

LA LEY DE PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA PERSONAL Y ATENCIÓN A LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA: UNA REFLEXIÓN DESDE LA PERSPECTIVA COMPETENCIAL

Iñaki Lasagabaster Herrarte

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea

SUMARIO: 1. El contenido de la Ley de dependencia: descripción y consideración desde la perspectiva de las políticas sociales y del principio de autonomía. 1.1. Principales claves de la Ley de dependencia. 1.2. El significado de la Ley de dependencia desde las políticas sociales. 1.3. La Ley de dependencia y el principio de autonomía: sobre el significado de la autonomía en las políticas sociales. – 2. Los títulos competenciales afectados en el desarrollo de la Ley de dependencia. 2.1. El artículo 148.1.20 CE. 2.2. El artículo 149.1.1 CE. 2.3. El sistema previsto en la Ley de dependencia desde la perspectiva interadministrativa. 2.4. La financiación del sistema previsto en la Ley de dependencia: sobre la potestad de fomento. 2.5. El proceso de elaboración de la Ley de dependencia. – 3. A modo de conclusión. – *Resum-Abstract.*

1. El contenido de la Ley de dependencia: descripción y consideración desde la perspectiva de las políticas sociales y del principio de autonomía

La Ley recientemente aprobada en las Cortes Generales bajo el nombre de Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, que se llamará a lo largo de este trabajo Ley de dependencia, atiende a una política social que hasta ahora entraba dentro de las políticas asistenciales pero que a partir de esta Ley quiere entrar dentro de las políticas debidas, es decir, de las políticas exigibles al articularse los derechos en ella previstos como derechos subjetivos, plena y perfectamente exigibles por las

personas a quienes se reconocen. Esta afirmación es inicialmente correcta aunque demasiado genérica para dar una idea sobre el contenido de los derechos reconocidos y la forma de hacerlos exigibles. La Ley remite a unos desarrollos posteriores que establecerán el exacto contenido de esos derechos, suscitando muchos interrogantes el dibujo final que va a resultar de su desarrollo. No debe olvidarse que las políticas sociales son una competencia autonómica, siendo esta Ley una regulación solamente parcial de los derechos de las personas en situación de dependencia. Este hecho hace que las virtualidades y consecuencias prácticas de la Ley no se puedan establecer hasta que tenga lugar su desarrollo. Éste prevé mecanismos de colaboración interadministrativa cuyo funcionamiento puede ser problemático. Además, esos mismos mecanismos pueden plantear interrogantes importantes desde una perspectiva democrática. Las decisiones adoptadas a través de esos mecanismos interadministrativos pueden vaciar funciones propiamente parlamentarias o adoptar decisiones que deberían estar contenidas en una ley. Estas cuestiones habrá que analizarlas una vez que el modelo se ponga en funcionamiento. En este trabajo se quiere prestar atención, más limitadamente, a los problemas competenciales que tiene una ley como la Ley de dependencia, en concreto y especialmente en relación con el art. 149.1.1 CE. La razón es obvia; es la Ley la que surge de este precepto como título competencial habilitante, haciendo referencia a él de forma exclusiva. El análisis competencial es importante ya que puede ser inoportuno para el logro de la finalidad que se propone con la Ley: utilizar instrumentos jurídicos de los que no se debe disponer para el logro o la apariencia de desarrollar políticas sociales que están fuera de la competencia de quien las actúa. Pero sobre estas cuestiones habrá ocasión de reflexionar en un momento posterior. Ahora se va a comenzar a describir las características de la Ley y su significado desde la perspectiva de las políticas sociales.

1.1. Principales claves de la Ley de dependencia

La Ley de dependencia prevé una serie de mecanismos o instrumentos de intervención que conviene describir. A continuación se van a enumerar de tal forma que posteriormente se pueda determinar exactamente el tipo de instrumento previsto legalmente. Entre los instrumentos legales hay que comenzar por 1) El establecimiento de un nivel mínimo de protección que será financiado por el Estado (art. 9); 2) Un segundo nivel prevé la cooperación entre la Administración

estatal y las autonómicas para el desarrollo y aplicación de la Ley. Esta cooperación se realiza mediante el acuerdo entre ambas Administraciones, es decir, entre la Administración estatal y cada una de las Comunidades Autónomas, todo ello dentro de un marco de cooperación interadministrativa establecido entre la Administración estatal y las Comunidades Autónomas (art. 10.1); 3) A través de este segundo nivel se podrá ampliar el nivel mínimo de protección establecido por el Estado; 4) Los Convenios entre la Administración estatal y cada Comunidad Autónoma establecerán la financiación que corresponde a cada Administración (art. 10.4).

De estos componentes fundamentales de la política social frente a las situaciones de dependencia se deduce que la Administración estatal persigue utilizar una serie de instrumentos de intervención entre los que se pueden enunciar los siguientes: 1) Se dicta una ley que establece unos derechos que no concreta; 2) El nivel mínimo de esos derechos será establecido por la Administración estatal; 3) Esos derechos los satisfarán las Comunidades Autónomas, aunque la financiación corresponde a la Administración central; 4) La Administración acordará con cada Comunidad Autónoma otros derechos, que acrecen a los anteriores y que se financiarán conjuntamente; 5) Se prevé una estructura organizativa donde se quiere dar entrada a las Corporaciones Locales sin la intermediación autonómica.

Estas formas de intervención de la Administración estatal, tal como antes se ha señalado, se basan en la competencia estatal prevista en el artículo 149.1.1 CE, de acuerdo con uno de sus preceptos (Disposición Final octava). Procede por tanto analizar si el contenido de la Ley de dependencia y los instrumentos que utiliza para intervenir en esa materia están cubiertos por el título competencial que el Estado reclama. Antes de entrar en este análisis es necesario hacer una serie de consideraciones sobre esta materia, empezando por el propio significado de la Ley de dependencia dentro de las políticas sociales.

1.2. El significado de la Ley de dependencia desde las políticas sociales

La Ley de dependencia ha entrado a regular lo que se ha dado en llamar "el cuarto pilar" dentro de las políticas sociales, teniendo en cuenta la política educativa, la sanitaria y las pensiones. Ciertamente,

con el aumento de la esperanza de vida de la población, la política pública sobre la dependencia se está convirtiendo en una reivindicación cada vez mayor de muchos sectores sociales. Esta política evidencia a su vez otras cuestiones de plena actualidad y quizá no suficientemente consideradas en la Ley, o trasladadas a otro momento posterior, como la lectura de género de las políticas de dependencia o el creciente papel de la inmigración, de la inmigración fundamentalmente femenina, que son quienes prestan su actividad laboral en este sector.

La regulación contenida en la Ley dibuja un sistema pero remite a un momento posterior la concreción de algunos de sus apartados, por lo que no es posible precisar el alcance futuro de la norma. Una de las cuestiones que no se han tratado al elaborar esta norma ha sido precisamente la conocida como el copago. Es decir, la responsabilidad que les incumbe a los beneficiarios del sistema en su financiación. La Ley pasa por encima de este tema estableciendo la competencia del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención de la Dependencia para determinar los criterios de participación del beneficiario en el coste de los servicios (art. 8.2.d). Una regulación como ésta suscita muchos interrogantes. En primer lugar está la cuestión de si las personas beneficiarias del nivel mínimo de protección tendrán que financiar esa prestación. La segunda es la relativa a la propia naturaleza del Consejo Territorial y a la legalidad de reconocerle una competencia de este tipo. Se trata de una habilitación en blanco a la que la Ley no concreta criterio alguno para su desarrollo. Por otra parte, si quien amplía las ayudas más allá del nivel básico de protección es la Comunidad Autónoma, esa ayuda no estaría dentro de las previsiones de copago acordadas por el Consejo Territorial. Se trataría de una competencia autonómica que no podría verse condicionada por una disposición de ese tipo. Es más, la ayuda de las Comunidades Autónomas podría dirigirse precisamente a impedir o financiar una obligación de copago establecida de acuerdo con las previsiones de ese artículo 8.2.d) de la Ley.

