ni su régimen económico⁸.

– La principal diferencia entre la protección del sistema de Seguridad Social y las ayudas asistenciales externas a dicho sistema radica en la nota de estabilidad, presente sólo en primero de los supuestos⁹. Este sería el caso de los denominados “salarios mínimos de inserción” o “rentas mínimas de inserción”, regulados por las Comunidades Autónomas en base a las competencias que les atribuye el art. 148.1.20 CE, cuya finalidad es paliar las situaciones de necesidad en que se encuentran determinados colectivos. Su principal característica “su compatibilidad con cualquier otro tipo de ingreso, incluidas las pensiones, siempre que a través de los mismos no se alcance el tope mínimo regulado en cada caso. De este modo, estas ayudas pueden ser recibidas como ayudas de «asistencia social», no incluidas en el Sistema de la Seguridad Social, por personas que efectivamente perciban pensiones propias de este Sistema” (STC 239/2002).

Reitera, por tanto, el TC la conveniencia de ponderar el dato de la inclusión subjetiva en el sistema de Seguridad Social cuando se aborda el tema del deslinde de títulos competenciales estatales y autonómicos, partiendo de la idea de que la línea que divide Seguridad Social y asistencia social en ocasiones se encuentra bastante desdibujada. Tomando como referencia esta premisa, se aboga por la necesidad de valorar, atendiendo a las circunstancias concretas del caso, cuando una determinada actuación se incardina en el ámbito de la asis-

⁸ “Nada impediría desde la perspectiva de la legitimidad constitucional, que las Comunidades Autónomas con competencia en materia de «asistencia social» otorgasen ayudas de esta naturaleza a colectivos de personas que, aun percibiendo prestaciones asistenciales del Sistema de Seguridad Social, se encontraran en situación de necesidad, siempre que con dicho otorgamiento no se produzca una modificación o perturbación de dicho Sistema o de su régimen económico”.

⁹ Sin embargo, en la práctica, las ayudas asistenciales externas al sistema de Seguridad Social, cada vez se están dotando de una mayor estabilidad, hasta el punto de que, en determinados casos, “han dejado de ser discrecionales para configurar derechos subjetivos”, como ha sucedido en el caso de la Ley 13/2006, de 27 de julio, de prestaciones sociales de carácter económico en la Comunidad Autónoma de Cataluña. Molina Navarrete, C: “Los nuevos Estatutos de Autonomía..., *op.cit.*, pág. 119.

tencia social y por tanto se sitúa *intra muros* del marco competencial autonómico¹⁰, y ello aunque la medida o ayuda controvertida tenga por objeto complementar o mejorar la protección otorgada por el sistema de Seguridad Social. Tales afirmaciones conducen a la admisión de la diversidad de políticas territoriales de protección social¹¹, lo cual en ningún caso se podrá confundir con la posibilidad de que exista tal diversidad en cuanto a las políticas territoriales de Seguridad Social en cada una de las Comunidades Autónomas¹².

Es así que en este contexto adquiere especial importancia traer a colación lo dispuesto por el art. 38.4 LGSS, en virtud del cual se considera incluida en la acción protectora de la Seguridad Social cualquier prestación de carácter público que tenga como finalidad complementar, ampliar o modificar las prestaciones de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva y ello sin perjuicio de las ayudas de otra naturaleza que, en el ejercicio de sus competencias, puedan establecer las Comunidades Autónomas en beneficio de los pensionistas residentes en ellas¹³. En consecuencia, quedarían fuera del ámbito protector del sistema de Seguridad Social las prestaciones de carácter público cuyo objetivo fuese complementar o mejorar prestaciones no contributivas, así como las ayudas netamente asistenciales que las Comunidades Autónomas establezcan a favor de los pensionistas residentes en su territorio en virtud de las competencias que les reconoce el art. 148.1.20 CE.

Del mismo modo, se sitúan fuera del ámbito de la Seguridad Social, tanto el Mutualismo libre de Previsión Social como los Planes y Fondos de Pensiones¹⁴.

¹⁰ STC 239/2002.

¹¹ Como ha sido advertido, “ello se debe a la concurrencia de títulos competenciales sobre una misma materia, por lo que estaría permitido a través del uso de títulos competenciales propios de la Comunidad incidir o afectar en el nivel de protección dada por la Seguridad Social a sus beneficiarios”. Vid. Molina Navarrete, C: “Los nuevos Estatutos de Autonomía...”, *op.cit.*, pág. 96. Véase también, con análisis exhaustivo, SUÁREZ CORUJO, B.: *La protección social en el Estado de las Autonomías*, Madrid, Iustel, 2006.

¹² STC 124/1989.

¹³ El precepto al que hacemos alusión ha sido objeto de recientes y significativas reformas hasta alcanzar la redacción actualmente vigente. La Ley 52/2003, de 10 de diciembre, impidió el reconocimiento de cualquier prestación de carácter público que tuviese la finalidad de complementar, ampliar o modificar las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social, tanto en la modalidad contributiva como en la no contributiva. Más tarde, la Ley 4/2005, de 22 de abril, reconduce la cuestión y, apostando por una redacción más acorde a la jurisprudencia constitucional, restringe la limitación contenida en este precepto a las prestaciones contributivas del sistema de Seguridad Social, permitiendo por tanto un relevante margen de actuación a las Comunidades Autónomas.

¹⁴ En el Estatuto de Autonomía para Andalucía, el art. 75, bajo la rúbrica *Cajas de Ahorro, entidades de crédito, bancos, seguros y mutualidades no integradas en el sistema de Seguridad Social*, aborda la regulación de esta cuestión, concretamente en los apartados 5, 6 y 7. Véase

En relación a las Mutualidades, entidades aseguradoras que ejercen una modalidad aseguradora de carácter voluntario complementaria al sistema de Seguridad Social obligatoria, destaca la doctrina contenida en la STC 86/1989¹⁵, reiterada posteriormente en las SSTC 35/1992, 220/1992 y 173/2005, que las vincula a la actividad aseguradora y por tanto las desmarca del ámbito de la Seguridad Social. Respecto a los Planes de Pensiones, las SSTC 206/1997¹⁶ y 66/1998 afirman que los títulos competenciales sobre esta materia son el relativo a la legislación mercantil, competencia exclusiva del Estado (149.1.6.^a), y los que se determinan en los aps. 11, 13 y 14 del citado art. 149.1 CE, en los que se reserva al Estado la competencia exclusiva sobre las bases de la ordenación de crédito, banca y seguros, sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica y, por último, sobre Hacienda general y Deuda del Estado.

En definitiva, las CCAA ostentan competencias exclusivas sobre un ámbito de “Asistencia social” basada ésta en técnicas de ayuda y no de previsión social (art.148.1.20 CE). Pero ello *no entraña una reserva autonómica de todo “lo asistencial”*, porque en el art.41 CE debe integrarse un nivel asistencial que opera con técnicas integradas propias de una Seguridad Social renovada (“Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad social para

Monereo Pérez, J.L.y Fernández Bernat, J.A.: “Protección social complementaria”, en Monereo Pérez, J.L.y Serrano Falcón, C.(Dir.y Coord.): *Derecho Social de la Comunidad Autónoma de Andalucía*,Granada, Ed.Comares, 2009, págs.555 y sigs.

¹⁵ “El título competencial estatal sobre el mutualismo de previsión social que ahora se contempla (y que los recurrentes discuten) es el de la normación básica de la actividad aseguradora. Pero sobre la base de tal título (y salvo que concurren otros títulos adicionales) no puede el Estado regular, al haber asumido las Comunidades Autónomas competencias exclusivas en esta materia, aspectos relativos a las Mutualidades, su estructura y actividad que excedan de lo que estrictamente pueda considerarse básico para la ordenación general de la actividad aseguradora. Y si ya el contenido de la regulación de una materia cualquiera no puede entenderse de forma expansiva, mucho menos cuando la normación básica incide en una materia en la que pertenece a las Comunidades Autónomas, o a alguna de ellas al menos, la competencia legislativa exclusiva y no simplemente la de desarrollo. Preciado este extremo, pasamos al examen de cada uno de los preceptos que se impugnan.”

¹⁶ “(...) la noción «Seguridad Social» no puede predicarse de instituciones protectoras cuyo origen, tanto como la extensión de la acción tutelar que dispensan, descansa en la autonomía de la voluntad. Cuando la voluntad privada resulta determinante sobre los factores aludidos, sin salir del ámbito genérico de la «protección social», sí nos hallamos fuera del núcleo institucional de la Seguridad Social. (...)La anterior conclusión no queda obstaculizada por el hecho de que la institución que se contempla pueda servir de cauce para mejoras voluntarias de la acción protectora del sistema de Seguridad Social. Por todo ello, no puede utilizarse su virtualidad como instrumentos de mejoras voluntarias de prestaciones de la Seguridad Social, para alterar un régimen jurídico contemplado como autosuficiente y autónomo respecto de aquéllas”.

todos los ciudadanos, que garantice la *asistencia* y prestaciones sociales suficientes ante *situaciones de necesidad...*”), aunque ciertamente la garantía constitucional del sistema de Seguridad Social es compatible con la admisión constitucional de diversos modelos de organización de la protección pública (STC 206/1997). La Seguridad Social contemporánea no es tan sólo una técnica de previsión (un sistema de seguros sociales evolucionados), pues presenta también un componente o dimensión asistencial (véase STC 146/1986, que subraya que la redacción del art.148.1.20 CE y la asunción efectiva de competencias de las CCAA, *no impide que existan y puedan seguir existiendo políticas de asistencia social que excedan del ámbito de las CCAA referidas al Estado autonómico en su conjunto*). Lo cual resulta tanto más expresivo por la proliferación de mecanismos expansivos de la Seguridad Social con la incorporación (y dentro de su evolución hacia un sistema más complejo de protección social pública) en su propio “campo específico” de los niveles prestacionales no contributivos (cuya base constitutiva continúa siendo, doblemente, la *técnica* de ayuda y la *orientación finalista* hacia atención preferente a la situación objetiva de necesidad).

