



CUESTIONES COMPETENCIALES EN LA LEY DE DEPENDENCIA

MANUEL RAMÓN ALARCÓN CARACUEL

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Sevilla

EXTRACTO

No cabe duda de que la promulgación de la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia constituye un paso muy positivo en el desarrollo de nuestro sistema de protección social. Y lo es pese a que se trata de un problema que ni es nuevo ni estaba completamente huérfano de protección hasta ahora.

La opción seleccionada finalmente por el legislador para implantar lo que se ha venido en denominar el cuarto pilar de la protección social ha sido la de constituir un nuevo sistema, una red de servicios, en el que la atención a la dependencia no se configura sin embargo como una nueva prestación del Sistema de Seguridad Social —de competencia básicamente estatal, por tanto— sino integrada en el cuadro de acción protectora que las Comunidades Autónomas han venido desarrollando bajo el título competencial de la Asistencia Social.

Desde el punto de vista del reparto constitucional, el presente estudio parte de la constatación de que los servicios sociales carecen de dimensión institucional a modo de título competencial. No son un mecanismo completo de protección social sino una de las técnicas prestacionales —prestaciones en especie— que pueden ser dispensadas por aquellas instituciones de protección social, tanto por la Seguridad Social como por la Asistencia Social. De ahí que las opciones originarias de las que disponía el legislador estatal para el nuevo diseño fueran varias, en función precisamente, de la propia concepción que se hiciera del servicio.

Analizadas una a una todas las opciones, desde el desarrollo autónomo de los títulos incardinados en los art. 148 y 149, hasta los mecanismos de trasvase, transferencia y coordinación del art. 150 y ss, se realiza un repaso detenido a la significación del art. 149.1.1. a luz sobre todo de la doctrina del TC. Y, con un objetivo principal, intentar dar respuesta a algunas de las preguntas que sugiere el mecanismo de colaboración permanente (y voluntario?) interadministrativo que se instaura, en el caso de que alguna vez pudiera darse un desencuentro.

ÍNDICE

1. UN PUNTO DE PARTIDA DISCUTIBLE: EL CUARTO PILAR DEL ESTADO DEL BIENESTAR
2. LA OPCIÓN POR LA CREACIÓN DE UN SISTEMA: UNA DECISIÓN POLÍTICA CON CONSECUENCIAS COMPETENCIALES
 - 2.1. Los servicios sociales no son una «materia competencial» sino una mera técnica prestacional
 - 2.2. Las CCAA se autoatribuyen indebidamente la competencia exclusiva como prestadoras de servicios sociales
 - 2.3. Última peripecia: los nuevos Estatutos de Autonomía se olvidan de la competencia sobre Asistencia Social y la sustituyen por la competencia sobre servicios sociales
3. EL ESTADO SUPERA EL DILEMA RECURRIENDO AL ARTÍCULO 149.1,1.ª DE LA CONSTITUCIÓN
 - 3.1. El principio de la colaboración interadministrativa
 - 3.2. Las opciones constitucionales para articular normativamente el principio de colaboración interadministrativa
 - 3.3. La opción elegida: el artículo 149.1,1.ª CE.

1. UN PUNTO DE PARTIDA DISCUTIBLE: EL CUARTO PILAR DEL ESTADO DEL BIENESTAR

No cabe duda de que la promulgación de la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (LPAD, en adelante) constituye un paso muy positivo en el desarrollo de nuestro sistema de protección social. Y lo es pese a que se trata de un problema (el de las personas dependientes que, como dice el artículo 2.2, son las que «precisan la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria») que ni es nuevo ni estaba completamente huérfano de protección hasta ahora. No hay más que leer el artículo 137.6 de la Ley General de Seguridad Social (en su versión inmediatamente anterior a la actual pero provisionalmente en vigor) para comprobar que existe desde hace años una contingencia dentro de la acción protectora de nuestro sistema de Seguridad Social, denominada «gran invalidez» y definida en términos prácticamente idénticos a la definición de dependencia contenida en la LPAD: «se entenderá por gran invalidez la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos». Y la prestación dispensada, a tenor del artículo 139.4 de la LGSS, consiste en un incremento del 50 % de la pensión de invalidez disfrutada, cantidad destinada «a que el inválido pueda remunerar a las personas que le atiendan». Es cierto que la situación de dependencia tiene frecuentemente un origen distinto de la invalidez —concretamente la vejez— pero no es menos cierto que, en el marco de la Asistencia Social dispensada por las Comunidades Autónomas, también esa dependencia asociada a la senectud ha sido desde hace tiempo objeto de protección, especialmente a través de la prestación de servicios sociales. Quien desee entrar en la página web de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía, por ejemplo, puede quedar gratamente sorprendido de la amplia panoplia de servicios ofrecidos a la población dependiente: residencias geriátricas, centros de día y de noche, servicios de teleasistencia domiciliaria, etc., etc.

Una vez reconocido esto —la no novedad ni del problema ni de su atención por parte de los poderes públicos— sí es cierto que en los últimos años la evolución demográfica de las sociedades desarrolladas ha agravado la dimensión del problema debido al envejeci-

miento de la población y al denominado «envejecimiento del envejecimiento», es decir, el aumento del colectivo de población con edad superior a 80 años que, tal como afirma la Exposición de Motivos de la LPAD, en nuestro país «se ha duplicado en sólo veinte años», y, consiguientemente, ha producido una multiplicación de personas dependientes. En la citada Exposición de Motivos se afirma que «un 9% de la población española, según la Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Estado de Salud de 1999, presenta alguna discapacidad o limitación que le ha causado, o puede llegar a causar, una dependencia para las actividades de la vida diaria o necesidad de apoyo para su autonomía personal en igualdad de oportunidades». Y, por lo tanto, es digno de aplauso que los poderes públicos hayan decidido mejorar y sistematizar la atención a las personas dependientes, que ese es el objetivo principal de la LPAD al crear el denominado Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, con la finalidad esencial de dispensar una atención pública a un problema que, hasta ahora —y pese a la existencia de las prestaciones antes citadas, entre muchas otras— venía abandonado en gran medida a la solidaridad familiar, léase al encomiable trabajo gratuito de mujeres (madres, esposas, hijas, etc.).

Ahora bien, hecho ese reconocimiento y ese aplauso, me parece conveniente observar —porque, como veremos, ello tiene mucho que ver con la manera como se ha enfocado por el legislador la cuestión competencial— que calificar la instauración de este SAAD como el «cuarto pilar del Estado el Bienestar» es manifiestamente desproporcionado. Y esa calificación no es un mero producto de la presentación político-mediática del asunto sino que figura en la Exposición de Motivos de la propia LPAD, en el segundo párrafo de su punto 2: «Si en 1978 los elementos fundamentales de ese modelo de Estado del bienestar se centraban, para todo ciudadano, en la protección sanitaria y de la Seguridad Social, el desarrollo social de nuestro país desde entonces ha venido a situar a un nivel de importancia fundamental a los servicios sociales, desarrollados fundamentalmente por las Comunidades Autónomas, con colaboración especial del tercer sector, como cuarto pilar del sistema de bienestar, para la atención a las situaciones de dependencia». Un análisis un poco atento de ese párrafo revela inmediateamente la debilidad estructural del discurso subyacente al mismo. Veámoslo.

Ante todo, se habla de «cuarto pilar» junto a otros dos —sanidad pública y Seguridad Social— pero ¿cuál es el tercer pilar? A veces —aunque no en la Exposición de Motivos que estoy comentando— se menciona la Educación, otras se habla del acceso a una vivienda digna y otras, incluso, se menciona la política de empleo. En cualquier caso, se trata de pilares muy heterogéneos y de muy diversa entidad: alguno pertenece al ámbito específico de la protección social —como es la Seguridad Social, que es el núcleo del sistema de protección social— mientras que, por ejemplo, la educación, pertenece al campo de la promoción social, que no es exactamente lo mismo, aunque ambas formen parte del modelo del Estado del Bienestar. Y su importancia relativa es absolutamente dispar: por importante que sea la atención a las personas dependientes —y aún admitiendo sin cuestionarlo el dato utilizado por la Exposición de Motivos de que puede ser un problema que llegue a afectar al 9% de la población española (a mí la cifra me parece exagerada)— parece de poca entidad si lo comparamos con el sistema sanitario que cubre al conjunto de la población —incluida también la población dependiente, a través de la llamada asistencia sociosanitaria— o con el sistema de Seguridad Social que cubre a aproximadamente 21 millones de afiliados y frente a una completísima batería de contingencias. En fin, ni si-

quiera ese cuarto pilar —que, como digo, carece de la robustez necesaria para poder ser considerado como tal— está claro en qué consiste. A veces se habla del sistema de «ayuda a las familias», que, efectivamente, es una de las asignaturas pendientes de nuestro sistema de protección social desde hace muchos años y que, en la construcción de Beveridge, se concebía efectivamente como el cuarto pilar, junto al Seguro Social, la Asistencia Nacional (lo que nosotros llamamos Asistencia Social) y la Sanidad. Otras veces se habla de la red de servicios sociales, encomendada entre nosotros a las Comunidades Autónomas a partir de un equívoco conceptual enorme al que enseguida me referiré. Tanto en un caso como en otro, la atención a la dependencia solamente sería una parte, aunque importante, de esa acción protectora: de la ayuda a las familias o de los servicios sociales. En fin, hay veces que se identifica ese cuarto pilar —y ésta es la posición menos justificable de todas— exclusivamente con la atención a la dependencia: eso es lo que parece decir, aunque de forma harto confusa, el párrafo transcrito de la Exposición de Motivos y esa es la idea que subyace a la creación del denominado Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia que, junto al Sistema Nacional de Salud y al Sistema Nacional de Seguridad Social, constituirían los tres (de nuevo tres, no cuatro) pilares de nuestro Estado del Bienestar. Tres pilares que, desde luego, dejarían la mesa «un poco coja», habida cuenta de la diferencia de tamaño entre el nuevo Sistema que pretende crear la LPAD y los otros dos —el sistema sanitario y el de Seguridad Social— que son muchísimo más importantes.