La Ley no establece un mínimo de derechos sociales que luego se van a reconocer. Si se leen los derechos a los que la Ley hace referencia, un tal pronunciamiento tampoco resultaría fácil de establecer. El reconocimiento genérico de derechos se realiza en el artículo 4 de la Ley, que después es preciso concretar en función del catálogo de servicios establecidos posteriormente, estableciéndose dentro de los mismos los servicios de Prevención de las situaciones de depen-

dencia donde habrá un servicio de teleasistencia o un servicio de ayuda a domicilio. Este último podrá afectar a las necesidades del hogar o a los cuidados personales. El servicio de centro de día y de noche para mayores de 65 años, de atención especializada y finalmente los servicios de atención residencial. Algunos de estos servicios podrán compensarse mediante las correspondientes prestaciones económicas tal como se prevé en la Ley.¹

1.3. La Ley de dependencia y el principio de autonomía: sobre el significado de la autonomía en las políticas sociales

La relación entre el principio de autonomía y el Estado del bienestar, en terminología administrativista, o el Estado social, en términos de Derecho Constitucional, se ha presentado con frecuencia como una relación contradictoria. No sería exagerado afirmar que las políticas sociales se utilizan como criterio justificativo para la negación de poderes a los Entes subestatales. En cierto sentido sería volver a la idea de que ciertos valores políticos, los derechos de las personas, las políticas sociales, la propia democracia, se deben a la existencia de un Estado que centraliza y establece esos derechos y políticas de una manera genérica para toda la población. En el fondo de esta tesis hay una lectura de la historia que justifica como única, progresista e inevitable la imposición de una concepción de la democracia. Así se ha dicho que el federalismo y el Estado del bienestar constituyen dos principios contradictorios; que el federalismo constituía una resistencia frente al *new deal* americano de mediados del siglo pasado; que la estructura autonómica del Estado introduce un elemento adicional de complejidad en la categoría de los derechos sociales, siendo un elemento condicionante más; que todavía no se ha podido contraponer ninguna experiencia a la tesis que defiende la necesidad de concentración de los sistemas públicos prestacionales como la mejor garantía para la realización del *welfare state*, son entre otras algunas de las afirmaciones más comunes en este tema.² Frente a ellas

1. Véanse arts. 15, 17, 18, 19 y 20.

2. Se han relatado en este apartado las ideas que sintetizan esta corriente de opinión y que recoge Ruiz-Rico Ruiz, Gerardo, "El Estado social autonómico: eficacia y alcance de las normas programático-sociales de los Estatutos de Autonomía", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2002, 65, pp. 11-48, en especial pp. 13, 14 y 29.

cabe hacer algunas consideraciones, necesariamente sintéticas, como las que a continuación se van a referir.

En primer lugar habría que concretar el significado de las políticas sociales. Cuando se habla de políticas sociales se está hablando de muchas cosas y, si se hace referencia a otras épocas históricas, convendría especificar de qué política en concreto se está hablando. Cuando se trata del *new deal* americano se está hablando de las condiciones laborales y su afectación al comercio interestatal, de aquí que en virtud de la cláusula de comercio, las autoridades federales podrán imponer el cumplimiento de una legislación laboral que es competencia de los Estados. Si se traslada esta situación a la época actual se constata que en el Estado español, la legislación laboral es la misma en todo el territorio, que la sanidad tiene una regulación estatal básica, que las pensiones se articulan a través de un sistema centralizado de seguridad social, por lo que la situación en el Estado español y las competencias del Estado central son incomparablemente más amplias en materia social que la del Estado federal de los Estados Unidos de Norteamérica. La equiparación por tanto es inoportuna. Por otra parte, las políticas sociales también son la urbanística, la de vivienda, la ambiental, la de consumo, entre otras. Para defender que la estructura centralista del Estado es necesaria para hacer estas políticas habría que ponerlo de manifiesto en cada caso concreto. Con una cobertura o descripción tan amplia como las políticas sociales no se pueden, en este momento, hacer análisis válidos. Las políticas vinculadas a las situaciones de dependencia no tienen además vinculación con las políticas comerciales, sean internas o externas. Y la centralización de las políticas sociales ha tenido que ver más con la libertad e igualdad en los intercambios que con planteamientos garantistas a favor de la ciudadanía, por ejemplo, extendiendo las exigencias de la seguridad social para todos los trabajadores.

Esta argumentación olvida, además, otra cuestión de importancia. Cuando el Estado central adopta determinadas políticas sociales, no quiere decir que ese Estado interviene en un ámbito totalmente huérfano de intervenciones de otros poderes públicos. Es más, algunos Entes federados, en el caso Comunidades Autónomas, pueden estar desarrollando políticas sociales tan o más desarrolladas que el Estado central.

Pero es más, la creación de nuevas estructuras políticas como la Unión Europea están teniendo como efecto, así la Directiva *Bolkestein*, un proceso de reducción del Estado del bienestar. En consecuencia, la

existencia de la UE no conlleva la afirmación de los derechos sociales. Más bien podría defenderse lo contrario. Si las cosas son así, la tesis de la vinculación entre derechos sociales y creación de un poder centralizado sería incorrecta. La concentración del poder regulador de ciertos derechos sociales en Europa produce la limitación de esos derechos. No sería excesivo afirmar que la teoría defensora de la relación centralización política-política favorable a los derechos sociales es ideológica. La política urbanística es otro ejemplo oportuno en esta materia. Como habrá ocasión de comprobar, el Estado se sirve del artículo 149.1.1 CE para dictar una nueva normativa en materia urbanística. La definición del suelo urbanizable como categoría residual dentro de la clasificación del suelo significa la negación más rotunda de la caracterización del Derecho urbanístico como una función pública,³ en la que esa función determina el contenido último del derecho de propiedad. Todo ello en virtud del artículo 149.1.1 CE. Una utilización más contraria a una idea de progreso en materia urbanística no podía producirse de forma más llamativa e injustificada y quien la lleva a cabo es el Estado central.

Pero no se va a continuar por este camino, aunque se ha considerado necesario hacer este pequeño apunte. La centralización en el desarrollo de políticas sociales puede dificultar políticas autonómicas más progresistas y, en caso de cambio de Gobierno o de política en el Estado, puede significar una contracción del gasto y de las políticas sociales. Hasta ahora sin embargo solamente se ha afirmado lo contrario.

Bajando a la realidad del derecho positivo, se pasarán a analizar en los apartados siguientes los títulos competenciales afectados con esta cuestión.

2. Los títulos competenciales afectados en el desarrollo de la Ley de dependencia

La Memoria del análisis de impacto normativo de la Ley de dependencia, presentada con el Anteproyecto de la misma, señala diferentes fuentes de legitimación de la norma, se entiende que desde

3. Bocanegra Sierra, Raúl y Huergo Lora, Alejandro, *El Derecho urbanístico del Principado de Asturias*, Academia Asturiana de Jurisprudencia, Oviedo, 2004, pp. 84 y 85.

una perspectiva legal. En primer lugar hace referencia a una serie de artículos y de sentencias de carácter genérico de las cuáles difícilmente puede derivarse la existencia de legitimación alguna del legislador estatal. Se acude a sentencias del inicio de la andadura del Tribunal Constitucional en las que se hace referencia al Estado social, y se reseñan una serie de preceptos, en concreto el artículo 9.2, el artículo 41, el artículo 49 o el artículo 50 de la Constitución.⁴ Posteriormente acude al artículo 139.1 de la Constitución para afirmar que “todos los españoles han de tener los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio español”, olvidando que este precepto es un límite a las competencias autonómicas pero que en ningún caso, y así lo ha dicho el propio Tribunal Constitucional, puede constituir un título competencial. Finalmente, y aquí sí que procede profundizar en la argumentación, se acoge a la competencia estatal para la regulación de “las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales” (art. 149.1.1ª CE).⁵ La base competencial basada en este precepto parte de la interpretación que del mismo ha realizado el Tribunal Constitucional, cuando establece que es un título competencial “con contenido propio, no residual”,⁶ para pasar posteriormente a decir que el artículo 149.1 amplía la función del artículo 53 de la Constitución y que las sentencias 32/1982, 42/1982 y 113/1989, se refieren a la “uniformidad de las condiciones básicas para el ejercicio de los derechos”, o la “uniformidad en las condiciones de vida”. Más tarde sintetiza la opinión del Tribunal Constitucional afirmando que el artículo 149.1.1 de la Constitución establece las condiciones básicas necesarias para garantizar la igualdad, que la materia sobre la que recae este precepto son los derechos constitucionales en sentido estricto, así como los deberes básicos y que la regulación de las condiciones básicas realizada por el Estado no debe agotar ese régimen jurídico. A continuación señala que las condiciones básicas hacen referencia al contenido primario del derecho (STC

4. Se refiere también a las SsTC 71/1982, 19/1982 o 62/1983.

5. *Memoria del análisis de impacto normativo, económico, de género, igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal*, que acompaña al Anteproyecto de Ley de promoción de la autonomía personal presentado ante el Congreso de los Diputados, Madrid, 2006, p. 34.