Parece, así, que desde el propio texto constitucional se puede avanzar en la *construcción de un (1º) modelo integrado de protección social pública en el Estado Autonómico*, con base a un (2º) modelo de reparto del poder político, que lejos de poder ser calificado como centralizador, se acerque a las *técnicas cooperativas descentralizadas de organización del espacio político-legislativo* (de “*federalismo cooperativo*”); basado más que en la lucha por las competencias exclusivas en una más positiva coordinación y cooperación permanente por parte de los poderes autonómico y central¹⁷. Es manifiesto que la consolidación e intensificación del Estado Autonómico traza una posible *tendencia federalizante, en la línea del federalismo cooperativo del modelo de Estado compuesto descentralizado*¹⁸. Ciertamente se está imponiendo una especie de modelo de Estado social autonómico en el sentido difuso de un “federalismo cooperativo”, que viene a ser una estructura de Estado federal “débil (“débil”, en todo caso, porque nuestro modelo de Estado Social Autonómico no es el propio de un Estado compuesto de tipo federal, sino de tipo autonómicamente descentralizado), donde existen una multiplicidad de poderes públicos de regulación situados entre las tensiones propias de la respectiva “competencia reguladora” y la necesaria (e ineludible) “colaboración internormativa”, dentro de lo que es

¹⁷ Vid. López López, J.: *Marcos autonómicos de relaciones laborales y de protección social*, Madrid, Marcial Pons, 1993.

¹⁸ Véase Ruiz-Huerta Carbonell, A.: *Constitución y legislación autonómica*, Madrid, Editorial Ibídem, 1995, pág.17.

ya un Ordenamiento jurídico pluralista en el campo sociolaboral. Es necesario tener en cuenta a este propósito que el Estado autonómico –que es un tipo de Estado compuesto- no es identificable, desde el punto de vista de la política y de la técnica del Derecho constitucional, con un Estado federal (que es otro tipo de Estado compuesto diferenciado)¹⁹.

El Estado se conforma como un Estado plurilegislativo, dónde el poder legislativo se distribuye entre las distintas Unidades Territoriales cuya legitimidad está constitucionalizada. En esta dirección, un examen atento y detenido de los artículos 149.1 (7ª legislación laboral; y 17ª legislación de Seguridad Social) y del art.148.1 (20ª Asistencia social), muy lejos de una primera lectura superficial y aparente, pone de relieve, que con mayor o menor intensidad, contienen auténticas *competencias compartidas* (o, incluso en algún caso “concurrentes” en sentido débil, esto es, de legislación “no básica”) por el Estado y las Comunidades Autónomas en relación con la política de protección social; es decir, respecto a las materias laboral y de seguridad social y otras técnicas públicas de protección social.

2. LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA “ASISTENCIA SOCIAL” Y DE LOS “SERVICIOS SOCIALES”. DELIMITACIÓN DEL MODELO NORMATIVO

2.1. Análisis de conjunto

El legislador autonómico ha optado por rubricar el art. 61 EAA *Servicios sociales, voluntariado, menores y familias*. Desaparece por tanto cualquier referencia a la expresión *asistencia social* a pesar de que es la empleada por el art. 148.1.20 CE. Así, de acuerdo con el art. 61.1 EAA, a la Comunidad Autónoma Andaluza le corresponde la competencia exclusiva en materia de servicios sociales, que en todo caso incluye:

a) La regulación, ordenación y gestión de los servicios sociales, las prestaciones técnicas y las prestaciones económicas con finalidad asistencial o complementaria de otros sistemas de protección pública²⁰. b) La regulación y

¹⁹ Monereo Pérez, J.L. y Díaz Aznarte, Mª. T.: *El Estado Social Autonómico. Estudio especial del Estatuto de Autonomía de Andalucía*, Albacete, Ed.Bomarzo, 2008, págs.143 y sigs.

²⁰ Téngase en cuenta que, conforme al art.38.4 LGSS, “cualquier prestación de carácter público que tenga como finalidad completar, ampliar o modificar las prestaciones de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva, forma parte del sistema de Seguridad Social y está sujeto a los principios regulados en el art.2 de esta Ley”. Pero se añade inmediatamente que “lo previsto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de las ayudas de otra naturaleza que, en el ejercicio

la aprobación de planes y programas específicos dirigidos a personas y colectivos en situación de necesidad social. c) Instituciones públicas de protección y tutela de personas necesitadas de protección especial, incluida la creación de centros de ayuda, reinserción y rehabilitación.

El art. 61 EAA, se complementa con lo dispuesto por el art. 23 *Prestaciones sociales*: 1. Se garantiza el derecho de todos a acceder en condiciones de igualdad a las prestaciones de un sistema público de servicios sociales. 2. Todos tienen derecho a una renta básica que garantice unas condiciones de vida digna y a recibirla, en caso de necesidad, de los poderes públicos con arreglo a lo dispuesto en la ley.

La redacción de ambos preceptos se ajusta formalmente tanto a la distribución competencial asumida por el legislador general (art. 38.4 LGSS) como a la interpretación que el Tribunal Constitucional ha efectuado de los arts. 147.1.17 y 148.1.20 CE. Sin embargo, la cuestión más problemática radica en la utilización, a todas luces premeditada, de la expresión “servicios sociales” y la consecuente atribución de competencia exclusiva a la Comunidad Autónoma sobre dicha materia. Parece evidente que la sustitución de la expresión asistencia social por la de servicios sociales, no bastará para evitar la posible intervención estatal sobre esta materia. No parece correcto técnicamente pretender reconstruir desde la técnica instrumental de los Servicios sociales como competencia exclusiva autonómica la acción protectora de la Asistencia social (se trata, evidentemente, de técnicas distintas, que ni pueden confundirse, ni tampoco pretender que exista algo así como una relación vinculada de “genus” –Servicios sociales- y “especie” –Asistencia social)²¹, ni tampoco la utilización de un concepto de Servicios sociales que abarque todo el contenido que enuncia expresamente el art. 63 EAA²². Igualmente, no resulta acertado en la técnica jurídica englobar bajo un mismo artículo 61 (intitulado “Servicios sociales,

de sus competencias, puedan establecer las Comunidades Autónomas en beneficio de los pensionistas residentes en ellas” (Apartado modificado por la Ley 4/2005, de 22 de abril, sobre efectos en las pensiones no contributivas de los complementos otorgados por las Comunidades Autónomas).

²¹Cfr. Carta Social Europea, Carta Social Europea de Turín (Revisada en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996), artículos 13 –“derecho a la asistencia social”- y 14 –“derecho a los beneficios de los servicios sociales”-.

²² Conforme al art.61.1 EAA “corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva (sic.) en materia de servicios sociales, que en todo caso *incluye*:

a). La regulación, ordenación y gestión de servicios sociales, las prestaciones técnicas y las prestaciones económicas con finalidad asistencial o complementarias de otros sistemas de protección pública.

b). La regulación y la aprobación de planes y programas específicos dirigidos a personas y colectivos en situación de necesidad social.

c). Instituciones públicas de protección y tutela de personas necesitadas de protección especial, incluida la creación de centros de ayuda, reinserción y rehabilitación”.

voluntariado, menores y familias”), materias de naturaleza enteramente distinta. Lo cual, entre otras cosas, no puede sino inducir a confusión de nociones básicas y de acciones diferenciadas de política de acción social.

Es de realzar que el art. 38 LGSS hace referencia separada a la Asistencia social y a la técnica instrumental de los Servicios sociales, dentro de la acción protectora de la Seguridad Social y, además, son objeto de desarrollo en diversos títulos dentro de su Título I (cap. V. Servicios Sociales; cap. VI. Asistencia Social). En términos de atribución de competencial, el art. 149.1.17 CE comprendería a la asistencia “interna” y los servicios sociales “internos”, mientras que el art. 148.1.20 CE abarcaría, a su vez, la asistencia social “externa” y los servicios sociales “externos” al Sistema institucional de Seguridad Social (STC 78/1986, de 9 de junio, fj. 6, con referencia tan sólo a la asistencia social), aunque al tiempo se matiza que es posible la existencia de espacios de concurrencia entre ambos ámbitos de protección social pública y sus respectivas prestaciones, económicas (Asistencia social) y técnicas (Servicios sociales) (STC 239/2002). En todo caso, las fronteras entre una Seguridad Social Asistencial (art. 149.1.17 CE) y una Asistencia social “externa” autonómica como acción complementaria o suplementaria de aquella (art. 148.1.20^a CE) son difusas a efectos competenciales²³, y en gran medida dependientes de la opción de política legislativa que se adopte desde el primer ámbito, siempre y cuando (y esto constituye un límite intrínseco de la potestad estatal de determinación) no suponga una restricción del ámbito propio de la Asistencia social externa que suponga un vaciamiento de competencias autonómicas en materia asistencial, al privar a las CCAA de espacio vital (STC 76/1986, de 6 de junio; 239/2002, de 11 de diciembre, fj.5)²⁴.

Aunque la Asistencia Social es distinta a los servicios sociales (dentro de las

²³ No se olvide que el art.41 CE acoge, junto a la dimensión contributiva, una dimensión asistencialista de la Seguridad Social. A tenor de dicho precepto el sistema de Seguridad Social debe garantizar “asistencia” y “prestaciones sociales” para una protección “suficiente” a toda “situación de necesidad” relevante, por lo que incorpora la vertiente asistencialista y servicial. Véase Monereo Pérez, J.L.: “Comentario al art.41 de la Constitución”, en AA.VV.: *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Monereo Pérez,J.L., Molina Navarrete,C.,y Moreno Vida, M^a.N. (Dirs), Granada, Ed.Comares, 2002, y bibliografía allí citada.