Antes de entrar a analizar el por qué de esa opción tan extraña —a la búsqueda de alguna razón que vaya más allá de una explicación en clave de mera propaganda política— apuntemos un último rasgo de cierta incoherencia del legislador: el citado Sistema se define por el artículo 6.2 de la LPAD como «una red de utilización pública que integra, de forma coordinada, centros y servicios, públicos y privados» y la creación de esa nueva red de servicios sociales (aunque, obviamente, se integrarán en ella los ya existentes, que no son pocos) se concibe por el artículo 1 como el instrumento para garantizar el derecho subjetivo a la promoción de la autonomía personal y la atención de las personas dependientes que la propia LPAD crea también. Sin embargo, la atención a la dependencia no se encomienda por la propia LPAD exclusivamente a esa red de servicios sociales sino que se prevé también la posibilidad de otorgar a los beneficiarios unas prestaciones de contenido estrictamente económico, si bien esas cantidades estarían, a su vez, destinadas a sufragar los servicios que la persona dependiente necesite, servicios que puede obtener en el mercado libre, y que pueden consistir en la asistencia a centros o en la ayuda de cuidadores profesionales o en la ayuda de cuidadores no profesionales prestada en el propio entorno familiar. A todo ello se refieren los artículos 14, 17, 18 y 19 de la LPAD. Es cierto que, en la lógica de la LPAD, la prestación económica sería una solución subsidiaria para los casos en que la persona dependiente no pudiera ser atendida a través de la red de servicios públicos o concertados (artículo 14.3) o incluso una solución de carácter excepcional para pagar a cuidadores no profesionales (artículo 14.4). Pero, aún así, puede que en el desarrollo práctico de la LPAD esas prestaciones económicas adquieran más presencia e importancia de la prevista y, en ese caso, no sería adecuado identificar la atención a la dependencia exclusivamente con el Sistema de servicios sociales dispuestos al efecto. Esa identificación —de carácter reductivo, como digo— tiene mucho que ver, en realidad, con unas determinadas opciones del legislador sobre el modelo que se quiere implantar y, a su vez, sobre la manera de resolver la cuestión competencial. Veámoslo.

2. LA OPCIÓN POR LA CREACIÓN DE UN SISTEMA: UNA DECISIÓN POLÍTICA CON CONSECUENCIAS COMPETENCIALES

La opción por colocar el centro de gravedad de la atención a la dependencia en la creación de una adecuada red de servicios sociales de titularidad pública —sin perjuicio de la integración en la misma de servicios de titularidad privada pero actuando en régimen de concierto— es, en mi opinión, acertada. Por una parte, se rechaza así el planteamiento que, en su día, hizo la Ley 55/1999, de acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado para el año 2000, que se limitaba a prever un marco de incentivos fiscales a las empresas privadas que se dedicaran a establecer esos servicios, lo cual significaba dejar en manos exclusivamente del mercado un asunto tan importante como éste. Por otra parte, la opción elegida pretende superar el estado actual de cosas, a saber, que son las propias familias de las personas dependientes quienes se ocupan de su atención, estado que, probablemente, tendería a perpetuarse —y aún a fortalecerse— si el Estado solamente se dedicara a dar prestaciones económicas a dichas familias. Aunque, en este punto, no faltan voces que señalan que las personas dependientes suelen manifestar su preferencia por la atención familiar y en el marco de su propio hogar —cuando ello es posible— por lo que esta vía de atención, que la LPAD contempla de manera muy excepcional, quizás debería aparecer como una alternativa más normalizada. Pero, en cualquier caso, la creación —o la potenciación, puesto que no se parte de cero— de la red de servicios públicos era absolutamente necesaria. Además, ello supone una mayor profesionalización de la atención a las personas dependientes, que es imprescindible en los supuestos de dependencia más severa, profesionalización que supondrá la creación de muchos empleos en el sector, con los consiguientes retornos económicos, sobre los cuales los autores de la LPAD abrigan muchas expectativas.

Ahora bien, esa opción ha llevado implícita una conclusión desde el punto de vista competencial, que es la siguiente. Si de lo que se trata es de crear una red de servicios sociales, la atención a la dependencia no puede configurarse como una nueva prestación del Sistema de Seguridad Social —de competencia básicamente estatal, por tanto— sino que, en principio, debería formar parte de la acción protectora que las Comunidades Autónomas han venido desarrollando bajo el título competencial de la Asistencia Social. Veamos esto con algo más de detalle.

De entrada, eso no está dicho así explícitamente, en parte alguna, al menos que yo sepa. Como tampoco está dicho expresamente —y, sin embargo, parece ser que fue un argumento utilizado por la patronal en el diálogo social previo a la aprobación de la ley— que se rechazara la incardinación de la nueva prestación en el Sistema de Seguridad Social para alejar todo riesgo de subida de cotizaciones sociales para su financiación.

Empezando por esto último, es cierto que existía el «riesgo» (si es que se le puede considerar así, que no es precisamente lo que yo opino) de tener que financiar, al menos en parte, con cotizaciones sociales la atención a la dependencia si ésta se configuraba como una nueva contingencia protegida por el sistema de Seguridad Social, añadiéndola, pues, a la lista del artículo 38 de la LGSS. La única manera de evitar esto hubiera sido configurar la atención a la dependencia exclusivamente como prestación no contributiva, para forzar su financiación con cargo a las transferencias desde los Presupuestos Generales del Estado; pero en tal caso solamente tendrían acceso a la nueva prestación las personas que su-

peraran la prueba de necesidad, con lo que hubiera quedado seriamente afectado su carácter universal.

Por el contrario, el argumento según el cual la configuración de una red de servicios sociales de atención a la dependencia es algo que debe encuadrarse necesariamente en la Asistencia Social pero no en la Seguridad Social, no resiste un análisis riguroso desde el punto de vista constitucional. Sin embargo, hay que reconocer que ese argumento es tributario de cómo se ha venido desarrollando en la práctica en el último cuarto de siglo la distribución competencial entre Estado y CCAA en el ancho campo de la protección social. Ese desarrollo práctico ha partido de un equívoco mayúsculo —la indebida identificación de los servicios sociales con la Asistencia Social— y ha desembocado en una colosal paradoja: la desaparición en los Estatutos autonómicos recién reformados de la competencia sobre Asistencia Social, fagocitada, precisamente, por los servicios sociales. Explicaré dicho proceso telegráficamente.

2.1. Los servicios sociales no son una «materia competencial» sino una mera técnica prestacional

Dentro del ancho campo de la protección social hay dos mecanismos fundamentales: la Seguridad Social y la Asistencia Social. En ambos casos estamos hablando de instituciones maduras, que responden a principios rectores propios y bien definidos (aunque la Asistencia Social tiene perfiles más difusos, dado que su característica definitoria es la de su carácter «complementario» respecto a la Seguridad Social, como segunda malla protectora de la población) y que tienen prevista una expresa atribución competencial en los artículos 149.1,17.^a y 148.1,20.^a de nuestra Constitución, a favor del Estado (casi por completo) y de las CCAA, respectivamente: es decir, constituyen una «materia competencial».

Los servicios sociales, por el contrario, carecen de esa dimensión institucional. No son un mecanismo completo de protección social sino una de las técnicas prestacionales —prestaciones en especie— que pueden ser dispensadas por aquellas instituciones de protección social, tanto por la Seguridad Social como por la Asistencia Social. De hecho, al promulgarse la Constitución Española, los servicios sociales figuraban en el artículo 38.1,e) de la LGSS —precepto que, por cierto, sigue en vigor— como parte de la acción protectora de nuestro sistema de Seguridad Social: *«las prestaciones de servicios sociales que puedan establecerse en materia de reeducación y rehabilitación de inválidos y de asistencia a la tercera edad, así como en aquellas otras materias en que se considere conveniente»*. Y, por otra parte, el Real Decreto-ley 36/1978, de 16 de noviembre, de Gestión Institucional de la Seguridad Social, la Salud y el Empleo, promulgado un mes antes de aprobarse la Constitución, había creado, como Entidad Gestora de la Seguridad Social, el Instituto Nacional de Servicios Sociales (INSERSO) *«para la gestión de servicios complementarios de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social»*, entidad que posteriormente cambiaría el nombre por el de Instituto de Migraciones y Servicios Sociales y, recientemente —ex Real Decreto 1600/2004, de 2 de julio— Instituto de Mayores Servicios Sociales, regulado actualmente por Real Decreto 1226/2005, de 13 de octubre, que lo sigue configurando expresamente como Entidad Gestora de la Seguridad Social (artículo 1.1) y entre

cuyas competencias figura precisamente la de «*propuesta, gestión y seguimiento de planes de servicios sociales de ámbito estatal en las áreas de personas mayores y de personas dependientes*» (artículo 1.2,h).

