

EL DEBATE COMPETENCIAL EN TORNO A LA LEY DE DEPENDENCIA

José Antonio Montilla Martos

Introducción

La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia se ha presentado, con razón, como un hito en la construcción del Estado social de Derecho en España en cuanto pretende garantizar el derecho universal de todos los españoles a ser atendidos cuando no puedan valerse por sí mismos por parte de los poderes públicos, más allá de la familia o el mercado. El objeto de la Ley, según su artículo 1.1, es establecer 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». Por tanto, configura una garantía mínima uniforme del derecho subjetivo reconocido a las personas que, por razón de edad, enfermedad o discapacidad, necesitan la ayuda de otras para realizar actividades básicas de la vida diaria, a través de un modelo de atención integral al ciudadano, presentado como sistema, el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD). Con esa finalidad se prevé un marco estable de recursos y servicios, como una nueva modalidad de protección social que amplía y complementa la acción protectora de la Seguridad Social. En este sentido, la situación de dependencia resulta definida en el art. 2 de la Ley como el «estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida. A través del SAAD se proporciona soporte a estas personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad para poder desarrollar tales actividades esenciales. Se incluyen en los denominados «sujetos débiles», a los que se atiende en el constitucionalismo del Estado social desde el principio de solidaridad grupal pues, como indicaba la STC 11/1981, el Estado social tiene, entre otras significaciones la de legitimar medios de defensa de los intereses de grupos y estratos de la población socialmente dependiente.¹

1. Esta Ley, por tanto, refuerza la protección de estos sujetos débiles, que, como ha explicado C. de CABO, son habitualmente tratados en la forma de «derecho débil», sin los caracteres y nivel de protección de los que se consideran verdaderos derechos. Cfr. C. de CABO MARTÍN, «La Constitución del más débil», en M. Luisa BALAGUER CALLEJÓN (ed.), *XXV aniversario de la Constitución. Propuestas de reformas*, Universidad de Málaga, 2004, pp. 27-28. En general, sobre los sujetos débiles y el principio de solidaridad, cfr. C. de CABO MARTÍN, «La solidaridad como principio constitucional en el actual horizonte reformista»,

La mera descripción del objeto de la Ley: la ampliación del sistema de protección social, con un carácter externo al sistema de Seguridad Social, con la intervención del Estado para garantizar las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho prestacional a la atención a las situaciones de dependencia, y el alcance de la cooperación administrativa que se propone más allá del título competencial del Estado, resulta suficiente para comprender el debate competencial que ha provocado, pese a su trascendencia sustantiva para el avance del Estado social de Derecho en España y la protección de «sujetos débiles». Desde la perspectiva de algunos grupos parlamentarios, y también del Consejo Consultivo de Cataluña en su Dictamen 279, de 9 de enero de 2007, la Ley invade el espacio competencial de las CCAA al encontrar su fundamento constitucional en el art. 149.1.1 CE e imponer a las CCAA un determinado modelo de cooperación administrativa.

No resulta fácil abordar la cuestión del encaje competencial de esta Ley. Para el Consejo Consultivo de Cataluña prácticamente toda la Ley es inconstitucional pues encuentra motivos de inconstitucionalidad en 35 de sus 47 artículos, sin perjuicio de que algunos de los 12 restantes sólo serán constitucionales si se interpretan en un determinado sentido. Para las Cortes Generales, que ha aprobado la Ley con una amplia mayoría, se supone que ninguno de sus preceptos tiene la tacha de ser contrario al bloque de constitucionalidad, pues sería inconcebible que se hubiera aprobado una Ley aún aceptando que contenía preceptos contrarios a la Constitución.

En este acercamiento al debate competencial en torno a la Ley de dependencia no pretendemos profundizar en la discusión sobre la posible invasión del espacio competencial autonómico, sino explicar el contexto en el que se produce esta actuación del legislador estatal y las innovaciones en la forma de entender el reparto y el ejercicio competencial que propone. Para ello se aportan elementos de juicio desde dos perspectivas distintas. Por un lado, desde el análisis de los títulos competenciales que aduce el Estado para aprobar la Ley y las CCAA para considerar invadido su espacio competencial. Tras esa aproximación estática podremos responder a la pregunta de si es posible una Ley como la 39/2006 en el marco del sistema de distribución competencial derivado de la Constitución y los estatutos. Por otro lado, aceptada esa posibilidad, nos adentramos en el contenido de la Ley para explicar su novedosa estructura desde la perspectiva competencial, tanto por el despliegue del título del art. 149.1.1 CE que se hace como por el modelo de relación administrativa de colaboración que se propone para ampliar el contenido mínimo del derecho prestacional. Debe aclararse en estas líneas liminares que nos acercamos a una Ley recién aprobada, sin la experiencia de su aplicación, por lo que muchos comentarios tienen un cierto carácter provisional.

La competencia exclusiva de las CCAA en asistencia social y el artículo 149.1.1 CE como título competencial aducido por el Estado para aprobar la Ley de Dependencia

El encuadre competencial de la promoción de la autonomía personal y la atención a las situaciones de dependencia en la materia asistencia social

Ante cualquier debate competencial la primera operación consiste en encuadrar el supuesto de hecho en una materia competencial. Inicialmente, la promoción de la autonomía personal y atención a las situaciones de dependencia configurada como derecho subjetivo de carácter prestacional tienen un carácter en cierto modo horizontal que incide en diversos ámbitos materiales pues se trata de atender a las necesidades del sujeto que no puede valerse por sí mismo a través de terceras personas y en un concreto marco institucional. No obstante, es una forma de protección social que, en España, puede articularse competencialmente a través de dos títulos: la seguridad social y la asistencia social.² Si, como es el caso, el legislador decide que ese sistema de protección se configure fuera del sistema de seguridad social entonces se encuadra como una submateria en la asistencia social, o servicios sociales si atendemos a la denominación que se recoge en los nuevos Estatutos de Cataluña (art. 166, LO 6/2006) y Andalucía (art. 61).³ La asistencia social es una competencia exclusiva de las CCAA pues así se había recogido en todos los estatutos de autonomía desde su redacción primera, a partir de la habilitación que ofrecía el art. 148.1.20 CE. Con este razonamiento lineal, parece claro que el Estado no podría configurar en una Ley, como lo ha hecho, la atención a las situaciones de dependencia. Sin embargo, el Estado aduce el art. 149.1.1 CE para intervenir en ese espacio competencial autonómico. Procede, por tanto, analizar si es posible esa actuación a partir no sólo de las características de este título, sino también, con carácter previo, de la concepción actual de la materia «asistencia social».

2. En general, desde una perspectiva keynesiana, Seguridad Social y Asistencia Social conforman conjuntamente el modelo de protección del Estado Social. Cfr. en este sentido, M.A. GARCIA HERRERA, G. MAESTRO BUELGA, «Prestaciones sociales y comunidades autónomas», en M.A. GARCIA HERRERA (dir.), *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Universidad del País Vasco, 1997, p. 421.

3. Otra opción, también planteada, es considerar que estamos ante una materia competencial no prevista en los estatutos y, en ese sentido, es competencia residual del Estado en virtud del art. 149.3 CE. Sin embargo, por un lado, resulta difícil exceptuar esa forma de protección social de la amplia referencia a servicios sociales y atención a situaciones de necesidad social que hacen, específicamente, los nuevos estatutos; por otro lado, y sobre todo, los nuevos fenómenos sociales deben incluirse en el reparto competencial en atención a las materias configuradas en éste, sin que puedan suponer un cauce para la ampliación de las competencias del Estado, en detrimento de las CCAA. Así lo ha hecho el Tribunal Constitucional hasta la actualidad.

La evolución de la materia asistencia social

En el momento de aprobarse la Constitución y los estatutos de autonomía, la delimitación de la materia asistencia social como técnica pública de protección social resultaba bastante clara. Era la versión actualizada de la beneficencia pública, en la que históricamente halla sus raíces (STC 146/1986/2). Desde esa concepción, la distinción con la Seguridad Social tampoco planteaba dudas en cuanto ésta, como heredera de los antiguos seguros sociales, se asentaba sobre un amplio conjunto de prestaciones de carácter contributivo. En ese sentido, la asistencia social era una técnica de protección fuera del sistema de la Seguridad Social, con caracteres propios, que la separaban de otras afines o próximas a ella (STC 146/1986/2). En primer lugar, la existencia de una situación de necesidad, que obligaba, a su vez, a la prueba de que faltaban medios económicos para hacer frente a la misma.⁴ En segundo lugar, su carácter de red asistencial de *ultima ratio* y el carácter también residual de las situaciones contempladas.⁵ Y, en tercer lugar, directamente en el ámbito que nos ocupa, la discrecionalidad en su reconocimiento, sin configurar auténticos derechos subjetivos. De la misma forma que las prestaciones de la Seguridad Social, por su carácter contributivo, generaban derechos subjetivos para sus beneficiarios, la asistencia social está sometida a una mayor discrecionalidad en su otorgamiento y, en puridad, no daba origen a derechos subjetivos plenos.⁶

La concreción en el ámbito competencial de esa delimitación apenas planteaba problemas. La asistencia social era una competencia exclusiva de las CCAA, que no afectaba a la Seguridad Social, sino que mejoraba el sistema desde fuera, externamente, ante la insuficiencia de la acción protectora de aquélla. Por tanto, el art. 148.1.20 CE la menciona entre las materias competenciales que pueden ser asumidas desde la aprobación de los estatutos por todas las CCAA, sin que el Estado se reserve ninguna capacidad de actuación. Por su parte, la Seguridad Social debe ser configurada por el Estado pues le corresponde la legislación básica y el régimen económico, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las comunidades autónomas, según el art. 149.1.17 CE.

Sin embargo, esa situación de partida ha evolucionado. La parte de protección social dejada exclusivamente a las CCAA a través de la materia asistencia social se vinculaba a situaciones marginales y de extrema pobreza con un relativamente escaso peso en el conjunto del gasto de protección, pero su extensión a nuevas situaciones de necesidad planteadas por la ciudadanía y su extensión generalizada, en el marco del Estado social de Derecho, tiene consecuencias sobre el reparto competencial inicialmente previsto. Por un lado, aunque esto no nos ocupa, la Seguridad Social ha incluido medidas concretas propias de la asistencia social, al

4. Cfr. M. ALONSO OLEA y J.L. TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 1998, p. 545.

5. Cfr. C. MOLINA NAVARRETE, «Los nuevos Estatutos de autonomía y el reparto constitucional de competencias en las materias de empleo, trabajo y protección social», pp. 117-124.