²⁴ Hasta tal punto es así que se ha dicho, con realismo y no sin fatal de razón, que “el Estado tiene una ‘preferencia de paso’, esto es, puede decir lo que es Seguridad Social y, por ende, lo que no es Asistencia social”. Cfr. Alarcón Caracuel, M.R.: “Trabajo y protección social”, en *Veinticinco años de autonomía en Andalucía*, Sevilla, Centro de Estudios Andaluces, 2007; ID.: “Políticas de protección social en el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía”, AA.VV.: *Políticas laborales y de protección social y marco competencial en el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía*, Sevilla, CARL-Mergablum, 2008, pág.35. Para la distinción entre asistencia social interna y asistencia social externa, véase De Vicente Paché, F.: *Asistencia social y servicios sociales. Régimen de distribución de competencias*, Madrid, Temas del Senado, 2003, págs.156 y sigs.

técnicas de protección social pública) en la praxis jurídica, las Comunidades Autónomas ha venido promulgando “Leyes de servicios sociales” al amparo del art.148.1.20 CE (que hace referencia únicamente la Asistencia social). Las Comunidades Autónomas aspiran a detentar más poder y el Estado central ha rehusado políticamente entrar en esa lucha de competencias por este tipo de prestaciones y servicios sociales. No es de extrañar que en Andalucía ya el Estatuto de Autonomía de Andalucía, aprobado por Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, atribuyó competencia exclusiva a la Comunidad Autónoma, tanto en materia de asistencia social como en servicios sociales (art. 13.22) (El diseño de un Sistema de Servicios Sociales andaluz se realizó por la Ley 2/1988, de 4 de abril, de servicios sociales de Andalucía). Después, el nuevo Estatuto de Autonomía, aprobado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, establece que “corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de servicios sociales” (art. 61). Así, la Andalucía dispone de un Sistema de Servicios Sociales muy desarrollado²⁵. La doctrina constitucional es particularmente contundente sobre este particular al mantener que “en una materia compleja, como la acción y protección social, tan central además en un Estado Social (a la vista de los principios rectores de política social incluidos en el Capítulo Tercero del Título I de la Constitución), las competencias exclusivas no pueden entenderse en un sentido estricto de exclusión de actuación en el campo de lo social, ni de otros entes públicos -tal como sucede en particular con los entes locales-, ni por parte de entidades privadas, que gozan además al respecto de una esfera específica de libertad que consagra el inciso final del art. 41 de la Constitución, ni tampoco por parte del Estado, respecto de aquellos problemas específicos que requieran para su adecuado estudio y tratamiento un ámbito más amplio que el de la Comunidad Autónoma y que presupongan en su concepción, e incluso en su gestión, un ámbito supracomunitario, que puede corresponder al Estado”. Se impone el carácter compartido dentro de un principio de cooperación necesaria (arts. 2, 148 y 149 CE).

El camino está indicado por tanto desde hace tiempo. Las técnicas de cooperación y colaboración deben considerarse consustanciales a la estructura compuesta del Estado de las Autonomías “buscando entre todos, dentro del respectivo e indisponible marco competencial, métodos flexibles y adecuados de convergencia que disminuyan la conflictividad entre aquellos poderes, todos los cuales deben guiarse siempre por una común lealtad constitucional” (STC 13/1992).

²⁵ Para un examen completo de síntesis del marco legal del Sistema de Servicios Sociales Andaluz, véase Maldonado Molina, J.A.: “El Sistema de Servicios Sociales en la Comunidad Autónoma de Andalucía”, en Monereo Pérez, J.L. y Serrano Falcón, C.: *Derecho Social de la Comunidad Autónoma de Andalucía*, Granada, Ed. Comares, 2009, págs. 409 y sigs.

Por lo demás, las aporías se acrecientan cuando se repara en el hecho de que las llamadas rentas mínimas de inserción se han establecido de modo descentralizado autonómicamente al amparo de la potestad legislativa reconocida a las CCAA en materia de Asistencia social sobre la base jurídica ex art. 148.1.20 CE (Asistencia social “externa” al Sistema de Seguridad Social)²⁶. A tal efecto –y con una fórmula de gran amplitud–, el art. 23.2 EAA dispone que “todos tienen derecho a una renta básica que garantice unas condiciones de vida dignas y a recibirla, *en caso de necesidad* (nótese el carácter condicionado), de los poderes públicos con arreglo a lo dispuesto en la ley”. Fricción, sin duda, con la pretensión de insertarlas dentro de la amplísima y atécnicamente noción de “Servicios sociales” ex art. 61.a) EAA. El precepto ex art. 23.2 EAA abre al legislador autonómico una amplia discrecionalidad en cuanto a la delimitación de las situaciones necesitadas de protección como a la intensidad de la atención dispensada para las mismas; pero el reconocimiento de este derecho subjetivo público (típico derecho de ciudadanía social) es innegable. De ahí que, en la lógica de los derechos sociales prestacionales, la norma está llamada a promover un nuevo impulso a la acción de la Comunidad Autónoma de Andalucía en esta materia social, cuyo objeto principal será la lucha contra la exclusión social y la garantía del derecho a la existencia digna del hombre, superando la lógica asistencialista tradicional.

2.2. Títulos competenciales en la protección legal de las situaciones de Dependencia

Hay que tener en cuenta que la protección por dependencia se configura en el sistema legal con base a tres tipos de actuaciones y de prestaciones: econó-

²⁶ El surgimiento de la Recta Activa de Inserción estatal (RAI) generó un campo de actuación concurrente y superpuesta entre la acción prestada a cargo del Estado central (la otorgada por la Seguridad Social) y la establecida en numerosas CCAA (RMI), como prestaciones de “Asistencia social”, lo que no debe plantear excesivos problemas desde el punto de vista competencial: de un lado, la intervención estatal vendría justificada por la necesidad de garantizar la igualdad en las prestaciones sociales públicas; de otro, las CCAA podrían mejorar esos niveles de protección así fijados en base a los principios constitucionales de autonomía y solidaridad, atendiendo a la configuración y ejecución de sus propias políticas de asistencia social. Cfr. Monereo Pérez, J.L. y Fernández Avilés, J.A.: “El ingreso mínimo de solidaridad”, en Monereo Pérez, J.L. y Serrano Falcón, C. (Dir. y Coord.): *Derecho Social de la Comunidad Autónoma de Andalucía*, Granada, Ed.Comares, 2009, pág.468. Véase también Martínez-Gijón Machuca, M.A.: “Análisis crítico del artículo 23.2 del nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía: El derecho a una renta básica”, en AA.VV.: *Políticas laborales y de protección social y marco competencial en el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía*, Sevilla, CARL-Mergablum, 2008, págs.57 y sigs.

mica, sanitaria y social²⁷. De este modo se evidencia que el carácter complejo e integrador del sistema de protección de la dependencia, pero, además, si se atiende a la distinta naturaleza de esas actuaciones y prestaciones, dichas intervenciones públicas corresponde a distintos organismos dentro del ya complejo entramado de competencias que integran nuestro Estado Social Autonómico. Es así que aquí se conjuga un doble fenómeno descentralizador: la descentralización funcional y la descentralización territorial. En una perspectiva de gobernanza debe encontrarse un equilibrio entre la búsqueda de los objetivos de calidad, el establecimiento de estándares y contención de los costes, dirigidos a menudo a nivel nacional, y la gestión y prestación de la asistencia a nivel local.

Desde una valoración de conjunto se puede decir que el modelo que cristaliza en el sistema legal es el de una asunción y gestión pública pero descentralizada tanto en el plano funcional como territorial. La LAAD sitúa en las CCAA el protagonismo esencial en la gestión. Por motivos de eficacia, pero también políticos, jurídicos y económicos –corresponsabilidad financiera–, un principio informador del entero SNAD es el otorgar el mayor protagonismo en la puesta en práctica del mismo a las CCAA, una vez que la regulación “básica” ha correspondido al Legislador “central”. Por tanto, la gestión es una competencia fundamentalmente de las CCAA, si bien la LAAD dedica un número significativo de preceptos a establecer el reparto entre los tres niveles administrativos implicados –arts. 9 a 12 LAAD–, Central, Autonómico y Local, si bien este último aparece ampliamente ignorado en la letra de la Ley, aunque todos sabemos que es el más directamente concernido en el funcionamiento en la realidad –nueva contradicción–. El resultado es un diseño de complejidad muy elevada, en lo organizativo y en lo jurídico, que da lugar a la creación de varias instancias administrativas –como el Consejo Territorial referido (art. 8 LAAD)– de cuyo funcionamiento dependerá la eficacia y, por tanto, la credibilidad del SNAD. Sin cumplir el principio de cooperación entre AAPP, que depende en gran medida de la buena disposición y de las buenas prácticas de coordinación de todos los poderes públicos, el SAND encontrará más incertidumbres y obstáculos que hitos de realización.

Adviértase que, en todo caso, la gestión corresponde a las CCAA, incluida la valoración de las situaciones de dependencia, conforme al baremo fijado de

²⁷ Véase VV.AA.: *La protección jurídica de las situaciones de dependencia. Estudio sistemático de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y atención a las personas en situación de dependencia*, Granada, Editorial Comares, 2007, espec., págs. 44 y sigs.; Monereo Pérez, J.L. y Díaz Aznarte, M^a.T.: *El Estado Social Autonómico. Estudio especial del Estatuto de Autonomía de Andalucía*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2008, págs. 38 y sigs.

modo común –RD 504/2007, 20 abril–. El Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia – SAAD, para nosotros SNAD–, que garantiza las condiciones básicas y el contenido común del derecho en todo el territorio para la colaboración y participación de las Administraciones Públicas, se configura como una Red de utilización pública que integra, de forma coordinada, centros y servicios, públicos y privados. Pero esta integración en el SNAD no supone alteración alguna en el régimen jurídico de su titularidad, administración, gestión y dependencia orgánica. Lo que significa, en definitiva, mantener inmodificada la titularidad de la *Red de Servicios Sociales de las respectivas Comunidades Autónomas* en el ámbito de las competencias que las mismas tienen asumidas. La red de centros estará formada por –arts. 6 y 16 LAAD–: los centros públicos de las CCAA, de las Entidades Locales, los centros de referencia estatal para la promoción de la autonomía personal y para la atención y cuidado de situaciones de dependencia, así como los privados concertados debidamente acreditados.