2.2. Las CCAA se autoatribuyen indebidamente la competencia exclusiva como prestadoras de servicios sociales

Sucede, sin embargo, que, dado que el artículo 148.1,20.^a preveía que las Comunidades Autónomas podían atribuirse en sus Estatutos, la competencia en materia de Asistencia Social, todas ellas lo hicieron y, curiosamente, incluyeron en la misma —como si fuera un imperativo conceptual, pese a no serlo en absoluto— la competencia sobre los servicios sociales. Más aún, en algunos Estatutos no se mencionaba la Asistencia Social pero sí los Servicios sociales; en otros se aludía a ambos; y, a veces, se utilizaron otras expresiones como Bienestar social, etc. Además, todas las CCAA se atribuyeron dicha competencia con carácter exclusivo, lo cual conducía a una situación paradójica: puesto que nadie discutió ni impugnó esa clara extralimitación de los Estatutos de Autonomía al atribuirse con carácter exclusivo la competencia sobre Servicios Sociales (frecuentemente se ponía con mayúsculas, como una prueba más del equívoco que vengo comentando), se había producido una especie de «inconstitucionalidad sobrevenida» de las disposiciones normativas —concretamente, de los artículos 38, 53 y 54 de la LGSS, pero no solamente ellos— que regulaban la actividad estatal prestadora de servicios sociales, sobre todo a través de la Seguridad Social, aunque también a través de otros organismos autónomos. Tal «inconstitucionalidad virtual» no se producía, desde luego, por imperativo constitucional —puesto que la CE no dice nada sobre competencia en materia de servicios sociales— pero sí podía apreciarse si se comparaba esa situación normativa de origen preconstitucional con el «bloque de constitucionalidad» integrado por la Constitución y los Estatutos de Autonomía, que habían hecho una determinada interpretación —devenida firme por no impugnada— del contenido de la Asistencia Social como materia dentro de la cual hay que considerar comprendida la «submateria» (que, en realidad, no es más que una técnica prestacional, como ya hemos señalado) «servicios sociales».

Ahora bien, el Estado no solamente no impugnó esa excesiva autoatribución competencial estatutaria sino que se apresuró a transferir a las CCAA la gestión de los servicios sociales, tanto de los que gestionaba a través del antiguo INAS (Instituto Nacional de Asistencia Social, organismo autónomo no perteneciente a la Seguridad Social), que transfirió mediante el Real Decreto 251/1982, de 15 de enero, como, sobre todo, de los que gestionaba el INSERSO (Instituto Nacional de Servicios Sociales, Entidad Gestora de la Seguridad Social), que transfirió —en el caso de Andalucía, por poner un ejemplo— mediante Real Decreto 1752/1984, de 1 de agosto. Con ello se cerraba el círculo: las CCAA serían en adelante las protagonistas prácticamente exclusivas en la prestación de los servicios sociales, bien amparadas en su título competencial propio y exclusivo sobre Asistencia Social, bien en virtud del título competencial dimanante del artículo 149.1,17.^a de la CE, que prevé que las CCAA pueden recibir como transferencia competencial «la ejecución de los servicios de la Seguridad Social». Con ello, además, se cerraba una operación institucional de gran envergadura tendente a dejar reducida la Seguridad Social a una insti-

tución que otorga única y exclusivamente prestaciones económicas, una vez que la gran prestación en especie —la asistencia sanitaria— ha quedado completamente desgajada del ámbito institucional de la Seguridad Social y atribuida a las CCAA (aunque no desde el punto de vista de su legislación básica, que sigue siendo competencia estatal, pero con el título del 149.1,16.^a, no del 149.1,17.^a), lo que se completa ahora atribuyendo también a las CCAA el otro gran área de prestaciones en especie: los servicios sociales. Pero ¿qué ocurre en este caso con la competencia normativa? Trataremos de dar respuesta a esto al hilo del análisis de lo que ha ocurrido con la LPAD.

2.3. Última peripecia: los nuevos Estatutos de Autonomía se olvidan de la competencia sobre Asistencia Social y la sustituyen por la competencia sobre servicios sociales

Ha sido tal la importancia dispensada por las CCAA al desarrollo de su autoatribuida competencia exclusiva en materia de servicios sociales —como parte integrante de su competencia exclusiva en materia de Asistencia Social— que en la reforma de los Estatutos de Autonomía que ha tenido lugar hasta ahora —a saber, los de Valencia, Cataluña y Andalucía— se ha producido una curiosa paradoja: la Asistencia Social ha desaparecido como competencia mencionada *expressis verbis* y, en su lugar, ha aparecido la competencia sobre los servicios sociales (artículos 49.1,24.^a del Estatuto de Valencia, 166.1 del Estatuto de Cataluña y 66.1 del Estatuto de Andalucía) . Es decir, que la parte ha sustituido y fagocitado al todo.

Ahora bien, esa transustanciación —que ya se había producido en algún Estatuto anterior y que ahora parece convertirse en la tendencia dominante, pero que, en mi opinión, no es ni mucho menos afortunada— lleva aparejado un evidente riesgo de reduccionismo puesto que la Asistencia Social es algo mucho más amplio que los servicios sociales: de entrada, el título competencial Asistencia Social habilita para dispensar prestaciones económicas, algunas de ellas tan importantes y emblemáticas como las rentas mínimas de inserción —en cuya implantación en nuestro país las CCAA han sido pioneras ante la evidente desidia estatal y de la Seguridad Social— y otras que han dado lugar a un importante conflicto competencial —resuelto a favor de la competencia autonómica por la importante STC 239/2002, de 11 de diciembre— como son las ayudas asistenciales complementarias otorgadas a los perceptores de pensiones no contributivas de la Seguridad Social. Así pues, hacer desaparecer en los Estatutos la competencia sobre Asistencia Social y sustituirla por la competencia sobre Servicios Sociales —que, obviamente, son prestaciones en especie, no económicas— podría suponer ni más ni menos que renunciar a esa importante actividad prestacional de contenido económico o dinerario.

Para evitar semejante dislate los Estatutos —simplemente— han «obviado lo obvio» y han decidido redefinir los servicios sociales como una «materia» que incluye todo tipo de prestaciones, tanto las que corresponden a su concepto —prestaciones en especie— como las que no —prestaciones económicas—. Así lo vemos, al menos, en dos de los nuevos Estatutos, el de Cataluña y el de Andalucía. En este último —utilizando palabras casi idénticas a las empleadas en el de Cataluña— se afirma que la materia de servicios sociales (que, curiosamente, ahora se escribe con minúsculas) «*en todo caso incluye*»

- a) *La regulación, ordenación 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 tutela de personas necesitadas de protección especial, incluida la creación de centros de ayuda, reinserción y rehabilitación».*

Como puede observarse, el contenido de la letra a) significa una auténtica redefinición de los servicios sociales como una materia que comprende todo tipo de prestaciones: prestaciones técnicas, prestaciones económicas «autónomas» (con finalidad asistencial, como son las rentas mínimas de inserción) y prestaciones económicas «complementarias» (que, por supuesto, también tienen finalidad asistencial, como son las ayudas a preceptores de pensiones no contributivas de la Seguridad Social u otras prestaciones públicas: por ejemplo, las aún subsistentes ayudas de la LISMI, Ley de Integración Social de los Minusválidos, Ley 13/1982, de 7 de abril). Y esa materia —así redefinida— es competencia exclusiva de las citadas Comunidades Autónomas. Y el Estado eso no lo discute.

Dicho lo cual, volvemos al hilo de nuestro discurso: la opción hecha por el legislador estatal de organizar la atención a la dependencia sobre la base de la creación de una red de servicios sociales implicaba —según el planteamiento competencial que acabamos de exponer y que ha terminado por imponerse con la anuencia generalizada de tirios y troyanos— que no se consideraba una materia de Seguridad Social, y por ende de competencia básicamente estatal, sino de Asistencia Social —más aún si esta materia es sustituida, como hacen los nuevos Estatutos, por los redefinidos servicios sociales— y, por lo tanto, de exclusiva competencia autonómica, por ende. Ahora bien, entonces surge de nuevo la pregunta antes esbozada: ¿continúa el Estado teniendo la posibilidad de «hacer algo» en materia de servicios sociales? ¿Conserva alguna competencia al respecto? En caso afirmativo, ¿con qué título? Se trata de una pregunta que podría ser meramente retórica pero que se ha convertido en actual y pertinente precisamente en virtud de la aprobación de la LPAD *por el legislador estatal*.

3. EL ESTADO SUPERA EL DILEMA RECURRIENDO AL ARTÍCULO 149.1,1.^a DE LA CONSTITUCIÓN

Planteada así la cuestión, presentaba un cierto perfil de contradicción difícilmente salvable. Por una parte, el Estado —es decir, el Gobierno de la Nación, que es, en realidad, el impulsor decisivo de una iniciativa que aparece como el proyecto-estrella de la legislatura— decide poner en marcha el Sistema de atención a la dependencia; pero, por otra parte, se desestima desde el principio que ello pueda o deba hacerse a través de una simple ampliación de la acción protectora del Sistema de Seguridad Social, opción que —en mi opinión— hubiera sido perfectamente posible con el artículo 149.1,17.^a en la mano, en combinación con la definición de Seguridad Social —universalista desde el punto de vista subjetivo (sujetos protegidos) y generalista desde el punto de vista objetivo (situaciones protegidas)— contenida en el artículo 41 CE. Pero la consecuencia lógica de ese rechazo, parecería ser el dejar que las CCAA actuaran libremente sobre el tema —con base en su título

lo competencial de Asistencia Social— una actuación que, por cierto, ya viene desarrollándose desde hace años por la mayoría de las CCAA, lo cual no excluiría que el Estado pudiera desarrollar una política propia de ayuda a la financiación de esas iniciativas (como se sigue haciendo con la Sanidad pese a las transferencias autonómicas realizadas en ese campo). Pero el Estado no quería conformarse con ese papel secundario sino que deseaba protagonizar la implantación del sistema de atención a la dependencia. Con ese propósito, dicho «sistema» va a tener la consideración —según dijimos— de «cuarto pilar» del Estado del Bienestar, junto a otros dos sistemas —el de Seguridad Social y el de Salud— y, aunque esto no se dice expresamente en la Exposición de Motivos de la LPAD, junto al sistema educativo. Tal consideración permite un tratamiento del nuevo sistema como algo completamente ajeno al sistema de Seguridad Social pero también —y esto es clave— ajeno al mundo de la Asistencia Social. Y es clave por dos razones: porque con ello se evita cualquier pretensión autonómica de monopolizar este campo de la protección social y, en segundo lugar, porque —y esto es algo muy positivo— se huye de cualquier «asistencialismo»: la atención a las personas dependientes no se circunscribirá a quienes superen la prueba de necesidad sino que —al menos, en línea de principio— se concibe como un nuevo «derecho de ciudadanía», lo que implica respetar su carácter universal, entendido de la forma más amplia posible, al modo como se concibe el derecho a la salud.