6. Cfr. S. BARCELON, G. QUINTERO, «Delimitación competencial de la protección social de las situaciones de dependencia», *Relaciones laborales*, 2003, II, p. 203.

establecer un conjunto de prestaciones no contributivas, de carácter universal. Por otro lado, se ha generalizado la atención a las situaciones de necesidad a las que se da respuesta desde la asistencia social y que, desde el reparto competencial primero, compete a las CCAA.

La distinción entre asistencia social y seguridad social ha quedado diluida en virtud de una concepción más global de la protección en el Estado social. Ello ha dado lugar, desde la década de los ochenta del pasado siglo, a una notable conflictividad competencial. Las CCAA reclaman la competencia sobre todo el ámbito no contributivo de la Seguridad Social, incluyéndolo en la asistencia social; el Estado, por su parte, reclama competencias en el ámbito asistencial, al adquirir un carácter que trasciende a la clásica atención residual o complementaria, para configurar servicios sociales con vocación de sistema que requieren un planteamiento global de ámbito estatal.⁷ El Tribunal Constitucional responde a esta situación con una jurisprudencia casuística, en la que destaca la distinción entre asistencia social «interna» al Sistema de Seguridad Social, de competencia estatal, y la asistencia social «externa», de competencia exclusiva de la comunidad autónoma. De esta forma, se produce la concurrencia competencial de la modalidad no contributiva de la Seguridad social y el título competencial autonómico de asistencia social.⁸ El ejemplo paradigmático es acaso la STC 239/2002, que legitima la intervención desde la asistencia social «externa» para suplementar, de manera directa, el *quantum* de prestación de seguridad social no contributiva que reciben los beneficiarios de la misma, residentes en la comunidad autónoma que las aprueba, naturalmente a cargo de la propia comunidad autónoma.⁹

Con la somera referencia anterior únicamente se pretende mostrar que la asistencia social ha perdido en la actualidad sus rasgos tradicionales, anotados al

7. Si bien de forma aislada, este argumento fue reconocido por el Tribunal Constitucional en la STC 146/1986/5 cuando indica que «pueden existir supuestos especiales o particulares que requieren un planteamiento global de ámbito estatal, a través de intervenciones de asistencia social de alcance supra autonómico».

8. Como indicaba la STC 76/1986/7, «es una exigencia del Estado social de derecho (art. 1 CE) que quienes no tengan cubiertas sus necesidades mínimas por la modalidad no contributiva del Sistema de Seguridad Social puedan acceder a otros beneficios o ayudas de carácter o naturaleza diferente, habida cuenta de que esta zona asistencial interna al sistema coincide con el título competencial del art. 148.1.20 CE. Esta confluencia no puede impedir a las CCAA que actúen en esa franja común cuando ostentan título competencial suficiente, máxime si se considera que, en determinadas coyunturas económicas, el ámbito de protección de la Seguridad Social pudiera conllevar limitaciones asistenciales y presenciales que, por ello, precisen de complementación con otras fuentes para asegurar el principio de suficiencia al que alude el art. 41 CE».

9. Indica expresamente el Tribunal que «en el ejercicio de su competencia de asistencia social, podrá crear prestaciones que complementen a las establecidas en el Sistema de Seguridad Social, siempre y cuando se oriente a compensar un hecho diferencial socio-económico relevante para garantizar la igualdad real, no desnaturalice la prestación y se realice a cargo de sus Presupuestos». Cfr. ampliamente sobre esta sentencia, C. MOLINA NAVARRERE, «Polvos y lodos: complementos autonómicos a pensiones contributivas ¿fraude constitucional o justicia social?, *Relaciones laborales*, 2004, 13.

inicio. Ya no tiene un carácter residual, ni extraordinario, caracterizado por la discrecionalidad en su otorgamiento. Se advierten, por el contrario, diversos sistemas de servicios sociales para la prestación de servicios públicos que garantizan derechos sociales de carácter prestacional. La consecuencia de este proceso de generalización paulatina de la asistencia social por la actuación de las CCAA es que los derechos subjetivos de carácter prestacional que se han ido reconociendo en éstas, habitualmente a través de la aprobación de leyes de servicios sociales u otras leyes sectoriales, y sus reglamentos de desarrollo, se hacen efectivos a través de un servicio público y una tipología de servicios. Y ello en un proceso paulatino, esto es, sin perjuicio de cual sea la situación en este momento determinado en cada una de las CCAA pues el principio de emulación está provocando la extensión de ese reconocimiento de derechos. Con la creación de los servicios sociales autonómicos y el reconocimiento de derechos de prestación de carácter asistencial, los ciudadanos se han convertido en beneficiarios de auténticos «derechos subjetivos plenos» jurisdiccionalmente fiscalizables. Además, las actuales reformas estatutarias, específicamente en Cataluña y Andalucía, suponen una garantía adicional, al trasladar esos derechos al bloque de la constitucionalidad. En consecuencia, la generalización de los servicios sociales autonómicos y su reconocimiento normativo se vincula a la configuración de nuevos derechos de prestación para los ciudadanos.

En este contexto, la actuación del Estado en ese ámbito se había limitado a la suscripción de convenios con el objeto de aportar fondos a las CCAA para que éstas desarrollen programas sociales en ejercicio de sus competencias y, en su caso, a la participación en la distribución de esos fondos en el seno de la Conferencia Sectorial de Asuntos Sociales. Así, en el supuesto que aquí nos ocupa, el año 2005 el Gobierno del Estado dotó un fondo de 50 millones de euros para que las CCAA realicen proyectos dirigidos a la atención de personas dependientes y en 2006 ese fondo se elevó hasta los 200 millones de euros. Sin embargo, la Ley 39/ 2006 supone un notable cambio cualitativo. Con ella, el Estado configura un sistema de atención a las situaciones de dependencia de carácter estatal, el mencionado SAAD, pero ubicado en la materia competencial asistencia social, de competencia exclusiva autonómica, y lo hace con el único fundamento constitucional del art. 149.1.1 CE. No es asistencia social «interna», al no integrarse en el sistema de Seguridad Social, ni externa, al condicionarse la competencia exclusiva de las CCAA, sino un *tertium genus*, que pretende articular un ambicioso sistema de protección social de las situaciones de dependencia, implicando a todas las administraciones en la acción protectora, en el ámbito de actuación que le ofrece el art. 149.1.1 CE. Plantea, en el sentido expuesto por la STC 146/1986, un programa de asistencia social que sólo tiene sentido «referido al país en su conjunto».

El legislador estatal podría haber incluido el SAAD en la Seguridad Social, como ocurre en Alemania¹⁰ o Austria, de manera que resultara financiado me-

10. Sobre el seguro de dependencia alemán introducido en los años 1994 a 1996 y el debate existente ante su situación actual de crisis, cfr. U. Köbl, «El seguro de dependencia alemán: principales rasgos y problemas actuales», *Relaciones laborales*, 13, 2004, pp. 293-316.

dian­te las cotiza­cio­nes de tra­ba­ja­do­res y em­pre­sa­rios.¹¹ En ese caso, la com­pe­ten­cia es­tatal para apro­bar la Ley plan­tearía me­nos du­das. Pe­ro ha soslaya­do esa op­ción, con lo cual aboca al de­bate com­pe­ten­cial an­tes apun­ta­do, da­dos los lí­mites del tí­tu­lo com­pe­ten­cial del Es­tado adu­ci­do. Se han plan­tea­do dis­tin­tas ra­zo­nes para ex­plicar esta de­ci­sión de la Ley 39/2006. En un sen­ti­do, po­dría de­berse a la pre­ocupa­ción por la viabi­li­dad eco­nó­mica del sis­te­ma de pen­sio­nes, como prin­ci­pal com­po­nente de gas­to de la Se­gu­ri­dad So­cial, que re­sul­ta­ría al­te­ra­do por la in­ci­den­cia de la ac­ción pro­tec­to­ra de la de­pen­den­cia, al pre­cisar una in­gen­te can­ti­dad de re­cu­r­so­es eco­nó­mi­cos. En otro sen­ti­do, se tra­ta­ría de per­mitir a las CCAA ju­gar un pa­pel no­table en el Sis­te­ma, lo que re­sul­ta­ría más com­pli­ca­do si se hu­bie­ra ubi­ca­do en la Se­gu­ri­dad So­cial, por el ca­rácter es­tatal de esta ma­te­ria, y las lí­mi­ta­cio­nes a la in­ci­den­cia au­to­nó­mica.¹² No puede ol­vi­darse en este sen­ti­do que el Tri­bu­nal Con­sti­tu­cio­nal ha ob­ser­va­do con re­ce­lo la in­clu­sión de me­di­das de pro­tec­ción so­cial de ca­rácter uni­ver­sal en la Se­gu­ri­dad So­cial, con la paula­ti­na re­duc­ción de otros ámbi­tos de pro­tec­ción dis­tin­tos a ésta, pre­cisamen­te por el va­cia­mien­to de com­pe­ten­cias au­to­nó­mi­cas que ello signifi­ca (STC 239/2002/7).

En cual­quier caso, lo cierto es que ha con­fi­gu­ra­do un sis­te­ma de pro­tec­ción so­cial de las si­tu­a­cio­nes de de­pen­den­cia al mar­gen de la Se­gu­ri­dad So­cial, en­cua­dra­do, por tan­to, en la ma­te­ria asis­ten­cia so­cial, de com­pe­ten­cia ex­clu­siva de las CCAA, desde el art. 149.1.1 CE que le per­mite re­gu­lar «las con­di­cio­nes bá­si­cas que ga­ran­ti­cen la igua­l­dad de to­dos los es­pa­ño­les en el ejer­cicio de los de­re­chos».¹³

La trascen­den­cia de esta op­ción del le­gis­la­dor desde la per­spec­ti­va com­pe­ten­cial no puede ser mi­nus­va­lo­ra­da. Se está po­ni­en­do en cues­ti­ón la his­tó­rica re­cla­ma­ción au­to­nó­mica de to­do es­pa­cio de pro­tec­ción so­cial que no sea so­cialmente

11. No creo, sin em­bar­go, que re­sulte una obli­ga­ción de­ri­va­da del art. 41 CE, que vi­n­cula se­gu­ri­dad so­cial con asis­ten­cia so­cial, pues, como se ha ex­plicado en el tex­to, se ha pro­du­ci­do una dis­tin­ción nítida de am­bos tí­tu­los com­pe­ten­cia­les en vir­tud de lo in­di­ca­do en los tí­tu­los de reparto com­pe­ten­cial in­clu­i­dos en el art. 149.1.17 CE, por un lado, y 148.1.20 CE, por otro.

