

## LA IMPUGNACIÓN DEL GRADO DE DEPENDENCIA Y SU INCLUSIÓN ENTRE LAS COMPETENCIAS DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL<sup>1</sup>

*Auto del Juzgado de lo Social nº 26 de Barcelona de 6 de noviembre de 2009, en los autos nº 495/2009*

JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ

**SUPUESTO DE HECHO:** En aplicación de la Ley 39/2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia y en virtud del reconocimiento del grado de dependencia que compete, en este caso al Institut Català d'Assistència i Serveis Socials (ICASS), se impugna mediante demanda presentada al Juzgado de lo Social nº 26 de Barcelona, la resolución administrativa recaída, en reconocimiento a la competencia de la jurisdicción social. Admitida la demanda a trámite, el órgano judicial, en el necesario reconocimiento y análisis de la competencia objetiva o material para conocer del asunto y dado que la citada ley no hace asignación alguna de atribución a un orden jurisdiccional concreto de la competencia para conocer de las controversias derivadas de su aplicación, abre el trámite procesal del artículo 5 de la Ley de Procedimiento Laboral, a fin de conocer la posición de las partes en cuanto a la competencia. Junto al silencio de la actora, las posiciones se enfrentan en tanto que el Ministerio Fiscal, no reconoce la competencia del orden social, frente a la afirmación de la misma, en la que se posiciona el órgano de la administración autonómica.

**RESUMEN:** El juzgado de lo social, no duda en afirmar su competencia, como órgano de la Jurisdicción Social, para conocer de acerca de las resoluciones administrativas que se pronuncian sobre la determinación del grado y de

<sup>1</sup> José María Moreno Pérez. Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Abogado en ejercicio. Universidad de Jaén.

los distintos niveles de dependencia, en los términos del artículo 27 de la ley 39/2006. Se completaría así la labor del legislador que dejó sin asignar de modo explícito la competencia para conocer de las impugnaciones que se habrían de producir ante una resolución administrativa que viene a fijar consecuencias dentro de la protección social, que es objeto de la ley. De este modo, se viene a dar un cierto tratamiento de Seguridad Social, aún por la vía adjetiva o procesal, a una materia que, sin embargo, el propio legislador quiso dejar al margen de la Seguridad Social, aunque tampoco clarificó su ubicación al acudir a un título horizontal como el del artículo 149.1.1 CE

El auto permite hacer una valoración competencial extensiva, basándose para ello en la nueva modalidad de protección social, que si bien no puede ser integrante del sistema de Seguridad Social, si es considerada como complementaria del mismo y *tratándose del complemento de una prestación de Seguridad Social resulta indudable la competencia de los órganos judiciales del orden social*. Dicha dimensión social prevalecería sobre el carácter administrativo de la resolución y sobre la ausencia de atribución expresa de competencia al orden jurisdiccional social. Con ello se desdibuja aún más la pretensión de mantener esta materia única y exclusivamente en el ámbito de la Asistencia Social como pretenden las CCAA, aunque la regulación y la financiación fundamental sean estatales. La polémica está servida.

#### ÍNDICE

1. PUNTO DE PARTIDA
2. LA CONSIDERACIÓN DE LA DEPENDENCIA COMO MODALIDAD DE PROTECCIÓN SOCIAL QUE COMPLEMENTA EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL
3. EL RECONOCIMIENTO DE GRADO DE MINUSVALÍA COMO ELEMENTO REFERENCIAL DE ASIGNACIÓN DE COMPETENCIA
4. VALORACIÓN FINAL

#### 1. PUNTO DE PARTIDA

La Ley 39/2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia con discapacidad, nace con vocación de un nuevo marco que estable los recursos y servicios necesarios para la atención a la dependencia. El mandato constitucional de los artículos 49 y 50, buscaba en la atención a las personas con discapacidad y personas mayores, un sistema de servicios sociales promovido por los poderes públicos para el bienestar de los ciudadanos, modelo que inicialmente se centró, en la protección sanitaria y de la Seguridad Social, pero que paralelamente al desarrollo del modelo de bienestar social y a la creciente importancia de los servicios sociales en nuestro país, evidenció las carencias del modelo.