Una vez hecha esa opción y elegida esa fórmula, el Estado, sin embargo, no pretende monopolizar la apertura de este nuevo campo de la protección social, sino que lo que intenta es asociar a la aventura a todos los poderes públicos, singularmente a las CCAA, y también, aunque en menor grado, a las Corporaciones Locales. Se trataba, por lo tanto, de asumir la competencia estatal pero de compartir dicha competencia con la que pudiera corresponder a las CCAA. Ello se hace a través de la formulación de un principio, del rechazo de algunas fórmulas constitucionales posibles y, finalmente, de la opción por el asidero constitucional del artículo 149.1.1.ª. Veamos estos tres puntos.

3.1. El principio de la colaboración interadministrativa

El legislador es plenamente consciente de que la opción elegida es novedosa y así lo explicita en la Exposición de Motivos, punto 3: «*Se trata, pues, de desarrollar un modelo innovador, integrado, basado en la cooperación interadministrativa y en el respeto a las competencias*». Así pues, se huye de la lucha por las competencias y se parte, por el contrario, del respeto a las competencias de cada uno de los poderes públicos —Estado y CCAA—, si bien no se especifican cuales son los respectivos títulos competenciales —que no pueden ser otros que los referidos a Seguridad Social (art. 149.1,17.ª CE) y Asistencia Social (art. 148.1,20.ª CE), esencialmente, aunque también de los que se refieren a la Sanidad (arts. 149.1,16.ª y 148.1,21.ª CE), puesto que la atención a la dependencia tiene también un aspecto sociosanitario. Esos títulos se dan por implícitamente reconocidos y, a partir de ahí, dado que se trata de títulos que se van a superponer sobre una misma materia —el nuevo derecho subjetivo reconocido por la LPAD y el Sistema creado por la misma para hacerlo efectivo— se establece un principio de cooperación entre los titulares de esas competencias, que son el Estado y las CCAA, que se adjetiva —a mi juicio, con tacañería semántica— como «interadministrativa», cuando, en realidad, se trata de un principio de

colaboración entre «poderes públicos», en la línea de los postulados políticos del denominado «federalismo cooperativo». Con ello, el autor de la LPAD se sitúa correctamente en línea con la mejor doctrina del Tribunal Constitucional que, ya desde la STC 18/1982, de 4 de mayo, FJ 14, afirmó que dicho principio de cooperación «se encuentra implícito en la propia esencia de la forma de organización territorial del Estado que se implanta en la Constitución», añadiendo la STC 181/1988, de 13 de octubre, FJ 7, que «la consolidación y el correcto funcionamiento del Estado de las autonomías dependen en buena medida de la estricta sujeción de uno y otras a las fórmulas racionales de cooperación, consulta, participación, coordinación, concertación o acuerdo previstas en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía».

Y, hasta tal punto ese principio constituye la piedra angular del modelo, que el mismo punto 3 de la Exposición de Motivos dice que el Sistema que se crea para garantizar la protección prevista por la LPAD, «sirve de cauce para la colaboración y participación de las Administraciones Públicas». Y, ya en el texto de la Ley, se repite esa fórmula, añadiendo «en el ejercicio de sus respectivas competencias» (art. 6.1), tras haber incluido «la cooperación interadministrativa» entre los «Principios de la Ley» enumerados en su artículo 3 (concretamente, en la letra ñ).

Ahora bien, decir que el Sistema sirve de cauce a dicha cooperación es una expresión un tanto extraña. Más bien cabe decir que el Sistema creado se basa en dicha cooperación. Lo que sirve de cauce es, concretamente, un órgano clave que la Ley crea para cumplir importantísimas funciones: el denominado «Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia» que, efectivamente, el artículo 8.1 define como «instrumento de cooperación para la articulación del Sistema» y que «estará constituido por el titular del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, y por un representante de cada una de las Comunidades Autónomas, recayendo dicha representación en el miembro del Consejo de Gobierno que tenga a su cargo las competencias en la materia». El mismo precepto añade que «integrarán igualmente el Consejo un número de representantes de los diferentes Departamentos ministeriales», sin que parezca lógico que se refiera a todos y cada uno de dichos departamentos pero sin que la Ley especifique a cuales se quiere referir. De todas formas, se introduce una cautela imprescindible: «En la composición tendrán mayoría los representantes de las Comunidades Autónomas».

Una vez establecido el principio, concebido el mismo como columna vertebral del Sistema y creado el instrumento orgánico para su puesta en funcionamiento —el Consejo Territorial recién mencionado— el legislador da un paso más: establece cual será el procedimiento para llevar a la práctica la pretendida colaboración, que no es otro que el de la suscripción de «Convenios entre la Administración General del Estado y cada una de las Comunidades Autónomas», Convenios que, pese a ese carácter bilateral, no serán sino el desarrollo concreto de una especie de acuerdos-marco multilaterales contraídos en el marco del Consejo Interterritorial. Ese es el funcionamiento que parece desprenderse del tenor literal del artículo 10.1: «En el seno del Consejo Territorial... la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas acordarán el marco de cooperación interadministrativa que se desarrollará mediante los correspondientes Convenios entre la Administración General del Estado y cada una de las Comunidades Autónomas». Sin embargo, no está claro que el legislador esté pensando en varios acuerdos-marco, susceptibles a su vez de desarrollo por los Convenios concretos sino que la Disposición Final Cuarta

de la LPAD parece indicar que la idea que se tiene no es la de suscribir varios acuerdos-marco —que se irían desarrollando a través de los Convenios bilaterales— sino una especie de programa de actuación único, que no necesariamente revestiría la forma de acuerdo-marco y que sería algo así como un complemento imprescindible del contenido de la propia LPAD. En efecto, lo que dice esa Disposición Final Cuarta es: *«En el plazo máximo de tres meses desde su constitución, el Consejo Territorial del Sistema acordará el marco de cooperación interadministrativa para el desarrollo de la Ley previsto en el artículo 10, así como el calendario para el desarrollo de las previsiones contenidas en la presente Ley»*. Habida cuenta de que la LPAD entró en vigor el 1 de enero de 2007 (ex Disposición Final Novena) y de que el Consejo debe constituirse en el plazo de tres meses desde dicha entrada en vigor (ex Disposición Final Segunda), si se agotan los plazos citados, a mediados de julio de 2007 saldremos de dudas sobre la manera en que se interpretará y llevará a la práctica el diseño de ese *«marco de cooperación interadministrativa para el desarrollo de la Ley»*, previsto en su artículo 10 y su Disposición Final Cuarta.

3.2. Las opciones constitucionales para articular normativamente el principio de colaboración interadministrativa

Pese al carácter innovador de la receta —que ya hemos puesto de relieve y que el propio legislador subraya— lo cierto es que ese principio se apoya en diversas previsiones constitucionales existentes y que conducen a varias fórmulas posibles de articulación. Sucintamente expuestas, son las siguientes.

En primer lugar, el legislador estatal podría haber considerado que la dependencia no es sino una nueva contingencia digna de protección por el Sistema de Seguridad Social y que, por consiguiente, lo que procedía era añadirla al artículo 38 de la LGSS, entrando a formar parte —las prestaciones correspondientes— del contenido de la acción protectora de la Seguridad Social. Una vez hecha esta opción, se podría haber recurrido a un mecanismo previsto en el artículo 149.1.17.^a de la CE, pero que hasta ahora no se ha utilizado, que es el de emanar una «Ley Básica» —que, como es sabido, no es lo mismo que una «Ley de Bases»— en la que el legislador estatal se podría haber limitado a definir la nueva contingencia y diseñar los elementos básicos de la acción protectora: prestaciones de carácter económico y prestaciones de carácter técnico (servicios sociales). Y, a partir de ahí, las CCAA podrían haber emanado legislación no básica referida a la creación, organización y funcionamiento de dichos servicios sociales, así como asumir —todo ello conforme al propio artículo 149.1.17.^a CE— la ejecución de los mismos. Ahora bien, hay que tener en cuenta que las CCAA ya tienen en vigor leyes sobre servicios sociales en general, o incluso sobre atención a la dependencia en particular, dictadas al amparo de su competencia exclusiva en materia de Asistencia Social, en algunas de las cuales, por cierto, se define la situación de dependencia en términos prácticamente idénticos a los utilizados por la LPAD: así la Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid (art. 62), la Ley 5/2003, de 3 de abril, de atención y protección de las personas mayores, de Castilla y León (art. 42) o la Ley 6/2001, de 20 de noviembre, de atención y protección de las personas en situación de dependencia, de Cantabria (art. 3). Sin embargo, la existencia de esa legislación autonómica no debería, en principio, ser problemática: sim-

plemente, vendría a estar formalmente fundamentada en el doble título competencial de la Asistencia Social y de la legislación no básica de Seguridad Social. Podrían plantearse problemas materiales si la legislación básica del Estado entrara en contradicción con esa legislación autonómica preexistente, hipótesis poco probable. Cosa distinta —y ésta sí más posible— es que se produjeran algunos desajustes menores que se podrían fácilmente subsanar. En cualquier caso, este problema no es privativo de la opción que estamos comentando sino que se plantea exactamente igual con la LPAD: mejor dicho, no exactamente igual sino en términos más agudos, dado que la LPAD no se limita a ser legislación básica sino que va más allá, según veremos. En cuanto a las prestaciones económicas, lo más lógico, en mi opinión, es que su otorgamiento se hubiera atribuido, en principio, por el legislador estatal, al propio Sistema de Seguridad Social, con una doble modalidad contributiva y no contributiva. Pero, una vez más, hay que decir que eso no resultaría lesivo para las competencias de las CCAA, que seguirían teniendo la posibilidad de dispensar ayudas económicas complementarias, conforme a la doctrina establecida por la STC 239/2002 (y recogida, aunque parcialmente, por el artículo 38.4 de la LGSS tras la reforma del mismo por Ley 4/2005, de 22 de abril). A mí me parece que este diseño hubiera sido muy coherente y funcional pero, por las razones a que antes aludí —o por otras que hayan podido existir y que yo desconozco— no ha sido esa la opción elegida.