12. Estas dos ex­pli­ca­cio­nes en B. SUAREZ CORUJO, «De­pen­den­cia y Es­tado au­to­nó­mi­co. El en­ca­je com­pe­ten­cial del Pro­yec­to de ley de pro­mo­ción de la au­to­no­mía per­so­nal y aten­ción a las per­so­nas en si­tu­a­ción de de­pen­den­cia», *Re­la­cio­nes la­bo­ra­les*, 14, 2006, p. 66. En su opi­ni­ón, la op­ción «na­tural» hu­bie­ra sido, en to­do caso, in­te­grar la de­pen­den­cia den­tro del sis­te­ma de Se­gu­ri­dad So­cial y ha­cerlo en los mis­mos tér­mi­nos que plan­tea la Ley, esto es, ga­ran­ti­zan­do el Es­tado unas pre­sta­cio­nes y ser­vi­cios bá­si­cos en to­do el ter­ri­to­rio (pp. 67 y 72-73).

13. El Li­bro Blanco sobre la «Aten­ción a las per­so­nas en si­tu­a­ción de de­pen­den­cia en Es­pa­ña» y el Dic­ta­men del Con­sejo de Es­tado sobre el An­te­pro­yec­to ex­po­nen los tres mo­de­los de pro­tec­ción exis­ten­tes en Eu­ropa: en pri­mer lu­gar, el de pro­tec­ción uni­ver­sal y fi­nan­cia­ción me­diante im­pues­tos (países nór­di­cos, Ho­lan­da); en se­gun­do lu­gar, el mo­de­lo bis­mar­ckiano de pro­tec­ción a través del Sis­te­ma de Se­gu­ri­dad So­cial (Ale­ma­nia, Au­stria) y, en ter­cer lu­gar, el mo­de­lo asis­ten­cial, di­ri­gi­do esen­cialmente a ciu­da­da­nos ca­ren­tes de re­cu­r­so­es (países del sur de Eu­ropa). La Ley 39/2006 in­ser­ta a Es­pa­ña en el ter­cer mo­de­lo pero con ras­gos sin­gu­la­res en cuanto tie­ne un ca­rácter uni­ver­sal, ga­ran­ti­za­do por el Es­tado, al me­nos en el nivel bá­si­co de pro­tec­ción.

asegurador o contributivo, que englobaría lo que los nuevos estatutos denominan «servicios sociales». Nos interesa asentar en este momento la razón de este cambio. Como se deriva de lo expuesto hasta aquí, es la consecuencia de la evolución de la asistencia social, de la superación de la idea de beneficencia o ayuda social por la concepción de derechos sociales de carácter subjetivo y naturaleza prestacional estructurados en un sistema, que no se ha querido incorporar a la Seguridad Social. En ese tránsito hacia la acción social las prestaciones asistenciales han dejado de ser discrecionales para configurar derechos subjetivos y, a partir de esa nueva situación, la competencia exclusiva de las CCAA resulta mediatizada por la intervención estatal. El Estado aduce su competencia para regular las condiciones básicas que garanticen una igualdad mínima en el ejercicio de estos derechos en toda España.

Pueden aducirse razones político-funcionales para justificar esta propuesta política de creación de un sistema estatal de atención a las situaciones de dependencia. En ese sentido, pueden mencionarse las limitaciones financieras de las CCAA para atender a estas situaciones, aunque la respuesta estaría en el reconocimiento de una mayor autonomía. También podría mencionarse la diversidad de actuaciones de las CCAA al afrontar la atención a las personas en situación de dependencia. Ciertamente, la experiencia muestra que no se ha producido un tratamiento homogéneo sino algunas iniciativas de regulación autonómica de las situaciones de dependencia con distinto alcance y naturaleza. El estudio de las distintas normas autonómicas aprobadas muestra la inexistencia de notas comunes que doten a los ciudadanos en cualquier lugar del territorio de una expectativa de asistencia, si no igual, al menos similar. Por el contrario, las prestaciones ofrecidas, el modo de determinar el grado de dependencia, o las edades marcadas como límite son distintas, por no referirnos a las CCAA en las que no se prevé protección alguna.¹⁴ Ante esta situación, no basta con reclamar una mayor atención por parte de las CCAA y, en consecuencia, un mejor reconocimiento de los derechos

14. Un detallado análisis de la situación en 2004 puede consultarse en E.M. BLAZQUEZ AGUDO, A.B. MUÑOZ RUIZ, «La protección de la dependencia en las comunidades autónomas: un panorama disperso», *Relaciones Laborales*, 13, 2004, pp. 225-255. Cinco CCAA han regulado legislativamente la atención a las situaciones de dependencia, si bien de forma desestructurada y asistemática. En dos casos la norma legal pretende la protección de un colectivo concreto frente a determinadas situaciones de necesidad por dependencia (Andalucía, con la Ley 1/1999, de atención a personas con discapacidad y la Ley 6/1999, de atención y protección a las personas mayores y Castilla-León, con la Ley 5/2003, de atención y protección a las personas mayores). En otros dos supuestos se articula la protección específica de las personas dependientes dentro del marco establecido de servicios sociales (Asturias, donde la Ley 1/2003, de servicios sociales, contiene una definición de la dependencia y el sistema de servicios sociales incluye entre sus prestaciones medidas de apoyo a las personas dependientes y sus familias, y Madrid, cuya Ley 11/2003, de servicios sociales, dedica un título a la atención social de la dependencia). Sólo en un caso se ha aprobado una Ley cuyo objeto exclusivo es la atención a las personas dependientes. Es Cantabria, pues la Ley 6/2001 se dedica a la atención y protección de las personas en situación de dependencia y organiza la acción protectora en tres niveles: la teleasistencia y el servicio de atención domiciliaria; los centros y servicios de atención diurnas y los centros y servicios de atención continuada de veinticuatro horas. Cfr. B. SUAREZ CORUJO, op. cit. pp. 61-63.

prestacionales. Podemos presumir que los avances en esta dirección pueden provocar una mayor dispersión en el tratamiento y, sobre todo, notables diferencias en la atención a la dependencia en las distintas CCAA en virtud de sus condiciones financieras. En ese punto el análisis político-funcional engarza con el competencial. Una vez plasmada la voluntad de reconocer la atención a las situaciones de dependencia como un auténtico derecho subjetivo, de forma más o menos adecuada, se abre el cauce al Estado para establecer las condiciones básicas que garanticen la igualdad de su ejercicio en toda España.¹⁵ La justificación de la intervención estatal no radica, por tanto, en la falta de financiación autonómica, que puede ser atendida por la vía de los convenios para la aportación de fondos, sino en la garantía de una igualdad básica en el ejercicio de los derechos prestacionales derivados de la atención a las situaciones de dependencia, de forma que cualquier ciudadano pueda gozar de un mínimo igual en la atención a las situaciones de dependencia, garantizado por el Estado, más allá de la actuación de su comunidad autónoma. Estamos ante la garantía de la homogeneidad social básica característica de los Estados descentralizados. En Estados Unidos la cláusula de «equal protection» hace posible una cierta estandarización de la protección; en Alemania e Italia es, como se sabe, el principio de uniformidad en las condiciones de vida. En España, la Ley 39/2006 pretende esa homogeneidad básica de las prestaciones sociales como derechos subjetivos en este ámbito concreto a través del art. 149.1.1 CE. Se tiende a convertir ese precepto en la cláusula de uniformidad de las condiciones de vida que no existe en nuestro ordenamiento constitucional.¹⁶

Por ello, conviene, detenerse en las características de este título competencial para comprobar si permite la propuesta que nos plantea esa Ley.

El carácter de derecho subjetivo de ciudadanía de la atención a la dependencia y la regulación estatal en virtud del art. 149.1.1 CE.

Si partimos de la definición de dependencia que contiene la Ley, su objeto tiene su encuadre constitucional en los principios rectores de la política social y económica. Esa concepción de dependencia se vincula a la situación de discapacitados y de la tercera edad, como colectivos especialmente afectados, si bien se plantea en la forma de atención especializada. Por tanto, en el marco constitucional se encuadra en el art. 49 que apela a los poderes públicos a realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y en el art. 50 cuando indica en relación a las personas mayores que los

15. Conviene recordar, siquiera a pie de página, que no resulta aplicable a este supuesto el art. 139 CE en cuanto ha sido interpretado como igualdad en el interior de la CA, no como garantía de la uniformidad en el tratamiento en todas las CCAA.

16. Así lo indica expresa la STC 13/1992/14 cuando se refiere a las «medidas prestacionales tendentes a asegurar un mínimo vital para los ciudadanos que garantice la uniformidad de las condiciones de vida, lo que se inserta lógicamente en las condiciones básicas de la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales que el art. 149.1.1 CE atribuye al Estado como competencia exclusiva.

poderes públicos «promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos». Es una cuestión habitualmente discutida si el 149.1.1 CE resulta aplicable a los principios rectores de la política social y económica (Capítulo III, Título I). Ciertamente, tanto la doctrina¹⁷ como el propio Tribunal Constitucional (STC 251/2006, vivienda) han aceptado esa vinculación. Sin embargo, ese debate pierde trascendencia pues el hecho relevante, como hemos comprobado, es que las prestaciones sociales vinculadas a los principios rectores, en concreto la atención a las situaciones de dependencia, ha mutado su naturaleza para pasar de beneficios otorgados discrecionalmente a derechos subjetivos invocables.

Ese proceso no se ha producido en el ámbito del ordenamiento general del Estado sino en los ordenamientos autonómicos, pues la materia competencial asistencia social se ubica en ese espacio competencial. Como hemos advertido, están reconociendo como auténticos derechos subjetivos diversas prestaciones sociales ajenas a la Seguridad Social, entre ellas la promoción de la autonomía personal y la atención a las situaciones de dependencia. De esta manera, los titulares del derecho pueden solicitar determinadas prestaciones en virtud de la presencia objetiva de una necesidad, que será evaluada por la administración. Ciertamente, los modelos o sistemas seguidos en los distintos territorios no son idénticos y de ello puede resultar el reconocimiento de diferentes derechos, pero es precisamente ese tratamiento diverso de lo que ya no son prestaciones discrecionales sino auténticos derechos lo que habilita la regulación estatal de las condiciones básicas en virtud del art. 149.1.1 para garantizar un mínimo de derechos sociales comunes en toda España. Para que el Estado pueda regular esas «condiciones básicas» no es preciso que en todas las CCAA se haya producido ese reconocimiento de prestaciones como derechos subjetivos, sino que resulta suficiente la percepción de que se está produciendo ese proceso de reconocimiento, como se ha advertido en la atención a las situaciones de dependencia, para que el Estado deba garantizar un mínimo común.