Dentro de este orden de problemas adquiere particular relieve la cuestión de verificar el título competencia o títulos competenciales respecto a la organización institucional del sistema de prestaciones por dependencia. El Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, se configura como una red de utilización pública que integra, de forma coordinada, centro y servicios públicos y privados. Su finalidad es garantizar las condiciones básicas y el contenido común del sistema protector; sirve de cauce para la colaboración y participación de las Administraciones Públicas, en el ejercicio de sus respectivas competencias, en materia de promoción de la autonomía personal y la atención y protección a las personas en situación de dependencia (art. 6). De manera que el funcionamiento dinámico del SND y de puesta en práctica del conjunto de las prestaciones dispensadas a las personas dependientes supone intrínsecamente una necesaria cooperación entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas (art. 10). Será en el seno del Consejo Territorial del SND, donde la Administración General del Estado y las CCAA acordarán el marco de cooperación interadministrativa que se desarrollará mediante los correspondientes Convenios entre la Administración General del Estado y cada una de las CCAA. Lo que se pretende es establecer un sistema institucional específico que instrumente una cooperación permanente entre el Estado y las CCAA en relación a la tutela de las situaciones de dependencia.

Ahora bien, el problema práctico que se plantea, supuesta esta necesaria coordinación, es la de delimitar sobre qué marco jurídico competencial actúa la misma. Tema, como se sabe, muy controvertido. En nuestro sistema de distribución de competencias en materia social la competencia estaría condicionada por razón del tipo y naturaleza de la materia en cuestión. La primera dificultad es que la protección de las situaciones de dependencia se encuentra en el cruce

entre la Seguridad Social Asistencial (asistencia interna) (art. 149.1.17 CE) y la asistencia social “externa” al sistema institucional de la Seguridad Social (art. 148.1.20 CE)²⁸. Por otra parte, a medida que estas técnicas de protección social han ido evolucionando para responder a nuevas exigencias sociales de protección, a menudo la distinción y el deslinde de fronteras se ha hecho mucho más complejo y controvertido. Hoy es una constatación fácilmente apreciable que se produce una mezcla de técnicas en todos los Sistemas de Seguridad Social, aunque es evidente que este problema se acrecienta ante sistemas de distribución competencial tan sutiles como el de nuestro modelo constitucional. De ahí las dificultades que el Tribunal Constitucional ha tenido para delimitar el título competencial respecto a algunas materias sociolaborales.

Lo que invoca la Ley 39/2006, disposición final 8^a, es el art. 149.1.1 CE, que pretendería llamar la atención sobre el problema jurídico subyacente de base (la garantía del principio de igualdad) y, sin ser ingenuos, trata de “eludir” en lo posible una adscripción definida en los artículos 149.1.17^a y 148.1.20^a de la Constitución. En efecto, según la disposición final 7^a, el “fundamento constitucional” de la Ley de Dependencia es, sin embargo, el art. 149.1.1^a de la Constitución: “se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, conforme al art. 149.1.1^a de la Constitución”. Con esa finalidad legal, la Ley de Dependencia se limitaría a establecer las “condiciones básicas” de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia, con pleno respecto a las competencias que las Administraciones Autonómicas hayan asumido en materia de asistencia social en desarrollo del art. 148.1.20^a CE. Se trata, pues, de desarrollar, a partir del marco competencial, un modelo innovador, integrado, basado en la cooperación interadministrativa y en el respeto a las competencias. Es lo que viene a decir la propia Exposición de Motivos de la Ley de Dependencia. El significado y alcance del art. 149.1^a CE ha sido precisado por el TC, que entiende que dicho precepto “más que delimitar un ámbito material excluyente de toda intervención de las CCAA, lo que contiene es una habilitación para que el Estado condicione –mediante, precisamente, el establecimiento de unas “condiciones básicas” uniformes– el ejercicio de esas competencias autonómicas con el objeto de garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales” (SSTC 98/2004, de 25 de mayo, 178/2004, de 21 de octubre). No obstante, al amparo

²⁸ Opera con esa distinción el TC, en SSTC 76/1986, de 9 de junio, 239/2002, de 11 de diciembre.

de este título competencial la legislación del Estado ha de limitarse a la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad, pero no puede establecer un diseño completo y acabado de sus régimen jurídico, porque ello supondría un vaciamiento del espacio competencial específico de las CCAA (SSTC 61/1997, de 20 de marzo, 118/2001, de 20 de septiembre y 212/2005).

Ahora bien, no cabe duda de que podría haberse reclamado el título competencia ex art. 149.1.17ª CE, por dos motivos. En primer lugar, y principalmente, porque esta materia podría considerarse como una vertiente más de la Seguridad Social Asistencial, dentro de un proceso de renovación permanente. De hecho otros países europeos la han encuadrado dentro del Sistema Institucional de la Seguridad Social, sin mayor problema técnico y funcional (el mismo Libro Blanco, dentro de su calculada ambigüedad, parecía vencerse por esa reconducción técnico-institucional)²⁹. En segundo lugar, porque muy lejos de lo podría pensarse la incardinación de la protección de la Dependencia en el art. 149.1.17ª CE no conduciría en sí a la rigidez operativa ni tendría que suponer una privación de competencias a las Comunidades Autónomas que hayan asumidos (o vayan a hacerlo) competencias propias en esta materia, ya que, como es sabido, en dicha disposición constitucional lo que se pretende es la reserva competencial al Estado de dictar una “legislación básica” homogeneizadora y racionalizadora del tratamiento de las materias propias de la Seguridad Social en todo el Estado español, pero expresamente deja constancia de que se liberan espacios de regulación sobre ellas para las CCAA a título de legislación no básica. Lo que se contiene, pues, es un instrumento de regulación flexible de colaboración internormativa no excluyente del ámbito competencial autonómico, sino, en todo caso, comprensivo del mismo.

Es criticable que no se entronque en el art. 149.1.17 CE, porque ello distorsiona el sistema de competencias. El no haber reclamado este título competencial hace más difícil el necesario equilibrio en esta materia entre la legislación básica del Estado y la legislación autonómica. El título competencial reclamado (art. 149.1.1 CE), como elección de política del Derecho, es débil e impreciso, aunque no carente de fundamento. Parece que se juega con una lógica operativa similar a legislación estatal básica y legislación no básica autonómica. Es como si implícitamente se estuviese jugando con el título competencial inhe-

²⁹ La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, vincula en el art.34.1, la dependencia con la Seguridad Social. Conforme a dicho precepto “La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades y las legislaciones nacionales”.

rente al art. 149.1.17 CE, entendido en un sentido amplio; es decir, abarcando la legislación básica estatal y la legislación no básica para las CCAA. Se vincularía a la protección de “situaciones de necesidad” ex art. 41 CE, como ámbito propio de de la Seguridad Social Asistencialista organizada en el marco del Estado Social Autonómico. No se priva a las CCAA de su competencia en materia de asistencia social, ya que, en esa lógica operativa, las CCAA está presentes en los niveles 2º (compartido) y 3º (exclusiva prestación pública asistencial adicional a los dos anteriores). Se ha observado, en relación al Proyecto Ley, que “lo más razonable es invocar el art. 149.1.17 y entender que las prestaciones de dependencia se ubican en el refugio de la asistencia y de los servicios sociales internos al Sistema de Seguridad Social. La consideración central de la Seguridad Social como ámbito de acogida de las prestaciones por dependencia resulta crucial para asegurar una adecuada satisfacción de las necesidades sociales. Cuestión distinta es la de delimitar ámbitos competenciales del Estado y de las CCAA a la hora de gestionar las prestaciones o de reconocer la posibilidad de que éstas, con amparo en la habilitación para normar en materia de asistencia social, complementen las prestaciones garantizadas por el Estado y también participen con capacidad decisoria en el diseño del sistema de dependencia”³⁰.

En todo caso, el problema de fondo, es verificar si en efecto el nuevo SND, con ese equilibrio competencial que se refleja en los tres niveles de protección por dependencia, permitirá hacer frente de modo eficaz a los grandes retos que plantea el envejecimiento de la población (“envejecimiento del envejecimiento”) y las insuficiencias de los mecanismos tradicionales de atención a las personas mayores dependientes. El equilibrio competencial a través de diseño legal de los tres niveles de protección social de la dependencia, puede ser funcionalmente adecuado a las exigencias de protección de los colectivos dependientes, toda vez que permite combinar unidad y diversidad, centralización y descentralización de las prestaciones dispensadas. La intermediación de la gestión territorial descentralizada es en sí una garantía de eficiencia administrativa, siempre que se observe la necesaria cooperación y coordinación interadministrativa.

La Ley 39/2006 parece haber transitado hacia un «Sistema Externo» al formado por el Sistema institucional actual de la Seguridad Social. De este modo es necesario servirse de la noción amplia de «Sistema de Protección Social Pública», donde el Sistema de Seguridad Social actual (nivel contribu-

³⁰ Cabeza Pereiro, J.: “Cuestiones sobre el seguro de dependencia”, en AA.VV.: *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del Sistema*, Murcia, Eds. Laborum, 2006, pág.486.

tivo y no contributivo) no sólo está llamado a coexistir con los subsistemas asistencias y de servicios de las CC.AA tradicionales en el proceso de desarrollo de las previsiones constitucionales ex artículos 148 y 149 de nuestra Carta Magna, sino también ahora con el específico SND como un subsistema del Sistema de Protección Social Pública. Es una fase más del proceso de «dilución» de la Seguridad Social como concepto integrador de la distintas técnicas de protección de las necesidades sociales relevantes, en la línea del art. 41 CE (donde ya el texto constitucional fue en cierto sentido inconsecuente porque desmembró la Seguridad Social al escindir la asistencia social y los servicios sociales «externos» creados y organizados por las CCAA). En el reparto de competencias dentro del Estado autonómico se reclama el art. 149.1.1.^a de la CE, según el Estado tiene competencia exclusiva sobre «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales». Lo que dicho precepto permite es la regulación de las condiciones básicas, no la regulación total y homogénea de la materia de que se trate (SSTC 61/1997, de 20 de marzo; 239/2002, de 11 de diciembre). Cuestión distinta a este título de atribución competencial es determinar si estamos ante una Asistencia social Interna al Sistema de Seguridad Social (Seguridad Social Asistencial), ante una Asistencia Social Externa Autonómica o ante una Asistencia Social Externa Independiente, esto es situada, tanto fuera del Sistema de Seguridad Social como al margen de la Asistencia Social Autonómica. Esta tercera opción, intermedia que opera como un «tertius generus», parece haber sido la opción de política jurídica adoptada por la Ley de Dependencia: una Seguridad Social *Asistencial Externa* al Sistema Institucional de la Seguridad Social actual. No obstante, lo más adecuado al tipo de situación de necesidad hubiera sido configurarla como una Seguridad Social *Asistencial Interna al Sistema Institucional de la Seguridad Social Actual*, reclamando, por consiguiente, el título competencia ex art. 149.1.17.^a CE. Por el momento, no ha sido esta la elección de política del Derecho corporeizada en la Ley de Dependencia.