Una segunda posibilidad abierta por nuestro texto constitucional es la utilización del artículo 149.3 CE, en virtud del cual se establece una especie de cláusula residual general a favor de la competencia estatal para todas aquellas materias no contempladas expresamente ni en el artículo 148 ni en el 149 y que, además, no hayan sido objeto de asunción competencial por los Estatutos autonómicos. Este podría considerarse el caso de la promoción de la autonomía personal y la protección de las personas dependientes, en los amplios términos en que está concebida por la LPAD. Se trataría de una materia no expresamente mencionada en los artículos 148 y 149 y tampoco específicamente asumida por los Estatutos autonómicos, sobre la que el Estado podría, pues, legislar libremente. Y esa legislación podría haber consistido en atribuirse a sí misma un carácter supletorio para el caso en que las CCAA —con base en su competencia, ésta sí asumida por sus Estatutos, sobre Asistencia Social y/o Servicios Sociales— sí se ocuparan de la atención a la dependencia pero dejaran lagunas de regulación. Pero, como se ve, se trata de una solución muy poco armónica y, con toda seguridad, muy poco práctica. Y es que el propio artículo 149.3 CE es un precepto muy oscuro. Por una parte dice, en su segundo inciso, que *«la competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado»* pero inmediatamente a continuación añade: *«cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas»*, declaración desconcertante porque si se está partiendo de que estamos ante materias cuya competencia no ha sido asumida por los Estatutos, ¿cómo se va a dar esa hipótesis de atribución competencial exclusiva a las CCAA? Más practicable podría ser el último inciso del artículo 149.3: *«El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas»*. Sería este inciso el que permitiría que el Estado, respetando la normativa hoy por hoy existente de las CCAA en materia de protección a la dependencia —con base, como hemos dicho, en su competencia sobre Asistencia Social y/o Servicios Sociales— hubiera emanado una legislación supletoria tendente a cubrir las lagunas de regulación de las muy heterogéneas normas autonómicas exis-

tentes. Pero se trata, como decimos, de una solución muy poco satisfactoria. Y esa impresión negativa sobre la utilidad de recurrir al artículo 149.3 CE se confirma si analizamos la doctrina del TC sobre dicho precepto, doctrina que ha evolucionado desde la consideración de que no cabe duda de que *«las Cortes Generales, como titulares de la potestad normativa del Estado (art. 66.2 CE) pueden legislar en principio sobre cualquier materia sin poseer un título específico para ello»* (STC 76/1983, 5 de agosto, F.J. 4) hasta la posición, mucho más lógica, según la cual el artículo 149.3 CE *«en manera alguna constituye una cláusula universal atributiva de competencias para legislar sobre cualesquiera materias a favor del Estado»* (STC 15/1989, 26 de enero).

Una tercera vía es la que nos proporciona el artículo 150.1 CE, según el cual: *«Las Cortes Generales, en materia de competencia estatal, podrán atribuir a todas o a alguna de las Comunidades Autónomas la facultad de dictar, para sí mismas, normas legislativas en el marco de los principios, bases y directrices fijados por una ley estatal»*. Es la utilización de lo que el propio precepto, en su segundo inciso, denomina *«ley marco»* al decir que en dicha ley marco *«se establecerá la modalidad de control de las Cortes Generales sobre estas normas legislativas de las Comunidades Autónomas»*.

Y una cuarta vía, parecida a la anterior, pero más limitativa respecto a las CCAA, es la abierta por el artículo 150.2 CE: *«El Estado podrá transferir o delegar en las Comunidades Autónomas, mediante ley orgánica, facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación»*. Aunque esas *«facultades»* transferibles pueden ser de cualquier índole —y, por consiguiente, incluso normativas— parece claro que, habida cuenta de que ya existe el artículo 150.1 —que se expresa en los términos que acabamos de ver— el 150.2 está pensando más bien en transferir competencias ejecutivas. Así lo confirma la lectura de su segundo inciso: *«La ley preverá en cada caso la correspondiente transferencia de medios financieros, así como las formas de control que se reserve el Estado»*. Y, efectivamente, ese es el uso que generalmente se ha hecho de este precepto constitucional.

Todas las vías hasta ahora examinadas parten de una misma idea básica: que la atención a las personas en situación de dependencia es una competencia del Estado, como principal poder público responsable de organizar la protección social de los ciudadanos, con base en lo que dispone el artículo 149.1,17.^a en relación con la Seguridad Social, en combinación con lo que dispone el artículo 149.1,16.^a respecto a la Sanidad, dado que dicha atención requiere tanto prestaciones económicas como técnicas y, a su vez, éstas deben consistir en Servicios Sociales de diverso tipo —residencias, ayuda domiciliaria, etc.—, encuadrables en el ámbito de la Seguridad Social, como atención sociosanitaria, perteneciente al ámbito de la Sanidad, o bien con base en los otros títulos competenciales a que hemos hecho referencia Y esa idea central se completa con la de que es conveniente asociar a las CCAA al esfuerzo por dispensar esa atención de la forma más eficiente posible, para lo cual es factible encomendarles, sobre todo, la ejecución en materia de Servicios Sociales, lo que se sumaría a la ejecución en materia sanitaria, que ya la tienen transferida. De todas formas, también se les podría traspasar a las CCAA la ejecución para la dispensación de las ayudas económicas, por cualquiera de las vías analizadas y, en el caso de que se optara por la primera vía —la de considerar la atención a la dependencia como una prestación de Seguridad Social— como una ampliación de la transferencia de la ejecución de las competencias del IMSERSO, que también ha sido ya realizada. A propósito de

esto es conveniente señalar que precisamente el IMSERSO ha cambiado de nombre —pasando a denominarse Instituto de Mayores y Servicios Sociales— a partir del Real Decreto 1226/2005, de 13 de octubre (que, a su vez, da cumplimiento a la Disposición final tercera del R.D. 1600/2004, de 2 de julio, sobre estructura básica del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales), cuya Exposición de Motivos dejaba bien claro que el nuevo IMSERSO deberá asumir entre sus competencias «*las que se deriven de la creación y puesta en funcionamiento del sistema de protección a las personas en situación de dependencia*», y así se establece en el artículo 1.2,h) del citado Real Decreto 1226/2005. Sin embargo, la LPAD hace caso omiso de esta previsión, al haber optado por una vía completamente diferente —la de la creación *ex novo* de un Sistema de atención a la dependencia completamente al margen del Sistema de Seguridad Social— por lo que el IMSERSO ni siquiera es mencionado por la Ley.

Frente a esas cuatro vías —caracterizadas por el común denominador que acabamos de ver: competencia estatal pero con posibilidad de involucrar a las CCAA, si bien en un plano relativamente secundario (sólo «relativamente»: en estas materias la ejecución y gestión es enormemente importante; más aún si las CCAA pueden también emanar legislación de desarrollo, como hemos visto)— existía una quinta vía que partiría de una idea básica contrapuesta a la anterior: dado que se ha optado por un modelo de atención a la dependencia cuyo centro de gravedad son los Servicios Sociales, y dado que estos son competencia exclusiva de las CCAA —en virtud de un desarrollo estatutario de lo previsto en el artículo 148.1,20.^a CE sobre Asistencia Social que ya hemos analizado y criticado, pero que nadie ha impugnado hasta ahora— es obvio que el Estado no puede decidir regular un Sistema de Servicios Sociales para la atención a la dependencia sin invadir las competencias de las CCAA. Competencias que, por cierto, ya se han ejercido por las CCAA que han organizado, con mayor o menor fortuna, dichos Servicios Sociales. Es decir, que no se parte de cero. Ahora bien, si el Estado consideraba necesario «poner un poco de orden» en la manifiesta heterogeneidad de esos Servicios Sociales autonómicos, solamente tenía a su disposición un instrumento constitucional: dictar una «ley armonizadora» de las previstas en el artículo 150.3 CE. Sin embargo, es evidente —y comprensible— que el Estado no ha tenido ningún interés en recurrir a esa vía, sobre la que las CCAA tienen una opinión muy negativa desde el espinoso asunto de la LOAPA —uno de los episodios clave de la construcción del Estado de las Autonomías— que dio lugar a la célebre STC 76/1983, de 5 de agosto, sentencia en la que, por cierto, el alto tribunal estableció límites muy precisos a la utilización de este instrumento, considerado como una norma de cierre del sistema de distribución de competencias aplicable «*sólo a aquellos supuestos en que el legislador estatal no disponga de otros cauces constitucionales para el ejercicio de su potestad legislativa o éstos no sean suficientes para garantizar la armonía exigida por el interés general*». Como ya hemos visto, el Estado sí que disponía de otros cauces constitucionales: las cuatro vías analizadas con anterioridad.

Ninguna de las cinco vías expuestas ha sido utilizada por la LPAD. La explicación reside —creo yo— en que ni el Estado ha querido recabar para sí la competencia prácticamente exclusiva en la materia (aunque ya hemos visto que esas fórmulas permitían obvia dicha exclusividad) ni, menos aún, ha querido reconocer que, *rebus sic stantibus*, estábamos ante una competencia autonómica: la asumida —ésta sí, con carácter exclusivo— por todos los Estatutos de Autonomía sobre los servicios sociales. Y, ante ese doble posiciona-

miento negativo —que podemos sintetizar diciendo: esto no es Seguridad Social y tampoco es Asistencia Social/Servicios Sociales— sólo quedaba una solución, que era la de considerar que estamos ante un nuevo ámbito prestacional, dentro de la «macroárea» de la protección social, que pasa a conceptuarse como «cuarto pilar» del Estado del Bienestar, que, por consiguientes, se considera que surge ahora «ex novo» —olvidando, o haciendo como que se olvidan, las prestaciones y servicios ya existentes— y sobre lo que no hay ninguna previsión constitucional específica en orden a su atribución competencial. Se decide que la construcción de ese cuarto pilar es «cosa de todos» —principio de colaboración interadministrativa— y como, de cualquier forma, el legislador estatal ha de justificar donde reside su propia competencia para dictar esta Ley, una vez rechazadas todas las vías examinadas solamente quedaba una: el artículo 149.1,1 .ª CE.