6. STC 172/1998, citada de forma indebida, ya que esta Sentencia no contiene esa expresión, en la *Memoria...*, cit., nota 5.

154/1988) y que esas condiciones básicas pueden incluir también los requisitos indispensables sobre el marco organizativo que posibilita el ejercicio del derecho, acudiendo para justificar esta afirmación a la Sentencia 227/1988 o 173/1998. Finalmente acude a la Sentencia 61/1997, de la que afirma que reconoce la competencia para dictar el "contenido primario" de cada derecho (STC 61/1997) y que entre las condiciones básicas debe estar también la dimensión institucional del derecho (STC 290/2000).

Esta referencia, que sintéticamente se relata, de las bases normativas que habilitan al Estado para dictar la Ley de dependencia recoge las mismas sentencias que utiliza el Dictamen del Consejo de Estado sobre dicha Ley,⁷ aunque este Dictamen contiene varias inexactitudes en las sentencias que cita y la referencia a la jurisprudencia constitucional no deja de ser un *totum revolutum* de preceptos, de sentencias diversas, sin realizar un análisis detallado y preciso que establezca la base competencial del Estado para dictar una norma de este tipo.

El análisis de esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional debe ser más detenido y preciso ya que ha evolucionado y tiene una serie de aspectos que exigen una consideración pausada, sin acudir al fácil expediente de relatar toda la jurisprudencia, repitiendo sus contenidos más generales y abstractos, sin entrar a relacionar los dictados jurisprudenciales con el exacto contenido de la norma que se pretende aprobar. A realizar este contraste se van a dedicar las líneas que siguen.

2.1. El artículo 148.1.20 CE

El reparto competencial realizado por la Constitución parte, inicialmente, de un precepto que habilita a las Comunidades Autónomas para asumir competencias en sus Estatutos. Este precepto tiene entre aquellas materias susceptibles de ser competencia autonómica, la asistencia social. El precepto siguiente del Texto constitucional establece las competencias exclusivas del Estado. Entre estas competencias exclusivas no se hace ninguna referencia a la asistencia social. No ha existi-

7. Dictamen del Consejo de Estado, nº de expediente 336/2006, aprobado el 23 de marzo de 2006.

do duda en la doctrina al afirmar que la asistencia social es una competencia de las Comunidades Autónomas, con carácter exclusivo siempre que sus Estatutos así la hayan asumido. Otra cuestión diferente es discernir el exacto contenido de una categoría tan amplia como la de asistencia social. Ya desde los inicios la doctrina asumió la asistencia social como un ámbito autonómico, sin fisura alguna favorable al Estado.⁸ A pesar de existir esta competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma no hay que rechazar la posibilidad de que el Estado haya dictado leyes en este campo. Podría plantearse si la regulación que persigue la eliminación de los problemas de accesibilidad para los discapacitados es o no una norma que puede entrar dentro de la asistencia social, por citar un ejemplo. A pesar de las competencias autonómicas, el Estado ha dictado alguna norma que puede entenderse afecta a esta materia, como es el caso de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos. Este hecho no pone en cuestión los argumentos anteriores. En definitiva, el Estado ha seguido actuando competencias que ya no le correspondían encontrando con frecuencia la base para dictar esas normas en una interpretación del principio de supletoriedad entendido como un título competencial. Una interpretación inadecuada de ese principio le permitía dictar normas que resultaban de aplicación en caso de ausencia de normativa autonómica en la materia. Dicho de otra forma, el Estado juega a dictar normas que favorecen a sectores concretos y necesitados de la sociedad y es muy difícil pensar que alguien vaya a enfrentarse a las mismas oponiendo un argumento, aparentemente formal, como es la falta de competencia.

2.2. El artículo 149.1.1 CE

Si se analiza la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el artículo 149.1.1 se constata con facilidad que este precepto es utilizado hasta 1997 siempre como una argumentación *ad abundantiam*, vinculada a otros preceptos o competencias estatales, sin adquirir por sí mismo una sustantividad propia. Así se había señalado desde la doctrina.⁹ Con ocasión de la Sentencia del Tribunal Constitucional

8. Beltrán Aguirre, Juan Luis, *El régimen jurídico de la acción social pública*, Ivap, Oñate, 1992, p. 111. No se ha encontrado ninguna referencia doctrinal que diga lo contrario.

9. López Guerra, Luis, "La doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el artículo 149.1.1 CE", en VVAA, *La función del artículo 149.1.1 de la CE en el sistema de distribución de competencias*, Barcelona, 1992, p. 20.

61/1997, sentencia fundamental en el análisis del principio de supletoriedad y totalmente acertada en este aspecto, se produce una importante modificación en la interpretación del art. 149.1.1 CE. La doctrina resalta la importancia de la interpretación del principio de supletoriedad, no dando la importancia debida a un aspecto crucial como es el relativo a la interpretación que en esta Sentencia se hace del artículo 149.1.1 CE.

El Tribunal Constitucional, después de repetir las consideraciones hechas en una sentencia anterior,¹⁰ realiza una afirmación explícita que rompe con la tradición anterior. Dice en la Sentencia 61/1997 al estudiar el artículo 149.1.1 CE que "(...) como consecuencia de este título que tiene, sin duda, un carácter específico y autónomo, en cuanto que atribuye al Estado ciertas facultades según el Derecho constitucional de que se trate".¹¹ Es en este pronunciamiento del Alto Tribunal donde se expresa de manera clara y rotunda esta nueva funcionalidad del precepto constitucional al que se le reconoce la cualidad de título competencial, con un carácter específico y autónomo, expresiones éstas que no habían sido utilizadas hasta este momento en la jurisprudencia y que se realizan desligadas totalmente de cualquier otro título competencial estatal.¹²

Esta es la primera consideración que debe realizarse al hilo de este precepto, a pesar de que la misma no se comparta y que pudiera ser criticada desde muchas perspectivas. En todo caso, aun partiendo de ese carácter del precepto como título autónomo para la asunción de competencias, habría que precisar el alcance de las condiciones básicas a las que hace referencia, así como de los derechos a los que se refiere.

Este precepto, el artículo 149.1.1 CE, no puede ser interpretado como un título que legitima políticas transversales que afectan a cualquier política de competencia autonómica. Para que pueda entrar en

10. STC 156/1995, FJ 3.

11. STC 61/1997, FJ 9.

12. Lasagabaster Herrarte, "El derecho de propiedad urbana y el artículo 149.1º CE (nota a la STC 61/1987, de 20 de marzo)", *Revista Vasca de Administración Pública*, 1998, 50, pp. 303-328, en especial p. 318. Recientemente véase BARNES, Javier, "Legislación básica y artículo 149.1.1.CE" en VVAA, *Informe Comunidades Autónomas 2003*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2004, pp. 816-828.

juego este precepto es preciso que se dé una “relación directa e inmediata con los derechos reconocidos por la Constitución”,¹³ lo que remite necesariamente a la necesidad de concretar a qué derechos se está haciendo referencia. Si se habla de los derechos que reconoce la Constitución, habrá que ver si existe algún precepto constitucional donde se recojan los derechos a los que hace referencia la Ley de dependencia. Tal como se ha tenido ocasión de comprobar, no hay ningún precepto constitucional que especifique expresamente ninguno de los derechos recogidos en la Ley de dependencia. Si se acude a aquellos artículos que de una manera más directa pueden dar legitimidad a la regulación estatal, habría que fijarse en los artículos 49 y 50 del Texto constitucional.