La opción de la Ley de Dependencia ha sido, pues, la exclusión de la protección por dependencia del Sistema institucional de la Seguridad Social, sin que a éste le corresponda atender directamente a tutela de las situaciones de dependencia. Se crea un sistema autónomo de protección social pública, que deliberadamente no se encuadra ni en la Seguridad Social, ni en la asistencia social autonómica. No sería *hic en nunc* una contingencia de Seguridad Social, pero tampoco de carácter estrictamente asistencial. Es posible pensar que su configuración jurídico-positiva sea la propia de una materia mixta, “transversal”, porque potencialmente existen distintos títulos constitucionales habilitantes, que o bien atribuyen la competencia al Estado (art.149. 1.1^a y 17^a CE), o bien legitiman la competencia autonómica (art. 148.1.20^a CE). Estos títulos

podrían ser invocados por el legislador para la organización de la protección pública de las personas en situación de dependencia³¹. Parece que la pretensión de sistema legal (cuestión distinta es que lo haya conseguido plenamente) es crear “ex novo” un sistema paralelo al Sistema administrativo-institucional de Seguridad Social. En tal sentido resulta significativo que no se modifica el art.38 LGSS para ampliar la acción protectora del Sistema actual de Seguridad Social. Ahora bien, si esta ha sido la opción de política de protección social, nada impediría que las prestaciones públicas que integran la protección por dependencia pasen a formar parte del Sistema institucional de la Seguridad Social³². Hay que tener en cuenta, como se señalara en el Libro Blanco, que el Estado tiene atribuida en la Constitución una función niveladora esencial, es decir, garantizadora de prestaciones básicas en materias tales como las de los derechos contemplados en los artículos 39 (familia), 41 (Seguridad Social), 48 (Juventud), 49 (Disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos) y 50 (personas mayores; “tercera edad”). Tales preceptos no atribuyen diferentes derechos a los colectivos afectados, sino que especifican y cualifican la tutela que en ellos deben recibir los derechos de la persona, imponiendo la obligación a los poderes públicos de instrumentar políticas adecuadas (STC 71/1982; 19/1982). Al Estado, además, le corresponde poner las bases para que el ejercicio de los derechos se lleve a cabo en condiciones de igualdad en todo el territorio. La articulación de una red pública básica a la que todos los ciudadanos dependientes tengan derecho, y acceso a sus servicios en función de su grado de dependencia, encuentra su fundamentación principal en los preceptos constitucionales citados, que deben completarse por la obligación constitucional consistente en que todos los españoles han de tener los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio español (art. 139.1 CE), así como la competencia estatal para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1 CE). Es éste un título competencial con contenido propio, no residual (STC 172/1998), que otorga al Estado central las facultades normativas para determinar y definir las

³¹ Montoya Melgar, A.: «El sistema para la autonomía y la atención a la dependencia», en Montoya Melgar, A. (Dir.): *La protección de las personas dependientes. Comentario a la Ley 39/2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, Madrid, Thomson-Civitas, 2007, pág.63; Barcelón Cobedo, S., y Quintero Lima, M.ª G.: «Las situaciones de dependencia personal como nueva contingencia protegida por el Sistema de protección Social», en *RMTAS*, núm.60 (2006), pág.17.

³² Montoya Melgar, A.: «El sistema para la autonomía y la atención a la dependencia», cit., pág.71; Suárez Corujo, B.: *La protección social en el Estado de las Autonomías*, Madrid, Iustel, 2006.

condiciones básicas de la igualdad y no discriminación de las personas dependientes, de manera que se les garanticen los mismos derechos y prestaciones en todo el territorio nacional. Dicho art. 149.1.1 CE amplía la función del art. 53 CE, y de lo que se trata es de garantizar la “uniformidad en las condiciones básicas para el ejercicio de los derechos” o la “uniformidad en las condiciones de vida” (STC 32/1982; 42/82; 113/1982, entre otras). Si se optara, al tiempo, por vincular la dependencia al Sistema de Seguridad Social, el fundamento jurídico en que habría de asentarse el SND sería el art. 41 CE. No existiría duda alguna de la fundamentación constitucional para la creación de un SND inserto en el Sistema de la Seguridad Social. Por lo demás, el art. 149.1.17^a CE permite establecer mediante una Ley que la dependencia sea un contingencia más de la Seguridad Social. El sistema estatal de prestaciones se desenvolvería como manifestación de la competencia sobre legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social (art. 149.1.17^a CE). Ello determinaría una regulación legal similar a la realizada respecto a las prestaciones no contributivas.

Aparte de ello, cabe hacer notar que, para mayor complicación, suele confundirse en los Estatutos de Autonomía Asistencia social y Servicios sociales. Y así se ha consolidado, a pesar de que los servicios sociales no son ni propiamente ni necesariamente asistencia social. Tales servicios –y sus correspondientes prestaciones técnicas– podrían estar encuadrados en el sistema de Seguridad Social, pero el Estado central nunca cuestionó –al menos explícitamente– la constitucionalidad de la “invasión de competencial” estatutaria, por lo cual se ha venido confundiendo sin más como “servicios asistenciales”. Prueba de ello es que los Servicios sociales internos al Sistema figuran en el art. 38.1.e) LGSS. De este modo, en sentido técnico, las CCAA no deberían atribuirse la competencia exclusiva y excluyente en materia de servicios sociales. Se constata, ciertamente, la paradoja que supone la virtual “desaparición en los Estatutos autonómicos recién reformados de la competencia sobre Asistencia Social, fagocitada, precisamente, por los servicios sociales”³³, siendo obvio que la asistencia social es un mecanismo de protección social pública de alcance más amplio que la técnica prestacional específica de los servicios sociales.

Es lo cierto que no habría ningún problema relevante en enmarcar dentro de la Seguridad Social a efectos de distribución competencial en el Estado Social Autonómico a las prestaciones de dependencia, correspondiendo, con arreglo al art. 149.1.17^a CE, a las CCAA la competencia de desarrollo legislativo (legislación no básica) de una legislación básica de carácter estatal. Ni

³³ Alarcón Caracuel, M.R.: “Cuestiones competenciales en la Ley de Dependencia,” en *Temas Laborales*, núm. 89 (2007), pág.130.

desde el punto de vista conceptual, ni normativo, ni desde la perspectiva financiera no hubiera existido ninguna razón que impidiera, ni tan siquiera obstaculizara seriamente, enmarcar la cobertura de las situaciones de dependencia, encuadradas plenamente en el artículo 41 CE, a través de los sistemas de provisión del artículo 149.1.17 CE. No ha sido esta la opción elegida, pero se le parece bastante (aunque no se pueda identificar, por supuesto) desde un punto de vista práctico y operativo, toda vez que el mismo art. 149.1.1 CE (título competencial aducido como fundamento en la Ley de Dependencia) sólo permite un esquema distributivo entre legislación “básica” y “no básica” para la CCAA (así lo estima la doctrina del TC). No hay, evidentemente, invasión de competencias de las CCAA por la vía elegida del art. 149.1.1 CE, como, por cierto, tampoco la habría por haber utilizado el título competencial del art. 149.1.17 CE. El modelo legal sitúa la protección legal específica de las situaciones de dependencia al margen del Sistema de Seguridad Social y de las formas tradicionales de asistencia social asumidas por las CCAA. Lo que se garantiza es un nuevo derecho social de ciudadanía en todo el Estado español. El marco constitucional diseña un modelo relativamente abierto y flexible de distribución de competencias. Esto es, está abierto al tiempo histórico; no puede entenderse como un “sistema cerrado” o “rígido” de atribución competencial. Toda norma, también las constitucionales, han de ser interpretadas y aplicadas con arreglo a su finalidad y las circunstancias históricas imperantes en el momento de su aplicación. Cabe señalar, que también la LAAP establece una nueva forma de articulación flexible entre los espacios reguladores del Estado central y el correspondiente a las CCAA. Asumiendo el Estado una función de control de todo el conjunto del sistema protector de potencial o posible conformación heterogénea en el segundo y tercer nivel.

Con todo, el argumento básico reside en el hecho de que la protección de las situaciones de dependencia (a través de prestaciones de servicios y de prestaciones económicas) acaba siendo una típica materia social de tutela transversal u horizontal que, en calidad de tal, exige operativamente (no se olvide que uno de los principios inspirados del sistema legal es el tratamiento “integral” y “la transversalidad de las políticas de atención a las personas en situación de dependencia”) todo el conjunto articulado de medidas heterogéneas que requiere una efectiva atención a las personas dependientes. Ello lo recibe el sistema público de protección social en su conjunto de la emergente forma política de *Estado Social Autónomico Activo* (que exige de suyo la descentralización y el juego efectivo del principio de inmediación), donde se pretende articular las medidas de todo orden, pasivas y activas, para afrontar la protección de los individuos ante las cada vez más complejas situaciones de necesidad social. En esta forma política se refuerza la idea de “compartir” frente a la de “excluir”. Ello supone una superación en la realidad constitucional –y en gran

medida el actual proceso constituyente autonómico- del esquema tradicional de “monopolio competencial”, que hoy parece inequívocamente inoperante en la práctica para resolver los problemas planteados a la Política y al Derecho Social ante los dilemas del presente.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (a la cual el art.6.1 del TUE, en la versión revisada del Tratado de Lisboa, atribuye eficacia jurídica vinculante), garantiza el derecho a la Seguridad Social y Ayuda Social ex art. 34, dispone que «La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de Seguridad Social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la *dependencia* o la vejez, así como en el caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales». De este modo, la dependencia se inserta dentro del conjunto de las prestaciones de Seguridad Social y Servicios Sociales. Esta disposición enlaza con los artículos 25 (“Derecho de las personas mayores. La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural”) y 26 (“Integración de las personas discapacitadas. La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y su participación en la vida de la comunidad”) de la referida Carta de la Unión.