El marco normativo surgido desde la Ley 39/2006, ha tratado de garantizar a los ciudadanos y a las propias Comunidades Autónomas, como indica la propia exposición de motivos, de un modelo estable de recursos y servicios para la atención a la dependencia que la configuran como una nueva modalidad de protección social que amplía y complementa la acción protectora del Estado y del Sistema de la Seguridad Social.

Hasta ese momento el sistema de Seguridad Social había venido asumiendo algunos elementos de atención, tanto en la asistencia a personas mayores como en situaciones vinculadas a la discapacidad. La gran invalidez, complementos de ayuda a tercera persona en la pensión no contributiva de invalidez y de la prestación familiar por hijo a cargo con discapacidad, asimismo, las prestaciones de servicios sociales en materia de reeducación y rehabilitación a personas con discapacidad y de asistencia a las personas mayores, formaban parte y aun lo hacen, del conjunto de previsiones de nuestro sistema.

El artículo 26 de la Ley, clasifica en tres los grados de dependencia<sup>2</sup> que a su vez se pueden reconocer cada uno de ellos en dos diferentes niveles, dependiendo de la autonomía y del grado de intensidad del cuidado que precisan. La determinación del grado y los niveles se establece conforme al baremo que acuerde el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, necesariamente aprobado por el Gobierno mediante Real Decreto, siendo las Comunidades Autónomas, las encargadas de determinar qué órganos asumirán la valoración de la situación de dependencia, emitiendo un dictamen sobre el grado y nivel de dependencia, concretando los cuidados que la persona pueda requerir, órganos que habrán de estar regidos por unos criterios comunes de composición y actuación, así como de carácter público. En el ejercicio de tales funciones, el órgano de la administración autonómica encargado de determinar el grado de dependencia, lo hará sobre criterios objetivos de valoración en los que se mida el grado de autonomía de la persona, su capacidad para la actividad diaria, la necesidad de apoyo y supervisión, su salud, entorno y considerando en su caso las ayudas técnicas que le sean necesarias.

<sup>2</sup> Grado I. Dependencia moderada: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal.

Grado II. Dependencia severa: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal.

Grado III. Gran dependencia: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal

El carácter público de los órganos encargados de pronunciarse sobre el grado de dependencia, unificados en criterios comunes de composición y actuación, es consagrado de forma expresa por la ley que tiene una evidente vocación pública. Por ello no cabe duda que el punto de la partida en la fijación de estos criterios introduce el elemento público necesario para abrir la controversia entre jurisdicciones que podría estar llamadas a resolver la impugnación de la fijación del grado de dependencia. Dicho elemento junto al hecho de no tratarse de prestaciones integrantes del sistema de Seguridad Social, permitieron en el caso que nos ocupa que el Ministerio Fiscal, atribuyera la competencia al orden jurisdiccional contencioso administrativo. En este sentido, pretende el ministerio público hacer valer un inexistente principio de supletoriedad del orden contencioso administrativo para todos aquellos casos que no tengan atribución expresa al orden jurisdiccional social, pretensión que no encuentra eco en la resolución objeto de este estudio.

## **2. LA CONSIDERACIÓN DE LA DEPENDENCIA COMO MODALIDAD DE PROTECCIÓN SOCIAL QUE COMPLEMENTA, PERO “EXTERNAMENTE”, EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL**

No cabe duda que el elemento dirimente de la controversia ha sido para el Juzgado de lo Social, nº 26 de Barcelona, tratar de profundizar en la dimensión que la dependencia presenta como integradora de nuestro sistema de protección social, así como el valor que la misma tiene en su vinculación con el sistema de Seguridad Social. El aplicador del derecho ha realizado una labor integradora, respondiendo ante la falta de adscripción de la materia a un orden jurisdiccional concreto, competente para resolver las determinaciones de grado que se han de producir en el desarrollo y aplicación de la ley de dependencia.

Nuestro sistema admite que junto a la protección básica que otorga el sistema de la Seguridad Social, bien a través del Régimen General o de los diferentes Regímenes Especiales, coexista un conjunto de mecanismos cuya finalidad no es otra que mejorar la protección básica. La protección complementaria, desde un punto de vista más amplio, comprende un conjunto de medidas, cuyo objetivo es mejorar, en sentido amplio, la protección básica dispensada por el Sistema de SS.