Estos preceptos, según la interpretación que de los mismos se ha realizado, no contienen en sí mismos ningún derecho que pueda ser actuable sino que hacen referencia a políticas públicas en materia de asistencia social. No ha habido ningún autor que haya deducido de estos preceptos ningún derecho subjetivo que pudiera ser exigible por los particulares. El alcance jurídico de los preceptos contenidos en el Capítulo III del Título I de la Constitución española ha sido reconocido por la generalidad, por no decir la totalidad, de la doctrina como normas que se dirigen a los poderes públicos, según las competencias que tengan en las materias afectadas por esos preceptos, pero que no sirven para que las personas pretendan la satisfacción de una pretensión jurídica determinada. Mejor dicho, el precepto no reconoce un derecho subjetivo. Esta unanimidad doctrinal se rompe cuando se trata de precisar el valor de esos preceptos. Que no reconozcan derechos no quiere decir que no tengan valor jurídico. Esta confusión entre ambas cuestiones es deudora del propio dictado de la Constitución española cuando establece que el respeto, reconocimiento y protección de los principios reconocidos en el Capítulo citado informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (art. 53.3 CE). Hasta aquí no hay dudas interpretativas. La literalidad del precepto no reconoce derechos subjetivos. Pero ésta no es la cuestión que se quiere resaltar sino la parte segunda de ese precepto. En la misma se señala que los preceptos del Capítulo III solamente podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria, de acuerdo con lo que dispongan las leyes. De esta desacertada redacción se ha derivado la in-

terpretación conforme a la cual si no hay ley de desarrollo, no hay derecho que sea exigible. Y esto no es correcto, además de contradecir abiertamente la jurisprudencia constitucional.

No hay nada más que acudir a la Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve sobre la conformidad a la Constitución de la normativa reguladora del IRPF, tal como la doctrina lo recuerda.¹⁴ Se trata de determinar el valor jurídico que se debe reconocer a la protección de la familia contenida en la norma constitucional, artículo 39, artículo que abre precisamente el Capítulo tercero, cuyo análisis jurídico se realiza en este momento. Dice el Tribunal que es altamente improbable que una norma legal pudiera ser considerada inconstitucional por omisión, es decir, por incumplir esas obligaciones o esos deberes que se dirigen al legislador para que actúe normativamente. Esto no quiere decir sin embargo que algunos de estos principios o derechos fundamentales no puedan estar en conexión con otros derechos fundamentales y en una interpretación conjunta pueda derivarse un determinado valor jurídico, o, en lo que ahora más interesa, que en virtud de uno de estos principios se controle la acción positiva del legislador, que el Tribunal Constitucional podrá definir como inconstitucional por no respetar dichos principios.¹⁵ Esta Sentencia pone de manifiesto el valor jurídico de sus principios rectores, alejándolos de esa primera interpretación que intentaba limitarlos a un mero valor retórico también referido como programático. Tal como se ha señalado, los derechos sociales o principios rectores están recogidos en preceptos donde las palabras estarían "menos cargadas de significado". En concreto se ejemplifica diciendo que la afirmación de la libertad ideológica, contenida en el artículo 16.1 del Texto constitucional, tiene una carga de significado diferente que aquella que recoge un principio rector como es el establecimiento del régimen público de la seguridad social (art. 41 CE).¹⁶

14. Cruz Villalón, Pedro, "Los derechos sociales y el Estatuto de Andalucía" en Cámara Villar, Gregorio y Cano Bueso, Juan (coord.), *Estudios sobre el Estado social. El Estado social y la Comunidad Autónoma de Andalucía*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 98-109, en especial p. 103 y ss.

15. STC 45/89, FJ 4.

16. Cruz Villalón, "Los derechos sociales...", cit., p. 105. Véanse también: Sagardoi Bengoetxea, Juan Antonio y Sagardoi de Simón, Iñigo, "Comentario al artículo 50. La protección a la tercera edad y el bienestar social" en Azaga Villamil, Óscar, *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Edersa, Madrid, 1996, pp. 365-385; Alonso García, Belén, *El régimen jurídico de la protección social de minusválidos*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 91 y 92.

Quizá cabría ir más lejos en la interpretación concretando el valor y significado de los principios rectores y las consecuencias jurídicas que se acompañan al hecho de dictar normas de desarrollo que reconocen derechos de carácter social. La cuestión de la irreversibilidad de los derechos sociales contenidos en las leyes plantea una densa problemática jurídica, que ahora no se va a analizar, pero que abunda en la concepción de que los principios contenidos en el Capítulo III no reconocen por sí mismos derechos subjetivos de ningún tipo. Sorprende en este sentido la argumentación del Consejo Económico y Social que es, en esta materia, especialmente beligerante. Dicho de otro modo, valora escasamente el principio autonómico. Para el Consejo Económico y Social el Estado tendría competencias para dictar la Ley de dependencia basándose en múltiples y variados preceptos constitucionales olvidando que la norma que informa, la Ley de dependencia, solamente fundamenta su competencia en el artículo 149.1.1 CE. Cita el Consejo Económico y Social en su dictamen como fundamentos de la Ley de dependencia los siguientes: "Desde el punto de vista competencial, el Anteproyecto se ampara en el artículo 149.1.1 CE, que establece la competencia del Estado para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. Afecta, asimismo, a una serie de materias enunciadas en diversos números del artículo 149, sobre las que el Estado tiene competencia exclusiva. A este respecto, cabe referirse sin ánimo de exhaustividad, a las cuestiones relacionadas con las bases y coordinación general de la sanidad (artículo 149.16), la legislación básica de Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas (artículo 149.17), las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas (artículo 149.18), la obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales (artículo 149.30), o la estadística para fines estatales (artículo 149.31)".¹⁷ La próxima vez será suficiente con referirse a la Constitución en su totalidad como título competencial.

17. Dictamen 3/2006, del Consejo Económico y Social, sobre el Anteproyecto de Ley de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, p. 4.

De la argumentación realizada hasta este momento se deduce con facilidad algo que se ha señalado ya, a saber: que el artículo 149.1.1 CE difícilmente puede encontrar aplicación en relación con las políticas sociales porque éstas no están recogidas con el rango de derechos subjetivos en la Constitución. No hay nada más que acudir a la Ley de dependencia cuando establece los servicios de prevención de las situaciones de dependencia, de teleasistencia, de ayuda a domicilio, los servicios de centro de día y de noche, el servicio de atención residencial u otros que pudieran imaginarse, ninguno de ellos puede considerarse que encuentran reconocimiento como derecho subjetivo de las personas en los artículos 49 y 50 del Texto constitucional. Se da por tanto aquí un primer contraste entre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la forma en la que se ha argumentado la base competencial para dictar la Ley de dependencia.

Ciertamente hay autores que defienden una interpretación del art. 149.1.1 CE como título competencial que legitimaría al Estado para dictar una normativa propia en materia de asistencia social,¹⁸ al igual que también hay autores que la niegan.¹⁹ Todos ellos manifiestan los peligros de esta interpretación, de los que también es consciente el propio Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional ha tenido una evolución un tanto errática en la interpretación de este principio. Su jurisprudencia se ha calificado de no satisfactoria.²⁰ No se olvide que el Tribunal Constitucional hace referencia al art. 149.1.1 CE refiriéndolo a los derechos que la Constitución reconoce,²¹ entre

18. Baño León, José M^a, *Las autonomías territoriales y el principio de uniformidad de las condiciones de vida*, INAP, Madrid, 1988, p. 178; Sáenz Royo, Eva, *Estado social y descentralización política*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 293 a 301, y referencias en nota 104 y Cabellos Espiérrez, Miguel Ángel, *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del Derecho comunitario*, CEPC, Madrid, 2001, pp. 224 a 231; de este mismo autor véase también "Distribución competencial y regulación de los derechos y deberes constitucionales. Posibilidades y límites de Estado y Comunidades Autónomas", *Revista Vasca de Administración Pública*, 1997, 49, pp. 9-61.

19. Pemán Gavín, Juan, *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 235 a 237; Corretja i Torrents, M., *La conflictivitat competencial. La garantia del principi d'igualtat en l'article 149.1.1 CE*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1991, pp. 117 a 119 y Cruz Villalón, "Los derechos sociales...", cit., p. 103 y ss.

20. Barnes, Javier, *Problemas y perspectivas del artículo 149.1.1^a CE*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2004, p. 154.

21. Véase SsTC 134/2006, FJ 8; 341/2005, FJ 2; 228/2003, FJ 10; 239/2002, FJ 10 y 61/1997, FJ 7b.

los que forzosamente pueden incluirse los derechos vinculados al Capítulo III del Título I de la Constitución española, en especial si el análisis se concreta a los derechos que recoge la Ley de dependencia.