En todo caso, hay que tener en cuenta el bloque normativo de Seguridad Social en el texto constitucional y su conexión con la problemática de la distribución de competencias autonómicas. Es preciso distinguir entre el bloque formado por los artículos 41, 49 y 50 de la Constitución y el problema distinto de distribución de competencias en el Estado social autonómico.

1º) En primer lugar, el art. 41 CE (en relación con otros preceptos como los artículos 49 y 50 del mismo texto constitucional) formula una noción general y omnicompreensiva de Seguridad Social (en la que se incluyen explícitamente una dimensión asistencial). La elaboración del art. 41 CE se produce en la época donde se estaban reformulando los sistemas de Seguridad Social de origen continental hacia una configuración mixta (contributiva y asistencial dentro del propio Sistema institucional de Seguridad Social). Por otra parte, se ha ido difuminando progresivamente la distinción estricta entre Seguridad Social y Asistencia Social (ambas técnicas renovadas y “mezcladas”) como se puede apreciar en la doctrina del TC, precisamente a propósito de la distribución de competencias en estas materias de protección social pública. La hermenéutica del art. 41 CE conduce desde el punto de vista de su lógica interna a una visión holista respecto al alcance y morfología de la Seguridad Social.

2º) En segundo lugar, se ha de señalar que es cuestión distinta la relativa a la distribución competencial, que conduce a una desmembración o fragmenta-

ción competencial entre el Estado central (Seguridad Social Contributiva y Asistencial) y las CCAA (asistencia social pública externa al Sistema de Seguridad Social). Se da apertura a una multiplicidad de títulos competenciales (artículos 149.1.1^a, 149.1.17^a, y 148.1.20^a de la Constitución). La protección por dependencia es Seguridad Social *Asistencial* (y, por tanto, asistencia social) situada fuera del Sistema institucional de la Seguridad Social, y estructurada como un Sistema Autónomo de Protección Social Pública.

Se puede afirmar, en definitiva, que el art. 41 CE puede dar lugar, como lo está haciendo ya en la práctica jurídica, a desarrollos sistémicos muy distintos: Sistema de la Seguridad Social; Sistema Nacional de Salud; Sistema Nacional de Dependencia. Es decir, la organización por sistemas autónomos y diferenciados desde el punto de vista jurídico e institucional de las diversas ramas de protección social pública. De este modo, “lo que es” Seguridad Social no se agota en un concreto Sistema Institucional de carácter estatal. Es una opción discutible de política legislativa de desarrollo de las previsiones constitucionales, pero también legítima y no contraria al texto constitucional.

En una perspectiva más concreta el encuadramiento de la protección de la dependencia en el Estado social autonómico es complejo, y va a dar lugar a desarrollos heterogéneos en el segundo y tercer nivel de protección legal. La Ley 39/2006 constituye, en efecto, la primera iniciativa normativa estatal para abordar la protección integral y sistemática de la dependencia (con importantes y abundantes desarrollos normativos, siendo una de las CCAA que ha avanzado más significativamente en este campo)³⁴, lo cual no significa que esta situación de necesidad no haya venido siendo objeto de cobertura por parte de otros entes públicos. En efecto, el Estado hasta ahora había permanecido al margen eludiendo su inclusión como contingencia autónoma en el ámbito objetivo de la Seguridad Social – a salvo de ciertas prestaciones económicas indirectas, de las que más adelante se tratará-, con lo que la tutela pública de la dependencia había quedado básicamente, como se ha comentado, en el ámbito de las Comunidades Autónomas en ejercicio de la competencia exclusiva en materia de Asistencia Social, asumida por todas ellas en sus respectivos Estatutos, con anclaje constitucional en el art. 148.1.20 CE.

Es importante reparar en que este título competencial permite a los poderes públicos autonómicos converger, e incluso concurrir, con el Estado en la

³⁴ Sin embargo, es criticable que la Comunidad Autónoma de Andalucía un cuente todavía con una Ley autonómica de protección de la dependencia. Véase Maldonado Molina, J.A.: “Competencia y funciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de dependencia”, en Monereo Pérez, J.L. y Serrano Falcón, C. (Dir. y Coord.): *Derecho Social de la Comunidad Autónoma de Andalucía*, Granada, Ed.Comares, 2009, págs. 483 y sigs.

conformación de un Sistema de Protección Social evolucionado y de estructura compleja en cumplimiento de los mandatos constitucionales de los artículos 9.2, 10.1, 49 y 50 CE, dirigidos todos ellos a la realización del principio de bienestar social, basilar en un Estado Social de Derecho. En efecto, tal y como ha dejado sentado reiteradamente la doctrina constitucional (SSTC 76/1986, de 9 de junio; 146/1986, de 25 de noviembre y 239/2002, de 11 de diciembre), en puridad el legislador Constituyente más que tolerar, reclama la acción conjunta de todos los poderes públicos para la satisfacción de esos objetivos mediante técnicas no sólo de subsidiariedad (como avalaba la STC 76/86), sino de complementariedad e, incluso, de yuxtaposición o suplementariedad (STC 239/2002). La protección social emerge, así, como un campo en el que las competencias constitucionales exclusivas no deben entenderse como “excluyentes” (STC 146/1986); es decir, la protección social se presenta como una materia compleja susceptible e idónea para el ejercicio de competencias concurrentes de los poderes públicos para la cobertura de situaciones de necesidad: por un lado, el Estado a través del subsistema de Seguridad Social ex art. 149.1.17 CE – marcado, por lo demás, por una dinámica asistencialista – y las Comunidades Autónomas por medio de sus respectivos subsistemas de Asistencia Social ex art. 148.1.20 CE, – caracterizados por una evolución expansiva hacia la noción de de Acción Social que se identifica con medidas contra la exclusión, promoción del bienestar social e igualdad de los ciudadanos.

En esta línea interpretativa, el TC ha efectuado una relectura evolutiva del art. 41 CE en relación con la Asistencia Social, mediante una interpretación conjunta y sistemática de dicho precepto en relación con el art. 148.1.20 CE en la que, partiendo de la premisa de que en aquél se “consagra un *sistema de protección social* encomendado a los poderes públicos que tiene como eje fundamental, aunque no único, al sistema de Seguridad Social...el cual coexiste con otros complementarios (STC 239/2002, FJ 6º)”, se llega implícitamente a la conclusión de que el nivel no contributivo de la Seguridad Social (asistencia social interna) puede complementarse y concurrir con otro nivel externo a cargo de las CC.AA (asistencia social externa). Desde esta perspectiva, en la que más adelante se abundará, la dependencia resulta ser una situación de necesidad que incide en particular en colectivos específicos –personas con discapacidad y personas mayores– y requerida de una también específica tutela conforme a los mandatos constitucionales ex arts. 49 y 50 CE. Dicha tutela es susceptible de ser dispensada por parte del Estado y por parte de las Comunidades Autónomas de forma complementaria y/o suplementaria, como modo de garantizar la suficiencia de la cobertura y, con ello, la efectividad del principio de justicia social. Con todo y pese a la legitimación competencial de ambos poderes –el Estado al amparo del art. 149.1.17 CE y las CC.AA al del art. 148.1.20 CE–, lo cierto es que, como se dijo, la materia había quedado casi

exclusivamente en el marco de la asistencia social autonómica, excepción hecha de la asistencia sanitaria (inespecífica y universal) dentro del sistema de Seguridad Social, de ciertas prestaciones económicas indirectas y marginales, igualmente de Seguridad Social –gran invalidez, complemento de ayuda de tercera persona de la invalidez no contributiva y asignación por hijo discapacitado y dependiente a cargo, más alguna intervención puntual reciente de orden estrictamente financiero en apoyo a Planes autonómicos de atención a la dependencia³⁵.

No obstante, las políticas autonómicas de protección de la dependencia venían acusando evidentes carencias: insuficiencia –cuantitativa y cualitativa– de una acción protectora, supeditada generalmente a disponibilidades presupuestarias; dispersión e inespecificidad de las técnicas de protección; lógica asistencialista (protección vinculada a límite de rentas) y reprochables desigualdades territoriales. Este estado de cosas es el que, precisamente, justifica la intervención estatal en la materia con el objeto de garantizar un nivel mínimo de protección y la igualdad de todos los ciudadanos, cualquiera que sea su lugar de residencia, en el acceso a dicha cobertura, sin perjuicio del respeto a las competencias constitucionales de las Comunidades Autónomas, esto es, sin merma del principio de autonomía política de las mismas³⁶.

En todo caso, si, con todas limitaciones apuntadas, los servicios sociales autonómicos son los que han instrumentado hasta ahora la única protección público-institucional de la dependencia, conviene efectuar siquiera un somero repaso de las regulaciones efectuadas por las CC.AA en este ámbito. En este sentido, habría que distinguir dos grandes grupos de actuaciones: la cobertura de la dependencia desde lo que se ha denominado “asistencia social invertebrada”, que constituye la regla general o mayoritaria en el panorama autonómico, y las minoritarias actuaciones a través de medidas de protección incardinadas en la “asistencia social vertebrada”.

En el primer caso, el más extendido en la práctica, como se ha dicho, se trata de una protección de la contingencia de dependencia desestructurada (desvinculada de su tronco “natural”, cuáles son las respectivas leyes de Servi-

³⁵ Se trata de los acuerdos de financiación estatal para proyectos autonómicos de ayuda a personas en situación de dependencia adoptados en el seno de la Conferencia Sectorial de Asuntos Sociales. Vid. en este sentido Resolución 26 de abril de 2006, de la Secretaría General Técnica del MTAS (BOE 23-05-2006) y RD 1633/2006, de 29 de diciembre, por el que se regula la concesión directa de subvenciones a la Comunidad Foral de Navarra y Comunidad Autónoma del País Vasco para proyectos de acción social a favor de las personas en situación de dependencia, vinculadas en ambos casos a la ampliación y equipamiento de la red de servicios públicos de atención a la dependencia.