Esta protección adicional o complementaria puede adoptar formas diversas y, en consecuencia, dichas técnicas nos permiten distinguir entre una protección social estrictamente complementaria, en las que tanto contingencias como sujetos protegidos coinciden con lo establecido para el régimen público y obligatorio de Seguridad Social y siempre que su función no sea otra que mejorar

la acción protectora mínima o básica pública, y junto a ella la protección social suplementaria–autónoma, en cuanto pretende proteger a personas no incluidas en el ámbito del régimen público mínimo; o proteger necesidades sociales distintas a las previstas legalmente como contingencias o riesgos propios del régimen público; u otorgar prestaciones de diversa naturaleza y carácter respecto de las que conforman la acción protectora del régimen público.

Las prestaciones complementarias públicas, internas (asistencia social y servicios sociales) o externas, según la asignación formal o no por parte del legislador en el contenido protector del Sistema de SS en las externas reconocemos otros tipos de prestaciones asistenciales que no dependen del sistema de SS, sino de otros instrumentos de previsión social implantados por los poderes públicos, del Estado, de las CC.AA. e incluso de las Corporaciones Locales.

Los riesgos y situaciones de necesidad de alcance o relevancia social, protegidos desde cualquier sistema de Seguridad Social, son los previstos e incluidos en la norma. Pero los riesgos se van ampliando con nuevas situaciones que pasan a ser consideradas socialmente como susceptibles de protección. Aunque el sistema de SS haya tratado de prestar atención a estas otras situaciones, ampliando el radio de acción de las prestaciones tradicionales, o creando vías suplementarias o prestaciones especiales, no es capaz de abarcarlas, porque se trata de circunstancias que escapan en gran medida a la programación, planificación y tipificación previa de actuaciones que requiere la SS.

Por ello, muchas de esas situaciones se vienen abordando a través de instrumentos externos al sistema de SS, creados y sostenidos también por el poder público, pero con una estructura y una configuración diferente. Como mecanismos utilizados, nos encontramos con las prestaciones de tipo asistencial con un marcado matiz individual, servicios sociales de carácter eminentemente colectivo y por último la protección de la dependencia. La Ley 39/2006, de 14 diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas, configura un modelo de protección social de la dependencia (*Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia*) de carácter universal, no asistencial (sólo disponible para personas carentes de recursos), y al margen de la Seguridad Social.

La compatibilidad competencial entre el Estado y las comunidades autónomas quedó consagrada en la polémica STC 239/2002, de 11 de diciembre, que respalda de manera explícita la iniciativa autonómica, y que se acompaña de cuatro votos particulares contrarios al parecer mayoritario. Con este nuevo enfoque, a juicio del TC, no sólo considera compatibles prestaciones estatales y autonómicas, sino que acepta que las CC.AA se introduzcan en el ámbito del régimen público, mínimo y general de la SS para corregir al alza, y a su costa, las prestaciones no contributivas que consideran de cuantía insuficiente. En

cualquier caso, esta práctica se vio entorpecida a finales de 2003 con la aprobación de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas de SS, que modificó la redacción del apartado 4 del art. 38 TRLGSS, dejando sin efecto la doctrina sentada por la discutible STC 239/2002. A tal efecto, el nuevo art. 38.4 del TRLGSS pasó a establecer que “Cualquier prestación de carácter público que tenga como finalidad complementar, ampliar o modificar las prestaciones económicas de la SS, tanto en sus modalidades contributiva como no contributiva, forma parte del sistema de la SS y está sujeta a los principios regulados en el artículo 2 de esta Ley”. Posteriormente la Ley 4/2005, de 22 de abril, sobre efectos en las pensiones *no contributivas* de los complementos otorgados por las Comunidades Autónomas, ha venido a reconducir la situación creada por la Ley 52/2003 a los términos de la discutible doctrina constitucional, garantizando a las CC.AA competencias para determinar complementos de las pensiones no contributivas, cuando así lo acuerden sus respectivos parlamentos. Nuevamente el apartado 4 del art. 38 TRLGSS, se vio modificado con un nuevo párrafo complementario del texto vigente: “*Lo previsto en el párrafo anterior se entiende 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 ellas*”.