Las reformas estatutarias concluidas en Cataluña (LO 6/2006) y Andalucía, y en trámite en otras muchas CCAA, suponen la consagración en el bloque de la constitucionalidad de esa conversión de principios u objetivos en derechos, aún cuando ya se había incorporado a los ordenamientos autonómicos a través de normas legales o reglamentarias. El art. 24.2 EAC señala que «las personas con necesidades especiales para mantener la autonomía personal en la actividad de la vida diaria, tienen derecho a recibir la atención adecuada a su situación de acuerdo con las condiciones que se establezcan». Resulta obvio que no estamos ante una opción de los poderes públicos al albur de la situación financiera del territorio, sino ante un derecho subjetivo de configuración legal. Por tanto, lo que empezó vinculado a la beneficencia, o siquiera merecía atención por atenderse desde la red de solidaridad familiar, ha terminado convertido en un derecho subjetivo invocable, directa o indirectamente, ante los poderes públicos.

Por tanto, en la actualidad se han reforzado las competencias autonómicas en

17. Cfr. M.A. CABELLOS ESPIÉRREZ, *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del derecho comunitario*, CEPC, Madrid, 2001, pp. 223-231.

la tradicional asistencia social, como muestran los nuevos estatutos. No sólo se garantiza mejor el espacio competencial autonómico, con el desglose de las actividades públicas de competencia autonómica,¹⁸ sino que, como apuntábamos al inicio, la asistencia social se convierte en servicios sociales, con un sentido más omnicomprendivo y potencialmente más expansivo pues incorpora el conjunto de actividades y programas dedicados a mejorar el bienestar de las personas y grupos, en el que se incluye la atención a las situaciones de dependencia.¹⁹ El cambio terminológico responde al abandono de cualquier reminiscencia de la beneficencia pública como forma de atención dispersa para pasar a un sistema de servicios sociales en el que se garantizan plenamente derechos subjetivos de carácter prestacional. Pero, precisamente, reiteramos, ese reconocimiento de derechos hace posible la incidencia estatal para establecer condiciones básicas iguales en el ejercicio de estos derechos en toda España.

La competencia exclusiva de la CA no impide, lógicamente, esta incidencia. En ese sentido, la referencia del art. 110 EAC a que corresponde a la Generalitat «de manera íntegra, la potestad legislativa» no es óbice para la regulación prevista en el art. 149.1.1 CE, en virtud del principio de supremacía que obliga a interpretar el precepto estatutario conforme al constitucional. Debe interpretarse en el sentido del art. 42.2.1 del Estatuto andaluz: «íntegramente y sin perjuicio de las competencias atribuidas al Estado en la Constitución».²⁰

En cualquier caso, es sabido que el art. 149.1.1 CE no habilita para regular en relación a cualesquiera derechos sino únicamente a derechos constitucionales. Por tanto, debemos plantearnos si los derechos que ahora nos ocupan son «derechos constitucionales» pues se nos presentan, a lo sumo, como derechos estatutarios. Antes ubicábamos la atención a las personas en situación de dependencia en los artículos 49 y 50 de la Constitución, pese a su carácter transversal, y soslayábamos el debate sobre si los principios rectores de la política social y económica permiten el uso del art. 149.1.1 CE. El art. 53.3 CE prevé la conversión de estos principios en auténticos derechos alegables ante la jurisdicción «de acuerdo con la legislación que los desarrollen». Por ello, cuando el legislador los reconoce y les da la estructura normativa de derechos, son derechos constitucionales pues sólo requerían para serlo esa intervención legislativa, conforme al art. 53.3

18. Sobre esta cuestión remito a mi trabajo, «La legislación básica tras las reformas estatutarias», REDC, 70, 2006.

19. En cualquier caso, debe recordarse, con GARCIA HERRERA y MAESTRO BUELGA que «no han sido nunca conceptos netamente diferenciados, ni en nuestro derecho positivo, ni siquiera en el derecho internacional (art. 14 de la Carta Social Europea). Cfr. op. cit. p. 431.

20. Es conocida la doctrina del Tribunal Constitucional en este sentido: «El Estatuto de Autonomía, al igual que el resto del ordenamiento, debe ser interpretado siempre de conformidad con la Constitución y, por ello, los marcos competenciales que la Constitución establece no agotan su virtualidad en el momento de aprobación del Estatuto de Autonomía» (STC 18/1982); «fuerza normativa (de la Constitución) que no se agota ni disminuye con la promulgación de los Estatutos de Autonomía, cuyos preceptos, por más que califiquen como exclusiva la competencia asumida *ratione materiae*, nada pueden frente a las normas constitucionales que, en su caso, reconozcan al Estado títulos competenciales sobre la misma materia» (STC 20/1988/3).

CE, esto es, los derechos sociales son derechos constitucionales en virtud de la intermediación legislativa pues esa conversión deriva de la propia regulación constitucional. A estos efectos resulta indiferente que sea el legislador estatal o el legislador autonómico, Dependerá del espacio competencial en el que se encuadre la materia respectiva en el reparto derivado del bloque de la constitucionalidad. Si es una materia de competencia autonómica deberá ser ese legislador el que proceda a la conversión en derechos de lo que, sin esa actuación del legislador, son únicamente principios rectores. Pero esos derechos son constitucionales pues se vinculan al artículo 53.3 CE y al precepto constitucional que contenga el concreto principio rector. En ese sentido, la intervención del estatuyente refuerza ese carácter de derechos constitucionales. No podemos olvidar que el Estado social es sobre todo Estado autonómico, con la intervención niveladora por abajo del Estado. También desde esa perspectiva, el Estado puede establecer las condiciones mínimas para que esos nuevos derechos, entre los que se incluye el que ahora nos interesa, sean ejercidos en iguales condiciones básicas en toda España.

Pero, aceptada inicialmente la intervención estatal a través del art. 149.1.1 CE por el reconocimiento autonómico de derechos constitucionales, la cuestión fundamental es su alcance, específicamente funcional. Ciertamente, la doctrina del Tribunal Constitucional en este punto no resulta clara, esto es, no existe una interpretación consolidada sino pronunciamientos casuísticos y variables, al menos hasta la STC 61/1997, que aborda esta cuestión de forma más concreta. Procede acotar, por tanto, algunos rasgos definitorios de este título competencial del Estado.

En primer lugar, el art. 149.1.1 CE reconoce la competencia para la «regulación de las condiciones básicas», esto es, habilita para la actuación normativa como «título competencial autónomo, positivo o habilitante (SSTC 61/1997 y 188/ 2001), con un «contenido propio, no residual». Por tanto, nada impide la regulación de estas situaciones con el amparo de este título competencial, constreñida al ámbito normativo, es decir, sin adentrarse en la ejecución ni en el diseño completo del régimen jurídico (STC 61/1997/7).²¹ Cuando el Tribunal indica que no puede operar como un título horizontal capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento (STC 61/1997) debe interpretarse en el sentido anterior, esto es, sin negar el carácter de título propio, autónomo, positivo y habilitante al art. 149.1.1 CE.

Mas, ¿qué puede hacer el Estado amparándose en ese título en el espacio competencial autonómico; cuál puede ser el alcance de esa regulación? En este punto, es conocida la distinción que introdujo la STC 61/1997 entre legislación básica y condiciones básicas del art. 149.1.1 CE. Si tenemos en cuenta la indefinición sobre qué es lo básico y cómo se determina,²² podemos pensar que esa distinción tiene un escaso alcance en la práctica. Sin embargo, a diferencia de lo ocurrido con lo básico, el Tribunal ha sido algo más concreto al definir el significado de las condiciones básicas. La STC 188/2001 señala que condiciones básicas es «aquello que garantiza la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales, de forma que

21. Resulta posible, de cualquier forma, la remisión reglamentaria cuando resulte necesaria para determinar las condiciones básicas.

22. Cfr. mi trabajo «La legislación básica...», cit.

el concreto régimen jurídico será determinado de acuerdo con el orden constitucional de competencias». Tenemos, por tanto, la distinción primera: la regulación de las posiciones jurídicas fundamentales compete al Estado y el régimen jurídico a las CCAA. El art. 149.1.1 CE implica, en consecuencia, una «exigencia de igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales» (STC 251/2006/11), y eso es lo que podrá regular el Estado.

La regulación estatal que habilita el art. 149.1.1 CE tiene, en cualquier caso, algunas limitaciones que han sido concretadas, específicamente, por la STC 61/1997. Así, no puede suponer una normación completa y acabada del derecho de que se trate y, en consecuencia, las CCAA podrán aprobar las normas atinentes al régimen jurídico del derecho (STC 61/1997). De cualquier forma, no estamos ante una dimensión susceptible de desarrollo como si de unas bases se tratara, sino que será luego el legislador autonómico, competente en la materia, quien, respetando tales condiciones básicas, establezca su régimen jurídico de acuerdo con el orden constitucional de competencias (STC 61/1997/7 a). Ahora bien, esa distinción de la relación bases-desarrollo tiene otra consecuencia pues señala la propia STC 61/1997 que el tratamiento habilitado por el art. 149.1.1 CE debe ser «entero», no principal. Por tanto, las condiciones básicas no son los principios que rigen un desarrollo autonómico ulterior, sino la regulación de las posiciones jurídicas fundamentales en relación a un determinado derecho para garantizar la igualdad mínima de todos los españoles en su ejercicio.²³

Pero, más allá de los límites, la propia STC 61/1997/8 nos aporta una aproximación positiva a lo que son las posiciones jurídicas fundamentales. Nos dice que serán las facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos previos pero también los criterios que guardan una relación necesaria o inmediata con las condiciones básicas como son el objeto o ámbito material sobre el que recaen las facultades que integran el derecho; los deberes, requisitos o condiciones básicas en que ha de ejercerse un derecho o los requisitos indispensables.