La jurisprudencia constitucional también realiza esta otra consideración de interés cuando dice que el precepto constitucional que se comenta no es un título horizontal de competencia,²² lo que quiere decir que su funcionalidad es limitada. En un principio este precepto se interpretaba conjuntamente con otros artículos sin tener un significado autónomo. También se entendía como límite a las políticas autonómicas²³ y, en fechas más recientes, se conceptúa como un título autónomo de asunción de competencias.²⁴ Esta última afirmación se matiza sin embargo con criterios diversos. Entre ellos, y en primer lugar, al señalar que no es un título horizontal de competencia. Esto quiere decir que no está llamado como tal título competencial a realizar una regulación completa del sector sino solamente de las condiciones básicas, lo que remite a la idea expresada doctrinalmente de regular aspectos puntuales,²⁵ no una materia de forma sistemática.

Esta primera contradicción encuentra posteriormente otros aspectos que ponen igualmente en cuestión la regulación estatal. De acuerdo nuevamente con la jurisprudencia constitucional, ésta legitima que en virtud del precepto comentado se puedan dictar “principios o reglas generales”, que tendrán alcance o carácter normativo.²⁶ Este carácter normativo se diferencia además del que se reconoce a la categoría bases o legislación básica.²⁷ Las bases se dictan con la idea de que la normativa autonómica las desarrolle. Cuando el Estado dicta una norma en virtud del artículo 149.1.1 CE, las condiciones básicas que recoge no se dictan para que posteriormente sean desarrolladas por la normativa autonómica. Su objeto es mucho más preciso

22. SsTC 61/1997, FJ 7b; 173/1998, FJ 9 y 228/2003, FJ 10.

23. Véase entre otros Lasagabaster Herrarte, Iñaki, “El derecho de propiedad urbana ...”, cit., pp. 308-317.

24. STC 61/1997, FJ 9.

25. Aja, Eliseo, “El artículo 149.1.1 de la Constitución como cláusula de cierre del principio de igualdad social” en VVAA, *La función del artículo 149.1.1 de la CE en el sistema de distribución de competencias*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1992, p. 44.

26. STC 164/2001, FJ 5 y STC 61/1997, FJ 10, entre otras.

27. SsTC 73/2002, FJ 12; 188/2001, FJ 4 y 61/1997, FJ 7a.

y es establecer en una materia concreta esa condición básica, agotándose la norma estatal con ese objetivo. No se trata de que la norma estatal establezca una política que después es desarrollada por las Comunidades Autónomas. El objetivo del precepto es mucho más específico. Se trata de que puntualmente el Estado establezca aquello que estima que es una condición básica para el disfrute de un derecho, que debe reconocerse como mínimo común normativo en todo el ámbito estatal, que en rigor "no es susceptible de desarrollo como si de unas bases se tratara".²⁸

En el caso que se analiza, este papel de la Ley de dependencia, limitado a establecer esas condiciones básicas, no es tal. En primer lugar porque no se dictan "principios o reglas generales" que tengan un mero valor normativo, sino que se va mucho más allá. La Ley de dependencia se sustenta en la realización de convenios entre la Administración central y las autonómicas, convenios a través de los cuales se especifica el alcance de los derechos reconocidos de manera abstracta en la Ley y que precisan para ser operativos de la concreción de su contenido. Esta concreción se opera a través de esos convenios, convenios que dejan de ser normas, que no constituyen principios o reglas generales, sino que van mucho más allá. En segundo lugar porque al ser convenios forman parte ya de la actividad ejecutiva y no de la actividad legislativa o normativa. Esto quiere decir que en virtud del artículo 149.1.1 CE el Estado realiza una política ejecutiva también en materia social, no limitándose a una regulación legal de carácter general.

2.3. El sistema previsto en la Ley de dependencia desde la perspectiva interadministrativa

En línea con el análisis realizado en el apartado anterior, procede entrar a analizar la base jurídica que pueda encontrar la normativa de organización administrativa contenida en la Ley de dependencia. La Ley prevé la creación de un Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención de la Dependencia, compuesto por una representación del Estado y de las Comunidades Autónomas. Este Consejo Territorial tiene unas competencias importantes, aunque

28. STC 61/1997, FJ 7a.

no hay que dejar de subrayar la importancia que se reconoce a las Comunidades Autónomas ya que el establecimiento de los propios derechos básicos que se reconocen a las personas en virtud de esta Ley, se derivan del acuerdo que realice la Administración General del Estado con cada una de las Comunidades Autónomas.²⁹ La cuestión que se plantea es la siguiente: ¿puede el Estado en virtud del artículo 149.1.1 CE dictar una norma organizativa de este tipo? Parece ser que el Estado quiere dar una respuesta a esta cuestión acogándose a algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional que, de alguna manera, se tergiversan para llevar la argumentación al punto que interesa. Anteriormente ya se ha señalado que las condiciones básicas a las que hace referencia el artículo 149.1.1 CE son condiciones que se establecen normativamente. La cuestión que se suscita es si se puede, a través de las mismas, crear instituciones o estructuras administrativas. El Tribunal parece decir que sí, aunque su respuesta habría que matizarla necesariamente.

El Tribunal Constitucional ha señalado que la eficacia de un derecho fundamental puede exigir el cumplimiento o el respeto a una dimensión institucional. Se ha entendido como tal dimensión institucional, por ejemplo, la regulación del censo electoral y las funciones de la Oficina del Censo Electoral. Esta competencia, en relación con el censo y con esa Oficina, la reconoce el Estado en virtud del artículo 149.1.1 CE y, a su vez, en relación con el artículo 23 del mismo texto legal. Es decir, la competencia estatal para aprobar esa dimensión institucional del derecho de participación política no se fundamenta en el precepto que se analiza, sino en el artículo 23 de la Constitución. Es lo que anteriormente se ha señalado, que la historia de la interpretación de este precepto por el Tribunal Constitucional es hasta 1997 una historia en la cual el precepto se vincula a otros preceptos constitucionales concretos. Cuando el Tribunal Constitucional dice que la creación del Consejo Nacional de Objeción de Conciencia era necesaria para garantizar el derecho a la objeción de conciencia y a la prestación social sustitutoria, no añade nada en relación con esta cuestión. Es lógica esta dimensión institucional porque la misma garantiza el derecho a la objeción de conciencia, pero nada de esto se deriva del artículo 149.1.1 CE. Cuando se trae a colación la Sentencia 290/2000 en relación con la creación de la Agencia de Protección de Datos, la

conclusión debe ser la misma. Las competencias del Estado en esta materia no se derivan solamente del artículo 149.1.1 CE, sino además del artículo 18.4 del mismo texto legal. De la conjunción de ambos preceptos se reconoce una competencia al Estado, competencia que para garantizar ese derecho exige la creación de una estructura administrativa que sirva para ejecutarla. Se está por tanto en este caso en una competencia estatal que se deriva no solo del artículo 149.1.1. CE sino además del 18.4 del mismo texto legal. A su vez, el artículo 149.1.1 CE se relaciona directamente con un derecho expresamente recogido en el Texto constitucional, que es el derecho a la protección de los datos personales frente al uso de la informática.

Obviamente traer a colación estos preceptos y estas sentencias para justificar la creación de una organización estatal que va a ser el instrumento fundamental para el desarrollo de la Ley de dependencia, y en general puede ser de las políticas sociales, excede claramente las características a las que responden las sentencias en las que la Ley de dependencia quiere encontrar su justificación. Otra cuestión que no hay espacio para analizar es el régimen jurídico de ese Consejo Territorial.

2.4. La financiación del sistema previsto en la Ley de dependencia: sobre la potestad de fomento

La financiación de las políticas sociales constituye una de las claves fundamentales del sistema. Nunca serán suficientes los medios que puedan utilizarse para subvenir a las necesidades de la sociedad, por lo que la disposición de medios económicos por las Administraciones puede convertirse en un instrumento de primer orden en las políticas sociales. Esto plantea el problema de la relación entre los medios económicos y las materias a las que cada Administración puede atender con los mismos. En inglés se ha utilizado el término *spending power*.