Al margen del debate sobre si las CC.AA pueden o no, en el ejercicio de su competencia en materia de asistencia social, complementar y mejorar las prestaciones del sistema público de SS, la nueva redacción del art. 38.4 del TRLGSS es utilizada por el juzgador para justificar, la cobertura legal prestaciones complementarias como las ayudas a la dependencia dentro de este tipo de complementos de prestaciones que para él son contributivas. No obstante, este argumento arroja muchas dudas en la configuración actual del Sistema de Atención a la Dependencia, en la medida en que se ha buscado de propósito por el legislador una vía de complemento “externa” al Sistema de Seguridad Social, de manera que ni la financiación, ni la regulación, ni la gestión corresponde a aquél Sistema sino que se ubica en el ámbito de la Acción Social “externa” al mismo. Y aunque es cierto que no se trata necesariamente de Asistencia Social externa, pues puede bien incluirse dentro de la materia correspondiente a los Servicios Sociales, que es materia compartida entre el Estado y las CCAA, lo cierto es que la referencia legal al carácter complementario se hace para poner de manifiesto, justamente, que está “fuera” de la Seguridad Social.

La opción de política legislativa podrá gustar más o menos –a nosotros no nos convence– pero es evidente que el Juez no puede dejar de tener en cuenta esta opción, dando un sentido extremadamente amplio al concepto de “complementario”. Por eso, la decisión judicial nos presenta tanto una decisión como una justificación muy discutible, y urgida de mayores razonamientos que los expuestos por el Juez para llegar a tan polémica y conflictiva decisión, por más

que pueda resultar, en el plano de la política jurídica, justificable o incluso deseable. Pero el Juez no puede confundir su deseo, o lo conveniente, por lo legal. De ahí que busque más argumentos, si bien siguen adoleciendo de convicción en el plano técnico-jurídico.

Así, también el artículo 145. 6 del TRLGSS establece que las personas que, cumpliendo los requisitos señalados en el apartado 1, a, b y d del artículo 144, que estén afectadas por una minusvalía o enfermedad crónica en un grado igual o superior al 75% y que, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesiten el concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos, tendrán derecho a un complemento equivalente al 50% del importe de la pensión a que se refiere el primer párrafo del apartado 1 del artículo 145. La normativa que desarrolla la fijación del grado de minusvalía. Ciertamente en un futuro la fijación del baremo que determine el grado de minusvalía y por tanto el derecho a recibir un complemento en la pensión de incapacidad permanente, tendrá como referencia el baremo fijado para determinar el grado del Sistema para la Autonomía Personal. En todo caso, por tratarse de un complemento a una prestación de Seguridad Social, se ha reconocido la competencia de la jurisdicción social. Por ello el elemento comparativo vuelve a ser argumento integrador en la jurisdicción social respecto del reconocimiento de grado de dependencia, ante la falta de previsión del legislador.

### **3. EL RECONOCIMIENTO DE GRADO DE MINUSVALÍA COMO ELEMENTO REFERENCIAL DE ASIGNACIÓN DE COMPETENCIA**

Consideración aparte merece las reflexiones del auto, objeto de comentario en cuanto a la invocación de los argumentos que han permitido a los tribunales, hacer atribución a la competencia de la jurisdicción social, en los litigios relativos a la determinación del grado de discapacidad, a cuya justificación se remite, in fine, la fundamentación del auto.

En tal sentido traemos a colación el pronunciamiento aportado por la Sala Especial de Conflictos de Jurisdicción y de Competencia, del Tribunal Supremo, que en su Auto 11/2006, de 30 de marzo, ha podido glosar buena parte de su posicionamiento al respecto y ello con motivo del Conflicto Negativo de competencia suscitado entre el Juzgado de lo Social nº 16 de Valencia en los autos nº 739/03, y el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 5 de Valencia, en el Procedimiento nº 591/04, si bien el mismo se refiere a la determinación de a quién corresponde la decisión de un litigio sobre reconocimiento de grado (porcentaje) de minusvalía en aquellos supuestos en que dicho grado

no es determinante de la concesión de una prestación no contributiva de Seguridad Social<sup>3</sup>.

Las razones utilizadas por la doctrina jurisprudencial, se basan en: 1) de seguridad jurídica, una de cuyas vertientes es la estabilidad de la doctrina jurisprudencial cuando no hay motivos importantes para su alteración; 2) de sencillez y economía procesales, habida cuenta de que corresponde indiscutiblemente al orden social la decisión de los asuntos sobre reconocimiento del grado de minusvalía determinante de prestación no contributiva de la Seguridad Social, y no sería práctico decidir la atribución competencial a uno u otro orden jurisdiccional según el porcentaje de minusvalía solicitado o reconocido; y 3) de pertenencia de la materia a la rama social del derecho ( art. 9.5. de la Ley Orgánica del Poder Judicial ), en cuanto que, como se dice en ATS 22-12-2005, “las prestaciones o ayudas públicas que tienen derecho a obtener los minusválidos son de clara naturaleza social, por estar vinculadas bien al Derecho del Trabajo, bien al Derecho de la Seguridad Social”.