En cualquier caso, las condiciones básicas en los derechos de prestación y, en concreto, en el derecho a la autonomía personal como reconocimiento a sus titulares de la facultad para exigir ayudas en forma de servicios o en su defecto de prestaciones económicas sustitutivas, tienen un sentido distinto. Puede alcanzar a determinados elementos que en estos derechos, a diferencia de los de libertad o políticos, resultan necesarios para garantizar un mínimo de calidad en la prestación pues, como resulta conocido, en estos derechos se impone una obligación de resultado (expectativa positiva de prestación), y no sólo de comportamiento (expectativa negativa de no lesión). En ese sentido, el derecho a un mínimo igual en la atención a las situaciones de dependencia en toda España no puede ser ajeno aquí al grado de dependencia, a los requisitos mínimos para acceder al Sistema o a los criterios para el reconocimiento del derecho, por citar algunos ejemplos.

23. En otro sentido, debe apuntarse también que esta regulación de las condiciones básicas ex art. 149.1.1 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.

Dos aspectos tienen especial significado en este punto. Por un lado, la dimensión organizativa o institucional, y, por otro, las materias conexas a las condiciones básicas. En el primer sentido, la inclusión en las condiciones básicas del marco organizativo que posibilita el ejercicio del mismo se reconoce en diversas sentencias como la STC 154/1988, en relación a la inscripción censal; la STC 103/1999, en relación al registro de marcas o la STC 290/2000, en relación a la Agencia de protección de datos. En esta última, se indica de forma nítida la posibilidad de que junto a la normación como aspecto esencial del artículo 149.1 CE, las regulaciones estatales dictadas al amparo de este precepto contengan una dimensión institucional cuando sea imprescindible para garantizar la eficacia del derecho o la igualdad de todos los españoles en su disfrute. Finalmente, tampoco podemos olvidar las cuestiones de carácter «conexo» a las condiciones básicas, en cuanto guardan una relación necesaria e inmediata con aquéllas, específicamente cuando el Estado carece de otro título para intervenir, que establece la propia STC 61/1997, y que, sin duda, limita el carácter restrictivo que esta misma sentencia había dado al art. 149.1.1 CE.²⁴

Esto no afecta, conviene expresarlo con nitidez, a la distinción previa entre igualdad de posiciones jurídicas fundamentales y tratamiento jurídico uniforme. El artículo 149.1.1 CE habilita la regulación estatal para garantizar lo primero, pero con esa regulación no puede pretender la uniformidad de derechos, ni siquiera la promoción de la igualdad sustancial (STC 152/1988/4). A partir de la garantía de igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales ha de permitirse la pluralidad normativa de las CCAA y, con ello, la divergencia normativa.²⁵ Sin duda, como indican las SSTC 173/1998 y 178/2004, estamos ante una habilitación para que las competencias autonómicas resulten condicionadas como consecuencia de estas «condiciones básicas» para garantizar la igualdad en el ámbito de los derechos constitucionales. Sin embargo, la actuación estatal debe limitarse a esa garantía de un mínimo común, a partir de la cual se desarrolla la diversidad que caracteriza al Estado autonómico. En ese sentido, señala el Tribunal Constitucional que no «representa una suerte de prohibición para el legislador autonómico de un trato divergente respecto a la legislación estatal» y que, en consecuencia, las CCAA puedan establecer diferencias entre sus normas (STC 98/2004). Debe entenderse que ese tratamiento diferenciado se produce a partir del mínimo común, de la regulación uniforme.

Estos serían los rasgos básicos del título competencial del Estado ex art. 149.1.1, específicamente en relación a los derechos de prestación. Ahora debería-

24. La enumeración de estas cuestiones conexas aceptadas por el Tribunal en la STC 61/1997, en M.A. CABELLOS ESPÍERREZ, op. cit. pp. 155-158.

25. En ese sentido, no compartimos la posición del Dictamen número 279 del Consejo Consultivo de Cataluña cuando indica en su apartado IV.4 a) que la CA en el marco de sus competencias puede establecer una regulación propia completa y una supuesto propio de derechos subjetivos, de lo que se derivan «desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos residentes en cada una de las distintas CCAA» pues la Constitución no exige «un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado». Sin embargo, esto no es óbice para una regulación estatal que garantice las «posiciones jurídicas fundamentales».

mos comprobar si el tratamiento que hace la Ley 39/2006 garantiza esa concepción de las posiciones jurídicas fundamentales al regular la acreditación de centros, las prestaciones y servicios, los grados de dependencia, las infracciones, etc. En cualquier caso, no podemos olvidar que corresponde al legislador estatal establecer esa determinación primera, sin perjuicio del ulterior control que pueda efectuar el Tribunal Constitucional.

El despliegue del título competencial del Estado en el contenido de la Ley y la fijación de un marco de colaboración

Una vez analizadas las circunstancias en las que resulta posible acudir al art. 149.1.1 CE, específicamente en relación a los derechos de prestación, debemos ocuparnos, en la perspectiva dinámica que apuntábamos al inicio, del despliegue de ese título competencial en el contenido de una Ley que se sustenta exclusivamente en él, pero también, a su vez, del marco de colaboración entre las distintas administraciones que, más allá del alcance del título competencial del Estado, prevé la Ley para la mejor garantía del derecho a la promoción de la autonomía personal y a la atención de las personas en situación de dependencia. En puridad son dos cuestiones distintas, que merecen un tratamiento separado.

La novedad de una ley estatal sustentada en el art. 149.1.1 CE y su despliegue en el contenido de la Ley

Un rasgo singular de esta Ley es que el art. 149.1.1 CE se nos presenta como fundamento competencial único para su aprobación por el Estado. Ciertamente, han sido muchas las leyes que utilizan el art. 149.1.1 CE como título competencial pero siempre con carácter complementario de otros títulos de carácter sectorial. La única Ley comparable en ese sentido, hasta que culmine la tramitación de la Ley orgánica de igualdad entre mujeres y hombres,²⁶ es la Ley 53/2003, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de personas con discapacidad. Lo trascendente de estas leyes es que quiebran el planteamiento tradicional del derecho a la igualdad como un derecho de contenido exclusivamente relacional que, en ese sentido, impediría un tratamiento normativo directo. Ciertamente, el art. 149.1.1 CE ha sido utilizado habitualmente, desde esta perspectiva, como un límite a las competencias autonómicas. Frente a esto, tanto la Ley 53/2003, como ahora la Ley 39/2006, en este supuesto con un alcance mayor, plantean la regulación estatal para garantizar un mínimo de igualdad en el ejercicio de derechos sociales de carácter prestacional. En un Estado descentralizado en el que se han reconocido por la propia acción normativa de las CCAA en desarrollo de su espacio competencial nuevos derechos de prestación, el Estado regula la garantía de niveles básicos de igualdad para todos los españoles. No olvidemos, en este sentido, que la habilitación constitucional es precisamente para regular las condiciones básicas, por lo que, en virtud de esa previsión

26. En ese caso, aunque no todos los artículos encuentran sustento competencial en el art. 149.1.1 CE, si lo hacen los que constituyen su tronco principal.

constitucional, difícilmente se puede negar esa posibilidad de regulación directa. Cuestión distinta es que en su contenido se puedan vulnerar los límites de ese título competencial del Estado.

Desde una perspectiva competencial, adoptada la decisión política de no encuadrar en la Seguridad Social el sistema que garantiza la igualdad básica en la atención de las situaciones de dependencia como derecho social de naturaleza prestacional, y, por tanto, impedida la utilización del art. 149.1.17 CE, ciertamente, no es posible sustentarla en otro precepto constitucional distinto al art. 149.1.1 CE.

El Libro Blanco sobre la Ley utilizaba los artículos 9.2 y 139 en apoyo del art. 149.1.1 CE. Sin embargo, es evidente que no son títulos competenciales aplicables a este supuesto. El art. 9.2 CE es un mandato a todos los poderes públicos, también a los autonómicos, del que no puede derivarse, por tanto, atribución o delimitación competencial alguna. Más alcance tiene el art. 139.1 CE según el cual «todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado». Como se sabe, el Tribunal Constitucional ha aclarado el alcance de ese precepto. No estamos ante una norma atributiva de competencias desde la que imponer la uniformidad en los derechos y obligaciones de todos los españoles. Nos indica la STC 14/1989/2 que establece principios limitadores tanto de las competencias autonómicas como de las estatales y, por ello, no permite resolver un conflicto de competencias. En los términos literales de la STC 61/1997/7 contiene «presupuestos o límites, pero no títulos competenciales». En concreto, se ha configurado el art. 139.1 CE como un criterio material que afecta al ejercicio por las CCAA de sus propias competencias y, por tanto, impone el «trato igual» a todos los residentes en una determinada comunidad autónoma (STC 173/1998/10). En lo que se refiere al ejercicio de las competencias estatales, lo que ahora nos ocupa, el art. 139.1 CE constituye «un límite y una directriz que acota y guía» ese ejercicio competencial (STC 319/1993/5). En ese sentido, su mención hubiera resultado correcta pero no como título competencial atributivo de competencias, que no lo es, sino como principio general que «informa las reglas que asignan tales competencias, a interpretar de acuerdo con el contenido» de ese principio (STC 52/1988/3).

Finalmente, hemos advertido también que los artículos 49 y 50 CE en los que se puede encuadrar constitucionalmente el objeto de la Ley no son títulos atributivos de competencias. El Tribunal Constitucional ha rechazado el alcance competencial de los principios rectores de la política social y económica del Capítulo III del Título I al indicar literalmente que no son preceptos aptos para «distribuir competencias» (SSTC 206/1997/5 y 239/2002/3).

En conclusión, resulta posible la utilización del art. 149.1.1 CE como título competencial para «regular» las condiciones básicas que garanticen la igualdad mínima en el ejercicio de este derecho prestacional. De esa forma está condicionando o limitando las competencias autonómicas, pero no está imponiendo la absoluta uniformidad en el tratamiento normativo pues, más allá de estas condiciones básicas que garantizan la unidad, la regulación autonómica, que no desarrollo, puede ser diferente, haciendo posible la diversidad. Además, por otro lado, era el único título competencial en el que podía sustentarse esta regulación

estatal, planteada al margen del sistema de Seguridad Social, aunque acaso debería haber ido acompañada de la mención al art. 139.1 CE, no como título competencial sino como principio interpretativo del ejercicio de las competencias estatales. La cuestión por tanto no es la utilización del art. 149.1.1 CE sino el alcance que se ha dado a una regulación sustentada únicamente en ese título competencial.