La jurisprudencia tuvo desde un inicio la oportunidad de enfrentarse a este problema. El Estado utilizó inicialmente el interés general como una categoría que le permitía dedicar sus medios económicos a aquellas cuestiones que estimaba oportunas. El Tribunal Constitucional, aún partiendo de la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, en concreto de la de Galicia, en materia de asistencia so-

cial afirma que el Estado puede intervenir en esta materia cuando se trata de políticas de asistencia social que solamente tienen sentido referidas al Estado en su conjunto. Es decir, que detectado un problema social específico que requiere una intervención de ámbito supraautonómico en materia asistencial, el Estado podría intervenir, respetando las competencias de las Comunidades Autónomas y dándoles participación en esa intervención. En definitiva, se afirma la existencia de un interés supraautonómico, un interés general, que fundamenta la competencia estatal para intervenir en política social.³⁰ El voto particular que acompaña a esta sentencia es meridianamente claro cuando señala que la sentencia no se fundamenta en ningún artículo constitucional concreto para legitimar la actuación estatal. Si existe un problema social particular, al cual el Estado pretende dar una financiación, deberá repartir esos medios económicos entre todas las Comunidades Autónomas para que ejecuten esa política, o si el problema sólo afecta a algunas de ellas, deberá acordarlo con las mismas. Este es el sentido que debía tener esta competencia, de acuerdo con la interpretación que hace el voto particular. La crítica se sustancia por tanto en que el interés general, entendido como interés estatal, es la base en virtud de la cual se admite la intervención estatal en materia de asistencia social, cuando ni la Constitución ni los Estatutos de Autonomía han establecido ningún precepto que permita una interpretación de este tipo.³¹

El siguiente pronunciamiento jurisprudencial se produce como consecuencia de la impugnación por la Generalitat de Catalunya de una serie de partidas de los Presupuestos Generales del Estado al entender que se aplicaban a materias sobre las que la Administración estatal no tenía competencias. Entre las partidas había algunas dedicadas a políticas sociales. Interesa llamar la atención sobre un hecho: el recurso contra alguna de esas partidas se retira. La razón es comprensible. Si es posible recibir unos medios económicos y esos medios

30. STC 146/1986, FJ 5. Véase Beltrán Aguirre, José Luis, "El sistema de subvenciones estatales centralizadas en el sector de la acción social y las Comunidades Autónomas. Comentario a la STC 13/1992, de 6 de febrero", *Revista Vasca de Administración Pública*, 1992, 34, pp. 271 y ss. Sobre el proceso de centralización de las competencias de carácter económico, en concreto de la política de subvenciones, véase Alonso Ibáñez, M^a Rosario, *La ordenación jurídica de la promoción industrial del Estado*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 135 y ss.

31. Voto particular formulado por el Magistrado Jesús Leguina Villa a la Sentencia del Tribunal Constitucional 146/1986.

son para atender necesidades perentorias de la ciudadanía, impugnar esas partidas constituye una decisión política fácilmente criticable ante la opinión pública, aunque quizá sería mejor decir que permite jugar con la opinión pública.

El Tribunal Constitucional respondió al recurso en una Sentencia importante en este campo, donde establece una doctrina que va a sintetizarse a continuación, pudiendo considerarse en algunos aspectos contradictoria. El Tribunal Constitucional inicia su doctrina diciendo que la concepción, de acuerdo con la cual la actividad subvencional del Estado no puede estar condicionada ni encuentra un límite en la autonomía política y financiera de las Comunidades Autónomas, es contraria a los principios del Estado de las autonomías. A través de las ayudas económicas previstas en los Presupuestos Generales del Estado se estarían redefiniendo de *facto* las competencias de las Comunidades Autónomas, produciendo una restricción de la autonomía política de las Comunidades Autónomas.³² A renglón seguido realiza una afirmación contradictoria con la anterior, ya que define el poder de gasto del Estado o de autorización presupuestaria como un poder ajeno al sistema de distribución de competencias, lo que significa la soberanía financiera, de gasto, para asignar fondos a unos fines u otros y singu-

32. Dice el Tribunal literalmente: "Sostener que la autonomía política y financiera de las Comunidades Autónomas no constituye un límite a la acción subvencional del Estado a través de su 'poder de gastar', con el argumento de que, en definitiva el Estado, en ejercicio de su poder legislativo, es soberano para decidir sobre el destino de sus propios recursos financieros y que la autorización presupuestaria por sí misma no puede invadir el ámbito material de competencias de las Comunidades Autónomas (sino que habrá de estarse a los pactos concretos de ejecución de esos programas de gasto para verificar la existencia de tal lesión competencial), equivaldría a firmar que a través del sistema de subvenciones con cargo a los Presupuestos Generales del Estado en materia de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, la posición y papel de éstas en la nueva organización estructural del Estado surgida en la Constitución y de los Estatutos de Autonomía, de la distribución vertical del poder público entre los diferentes niveles de gobierno (STC 32/1981, FJ 3º), podría desaparecer y con él el núcleo de la propia estructura del Estado compuesto. Pues no es imposible que, al amparo de dicho poder de gasto, los órganos de la Administración central del Estado traten de atraer para sí o recuperar competencias normativas o de ejecución en los sectores subvencionados y que, en principio, han quedado íntegramente descentralizados a favor de las Comunidades Autónomas. De suerte que a través de esta vía indirecta de las ayudas económicas que figuran en los Presupuestos Generales del Estado, las competencias autonómicas exclusivas pasen a redefinirse o convertirse 'de facto' en competencias compartidas con el Estado, con la consiguiente e inevitable restricción de la autonomía política de las Comunidades Autónomas. Técnica que, según doctrina reiterada de este Tribunal, resulta constitucionalmente inaceptable" (STC 13/1992, FJ 7, párrafo quinto).

larmente a los previstos en el Capítulo III del Título I CE.³³ Este poder financiero está enmarcado en unos límites, ya que tanto la programación como la ejecución de ese gasto debe respetar el orden competencial.³⁴ Es decir, que la previsión presupuestaria estatal puede hacerse pero condicionada en la forma. Si no fuera así, se estaría restringiendo la autonomía política de las Comunidades Autónomas y su capacidad de autogobierno.³⁵ El argumento consistente en afirmar que las competencias autonómicas no se ven afectadas porque las Comunidades

33. Dice el Tribunal literalmente que: "Puede decirse, con razón, que el poder de gasto del Estado de autorización presupuestaria, manifestación del ejercicio de la potestad legislativa atribuida a las Cortes Generales (arts. 66.2 y 134 CE), no se define por conexión con el reparto competencial en materias que la Constitución establece (arts. 148 y 149 CE), al contrario de lo que acontece con la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas que se vincula al desarrollo y ejecución de las competencias que, de acuerdo, con la Constitución, le atribuyan los respectivos Estatutos y las Leyes (art. 156.1 CE y art. 1.1 de la LOFCA). Por consiguiente, el Estado siempre podrá, en uso de su soberanía financiera (de gasto, en este caso), asignar fondos públicos a unas finalidades u otras, pues existen otros preceptos constitucionales (y singularmente los del Capítulo III del Título I), que legitiman la capacidad del Estado para disponer de su Presupuesto en la acción social o económica" (STC 13/1992, FJ 7, párrafo sexto).

34. Dice el Tribunal en esta cuestión lo siguiente: "(...) Pero admitido esto, constatación del señorío del Estado sobre su presupuesto, esencia misma del poder financiero (la capacidad de decisión sobre el empleo de sus propios recursos), tanto en la programación como en la ejecución de ese gasto el Estado debe respetar el orden competencial. Es evidente que en el sistema español de distribución competencial del poder, el Estado puede asignar sus recursos a cualquier finalidad lícita y que la definición de esta finalidad en la Ley de Presupuestos condiciona necesariamente la libertad de acción de aquellas instancias que hayan de utilizar esos recursos. Si estas instancias son exclusivamente estatales por ser también de competencia exclusiva del Estado 'la materia' o sector de actividad pública no se plantea ningún problema en cuanto a la delimitación competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Cuando, por el contrario, tal materia o sector corresponden en uno u otro a las Comunidades Autónomas, las medidas que hayan de adoptarse para conseguir la finalidad a la que se destinan los recursos deberán respetar el orden constitucional y estatutario de las competencias, sin imponer a la autonomía política de las Comunidades Autónomas otros condicionamientos que aquéllos que resultan de la definición del fin o del uso que el Estado pueda hacer de otras competencias propias, genéricas o específicas" (STC 13/1992, FJ 7, párrafo séptimo).