³⁶ Suárez Corujo, B.: *La protección social en el Estado de las Autonomías*, cit.,pág.63.

cios Sociales autonómicas) y asistemática (carente de los elementos conceptuales esenciales relativos a la noción de dependencia, procedimiento de valoración y declaración de la situación y grado y requisitos de acceso a las prestaciones). En el segundo caso, minoritario en el panorama territorial, la protección de la dependencia se afronta de forma articulada, es decir mediante normas *ad hoc* de tratamiento específico y autónomo de la situación de necesidad protegida que incluyen los elementos del régimen jurídico de cobertura.

En lo que respecta al primer grupo, sólo tres Comunidades Autónomas cuentan con normas de atención a colectivos específicos potencialmente encuadrables en la noción jurídica de dependencia, si bien segregadas de sus respectivas Leyes de Servicios Sociales. Se trata de Andalucía, con sendas normas de atención a personas con discapacidad y personas mayores, que tangencialmente incorporan situaciones de dependencia, previendo carteras de servicios socio-sanitarios genéricas para los respectivos colectivos³⁷; Castilla y León, que limita su intervención a las personas mayores, si bien contempla como beneficiarios específicos de los servicios sociales a personas en situación de dependencia³⁸ y la Comunidad Valenciana, a través de su Estatuto de personas con discapacidad, con previsión específica de medidas de protección para personas con “grave discapacidad determinante de dependencia”³⁹.

En el segundo grupo –protección vertebrada de la dependencia–, se encuentran las Comunidades de Asturias, Madrid, Cantabria y Comunidad Foral de Navarra. La Ley asturiana 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios

³⁷ Ley 1/1999, de 31 de marzo, de atención a personas con discapacidad, incluye en su acción protectora a personas con discapacidad grave que precisen de la ayuda de otra persona para las actividades de la vida diaria (art. 32.2) y Ley 6/1999, de 7 de julio, de atención a personas mayores, con referencia específica a mayores con mayor nivel de dependencia (art. 1.1.a), previendo para ellas una serie de prestaciones socio-sanitarias en forma de servicios (atención domiciliaria, cuidados paliativos, estancias diurnas y atención residencia) y de carácter económico (ayudas individuales).

³⁸ Ley 5/2003, de 3 de Abril, de Atención y Protección a las Personas Mayores de Castilla y León, cuyo Título IV se dedica a la “atención de las personas mayores dependientes” y en él se incluye una definición de la dependencia conforme a la estandarizada por el Consejo de Europa (art. 42), si bien adolece de indefinición en lo relativo a la acción protectora a base de Servicios Sociales y sanitarios (art. 44.1) y planes y programas en materia socio-sanitaria (art. 46.1), sin concretar medidas específicas.

³⁹ Ley 11/2003, de 10 de abril, por el que se aprueba el Estatuto de personas con discapacidad, que entre los titulares de los derechos prevé expresamente a las personas con discapacidad con necesidad de apoyo generalizado (art. 2.3), entendiéndose por tal “aquella persona que, como consecuencia de su discapacidad, precisa de atención o ayuda de otra y otras personas para realizar los actos importantes de la vida diaria”. Además, en una línea de asistencia social evolucionada abandona, la lógica asistencialista para reconocer derechos subjetivos a las personas con discapacidad: prestaciones en servicios (art. 30) y económicas (art. 36).

Sociales recoge una definición de dependencia (art. 19.2) y contempla medidas específicas para las personas dependientes y de apoyo familiar (art. 27), aunque la concreción de las prestaciones se relega a desarrollo reglamentario por parte del Gobierno autónomo (art. 20) sin que, por otra parte, se reconozcan derechos subjetivos, por lo que el acceso a las prestaciones queda condicionada, en principio, a disponibilidades presupuestarias. La Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid, dedica un Título específico (Título VI) a la dependencia, con definición de la contingencia protegida (art. 62.1) y determinación de las prestaciones a las que tienen derecho los beneficiarios, con la necesaria adaptación de las previstas en la cartera general -técnicas, económicas y materiales o de servicios- (art. 64.5), si bien éstas se vinculan a un Plan de Atención Social a la Dependencia, aun pendiente de regulación reglamentaria, que contendrá la gradación de la contingencia, los indicadores de cobertura según los grados de dependencia, la previsión del crecimiento de recursos necesario, así como su financiación, distribución territorial y calendario de implantación.

La Comunidad de Cantabria es la única que contaba, hasta ahora, con una norma legal específica y exclusiva sobre la materia: Ley 6/2001, de 20 de noviembre, de Atención y Protección a las Personas en situación de dependencia, reconocedora del derecho de las personas dependientes a la protección de su autonomía (art. 1.a), comprensiva, también, de la noción de la dependencia estandarizada por el Consejo de Europa (art. 3) y con determinación de tres niveles de prestaciones materiales o de servicios (art. 4), si bien igualmente en este caso pendiente de desarrollo reglamentario (art. 5). No obstante, dicha norma ha sido derogada y reemplazada por la nueva Ley 2/2007 de Derechos y Servicios Sociales de Cantabria⁴⁰, que en la línea de superación del viejo asistencialismo de los servicios sociales predicable de la Ley 39/2006, reconoce el acceso a éstos como un derecho subjetivo de ciudadanía social⁴¹. En efecto, su

⁴⁰ Que viene a reemplazar, entre otras, a la Ley de Cantabria 5/1992, de 27 de mayo, de Acción Social y a la, ya mencionada, Ley de Cantabria 6/2001, de 20 de noviembre, de atención y protección a las personas en situación de dependencia.

⁴¹ Así lo proclama expresamente su Preámbulo (II): “La nueva Ley supera el viejo modelo asistencial de los servicios sociales, configurando un nuevo ámbito de protección social e instaura un sistema de derechos de ciudadanía, fundamentado en los principios de igualdad y universalidad. Su filosofía es claramente avanzada y persigue el reconocimiento de los derechos sociales como derechos de ciudadanía social. Pretende también la universalización de la protección social, lo que supone extender las actividades de prevención, promoción, tutela, intervención, incorporación e inclusión a todas las clases sociales. La Ley realiza, por tanto, un cambio paradigmático: sustituir toda inspiración en la beneficencia por modernos criterios de reconocimiento de nuevos derechos ciudadanos y trascender el ámbito tradicional de actuación de los servicios sociales,

art. 4.1 garantiza, con carácter general, a la ciudadanía de la Comunidad el derecho subjetivo universal a la Protección Social y, en particular [art.4.1.b] a “la protección en las situaciones de dependencia en los términos que establece la legislación estatal y en los que, en este ámbito, determine el Gobierno de Cantabria”. Así mismo, en su art. 27 se establece la cartera mínima de servicios (apartado A) –algunos de ellos, con el carácter de prestaciones garantizadas específicamente a las personas dependientes– y las prestaciones económicas previstas en la Ley estatal, con la previsión de que ambos casos serán desarrolladas a nivel autonómico en virtud de la cofinanciación establecida en esta última norma.

Pues bien, aunque las más recientes normas de servicios sociales, –de la llamadas de “segunda generación”– pretenden inscribirse en la línea de una asistencia social evolucionada basada en el reconocimiento de derechos subjetivos, en puridad no garantizan ninguna prestación a las personas en situación de dependencia, ya que a pesar de proclamar el “derecho subjetivo” de los ciudadanos a los servicios sociales, éste queda supeditado a un desarrollo reglamentario que en la mayoría de los casos no se ha efectuado aun. En términos generales, el Libro Blanco “Atención a las personas en situación de dependencia en España” (2004) reconoce, no obstante, notables avances en la construcción de los “sistemas” autonómicos de servicios sociales al disponer de una amplia regulación jurídica, de un conjunto de recursos humanos y materiales estables, de reconocimiento social y de intervenciones estructuradas a partir de criterios e instrumentos técnicos, pero por otra parte constata la endeblez del “derecho” a los servicios sociales, en el sentido antes comentado. Por lo demás, se trata de insuficiencias que tienen un fuerte impacto particularmente en el ámbito de la dependencia, ya que para acceder a las prestaciones las personas dependientes (y sus familias) deben, además de acreditar la situación de necesidad, justificar la insuficiencia de recursos económicos para afrontar la situación. La utilización de, lo que el Libro Blanco denomina, “formas selectivas” de acceso cierra el paso a las prestaciones a muchas personas, especialmente aquellas que a pesar de sus graves limitaciones funcionales disponen de rentas medias superiores a los baremos establecidos para acceder a los servicios públicos o concertados, pero que no disponen de recursos económicos sufi-

hasta ahora, reducido a las situaciones de pobreza, exclusión y desprotección, al marcarse el objetivo de contribuir al bienestar de todas las personas y al pleno desarrollo comunitario. Este cambio sustancial responde a los mismos principios inspiradores que han motivado, a nivel de Estado, un hecho de singular trascendencia, que supone un hito en el desarrollo del cuarto pilar de nuestro Estado de Bienestar, como es el reconocimiento del derecho a la protección social de las situaciones de dependencia”.

cientes para costearse una plaza privada (Libro Blanco, cit, Cap. II, pp. 52 y 54).

Más recientemente, la Ley Foral 15/2006, de 14 de diciembre, de Servicios Sociales de Navarra, ya con el respaldo de la Ley 39/2006, se inscribe decididamente en la técnica de universalización de la protección y, así, reconoce el derecho universal de ciudadanía al acceso al sistema autonómico de servicios sociales (art. 1) y, específicamente dentro de los Programas de Servicios Sociales de base de implantación obligatoria (art. 31) recoge el Programa de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de dependencia (art. 31.b) con todas las prestaciones previstas en la Ley estatal y aplicable en los términos que se acuerden con la Administración General del Estado (AGE).