De esta forma, como ya hemos indicado, para garantizar las condiciones básicas en el ejercicio del derecho y el contenido mínimo común (art. 6) se configura un denominado Sistema estatal para la autonomía y atención a la dependencia (SAAD) (Título I) en el que, más allá de hacer posible la colaboración entre las administraciones públicas, se establece una red de utilización pública que integra, de forma coordinada, centros y servicios públicos y privados para garantizar el apuntado mínimo común. Se organiza, como ya sabemos, en distintos niveles de protección: a) un primer nivel, que es el mínimo común financiado por el Estado, con un conjunto de servicios uniformes en toda España; b) y un segundo nivel, de cooperación y financiación mediante convenios entre Estado y CCAA, de carácter bilateral, para los demás servicios. Además, se menciona un tercer nivel adicional de protección, que las CCAA podrán desarrollar si lo consideran oportuno.

En el primer sentido, para atender al mínimo común de garantía del derecho, la Ley 39/2006 configura un modelo de actuación que desde una perspectiva competencial debe respetar la dualidad entre las posiciones jurídicas fundamentales, de competencia estatal, y el régimen jurídico, de competencia autonómica. En este sentido, el reconocimiento de derechos (art. 4) o la regulación de los titulares del derecho (art. 5) pueden encuadrarse sin apenas discusión en las posiciones jurídicas fundamentales. No obstante, más allá de esto, la Ley incluye también los distintos aspectos de la prestación del derecho e incluso del marco organizativo en el que se ejercita. En este segundo sentido, se nos presenta el Sistema como una red de utilización pública que integra, de forma coordinada, centros y servicios, públicos y privados (art. 6.2). Recordemos la posibilidad de incluir el marco organizativo en las posiciones jurídicas fundamentales, a la que nos referíamos al analizar el art. 149.1.1 CE. Situados en ese marco, la Ley 39/2006 considera posiciones jurídicas fundamentales el catálogo de servicios que se incluyen en el ejercicio de este derecho (art. 15), la red de servicios del Sistema (art. 16) las distintas prestaciones económicas (arts. 17 a 20), los diversos grados de dependencia (art. 26), la participación de los beneficiarios en la financiación de las prestaciones de la dependencia (art. 33) o las infracciones y sanciones (arts. 42 a 46). Tras el análisis de la Ley queda la impresión de que el legislador estatal ha extendido su habilitación para regular las posiciones jurídicas fundamentales. Sin embargo, deben introducirse en el análisis algunos datos. En primer lugar, tanto el marco organizativo como la regulación del ejercicio de las prestaciones se refieren al primer nivel de protección, el común para todos los españoles, pues el segundo resultará del acuerdo bilateral plasmado en los correspondientes convenios de colaboración. En segundo lugar, y como rasgo más destacable, estamos ante un derecho prestacional, que requiere un hacer estatal al establecer una obligación de resultado, y no de simple comportamiento. Por su propia naturaleza, para que el derecho sea efectivo no basta el mero reconocimiento sino que debe concretarse la actuación de los poderes públicos. A ello no es ajena la fijación de las posicio-

nes jurídicas fundamentales. Además no son bases, esto es, no se puede pretender ceñir la actuación estatal a principios, sino que deberá regular lo necesario para garantizar las posiciones jurídicas fundamentales de todos los ciudadanos en el ejercicio de este derecho. Por tanto, la cuestión a plantear es qué debe ser común para hacer efectivo el derecho a recibir las ayudas precisas ante una situación de dependencia. No resulta fácil acotar la frontera, pero si parece que desde la naturaleza de este derecho las posiciones jurídicas fundamentales pueden alcanzar también al catálogo de servicios y su definición básica; a la cuestión de quién presta esos servicios (Red de servicios o prestaciones económicas); o a quién se le prestan (grados de dependencia) y a su obligación de participar en la financiación.²⁷ Finalmente, en tercer lugar, la estructura de los distintos preceptos utiliza la dualidad posiciones jurídicas fundamentales, de competencia estatal, y régimen jurídico, de competencia autonómica. Así ocurre en la red de servicios del Sistema, no sólo en relación, lógicamente, a los centros públicos autonómicos sino también a los centros privados concertados (art. 16.2); también entre la clasificación estatal de los grados de dependencia y la valoración autonómica de las situaciones de dependencia (arts. 26 y 27) o en el ámbito de las infracciones y sanciones (art. 47). En este sentido, corresponde a las Cortes Generales proponer lo que considera posiciones jurídicas fundamentales para hacer efectiva la igualdad básica en el ejercicio de este derecho prestacional. Esa decisión primera goza de presunción de legitimidad constitucional. El Tribunal Constitucional podrá, en su caso, enjuiciar la delimitación inicial de lo que el legislador estatal ha considerado posiciones jurídicas fundamentales. Pero deberá hacerlo teniendo en cuenta el principio de deferencia a la posición del legislador y el reconocimiento de la competencia autonómica para establecer el régimen jurídico, por lo que se trataría, en su caso, de establecer los ajustes necesarios en el alcance de estas posiciones.

Entendemos, en consecuencia, que no puede rechazarse, más allá del debate sobre aspectos puntuales, la propuesta de extender las posiciones jurídicas fundamentales a elementos necesarios para hacer efectivo el ejercicio del derecho prestacional y garantizar, con ello, un mínimo común en este nivel básico de protección regulado por el Estado.

27. Más dudas puede plantear la inclusión en las posiciones jurídicas fundamentales de las infracciones y sanciones, aunque también creo que puede entenderse la dificultad de garantizar la igualdad básica en la prestación del derecho sin regular las infracciones y sanciones ante el incumplimiento de la previsión legal. Como no hay auténtico derecho sin sanción ante su incumplimiento, la regulación de las posiciones jurídicas fundamentales para hacer efectiva la igualdad en el ejercicio del derecho requiere también esa regulación de las infracciones y sanciones, sin perjuicio de que su régimen jurídico sea establecido por las CCAA. En este sentido, resulta de interés la observación que efectuó el Consejo de Estado en relación a las infracciones y sanciones en la Ley de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Según el Consejo de Estado no se trata de regular las condiciones básicas del régimen de infracciones y sanciones en relación a la materia regulada, sino el régimen de infracciones y sanciones que respalde el cumplimiento o la efectividad de las condiciones básicas reguladas en la Ley

La previsión legal de relaciones de colaboración: los convenios de colaboración en el nivel ampliado de protección y las funciones del Consejo Territorial

Una problemática distinta plantea la previsión legal de relaciones de colaboración entre las distintas administraciones para garantizar de la forma más adecuada posible la atención a las situaciones de dependencia. Decíamos al inicio que una de las razones que podían justificar el encuadre del sistema de atención a las situaciones de dependencia al margen de la Seguridad Social, más allá de las estrictamente financieras, era la voluntad de configurar un sistema compartido entre el Estado y las CCAA. Sin embargo, no puede hacerse al margen, o contra, el sistema de distribución de competencias. En este ámbito, deben analizarse dos cuestiones, distintas pero entrecruzadas, para explicar la forma en que la Ley 39/2006 aborda las relaciones de colaboración. En primer lugar, la previsión en la Ley de un segundo nivel de protección acordado entre las administraciones a través de convenios (a); en segundo lugar, la posición y las funciones del Consejo Territorial del SAAD previsto en el art. 8 (b).

a) Cuando el art. 7.2 de la Ley 39/2006 se refiere al segundo nivel de protección, por encima del mínimo garantizado y financiado por el Estado, como aquel «que se acuerde entre la administración general del Estado y la administración de cada una de las CCAA a través de los convenios previstos», se está situando fuera del ámbito competencial del Estado. Es una nueva cuestión novedosa que plantea esta regulación. Sabemos que las relaciones de colaboración juegan al margen del respectivo espacio competencial, en cuanto estamos ante un deber constitucional inherente al modelo de organización territorial que, por ello, no es menester justificar en preceptos concretos, pero, a su vez, no permite alterar las competencias propias de las administraciones actuantes (STC 194/2004/9).

Más, el rasgo de estas relaciones de colaboración, relevante a nuestro objeto, es su carácter voluntario, no obligatorio. En ese sentido, lo que no puede hacer la Ley es imponer la colaboración para configurar ese segundo nivel de protección con la intervención de las CCAA. Lo señaló el Tribunal Constitucional en una de sus primeras sentencias sobre las relaciones de colaboración: «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 las que haya de adoptar la previa conformidad de las CCAA competentes» (STC 80/1985/2). Asentada esta premisa, nada impide que la Ley prevea un marco de colaboración por si las CCAA quieren voluntariamente participar en él y acordar con el Estado, a través de convenios, un nivel complementario de protección. De esta forma no se están extendiendo las competencias estatales. Ciertamente, se condicionan las competencias, pero se hace de forma voluntaria, sin afectar a la titularidad sino al ejercicio competencial. Por tanto, cuando la Ley 39/2006 menciona en el art. 7.2 «el nivel de protección que se acuerde entre la administración general del Estado y la administración de cada una de las CCAA», obviamente, no está obligando a alcanzar el acuerdo, sino que plantea esa posibilidad. Al indicar que en este espacio complementario, el nivel de protección será el «que se acuerde» a través de los convenios bilaterales, está abriendo todas las posibilidades: puede alcanzarse un acuerdo y, por tanto, ese segundo nivel de protección se desarrollará en el marco del SAAD, pero también puede no alcanzarse

y, en ese supuesto, más allá del nivel básico de protección garantizado por el Estado ex art. 149.1.1 CE, resultará aplicable el tercer nivel de protección, el «nivel adicional de protección que pueda establecer cada comunidad autónoma». No es, por tanto, colaboración obligatoria, sino estrictamente voluntaria.²⁸

Ciertamente, la Ley, esto es, el Estado establece algunas condiciones para la suscripción de esos convenios. Paradigmático es el supuesto del art. 32.3 cuando señala que en esos convenios para hacer efectivo el nivel complementario de protección, «la aportación de la CA será para cada año al menos igual a la de la Administración General del Estado». De esta forma, el Estado está estableciendo en la propia Ley las condiciones económicas en las cuales suscribiría el convenio con las CCAA para ese nivel ampliado de protección. Puede resultar sorprendente, e incluso rechazable, que se inserten condiciones de forma taxativa pues dificultan el acuerdo. Sin embargo, no está obligando a la CA a suscribir el convenio, decisión que adoptará de forma voluntaria. En este sentido, no comparto la posición del Dictamen del Consejo Consultivo de Cataluña sobre la Ley, según el cual se estaría obligando a la CA a una financiación complementaria. La Ley 39/2006 no obliga a suscribir el convenio de colaboración, sino que establece desde la propia Ley algunas condiciones, vinculadas al volumen de su aportación financiera. Resulta importante destacar que estas condiciones no establecen diferencias entre CCAA y, por otro lado, también conviene recordar que no existe un derecho de las CCAA a la percepción de fondos estatales para el ejercicio de las competencias de su titularidad. Este planteamiento no resulta afectado por la conocida doctrina de la STC 13/1992, sobre las actividades de fomento o subvenciones. Según el Tribunal cuando la CA ostenta una competencia exclusiva sobre una determinada materia y el Estado no invoca título competencial alguno, genérico o específico, sobre la misma (como es el caso), el Estado puede, desde luego, decidir asignar parte de sus fondos presupuestarios a esas materias o sectores aunque la determinación del destino de las partidas presupuestarias correspondientes no puede hacerse sino de manera genérica o global y esos fondos han de integrarse como un recurso que nutre la hacienda autonómica. Lo que planteamos aquí no es la forma de reparto sino la libertad del Estado para condicionar su aportación a la que, a su vez, efectúe la CA, pues sólo en ese caso suscribiría el convenio de colaboración.