35. El Tribunal Constitucional dice literalmente: "De otro modo si así no fuere y se admitiese que al asignar sus propios recursos a objetivos específicos en sectores o ámbitos materiales de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, el Estado pudiera regular el modo, las condiciones y la manera en que han de emplearse por las Comunidades Autónomas los fondos estatales transferidos, entonces el Estado estaría restringiendo la autonomía política de las Comunidades Autónomas y su capacidad de autogobierno, que se manifiesta sobre todo, en la capacidad para elaborar sus propias políticas públicas en las materias de su competencia, forzándolos a una suerte de regateo o negociación con el Estado so pena de perder los fondos asignados a las subvenciones" (STC 13/1992, FJ 7, párrafo octavo).

Autónomas son libres para aceptar esas subvenciones, es constitucionalmente inaceptable, puesto que las competencias son indisponibles tanto para el Estado como para las Comunidades Autónomas.³⁶ De aquí deriva que las transferencias destinadas a actividades de fomento pueden establecer libremente el destino o finalidad de política económica o social a que deben dedicarse esos fondos presupuestarios, pero la afectación debe ser "global o genérica", en función de la actividad económica o social, de tal forma que la especificación presupuestaria de los créditos sea la mínima imprescindible para acomodarse al "principio de legalidad presupuestaria".³⁷

36. En este sentido afirma el Tribunal que: "Se podría pensar que mal puede el Estado lesionar la autonomía política y financiera de las Comunidades Autónomas cuando éstas en modo alguno están obligadas a aceptar la subvención establecida en los Presupuestos Generales del Estado para acciones de fomento en materia o servicios de competencia exclusiva de aquéllas. De manera que la Comunidad Autónoma siempre podría evitar la lesión a su autonomía política o la invasión competencial rechazando la subvención en la forma prevista en los Presupuestos Generales del Estado y si desde su autonomía de la voluntad la acepta, prestando consentimiento a las condiciones y modo de la subvención, ello priva de fundamento a toda queja competencial en este sentido, pues sería como ir contra sus propios actos. Pero un razonamiento semejante sería constitucionalmente inaceptable porque la autonomía y las propias competencias son indisponibles tanto para el Estado como para las Comunidades Autónomas y porque, como se dijo en la Sentencia del Tribunal Constitucional 201/1988, FJ 4, 'la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas reconocida en los arts. 156.1 de la Constitución y 1.1 de la LOFCA exige la plena disposición de medios financieros para poder ejercer sin condicionantes indebidos y en toda su extensión, las competencias propias, en especial las que se configuran como exclusivas'" (STC 13/1992, FJ 7, párrafo noveno).

37. Dice el Tribunal Constitucional que: "Por todo ello, en un sistema respetuoso con el orden constitucional de distribución de competencias y con la autonomía política y financiera de las Comunidades Autónomas que la Constitución reconoce y garantiza, las transferencias financieras para subvenciones destinadas a acciones de fomento que el Estado disponga con cargo a sus propios recursos en materias cuya competencia haya sido asumida de manera exclusiva por las Comunidades Autónomas y en las que el Estado no invoque título competencial algunos, deben atribuirse directa e incondicionadamente a las Comunidades Autónomas nutriendo, como un recurso financiero más, la Hacienda autonómica. Técnica esta de reparto territorial de las subvenciones para su gestión descentralizada por las diferentes Comunidades Autónomas según "criterios objetivos de reparto o bien mediante convenios ajustados a los principios constitucionales" (STC 152/1988, fundamento jurídico 5º). Bien entendido que mediante la utilización de los Convenios no puede el Estado convertir en compartida una competencia que sea en realidad exclusiva de las Comunidades Autónomas. De esta manera se favorece la capacidad de gasto de las Comunidades Autónomas en el desarrollo de las políticas públicas dentro de su ámbito competencial y se respeta, al mismo tiempo, su plena autonomía en la definición concreta de tales políticas en perfecta congruencia con el modelo de Estado de las Autonomías." (STC 13/1992, FJ 7, párrafo décimo).

Lo más reseñable en este momento es la apertura que se produce para la intervención de la Administración estatal en la financiación de políticas sociales, aunque señalando que esa intervención se debe producir en determinadas condiciones. Por una parte la intervención debe prever partidas de forma genérica y global, respetando las competencias autonómicas, y de otra esas intervenciones serán ejecutadas por las Administraciones autonómicas.

A pesar de las críticas merecidas que tuvo esta Sentencia,³⁸ al posibilitar la intervención financiera del Estado en ámbitos en los que no tiene competencias sustantivas, en este momento se va a centrar la atención en las exigencias que la competencia de gasto tiene para el Tribunal Constitucional. El Estado, según esta jurisprudencia, no puede gastar lo que quiere y de cualquier forma. Está obligado a hacerlo de una manera determinada, como ya se ha analizado. Hasta ahora, su actividad en materia de políticas sociales se ha desarrollado a través de convenios con las Comunidades Autónomas, de tal forma que es precisamente en esta materia donde más convenios se han dado entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Más de una tercera parte de los convenios celebrados entre el Estado y las Comunidades Autónomas se han celebrado en materia de asistencia social.³⁹ En todo caso ahora no se va a estudiar este sistema, sino el previsto en la Ley de dependencia.

La Ley de dependencia incumple claramente las exigencias establecidas para concretar el poder de gasto del Estado. En primer lugar hay que señalar que la previsión presupuestaria no será global o genérica sino concreta. La Ley de dependencia establece claramente su finalidad, que irá dirigida a financiar un estatus mínimo garantizado por el Estado. Después se financiará un segundo nivel acordado entre el Estado y cada Comunidad Autónoma, es decir, otra definición

38. Fernández Farreres, Germán, "La subvención y el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1993, 38, pp. 225-239, especialmente pp. 234 a 239.

39. García Morales, M^a Jesús "Relaciones de colaboración con las Comunidades Autónomas" en *Informe Comunidades Autónomas 2003*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2004, pp. 71 y 72, donde se señala que durante el año 2003, el 35 % del número total de convenios tratan de política social. En total 258 convenios. En el año 2005 el número de convenios fue de 252 sobre un total de 580, es decir más del 43%, en *idem*, "Relaciones de colaboración con las Comunidades Autónomas" en *Informe Comunidades Autónomas 2005*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2006, p. 83.

específica y concreta del gasto. Después se afirma que las Comunidades Autónomas podrán establecer otras ayudas. No es aventurado afirmar que a estas últimas no les quedarán muchos medios económicos y que los aspectos fundamentales de la política social se desarrollarán a través de los dos primeros tramos, no del tercero. La conclusión es evidente. La competencia autonómica en las políticas sociales quedará muy limitada y su contenido se deberá fundamentalmente a lo que defina el Estado. Desde esta perspectiva se entiende que la Ley de dependencia es contraria a los principios que el Tribunal Constitucional ha establecido en materia de capacidad de gasto del Estado. Las previsiones presupuestarias del Estado no se hacen de forma global y genérica, sino en función de una cantidad mínima que financia solamente el Estado y de otra cantidad que cofinancia con cada Comunidad Autónoma otras prestaciones. Las previsiones presupuestarias están por tanto claramente dirigidas y concretadas, lejos del carácter genérico y global del que habla el Tribunal Constitucional.

Otra cuestión de interés se suscita cuando el Tribunal Constitucional establece que el art. 149.1.1 CE permite al Estado dedicar en los Presupuestos una partida a financiar una "pensión asistencial mínima".⁴⁰ Esta construcción jurídica evidencia dos problemas a los que se quiere hacer referencia, que se solventan con la misma solución. Estos problemas son la debilidad de la construcción jurídica del Tribunal Constitucional al conceptualizar esta ayuda de competencia estatal y la confusión de estas ayudas con la materia Seguridad Social. De aquí que este tipo de pensiones no contributivas se hayan incluido en la Seguridad Social,⁴¹ obviándose de esta forma el problema competencial. El reconocimiento de las pensiones no contributivas dentro de la Seguridad Social tiene un significado democrático indudable, lejos de la idea asistencial, aunque suscita otras cuestiones como la necesidad de reconsiderar la organización y el sistema de la Seguridad Social desde una perspectiva autonómica y la relación entre las prestaciones de la Seguridad Social y las de asistencia social.⁴² Pero estas son cuestiones que superan los límites establecidos para este trabajo.

40. STC 13/1992, FJ 14.

41. Suárez Corujo, Borja, *La protección social en el Estado de las Autonomías*, Iustel, Madrid, 2005, pp. 136 y ss.

42. Véase De la Fuente Lavín, Mikel, *El sistema de pensiones en España. Evolución y perspectivas de futuro*, Comares, Granada, 2006, pp. 251 y ss., y bibliografía allí citada.