3.3. La opción elegida: el artículo 149.1,1.ª CE

Así pues, se trataba de conciliar varios propósitos. En primer lugar, la apertura de una nueva —relativamente, como ya hemos dicho— línea de acción en el ancho campo de la protección social, consistente en la atención a las personas dependientes (objetivo básico, aunque se acompañe de la formulación en positivo —más retórica que real— de «promoción de la autonomía personal») debe aparecer ante la opinión pública como una iniciativa del Gobierno central, puesto que se considera uno de los proyectos estrella de la legislatura. En segundo lugar, no se quiere dejar a las Comunidades Autónomas al margen de esta iniciativa sino que, con buen criterio, se pretende asociarlas a la tarea. En tercer lugar, se quiere huir de residenciar la nueva prestación tanto en el campo de la Seguridad Social —esencialmente, para conjurar toda posibilidad de que ello conllevara una subida de las cotizaciones sociales— como en el de la Asistencia Social —pues, en tal caso, sería difícil justificar la intervención del Estado central. Así pues —descartadas otras vías constitucionales posibles pero poco útiles o recomendables, que ya hemos analizado— solamente quedaba una: recurrir al artículo 149.1,1.ª CE, que establece como primera competencia exclusiva del Estado la siguiente: *«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»*. Y así se hace, aunque hay que reconocer que un poco «con la boca chica»: hay que esperar al final de la LPAD (concretamente, a la Disposición Final Octava, que es la última si prescindimos de la Novena que se refiere simplemente a la fecha de entrada en vigor de la Ley: al día siguiente de su publicación en el BOE, producida el 15-12-2006) para enterarnos, con una lacónica expresión —que no arroja ninguna luz ni explicación adicional sobre la opción elegida— de que el fundamento constitucional que da amparo a la Ley es el citado precepto constitucional.

Esa opción tiene, desde luego, algunas ventajas. La primera de todas —en términos de «marketing» político— es que todo lo que suponga justificar una acción legislativa en el propósito de garantizar la igualdad de los españoles es generalmente bien recibido por la ciudadanía. Y la segunda es que la ambigüedad del precepto constitucional deja un amplio margen en la elección de las fórmulas concretas que el legislador estatal quiera utilizar para dar cumplimiento a ese propósito igualatorio: nótese que, según dicho precepto, la competencia que se confiere al Estado no es para regular «derechos» sino para regular las

«condiciones» —y no todas, sino solo las «básicas»— para garantizar «la igualdad en el ejercicio de los derechos». Como es obvio, ello permite al legislador estatal conseguir su propósito de una intervención no abusiva ni atosigante respecto a unas Comunidades Autónomas a las que se pretende asociar a la tarea y que, como es sabido, siempre son celosas de sus competencias. Que el texto de la LPAD haya o no respondido —o en qué medida— a esa pretensión «no invasora» de competencias autonómicas lo veremos más adelante.

Ahora bien, la opción también tropieza con serios inconvenientes derivados, en primer lugar, de las limitaciones que la doctrina del TC ha puesto a la pretendida igualdad —que, como decíamos, era el valor justificatorio de la intervención normativa del Estado— y, en segundo lugar, de la propia ambigüedad que hemos señalado, puesto que, si hay un precepto constitucional cuya interpretación ha sido poco pacífica es precisamente este artículo 149.1.1.^a, lo que ha obligado a repetidos pronunciamientos del TC, de los cuales es difícil deducir una doctrina coherente, acabada y que proporcione una verdadera seguridad jurídica sobre el exacto alcance de la competencia estatal establecida en dicho precepto. Son tantas las sentencias del TC que se han referido a esos dos aspectos de la cuestión —alcance de la igualdad en el Estado de las Autonomías y significado concreto de la competencia establecida en el artículo 149.1.1.^a CE— que sería excesivo pretender en este momento un análisis exhaustivo de esos pronunciamientos. Pero sí voy a seleccionar algunos ejemplos, que expondré por orden cronológico, que son suficientemente ilustrativos. Se trata, además, de sentencias que, frecuentemente, se remiten a la doctrina establecida ya en otras sentencias anteriores del TC.

En primer lugar, tenemos la STC 76/1983, de 5 de agosto, (que es la ya citada de la LOAPA), cuyo FJ 2 matiza de forma sustancial las expectativas que puede despertar el controvertido artículo 149.1.1.^a —e incluso otros más contundentes como el 9.2, el 14 y el 139.1— sobre la consecución de la igualdad en el marco del Estado de las Autonomías. Dice así el TC: *«Ya este Tribunal Constitucional puso de manifiesto en su sentencia de 16 de noviembre de 1981 (37/1981), al valorar la función del principio de igualdad en el marco de las autonomías, que la igualdad de derechos y obligaciones de todos los españoles en cualquier punto del territorio nacional no puede ser entendida como rigurosa uniformidad del ordenamiento. No es, en definitiva, la igualdad de derechos de las Comunidades lo que garantiza el principio de igualdad de derechos de los ciudadanos, como pretende el Abogado del Estado, sino que es la necesidad de garantizar la igualdad en el ejercicio de tales derechos lo que, mediante la fijación de unas comunes condiciones básicas, impone un límite a la diversidad de las posiciones jurídicas de las Comunidades Autónomas».*

En el mismo sentido cabe citar la STC 150/1990, de 4 de octubre, cuyo FJ y afirma: *«Este principio, según tuvimos ocasión de afirmar en la STC 37/1987 fundamento jurídico 10, no impone que todas las Comunidades Autónomas tengan que ejercer sus competencias “de una manera o con un contenido y unos resultados idénticos o semejantes”... Y si, como es lógico, de dicho ejercicio derivan desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos residentes en cada una de las distintas Comunidades Autónomas, no por ello resultan necesariamente infringidos los artículos 1, 9.2, 14, 139 y 149.1.1.^a de la Constitución, ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía, sino, a lo sumo, y por lo que al*

ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes constitucionales se refiere, una igualdad de posiciones jurídicas fundamentales».

Esa misma idea de limitar la igualdad a «las condiciones básicas» o las «posiciones jurídicas fundamentales» —en definitiva, una igualdad de mínimos— late también en la importante STC 61/1997, de 20 de marzo, que es la que, además, ha pretendido desentrañar con más profundidad el alcance del artículo 149.1.1.^a (sentencias posteriores, como la 173/1988, la 188/2001, la 98/2004 o la 212/2005, entre otras, no añaden nada realmente nuevo a lo en ella argumentado). En dicha sentencia se parte de reconocer algo que podría parecer obvio, puesto que el artículo 149 CE se refiere a competencias del Estado, pero que, en realidad, no lo era tanto: que estamos ante un verdadero título competencial, a pesar de que el mismo no venga referido a una «materia» concreta; pero, al propio tiempo, se hace por el TC un considerable esfuerzo interpretativo para evitar que la hipertrofia de ese título competencial —que se produciría si se le concibe como un título horizontal que autorizara al Estado a entrar sin cautela alguna en cualquier materia, aunque la misma sea competencia exclusiva de una Comunidad Autónoma— pueda llegar a barrenar todo el diseño competencial del Estado de las Autonomías. Así, en el FJ 7, bajo el título «Delimitación negativa y positiva de la competencia del art. 149.1.1.^a CE», el TC afirma, entre otras muchas cosas, lo siguiente: *«El art. 149.1.1.^a CE no viene a ser un trasunto, en el plano competencial, del art. 14 CE, que, por lo demás, vincula a todos los poderes públicos. Este título estatal no representa, pues, una suerte de prohibición para el legislador autonómico de un trato divergente y desproporcionado respecto a la legislación estatal. Ha de añadirse que “condiciones básicas” no es sinónimo de “legislación básica”, “bases” o “normas básicas”. El art. 149.1.1.^a CE, en efecto, **no ha atribuido al Estado la fijación de las condiciones básicas para garantizar la igualdad en el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales, sino sólo el establecimiento —eso sí, entero— de aquellas condiciones básicas que tiendan a garantizar la igualdad**».* He resaltado en negrita esto para hacer notar hasta qué punto la doctrina del TC, que trata de aclarar el alcance de ese precepto constitucional, dista bastante de ser en sí misma clara. Porque, ¿cuál es la diferencia entre fijar las «condiciones básicas para garantizar la igualdad» y establecer las «condiciones básicas que tiendan a garantizar la igualdad»? No está nada claro; pero, parece que el TC trata de minimizar el posible impacto de esa acción igualatoria de Estado *ex art. 149.1.1.^a CE*. Y a esa misma idea minimizadora responden también las afirmaciones que el TC hace a continuación: *«La competencia *ex art. 149.1.1.^a CE* no se mueve en la lógica de las bases estatales-legislación autonómica de desarrollo»... «Finalmente, las condiciones básicas no equivalen ni se identifican tampoco con el contenido esencial de los derechos». Y, partiendo de esas ideas, el TC termina haciendo dos afirmaciones trascendentales. La primera es que *«la “materia” sobre la que recae o se proyecta (el 149.1.1.^a) son los derechos constitucionales en sentido estricto...no de los sectores materiales en los que estos se insertan... De lo contrario... quedaría desbordado el ámbito y sentido del art. 149.1.1.^a CE, que no puede operar como una especie de título horizontal, capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento».* (negrita mía). Y la segunda es ésta, a la que el propio TC otorga un valor conclusivo: *«En definitiva, y para recapitular, el art. 149.1.1.^a CE no debe ser entendido como una prohibición de divergencia autonómica, ni tampoco como un título residual...».* Y un poco más adelante, al comienzo del FJ 8, afirma: *«Una comprensión sistemática del entero orden competencial lleva a concluir, de acuerdo con**

nuestra jurisprudencia, que las “condiciones básicas” hacen referencia al contenido primario (STC 154/1988) del derecho, a las posiciones jurídicas fundamentales (facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos previos...). En todo caso, las condiciones básicas han de ser las imprescindibles o necesarias para garantizar esa igualdad, que no puede consistir en una igualdad formal absoluta». Básicas, elementales, esenciales, fundamentales, imprescindibles...: no parece que la acumulación de adjetivos de similar significado sea el mejor procedimiento para aclarar una idea que, a la postre, sigue siendo bastante confusa.