Por tanto, aunque pueda criticarse el límite a la negociación de las condiciones económicas del acuerdo sobre el segundo nivel de protección que supone esa previsión legislativa, ello no significa que la colaboración sea obligatoria pues la CA no está obligada a suscribir el convenio.²⁹ Por ello, la previsión legal no inci-

28. En contra, entiende el Dictamen número 279 del Consejo Consultivo de Cataluña que el art. 7.2 sitúa el nivel incrementado en el ámbito de la colaboración obligatoria entre la Administración del Estado y Comunidad Autónoma absorbiendo nuevas atribuciones a la Generalitat.

29. Similar razonamiento puede hacerse en relación al artículo 10.3, al que luego nos referimos, cuando remite al marco multilateral la determinación de la intensidad de la protección en este segundo nivel de protección de cada uno de los servicios previstos en el Catálogo. Ese acuerdo multilateral condiciona, ciertamente, la suscripción del convenio bilateral, pero no obliga a la CA que puede, como se ha dicho en el texto, no incorporarse a ese segundo nivel de protección.

de en el espacio competencial autonómico sino que se mantiene en el ámbito de la colaboración voluntaria, aunque imponiendo condiciones que, acaso, pueden dificultar el acuerdo.

Los instrumentos de cooperación que lo hacen efectivo son los convenios de colaboración. Es la técnica de colaboración bilateral que permite fijar los mecanismos concretos de acción compartida en la gestión y la prestación de servicios. El convenio de colaboración no es un mero acuerdo político. Es vinculante para las partes y tiene efectos jurídicos, esto es, puede exigirse jurisdiccionalmente el cumplimiento de su contenido (art. 8.2 Ley 30/1992), aunque carece de valor normativo. En materia de asistencia social son habituales los convenios de colaboración con el Estado a través de los cuales éste financia actuaciones autonómicas, esto es, la asistencia social es una competencia exclusiva autonómica que, en la práctica ha sido financiada siquiera parcialmente por el Estado. La mayoría de los convenios de colaboración suscritos por el Estado con las CCAA se refieren a la materia asistencia social y pretenden la financiación estatal de programas de las CCAA, esto es, funcionan en realidad como un instrumento para transferir fondos, complementando la financiación de éstas en ámbitos de su competencia exclusiva. Ya hemos advertido la existencia de un fondo anual del Estado en los años 2005 y 2006 para la atención a las situaciones de dependencia cuyo reparto se produce en la Conferencia Sectorial de Asuntos Sociales y se plasma en convenios bilaterales. Es un modelo de actuación que tiene un cierto carácter coyuntural. Se vincula a la aparición de nuevas necesidades sociales que, como sabemos, deben ser atendidas por las CCAA en virtud de su competencia exclusiva en «asistencia social» y conlleva una importante sobrecarga financiera.³⁰ No es un sistema adecuado, sobre todo cuando se realiza al margen de un plan o programa de actuación acordado entre ambas administraciones. Ocurre que en la atención a las situaciones de dependencia, la Ley 39/2006 ha planteado una forma de actuación distinta, que tiene un carácter estructural y sistemático: el Estado financia las condiciones básicas que garantizan la igualdad ex art. 149.1.1 CE, como nivel mínimo de protección, fijando anualmente los recursos económicos en los presupuestos generales del estado (art. 9.2) y, para complementar ese nivel básico, plantea la posibilidad de suscribir convenios de colaboración con las distintas CCAA, con determinadas condiciones económicas para garantizar la contribución también de las respectivas CCAA. De esta forma, se pretende racionalizar este proceso, superando la lógica de la aportación de fondos a través de convenios, con el debate sobre el spending power estatal e incluso la posible inconstitucionalidad de los intentos estatales de intervenir en el reparto de fondos a través de la financiación condicionada. En este modelo, el Estado se encarga de financiar completamente las prestaciones básicas y en aquellos ámbitos en los que carece de competencias, la aportación de fondos se vincula a la suscripción de un acuerdo en unas condiciones económicas que ha previsto la propia Ley.³¹

30. De la incidencia en esta situación de la abrupta irrupción del fenómeno de la inmigración en España y las necesidades de asistencia social a ella aparejada me he ocupado en «Las funciones y las competencias de las CCAA en inmigración», en E. AJA, J.A. MONTILLA, E. ROIG (Coord.), *Las comunidades autónomas y la inmigración*, Tirant lo Blanch-Institut de Dret Public, Valencia, 2006, pp. 23-77.

31. Y conforme a otras condiciones prestacionales determinadas en el marco multilateral.

En abstracto, parece un modelo válido para consolidar un ámbito importante de protección en el constitucionalismo social cual es la atención a las situaciones de dependencia. Sin duda, existe una vía alternativa, no coyuntural como los convenios para la aportación de fondos, cual es el reconocimiento de mayor autonomía financiera a las CCAA, para que puedan atender a las nuevas necesidades sociales o a su conversión en derechos invocables. Sin embargo, no se trata sólo de contar con una financiación adecuada para los distintos programas de acción social generadores de derechos sino, esencialmente, de garantizar la igualdad básica de todos los españoles en el ejercicio de este derecho subjetivo de prestación.

Desde esta perspectiva, la Ley nos aporta una estructura lógica de las relaciones de colaboración. La clave radica en la garantía del carácter voluntario de las actuaciones que condicionan el espacio competencial autonómico. En este sentido, debe garantizarse que las CCAA puedan decidir no participar en este segundo nivel y configurar su propio sistema autonómico adicional en todo lo que exceda el contenido mínimo común. El Estado oferta un modelo de colaboración a cambio de participar en su financiación, teniendo presente que carece de competencias más allá de ese contenido mínimo.

b) Finalmente, debemos referirnos al Consejo Territorial del SAAD, creado por la Ley como «instrumento de cooperación para la articulación del Sistema» (art. 8.1). El Consejo es seguramente la pieza más compleja de ese Sistema, pues el repaso a su configuración y a las funciones que la Ley le atribuye dificulta la fijación de su naturaleza. No puede asimilarse a las conferencias sectoriales pues la Ley lo configura expresamente con rasgos singulares, como ocurre con la CARCE (Ley 2/1997) o el Consejo Superior de Política de Inmigración (LO 4/2000). Conforme a los acuerdos adoptados en su reunión constitutiva está compuesto por 11 representantes del Gobierno, además del ministro competente; 17 de las comunidades autónomas, 2 de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla y otros 2 por la Federación Española de Municipios y Provincias. Pero, acaso lo más novedoso, al margen de esta participación de los entes locales, ya advertida en el Consejo Superior de Política de Inmigración, es que las decisiones se adoptan por doble mayoría: mayoría simple de los participantes y mayoría de las CCAA. Esta decisión supone, por un lado, separarse del procedimiento de toma de decisiones en las conferencias sectoriales que, en virtud del carácter que le atribuye la STC 76/1983/14, exige el acuerdo para quedar vinculado por la decisión;³² y, por otro, reforzar la posición de las CCAA en cuanto pueden bloquear la decisión al exigirse el apoyo de la mayoría de ellas.

32. En virtud de esta doctrina, señala el artículo 176.2 de la LO 6/2006, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña que «La Generalitat no queda vinculada por las decisiones adoptadas en el marco de los mecanismos multilaterales de colaboración voluntaria con el Estado y con otras comunidades autónomas respecto a las cuales no haya manifestado su acuerdo». En otro lugar, he criticado este precepto en cuanto dificulta la necesaria flexibilidad de la multilateralidad en las relaciones de colaboración que impone el funcionamiento federal del Estado autonómico. Cfr. «Apuntes sobre colaboración y participación en el Estado autonómico. A propósito de la propuesta de reforma del Estatuto de Cataluña», *REAF*, 1, 2005, pp. 140-141.

La cuestión nodal a plantear es si este nuevo foro permanente de relación entre las distintas administraciones, legalmente configurado, es un órgano de coordinación, como modalidad de colaboración voluntaria con carácter deliberante y consultivo, o un órgano coordinador que permite la participación autonómica en el espacio competencial del Estado, de forma que pueda imponerse desde éste una determinada relación. Lógicamente, el carácter de órgano coordinador sólo resultaría aplicable al espacio competencial del Estado, esto es, sólo en lo que alcanza la competencia estatal podría el Estado habilitar la participación autonómica. Traspasando ese espacio, sólo puede presentarse como lugar de encuentro para la colaboración voluntaria, en el que se adoptan acuerdos, sin vincular a las respectivas CCAA, salvo con su aquiescencia expresa y bilateral, al hallarnos en su espacio competencial. Por ello, en ese ámbito su actuación tiene un carácter voluntario, esto es, no pueden derivarse imposiciones por parte del Estado.