La Ley 39/2006, se vence por el modelo universalista, de manera que uno de los principios inspiradores de la Ley es “la universalidad en el acceso de todas las personas en situación de dependencia, en condiciones de igualdad efectiva y no discriminación, en los términos establecidos en la Ley” [art.3. b)]. Toda persona necesitada en situación de dependencia tiene derecho a acceder a la protección pública dispensada, pero en los términos establecidos en la Ley (incluidas las exigencias de residencia y nacionalidad ex art. 5 LAAD). Se reconoce un derecho social como derecho de ciudadanía, con base a un principio de universalidad que no se ve cuestionado por la exigencia del copago por parte del beneficiario, porque tan sólo se trata de una modulación del derecho, que no tiene fuerza condicionamiento de su reconocimiento. Ese derecho se consagra expresamente en el art. 1 de la Ley, a cuyo tenor “la presente Ley tiene por objeto regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, en los términos establecidos en las leyes, mediante la creación de un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, con la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas y la garantía por la Administración General del Estado de un contenido mínimo común de derechos para todos los ciudadanos en cualquier parte del territorio español” (art. 1.1). El derecho subjetivo de ciudadanía a la autonomía es un derecho a las prestaciones que en el fondo presenta una conexión funcional y dinámica con el conjunto de derechos fundamentales de las personas. Según el art. 4.1 de la Ley “las personas en situación de dependencia tendrán derecho, con independencia del lugar del territorio del Estado español donde residan, a acceder, en condiciones de igualdad, a las prestaciones y servicios previstos en esta Ley, en los términos establecidos en la misma”. Las personas en situación de dependencia “disfrutarán de todos los derechos establecidos en la legislación vigente”, relacionando con carácter abierto y ejemplificativo los que se consideran más signifi-

cativos (art. 4.2 Ley). La preocupación es la de garantizar que las personas en situación de dependencia –que ex art. 1.1 tienen reconocido ya un derecho subjetivo de ciudadanía a la protección dispensada– no encuentren ninguna merma en el disfrute de los derechos que les corresponden como personas. De este modo, las personas en situación de dependencia disfrutarán de todos los derechos establecidos en la legislación vigente” (art. 4.2 LAAD). Incumbe a los poderes públicos una función promocional: adoptarán las medidas necesarias para promover y garantizar el respeto de los derechos de las personas en situación de dependencia, sin más limitaciones en su ejercicio que las directivamente derivadas de la falta de capacidad de obrar que determina su situación de dependencia (art. 4.3). Con la LAAD se produce la transición de un modelo de asistencia social a otro modelo de carácter universal, en cuyo marco la protección social se garantiza a todas las personas en situación de dependencia, sin condicionamiento a la inexistencia de recursos económicos. El derecho subjetivo de ciudadanía a la protección se materializa a través de la creación legislativa del “Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia” (SAAD), con la implicación de las distintas Administraciones Públicas y la garantía por parte de la Administración General del Estado de un contenido mínimo común necesario de derechos para todas las personas en situación de dependencia con independencia del lugar de residencia en Estado español.

La titularidad del derecho subjetivo a la protección por dependencia es universal, lo que no obsta que se encuentre condicionado a que se acredite la situación de dependencia, pues ésta constituye el presupuesto lógico-normativo para que se realice la cobertura que dispensa el derecho a la protección ante la actualización de dichas situaciones. De ahí que en la organización jurídica de la protección sea preciso distinguir dos fases entrelazadas: el reconocimiento de la situación de dependencia (art. 28.2 LAAD; Cap. IV de la LAAD) y el reconocimiento en sí del derecho a la protección de la persona dependiente. Hay que tener en cuenta que el reconocimiento de la situación de dependencia no supone el acceso inmediato al derecho, como sería lo lógico atendiendo a la existencia de ese derecho subjetivo a la protección garantizado en el art. 1.1 LAAD. Ello está motivado por el hecho de que la Comunidad Autónoma de residencia habitual de la persona dependiente realizará el reconocimiento en atención al régimen de cobertura legalmente existente. En tal sentido es relevante el orden de preferencia preordenado en la LAAD. En el año 2007 sólo serán beneficiarios del Sistema de Dependencia las personas que se encuentren en una situación de “gran dependencia” –Grado III, niveles 2 y 1–. En esa aplicación gradual, en los años siguientes se atenderá progresivamente a los demás casos (DF. 1ª LAAD, “Aplicación progresiva de la Ley”). En dicha disp. final se establece que “la efectividad del derecho a las prestaciones de dependencia incluidas en la presente Ley se ejercerá progresivamente, de modo gradual y

se realizará de acuerdo con” el calendario que establece legalmente en la misma. Se arguye que es el alto coste y la gran complejidad de este Sistema de protección social el que ha determinado la vigencia gradual o escalonada. Es así que las personas a las que se les haya reconocida la situación de dependencia no verán satisfecho su derecho hasta la fecha de inicio de su año de implantación correspondiente. En todo caso, se atribuye a la competencia autonómica establecer en atención a la graduación legal los derechos de prestaciones como centro residencial, teleasistencia, ayuda a domicilio y centros de día o de estancia temporal. Por otra parte, interesa recordar que el mismo grado o nivel de dependencia como las prestaciones correspondientes puede ser objeto de modificación o revisión⁴².

Con todo, el art. 1.1 LAAD garantiza un derecho subjetivo de ciudadanía a la protección por dependencia. Es un derecho de ciudadanía social, y como todos los de esta clase supone un status jurídico que se concede a los miembros de pleno derecho de una sociedad, de manera que sus beneficiarios son iguales respecto a los derechos y obligaciones que implica. Se confiere un estatus legal de la persona integrado por el derecho subjetivo a la protección. Se trata, como todos los derechos sociales, de un *derecho de desmercantilización* de los modos de satisfacción de ciertas necesidades. El concepto de desmercantilización es la base de la ciudadanía social⁴³. El concepto de ciudadanía social se concibe en sentido jurídico y político como un conjunto de pretensiones y expectativas que cada ciudadano en cuanto tal (con proyección universalista) expresa frente al Estado (o, más ampliamente, al poder público) para obtener la garantía de seguridad necesarias, en la vida y en el trabajo; y todo ello a fin de dar contenido de dignidad a la existencia individual. En esta perspectiva, los derechos sociales son derechos básicos de la persona y en cuanto tales quedan equiparados a los tradicionales derechos civiles y políticos. Tales derechos comprenden un conjunto de posiciones activas de ventaja y de medidas de política pública que neutraliza las desigualdades generadas por el mercado, que es una instancia provisora del bienestar insuficiente para la satisfacción generali-

⁴² AAVV.: Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete ,C., Moreno Vida, M^a.N., Maldonado Molina, J.A. y González De Patto, R.M^a.: *La protección jurídica de las situaciones de dependencia. Estudios sistemático de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de protección de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, Granada, Ed.Comares, 2007, págs.225-226.

⁴³ Monereo Pérez, J.L.: La política social en el Estado del Bienestar: Los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de “desmercantilización”, en *Revista de Trabajo*, núm. 19 (1995), págs.7 a 46; ID.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, CES, 1996, cap. II, págs.45 y sigs., cap. III, págs.159 y sigs.

zada de las necesidades humanas fundamentales. El derecho subjetivo a la protección por dependencia se inserta en la ciudadanía social. Esta ciudadanía social adquiere una configuración dual: desde el punto de vista “formal”, la ciudadanía hace referencia a la condición de miembro de una determinada comunidad política; desde el punto de vista “sustancial”, la ciudadanía remite a la atribución al ciudadano de un conjunto de derechos reconocidos por el Estado. La ciudadanía social está vinculada al principio de igualdad sustancial representando un límite al mercado en aras de la realización de la justicia social).

El derecho subjetivo de ciudadanía ex art. 1.1 LAAD implica todo eso, y así el reconocimiento del derecho del ciudadano dependiente a un nivel mínimo de vida digna, esto es, de vida civilizada. No existen razones impeditivas para no configurar los derechos sociales como verdaderos derechos subjetivos, lo que ocurre es que se insertan en una revisión de la categoría técnica de derecho subjetivo. Así se ha señalado que un derecho subjetivo es la posición normativa de un sujeto para la que es posible dar razones válidas (derecho *prima facie*) y suficientes (derecho definitivo abstracto), y cuyo no reconocimiento injustificado le ocasiona un daño inminente al sujeto (derecho definitivo concreto). Una de las ideas-fuerza fundamentales del proceso de constitucionalización reforzado a partir de la segunda postguerra mundial ha sido la tendencia a reconocer la universalidad de los derechos humanos, superando su mera condición de derechos de “ciudadanía” estricta⁴⁴, mediante su atribución a la persona. El proceso vendría marcado por el desplazamiento de de los derechos del ciudadano a los derechos de la persona⁴⁵. Sin embargo, el proceso es incompleto, en la medida

⁴⁴ En la lógica de la defensa de la universalidad de los derechos, se ha aportado una definición formal o estructural de derechos fundamentales como “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derechos subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por *status* la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”. Cfr. Ferrajoli, L.: *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, pág.37. Es verdad que la experiencia histórica pone de manifiesto ciertas aporías de un discurso universalista, pues no son pocas las culturas que cuestionarían algunos de ellos. No obstante, tras la refundación del sistema internacional a partir de la Segunda Guerra Mundial inició un proyecto constituyente en el marco de la ONU que confiere un alto grado de legitimidad político-jurídica a las grandes Declaraciones y Pactos Internacionales de Derechos Humanos.

⁴⁵ Ferrajoli, L.: *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, págs.97 y sigs.

en que quedan condicionados por los sistemas estatales y la demarcación de sus fronteras. Es decir, estamos ante los derechos de ciudadanía entendida ésta como el “estatus que se concede a los miembros de pleno derecho de una comunidad” política⁴⁶. La propuesta alternativa desde el garantismo jurídico ha sido la de recuperar el aliento *universalista* en una refundación del Derecho internacional. Ese carácter incompleto e imperfecto se manifiesta en el mismo derecho subjetivo de ciudadanía social ex art.1.1 LAAD, que no obstante afirmar su universalidad limita el ámbito subjetivo a los ciudadanos españoles.

⁴⁶ Véase Marshall, T.H.: *Ciudadanía y clase social (1950)*, en Marshall, T.H. y Bottomore, T.: *Ciudadanía y clase social*, trad. P. Linares, Madrid, Alianza, 1998.