Pero lo que sí queda claro es que, según la doctrina del TC, el artículo 149.1.1.^a CE es un instrumento que el Estado habrá de utilizar con suma cautela y que no parece el más adecuado cuando de lo que se trata es de regular derechos prestacionales —como es nuestro caso— en los cuales lo importante no es tanto que los poderes públicos establezcan un determinado marco normativo sino, sobre todo, que se impliquen en hacerlos reales y efectivos. Porque, en definitiva, yo estoy convencido de que el constituyente no estaba pensando en ese tipo de derechos —sino en los derechos de libertad— cuando redactó ese precepto. Por eso, una vez hecha esa opción, es claro que el legislador estatal tenía que moverse dentro de límites muy estrechos, uno de los cuales —el más importante de todos— es que, si bien se podía definir ese nuevo derecho de ciudadanía consistente en el derecho a la atención pública si se cae en situación de dependencia, lo que no podía es establecer con carácter exhaustivo el cuadro prestacional —de servicios sociales y de ayudas económicas— necesario para hacer efectivo ese derecho. Y no podía hacerlo, so pena de invadir competencias autonómicas que, aunque no se mencionen expresamente por el propio legislador estatal, se quieren respetar puesto que, como decimos, el Estado desea involucrar a las CCAA en la tarea. Por eso muchas de las críticas que en los primeros momentos despertó la LPAD —cuando aún estaba en fase de proyecto o incluso de anteproyecto— giraban sobre la inconcreción del texto, que aplazaba a la actuación de un órgano por crear —el Consejo Territorial del Sistema— la articulación concreta de todo el catálogo prestacional: la nueva Ley —se decía— crea un derecho vacío, sin contenido. Pero lo cierto es que, por sus propias limitaciones genéticas, la LPAD no podía ir más allá de donde ha ido. La cuestión es, más bien, la contraria: ¿se ha mantenido el legislador estatal dentro de los límites que le marca el fundamento competencial elegido? Es el punto que analizaremos a continuación, para concluir nuestro análisis.

Ante todo, veamos lo que hace la LPAD. El artículo 1.1 se limita, sagazmente, a repetir el tenor literal del artículo 149.1.1.^a CE, refiriéndolo al tema objeto de la Ley: «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». Sucede, sin embargo, que ese derecho subjetivo de ciudadanía, como tal, era hasta ahora inexistente aunque, como hemos visto, algunas prestaciones sí que se venían otorgando a las personas dependientes vía Seguridad Social o vía Asistencia social. En realidad, es la propia LPAD la que crea este nuevo derecho. Pero, prudentemente, el legislador estatal prefiere no atribuirse un mérito cuya paternidad podría discutírsele y se limita a añadir a la frase anterior: «en los términos establecidos por las leyes». Y, tras esa lacónica declaración de intenciones, el legislador estatal se apresura a hacer el primer llamamiento a las CCAA y a fijar los límites de su propia actuación: la manera de hacer efectivo ese derecho será «mediante la creación de un Siste-

ma 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». En esa declaración se encierra todo el entramado competencial de la LPAD y toda su posible problemática, aunque la misma se pueda examinar con algo más de detalle a lo largo del articulado de la LPAD, y así lo haremos.

Pero avancemos ya que dicha problemática puede sintetizarse en estas dos preguntas: de entrada, el legislador estatal ofrece y llama a las CCAA a colaborar y participar en la puesta en funcionamiento del Sistema pero, ¿qué ocurre si las CCAA —o alguna o algunas de ellas se niega a colaborar y participar? ¿acaso puede el Estado imponerle que lo hagan?; y la segunda cuestión es la siguiente: el Estado dice que se limitará a garantizar el contenido mínimo común de derechos —nótese que aquí, indebidamente en mi opinión, se pasa del singular al plural: no hay más que un derecho subjetivo a la promoción de la autonomía y la atención a la dependencia, si bien integrado por diversas facultades— pero ¿qué ocurre si en la LPAD el Estado va más allá de establecer dicha garantía de mínimos? Y adelantemos también la respuesta a esas dos interrogantes. Según mi parecer, el Estado no puede —con el título competencial del art. 149.1.1.^a CE por todo fundamento— imponer a las CCAA conducta alguna de colaboración y participación en el Sistema que él crea. Dicha colaboración y participación será estrictamente voluntaria y de que se consiga o no dependerá todo el éxito de la empresa. A este respecto, la STC 61/1997 ya citada, en su FJ 17, es terminante: *«Ha de añadirse, por otra parte, que la regulación de las condiciones básicas ex art. 149.1.1.^a CE no puede por sí misma llegar a imponer conductas determinadas a otros entes públicos, habida cuenta que el destinatario de dicho título competencial es exclusivamente el ciudadano, en cuanto titular de derechos y deberes constitucionales»*. Y mucho antes, en la STC 80/1985, de 4 de julio, FJ 2, hablando del deber de colaboración entre los poderes públicos, el alto tribunal había precisado: *«como este deber no implica extensión alguna en las competencias estatales, el Estado no puede tratar de imponerlo mediante la adopción de medidas coercitivas, sino buscando para la que haya de adoptar la previa conformidad de las Comunidades Autónomas competentes»*. Pero lo cierto es que, en algún momento, la LPAD parece querer ir más allá de «solicitar» la colaboración y participación de las CCAA y pretende imponerla (o, quizás, «comprarla», como veremos). Y, en cuanto a lo segunda cuestión, la LPAD también va algo más allá de garantizar esos mínimos. Veamos ambos aspectos del problema conjuntamente, analizando los artículos más significativos por su orden numérico.

Nada hay que objetar a las definiciones contenidas en el artículo 2 ni a los principios enumerados en el artículo 3. Alguna objeción cabría, en cambio, oponer al artículo 4.1, según el cual los españoles tienen derecho a obtener «las prestaciones y servicios previstos en esta Ley, en los términos establecidos en la misma», salvo que se interprete que «dichos términos» incluyen la insoslayable remisión a la legislación autonómica, al menos en relación con el nivel adicional que es exclusiva competencia de éstas, según veremos. La misma objeción cabe hacer a la exigencia del requisito de residencia de 5 años establecido en el artículo 5.1,c); es obvio que las CCAA, respecto a sus prestaciones adicionales, pueden establecer una duración diferente de dicho requisito (en el caso de que deseen exigirlo).

Y llegamos a los dos preceptos nodales en relación con la problemática competencial que estamos analizando: los artículos 6 y 7. El artículo 6.2 dice: *«El Sistema se configura*

como una red de utilización pública que integra, de forma coordinada, centros y servicios, públicos y privados». Si la expresión «que integra» significa que ese es el deseo del legislador estatal y que a ello irán dirigidos sus esfuerzos, sobre la base del principio de cooperación, nada hay que objetar. Pero si la interpretación de ese presente de indicativo es que, a partir de la promulgación de la Ley, los centros y servicios creados anteriormente por las CCAA sobre la base de su competencia exclusiva en materia de Asistencia Social/Servicios Sociales han pasado a integrarse en el nuevo Sistema que la LPAD crea, es evidente que el legislador estatal se ha extralimitado en sus competencias. Ahora bien, lo curioso del caso es que, a tenor del artículo 16.1 los términos se invierten: no es que los servicios autonómicos se integren en el Sistema que la LPAD crea sino al revés: «Las prestaciones y servicios establecidos en esta Ley se integran en la Red de Servicios Sociales de las respectivas Comunidades Autónomas en el ámbito de las competencias que las mismas tienen asumidas». La pregunta entonces es la inversa: si una «red autonómica» no desea integrar una determinada prestación de las que establece la Ley (por ejemplo, los centros de día), ¿qué pasaría? A mi juicio, sería imposible obligarle a ello. Así pues, es evidente que este precepto de la LPAD tiene un planteamiento teleológico-político más que propiamente normativo. Es decir, que expresa más un *desideratum* que un mandato eficaz por sí mismo.

En cuanto al artículo 7, es el precepto donde se traduce la idea central de la distribución competencial que contiene la LPAD que parte, como hemos dicho, de un fundamento constitucional que sólo permite al Estado la regulación de las «condiciones básicas» para garantizar el ejercicio del derecho que se crea (a la promoción de la autonomía y la protección frente a la dependencia). Pues bien, ese concepto un tanto difuso de «condiciones básicas» se traduce en un concepto mucho más concreto y más habitual en materia de protección social: el «nivel mínimo» de protección. En efecto, el artículo 7 establece que la protección de la situación de dependencia que prestará el Sistema podrá alcanzar tres niveles: el mínimo, el intermedio (aunque no se le califica con este adjetivo) y el adicional. Y la atribución competencial es clara respecto al nivel mínimo, que corresponde al Estado, y el adicional, que pertenece por entero a las CCAA. Lo cual significa que el Estado financiará íntegramente el nivel mínimo (arts. 9.2 y 32.2 LPAD) y que las CCAA, si desean establecer un nivel adicional, pues no están obligadas a hacerlo, lo financiarán íntegramente (art. 11.2). Aunque, aún dentro de esa claridad inicial, subsiste alguna duda importante. Porque, paradójicamente —en cuanto aquí la competencia que queda perjudicada es la estatal—, mientras el nivel adicional es enteramente definido por cada una de las Comunidades Autónomas que, según el artículo 11.2 *in fine* LPAD «podrán adoptar las normas de acceso y disfrute que consideren más adecuadas», el nivel mínimo se garantizará por el Estado «para cada uno de los beneficiarios del Sistema, según el grado y nivel de su dependencia» (art. 9.1 LPAD); pero sucede que ese grado y nivel de dependencia —del que, en última instancia, depende que un ciudadano tenga derecho a un nivel prestacional mínimo mayor o menor— no lo reconoce el Estado sino las Comunidades Autónomas (art. 28 LPAD), si bien aplicando un baremo que deberá acordar el Consejo Territorial del Sistema, órgano mixto Estado CCAA (art. 27.2 LPAD).