Esa doble función se corresponde, por tanto, con los dos niveles de protección. En el primer nivel, el Consejo Territorial faculta la participación autonómica en el ámbito decisional del Estado; en el nivel ampliado, es el lugar de encuentro para suscribir los convenios bilaterales en los que se sustenta. Los artículos 9 y 10 de la Ley 39/2006 responden a ese esquema. Según el artículo 9, el Gobierno determina el nivel mínimo de protección garantizado para cada uno de los beneficiarios del Sistema, «oído el Consejo Territorial». Por tanto, su actuación se ciñe al derecho de audiencia; participa en el proceso de decisión pero con un carácter no vinculante. Estamos ante un supuesto de participación autonómica en una decisión estatal, más allá del reparto competencial, por el interés específico que las CCAA tienen en el asunto. Es una forma de ejercicio competencial apenas impulsada en España, con la excepción notable de la participación autonómica en el fijación del contingente de trabajadores extranjeros prevista en la LO 4/2000, pero que tendrá un desarrollo importante en los próximos años por la previsión de diversos procedimientos participados en los nuevos estatutos de autonomía.³³

Por otro lado, el artículo 10 explica que en el seno del Consejo Territorial el Estado y las CCAA «acordarán el marco de cooperación administrativa que se desarrollará mediante los correspondientes convenios entre la Administración General del Estado y cada una de las CCAA», esto es, constituye el marco para la colaboración voluntaria plasmada en convenios bilaterales pues en este ámbito, de competencia autonómica, ni el Estado ni la CA pueden sentirse vinculados si no es de manera voluntaria. Incluso, como ya hemos advertido, se determina la intensidad de la protección de cada uno de los servicios previstos en el catálogo, con lo que se condiciona el acuerdo desde la propia Ley. Sin embargo, ello no empece el carácter voluntario del acuerdo. Ese acuerdo multilateral puede ser plasmado en el correspondiente convenio bilateral, o simplemente no hacerse, de forma que no se hace efectivo ese nivel complementario o ampliado de protección. Por tanto, el acuerdo del Consejo Territorial no conlleva obligación alguna para la CA de firmar estos convenios de colaboración. En definitiva, en el nivel incrementado de protección, este lugar de encuentro es adecuado para la bús-

33. Un repaso a estos procedimientos en el Estatuto de Andalucía he efectuado en F. BALAGUER, G. CAMARA, J.A. MONTILLA, A. RODRIGUEZ, A. RUIZ, *El nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía*, Tecnos, Madrid, 2007.

queda o creación de instrumentos de colaboración,³⁴ que permitan articular la actuación, sin alterar la titularidad y el ejercicio de las competencias propias de los entes en relación (STC 194/2004/9), aunque condicionado por las previsiones legales de adecuación a las decisiones multilaterales del Consejo, si se decide suscribir el acuerdo.

Con lo dicho hasta aquí, el Consejo Territorial del SAAD se configura como un órgano híbrido de participación autonómica en el espacio competencial del Estado y colaboración voluntaria más allá de ese espacio competencial. Sin embargo, no podemos soslayar el reconocimiento en la Ley de otras funciones más controvertidas, pues, por un lado, son actuaciones cuyo sustento competencial en las posiciones jurídicas fundamentales que habilita el art. 149.1.1 CE resulta discutible, y, por otro lado, el Estado atribuye a las CCAA capacidad de decisión política a través del Consejo Territorial, más allá de la simple audiencia, pues esa decisión, que formalmente corresponde al Estado, exige el apoyo de más de la mitad de las CCAA. Son los supuestos, por ejemplo, de las condiciones específicas de acceso a las prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar (18.1) o de asistencia personal (19); de la determinación de los criterios comunes de composición y actuación de los órganos de valoración de las CCAA (art. 27.1) o de los criterios comunes de acreditación de centros y planes de calidad del Sistema (34.2). Lo que interesa reseñar es que la aparente extensión del alcance del art. 149.1.1 CE al regular el marco organizativo y las características de los servicios y prestaciones del Sistema pretende ser *compensada* con la intervención autonómica al atribuir la decisión al Consejo Territorial. En las zonas de sombra, se habilita la participación autonómica de forma multilateral a través del Consejo Territorial, convirtiéndose, en la práctica, en una tarea compartida. Es una propuesta que tiene más justificación lógica que encaje competencial pues si se considera que una determinada actuación no forma parte de las posiciones jurídicas fundamentales, compete a las CCAA, y no puede ser derivada por una ley estatal al Consejo Territorial, por mucho que estén representadas en él las CCAA, e incluso se les reconozca capacidad de decisión política. Estas tareas comunes (*Gemeinschaftsaufgaben*) no están previstas en nuestro ordenamiento.³⁵ Por ello, el procedimiento previsto en la Ley sólo resulta posible si cuenta con el acuerdo de todas las CCAA, de forma que este consenso político-territorial impida la judicialización de la actuación compartida propuesta en la Ley. Sólo el acuerdo político puede garantizar un modelo de actuación basado en una extensión del alcance competencial del art. 149.1.1 CE, a cambio de una mayor participación autonómi-

34. El Dictamen del Consejo Consultivo de Cataluña sobre la Ley establece una vinculación entre la actuación del Consejo Territorial y la firma de convenios que, a mi juicio, no puede extraerse del art. 10.1. Según el citado Dictamen cuando se dice que el marco de cooperación interadministrativa se acordará en el Consejo Territorial y se desarrollará después mediante convenios «se condiciona la actividad voluntaria de la firma de convenios a las decisiones obligatorias del Consejo Territorial». Sin embargo, no se establece de forma alguna la obligación de la CA para que suscriba estos convenios.

35. Según el artículo 91 a 2 de la Constitución alemana, «las tareas comunes serán precisadas mediante ley federal necesitada del asentimiento del Consejo Federal. La Ley deberá contener los principios generales para su ejecución».

ca a través del Consejo Territorial en un Sistema que, en ese nivel básico, financia totalmente el Estado.

En estas circunstancias, se advierten las consecuencias negativas de la ausencia de una cámara de representación territorial, no sólo desde una perspectiva competencial sino institucional, reconociendo una auténtica representación de los intereses autonómicos. En un órgano de producción normativa estatal, con intervención efectiva de las CCAA, podría alcanzarse un acuerdo efectivo entre todas las CCAA para la puesta en funcionamiento de un Sistema compartido que garantice un nivel mínimo igual de todos los españoles en el ejercicio del derecho a la autonomía y la atención de la dependencia y sus cauces de ampliación, aménorando el riesgo de judicialización.

Conclusiones

Ciertamente, la Ley 39/2006 es una ley innovadora desde la perspectiva competencial, por lo que su encaje no está exento de problemas. Podemos limitarnos a advertir la dificultad de incluir los contenidos que regula en el ámbito de actuación normativa que permite el título competencial en el que se sustenta: el art. 149.1.1 CE. No obstante, nos ha interesado más destacar las novedades que plantea. La primera se refiere, lógicamente, al título competencial utilizado como fundamento para su aprobación. Es la segunda vez que en los últimos años se aprueba una ley con el art. 149.1.1 como título habilitante para garantizar la igualdad básica en el ejercicio de derechos prestacionales. Puede pensarse en un reflejo centralista del legislador estatal, queriendo invadir el espacio competencial autonómico. Sin embargo, el fenómeno es más complejo. Resulta que el reconocimiento de nuevos derechos sociales impone un cierto tratamiento uniforme por parte del Estado, para garantizar un nivel mínimo a todos los españoles, más allá de la voluntad política o las condiciones financieras de la comunidad autónoma en la que residan. El art. 149.1.1 CE es el único título competencial del Estado que puede cumplir esta función, aún con su carácter limitado. En todo caso, las posiciones jurídicas tienen un mayor alcance en los derechos de prestación pues en ellos no resulta suficiente la obligación de comportamiento sino que existe una obligación de resultado. Esa obligación de resultado incorporada a las posiciones jurídicas fundamentales cruza transversalmente la Ley 39/2006.

Pero, no sólo resulta novedosa la utilización del art. 149.1.1 CE como sustento competencial de la Ley. También es reseñable el tratamiento de las relaciones de colaboración. Más allá del nivel básico de protección de las situaciones de dependencia, financiado por el Estado, prevé la Ley la posibilidad de acordar con las CCAA un nivel ampliado de protección. La propuesta ofrece una respuesta formalizada a un fenómeno conocido y que, más pronto que tarde, deberá perder su carácter coyuntural: la participación del Estado en la financiación de la acción social de las CCAA en ejercicio de sus competencias exclusivas. Lo trascendente en este punto es que la Ley 39/2006 no obliga a la suscripción de convenios para configurar el nivel ampliado de protección, sino que abre la posibilidad de acordarlos e impone condiciones financieras y procedimentales al Estado para que pueda suscribirlos. En cualquier caso, se garantiza ese carácter volunta-

rio de forma que si no se alcanza ese acuerdo bilateral, no existirá ese segundo nivel compartido de protección y se pasará directamente al tercero: las medidas adicionales de protección establecidas unilateralmente por las CCAA.

Finalmente, nos hemos detenido en el Consejo Territorial del Sistema de Ayuda y Atención a la Dependencia pues, más allá de su importancia en la estructura de la Ley, su análisis denota las dificultades de esta propuesta legislativa en un Estado autonómico que, al menos hasta aquí, ha sido más de yuxtaposición y conflicto que de colaboración. El Consejo cumple funciones como cauce de participación autonómica en las decisiones del Estado y como marco para la colaboración voluntaria del Estado con las CCAA. Sin embargo, más allá de esto, la Ley le atribuye funciones decisorias cuyo encaje en las posiciones jurídicas fundamentales resulta discutible. Son trasladadas al Consejo para que se adopten con la relevante intervención de las CCAA, al exigirse el apoyo de la mayoría de éstas. Sin embargo, si una determinada actuación no puede encuadrarse en las posiciones jurídicas fundamentales es competencia autonómica y una ley del Estado no puede derivarla a un órgano multilateral de colaboración. Son previsiones que reflejan la voluntad de acuerdo, de desarrollo concertado del Sistema previsto en la Ley. Sin embargo, para que este modelo funcione es necesario el acuerdo de los actores territoriales, esto es, que las CCAA acepten la limitación de sus facultades competenciales que puede suponer, a cambio de la capacidad de decisión material y la garantía de una financiación adecuada a través del Estado. En estas circunstancias hemos lamentado la ausencia de una cámara de representación territorial en la que los actores territoriales hubieran podido acordar una Ley de estas características a partir de un título competencial *débil* por parte del Estado: una garantía institucionalizada de los derechos sociales, con un mínimo común financiado por el Estado, un nivel ampliado, que puede ser coordinado por el Estado con las CCAA, y un nivel adicional de protección por parte de las CCAA. Porque, más allá del debate competencial, la Ley 39/2006 fortalece los dos pilares del Estado autonómico: la cohesión, no sólo territorial, sino también social, en cuanto refuerza la posición jurídica de «sujetos débiles», y la lealtad entre los distintos actores, necesaria para su adecuada aplicación.