#### 4. VALORACIÓN FINAL

No cabe duda que la ley 39/2006 ha tratado de impulsar el desarrollo de un nuevo modelo de Acción Social, con la intención de ampliar y complementar nuestra cobertura de protección social, potenciando el avance del modelo de Estado social que consagra la Constitución Española. A tal fin, busca dotarnos de recursos financieros e institucionales para hacer efectivo un sistema de servicios sociales de calidad, garantistas y universales. Ahora bien, por diversos motivos, tanto jurídicos como financieros, y también políticos, no lo ha hecho con una adscripción clara a uno de los dos Sistemas básicos de Protección Social, o la Seguridad Social o la Asistencia Social, sino que se ha mantenido en una zona concurrente, en una “zona mixta”, híbrida, renunciando a incluir la protección frente a la dependencia como prestación de Seguridad Social pero si adscribirla en pleno a la Asistencia Social, sino a la Red de Servicios Sociales.

<sup>3</sup> Esta cuestión litigiosa ha sido resuelta ya por la Sala de Conflictos de competencia jurisdiccional en pronunciamientos precedentes, atribuyendo la competencia en la materia a la jurisdicción social. Así ha sucedido en el Auto TS Sala de conflictos de competencia de 22 de diciembre de 2005 (rec. 35/2005) y en el Auto TS Sala de conflictos de competencia de 19 de octubre de 2002 (rec. 34/2002).

La Sala de lo Social de este Tribunal Supremo en numerosas resoluciones [STS soc. de 22 de marzo de 1996 (rec. 2813/95).– STS soc. de 13 de mayo de 2002 (rec. 3306/01).– STS soc. de 31 de octubre de 2002 (rec.3385/01).– STS soc. de 29 de noviembre de 2002 (rec.1030/02)], se ha inclinado reiteradamente, por la misma solución de considerar competente para el reconocimiento del grado de minusvalía al orden social de la jurisdicción.

Esta materia, como se sabe, pese a que los Nuevos Estatutos de Autonomía –Cataluña, Andalucía– la adscriben sin matices a las Comunidades Autónomas, no ha tenido nunca una determinación cierta en materia competencial, moviéndose en una zona de incertidumbre entre ambos Sistemas de Protección Social. Pues bien como consecuencia de este modelo complejo, mixto y cada vez más incierto, era cuestión de tiempo que aparecieran las implicaciones en las normas procesales relativas a la “rama social del Derecho”. La respuesta alcanzada no hace sino acrecentar las dudas suscitadas por este modo de organizar la protección, que se mueve a caballo y con un difícil equilibrio entre la protección estatal y la protección autonómica, si bien es el autogobierno el que asume el protagonismo en la gestión del Sistema de Atención a la Dependencia, cuya voluntad de autonomía o emancipación de la Seguridad Social es más que evidente, pero incluso también de la Asistencia Social.

De ahí la importancia de un pronunciamiento de este tipo. La repercusión que ha generado la nueva resolución puede medirse en la cantidad de reseñas jurisprudenciales que hemos encontrado. El mérito del Juez es tratar de encauzar un criterio con el que poder resolver las lagunas del legislador. Una laguna que en este caso se han resuelto mediante la aplicación analógica, al apreciarse identidad de razón y no existir un supuesto específico. Sin perjuicio de evidenciar nuestras dudas sobre la corrección de los argumentos empleados por el Juez, pues ya se ha dicho que adolecen de extrema debilidad y evidencia una posición más apriorística que razonada jurídicamente, entendemos que resulta muy meritoria en el plano de la política del derecho.

La situación a la que responde el Juzgado de lo social tiene mayor relevancia si el enfoque lo centramos, más que en su argumentación técnica, desde la deficiente técnica legislativa con la que el legislador suele actuar ante la asignación de competencias al orden social de la jurisdicción. En especial, en materias cargadas de tantos acentos administrativos como sociales, siendo defendible una cosa y la opuesta.