Las dudas principales, en cualquier caso, surgen en relación con ese nivel intermedio al que el artículo 7.2.º se refiere en estos términos: «El nivel de protección que se acuerde entre la Administración General del Estado y la Administración de cada una de las Comunidades Autónomas a través de los Convenios previstos en el artículo 10». Porque la pre-

gunta cae por su propio peso: ¿qué ocurre si no se llegan a alcanzar esos Convenios con todas o con alguna o algunas de las CCAA? Y la hipótesis no es retórica, habida cuenta de que, a tenor del artículo 10.4, «*los Convenios establecerán la financiación que corresponda a cada Administración para este nivel de prestación, en los términos establecidos en el artículo 32 y en la disposición transitoria primera de esta Ley*».

Llegamos así al verdadero núcleo del problema competencial: la financiación del Sistema. Nada que objetar a la financiación prevista para los niveles mínimo y adicional, que corresponden respectivamente al Estado y a las CCAA. Las dudas empiezan a surgir en relación con ese que hemos denominado nivel intermedio de protección y que —salvo que el nivel mínimo sea muy generoso, lo que no es previsible— constituirá la columna vertebral del Sistema de protección que se intenta poner en marcha. Aquí es donde los principales enigmas que plantea el principio de colaboración interadministrativa. Porque, como decimos, ¿qué ocurre si las partes implicadas —Estado y CCAA o alguna de ellas— no llegan a ponerse de acuerdo? ¿Significa eso que el nivel de protección presumiblemente más importante del Sistema no podría entrar en funcionamiento? En mi opinión, esa hipótesis es tan impensable desde el punto de vista político que el legislador estatal ni se la plantea: la suscripción de los Convenios —parece querer decirnos el autor de la LPAD— está garantizada. Sin embargo, el último párrafo del artículo 32 contiene una prescripción que, al menos, puede conducirnos a relativizar tanta confianza. Dice así: «*La aportación de la Comunidad Autónoma será, para cada año, al menos igual a la de la Administración General del Estado como consecuencia de lo previsto en este apartado y en el anterior*». En esos dos apartados se habla, respectivamente, del nivel intermedio y del nivel mínimo: es decir, que este precepto «obliga» a las CCAA a poner sobre la mesa, con destino a la financiación del Sistema, una cantidad de dinero igual a la suma de lo que el Estado aporte para financiar el nivel mínimo (que es una cantidad que el Estado decide unilateralmente), más la mitad de lo que el Estado y cada Comunidad Autónoma acuerden, mediante el correspondiente Convenio, aportar para el nivel intermedio. Y he puesto «obliga» entrecomillado porque, digámoslo claramente: la LPAD no puede establecer semejante obligación sin invadir las competencias autonómicas y sin violar el principio de «autonomía financiera para el desarrollo y ejecución de sus competencias» de que gozan las CCAA en virtud del artículo 156.1 CE y los respectivos Estatutos de Autonomía. Una cosa es que la financiación del nivel intermedio se haga depender de unos hipotéticos Convenios entre Estado y CCAA —lo que sume al Sistema en un elevado nivel de incertidumbre— y otra cosa bien distinta es que dichos Convenios tengan que atenerse al pie forzado, establecido por el legislador estatal, de una financiación al 50 % de dicho nivel intermedio más —y esto es lo más inaceptable de todo— una cantidad igual a lo que el Estado haya aportado para el nivel mínimo, lo que equivale a decir que dicho nivel —sobre el que las CCAA carecen de competencia alguna— también debería ser financiado al 50 % por las CCAA.

Desde el punto de vista político práctico, alguien puede estar tentado de pensar que, ante el fracaso del acuerdo entre una determinada Comunidad Autónoma y el Estado, éste puede hacer dos cosas: o bien asumir por sí solo la puesta en marcha de ese nivel intermedio en la Comunidad Autónoma en cuestión, o bien «castigar» a esa Comunidad Autónoma no entregándole su parte de los fondos previstos en los Presupuestos Generales del Estado para financiar dicho nivel intermedio. Pues bien, el Estado no puede hacer ni una cosa ni otra. En primer lugar, no puede asumir la regulación y gestión de un nivel intermedio

sobre el que carece de competencia, por exceder del nivel mínimo que es el único que se corresponde con el fundamento constitucional elegido del artículo 149.1.1.^a CE: «regulación de las condiciones básicas...». Y ello es así, por mucho que el Estado estuviera dispuesto a financiar íntegramente ese nivel intermedio, puesto que el TC está cansado de afirmar que la potestad de gasto no es un título atributivo de competencias, sino que es un poder instrumental que se ha de ejercer dentro, pero no al margen, del orden competencial establecido por la Constitución y los Estatutos de Autonomía (SSTC 39/1982, de 30 de junio, 179/1985, de 19 de diciembre, 145/1989, de 21 de septiembre, 98/2001, de 5 de abril, 126/2002, de 23 de mayo, 175/2003, de 30 de septiembre, 77/2004, de 29 de abril y 212/2005, de 21 de julio). Y, en segundo lugar, el Estado no puede discriminar a la Comunidad Autónoma díscola. En este sentido, el pronunciamiento de referencia es la STC 13/1992, de 6 de febrero (con cita de la STC 96/1986), cuyo FJ 10 afirma: «*En estos supuestos el Convenio sólo puede servir para facilitar la puesta a disposición de las Comunidades Autónomas de los fondos destinados a subvenciones, si en los Presupuestos Generales del Estado se determina genéricamente su destino. Pero no podría ni siquiera condicionarse esa transferencia de fondos a la firma de un Convenio, pues, en todo caso, el Estado tiene la obligación de distribuir las subvenciones entre las Comunidades Autónomas durante el ejercicio presupuestario, con la mayor antelación posible*».

Consciente, sin duda alguna, de esas enormes dificultades con que tropieza el sistema diseñado, el autor de la LPAD ha ideado una fórmula para deshacer el nudo gordiano no con la violencia de la espada sino con la sutileza de una varita mágica. Es la contenida en la Disposición Transitoria Primera: «*Durante el período comprendido entre el 1 de enero de 2007 y el 31 de diciembre de 2015, y para favorecer la implantación progresiva del Sistema, la Administración General del Estado establecerá anualmente en sus Presupuestos créditos para la celebración de los convenios con las administraciones de las Comunidades Autónomas de acuerdo con el artículo 10 de esta Ley*». Dicho en román paladino, el Estado le dice a las CCAA: «no se preocupen ustedes que, en los próximos 9 años, yo pago mi parte y la suya». A eso me refería yo cuando hablaba de «comprar» voluntades. Me parece bien si con ello se encuentra una buena solución práctica. Pero los problemas competenciales teóricos, de los que solamente he hecho un breve resumen —siguen existiendo. Y entre ellos están no solamente los que pueden significar un menoscabo de competencias autonómicas sino también, a la inversa, los que pueden plantearse si las CCAA rechazan asumir determinadas competencias —léase obligaciones— que el legislador estatal ha decidido por sí y ante sí conferirles, como son todas las referidas al reconocimiento del derecho a las prestaciones (art. 28 LPAD). Pero es evidente que, si el asunto de la financiación se resuelve, las CCAA no tendrán objeción alguna en asumir toda esa gestión y aparecer ante los ciudadanos como los entes que dispensan esta importante protección. Depositemos, pues, un voto de confianza en unos y otros, pues a todos nos interesa la mejora y perfeccionamiento de nuestro Estado del Bienestar.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- MALDONADO MOLINA, Juan Antonio: *El seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro*. Tirant lo Blanc. Valencia, 2003.
- CABRA DE LUNA, Miguel Ángel: «Dimensión y alcance de las políticas públicas sobre discapacidad en España: el reparto de papeles entre el Estado y las CCAA». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* núm. 65/2006, p. 61 y ss.
- DE LORENZO GARCÍA, Rafael: «Fundamentación constitucional y fortalezas/debilidades de la nueva ordenación legal de la dependencia con especial referencia a la discapacidad». *Ibidem*, p. 77 y ss.
- CAVAS MARTÍNEZ, Faustino: «Aspectos fundamentales de la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia». *Aranzadi Social* núm. 13/2006, p. 9 y ss.
- SEMPERE NAVARRO, Antonio V.: «Antecedentes y estructura de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, “de dependencia”». *Aranzadi Social* núm. 17/2007, p. 9 y ss.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel: *La protección social de la dependencia*. Conferencia policopiada.
- LÓPEZ GANDÍA, Juan: *La financiación de la protección de la dependencia*. Conferencia policopiada.
- FARGAS FERNÁNDEZ, Josep: *Financiar la igualdad, una obligación implícita del Estado para atender a las situaciones de dependencia*. Conferencia policopiada.
- Libro Blanco de Atención a las Personas en Situación de Dependencia. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004.
- Dictamen 3/2006 del Consejo Económico y Social, de 20 de febrero de 2006, sobre el Anteproyecto de Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.
- Dictamen de 23 de marzo de 2006 del Consejo de Estado sobre el mismo Anteproyecto.
- Dictamen núm. 279 de 29 de enero de 2007 del Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya sobre procedimiento para la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley del Estado 39/2006, de 14 de diciembre.