Cabría hacer otras consideraciones sobre el sistema de financiación, en especial la limitación de las cantidades a que se hace referencia y por otra parte la falta de garantías de una financiación suficiente, tal como se ha manifestado en alguno de los Informes⁴³ presentados en relación con el proyecto de Ley. No queda espacio para esta labor por lo que se pasará a analizar el último aspecto donde se hará una breve consideración sobre el proceso de elaboración de la norma.

2.5. El proceso de elaboración de la Ley de dependencia

El procedimiento seguido para la elaboración de la Ley de dependencia no puede menos que sorprender si se contempla desde una óptica autonómica. Como se ha podido comprobar, la Ley de dependencia afecta a un ámbito competencial autonómico. Este aspecto hay que resaltarlo ya que los esfuerzos para encontrar el fundamento constitucional de la regulación así lo ponen de manifiesto. No hay duda que la competencia en materia de asistencia social corresponde a las Comunidades Autónomas. El Estado acude al tortuoso, y recientemente revalorizado, título competencial del artículo 149.1.1 CE para elaborar una ley como la que se comenta y lo hace buscando un apoyo en los interlocutores sociales en el ámbito estatal. Las Comunidades Autónomas juegan un papel muy poco destacado, tal como lo evidencia la propia Memoria presentada en el Congreso de los Diputados que acompañará al Proyecto de Ley.

La lectura de ese documento permite comprobar que el Anteproyecto se elabora previa negociación con los agentes sociales. Es con ellos con los que la Administración central suscribe un documento denominado "Acuerdo sobre la acción protectora de la atención a las situaciones de dependencia". En el proceso de elaboración se consulta con algunas de las organizaciones que se entienden más representativas en relación con la discapacidad y también con el Consejo Estatal de Personas Mayores. En estos casos se dice haber constituido comisiones de trabajo y estudio. También se señala que se han producido reuniones con la Federación Española de Municipios y Provincias,

43. Véase el Dictamen 3/2006, del Consejo Económico y Social, sobre el Anteproyecto de Ley de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

para explicar el contenido del Anteproyecto y recoger las sugerencias. En relación con las Comunidades Autónomas se dice que se ha procedido a presentar el Libro Blanco de la Dependencia a las Comunidades Autónomas, presentado en la Conferencia Sectorial de Asuntos Sociales. A continuación se dice que se ha celebrado un seminario sobre dependencia en Segovia con todas las Comunidades Autónomas. Desde una perspectiva autonómica no deja de sorprender que los principales actores en este proceso, quienes realmente son los titulares de la competencia, es decir las Comunidades Autónomas, hayan jugado un papel tan secundario en el procedimiento de la elaboración de esta norma.

En los procedimientos donde interviene el Consejo Económico y Social llama la atención el marchamo centralista de sus informes que responde, entre otras cosas, a la exigencia de algunos de sus miembros de ser los protagonistas fundamentales de algunas políticas. Una razón que permite entender esta deriva antiautonomista estaría en los intereses que se representan en ese Consejo, que no son otros que el sindicato de la patronal y los sindicatos de trabajadores más importantes de ámbito estatal. No es posible negar su importancia y la necesidad de su participación, pero eso no se puede hacer al precio de marginar a los poderes públicos competentes en materia de asistencia social. De esta forma las Comunidades Autónomas se convierten en mero testigo, sin capacidad de intervención práctica, de un proceso en el que se aprueba una ley como la de Dependencia, que no solamente está dentro de una materia de competencia autonómica, sino que además las Comunidades Autónomas deberán aplicar en un futuro, conviniendo con el Estado su concreto alcance y contenido.⁴⁴

3. A modo de conclusión

A modo de conclusión puede afirmarse que la Ley de dependencia es una ley socialmente importante. Su finalidad es cerrar el aba-

44. No se olvide en este sentido el art. 10.1 de la Ley de dependencia que establece como instrumento fundamental para el funcionamiento del sistema los acuerdos a celebrar entre la Administración General del Estado y cada una de las Comunidades Autónomas, donde se determinarán los compromisos de cada una de las partes y a su vez se concretará el alcance de los derechos de las personas residentes en la Comunidad Autónoma entre los servicios previstos en el art. 15 de la Ley.

nico de las políticas sociales en sentido estricto, es decir de la sanidad, pensiones y educación. Por su propio contenido, la Ley dista todavía mucho de ese objetivo. Quedan muchas cuestiones sobre las que los poderes públicos deberían pronunciarse y que la Ley no resuelve. Por otra parte las políticas sociales relacionadas con la dependencia son políticas más globales, que requieren intervenciones públicas en más aspectos que los señalados por la Ley. Además la puesta en práctica de la Ley exige dedicar más medios económicos. El dinero que los presupuestos públicos dedican a las políticas sociales constituye todavía una cantidad muy baja en relación con el PIB. Afirmar que la Ley es un avance es cierto, pero no conviene exagerar. La Ley no va a suponer un gran avance en algunas Comunidades Autónomas que tienen o que están en camino de adoptar políticas más ambiciosas en este campo.

Desde la perspectiva competencial, la Ley es claramente criticable. En primer lugar por el procedimiento de elaboración. En él han sido los protagonistas principales el Estado central y determinadas organizaciones de ámbito estatal, en especial los sindicatos, pero no se ha producido una participación más amplia que atendiera a un ámbito más completo de organizaciones y, especialmente, las Comunidades Autónomas han tenido un papel prácticamente de observadores. A pesar de que las competencias en materia social son competencias que todos los Estatutos han asumido con el carácter de competencias exclusivas. Al obviarse la participación de las Comunidades Autónomas se impide también la intervención de las organizaciones sociales autonómicas significativas en ese sector.

El título competencial del que se ha valido el Estado ha sido el artículo 149.1.1 CE. Este precepto ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional entendiendo que no resultaba aplicable nada más que al relacionarlo con los derechos constitucionales, no estando incluidos entre éstos los principios rectores establecidos en el Capítulo III del Título I de la Constitución. Y aún en el caso de que se admitiera esta intervención, la misma no podría ser de cualquier tipo, sino normativa, estableciendo principios y reglas generales, pero sin adoptar decisiones que pudieran calificarse de ejecutivas. Esto ha sucedido en la Ley de dependencia, cuando el instrumento fundamental de intervención pública que prevé es precisamente llegar a acuerdos con cada Comunidad Autónoma. Esta actividad, los convenios entre la Administración estatal y la autonómica, es una actividad no nor-

mativa y claramente ejecutiva, que no se corresponde con las posibilidades de intervención que permite el artículo 149.1. 1 CE. El Estado ha utilizado este precepto como un título horizontal de competencia, claramente en contra de una jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional. De la misma forma, tampoco se ha limitado a establecer los principios generales en la materia, sino que realiza una regulación completa, que no se constriñe a dictar únicamente normas sino que supone el ejercicio de potestades ejecutivas y la creación de una estructura interadministrativa como actor fundamental, al menos formalmente, para la puesta en práctica de las medidas previstas en la Ley de dependencia. Todo ello de forma contraria al dictado de una jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional, tal como se ha tenido ocasión de constatar en este trabajo.

La Ley de dependencia afecta a una materia de gran importancia, no habiéndose pensado en su elaboración en la intervención de las Comunidades Autónomas, estableciendo un entramado legal, organizativo, unas previsiones presupuestarias y una indeterminación de derechos que quizá habrían requerido una forma de hacer política diferente. El principio de autonomía se ha desconocido en este caso. Y, además de por lo dicho, por un prejuicio ideológico que quiere interesadamente vincular las políticas sociales con competencias de los poderes centrales del Estado. Todo ello facilita la criticable afirmación consistente en decir que si el logro es bueno, el reconocimiento de derechos sociales, qué sentido tienen las disputas competenciales. Pues bien, tienen el sentido de la democracia. Y se deben hacer para evitar situaciones diferentes a las aquí comentadas. Por ejemplo cuando los poderes centrales del Estado utilizan sus potestades en sentido contrario a la dirección del progreso social, tal como ha sucedido en materia de urbanismo,⁴⁵ haciéndolo además en base a este manido artículo 149.1.1 CE. En una democracia que predica el derecho a la autonomía las políticas progresistas deben definir las personas electoras del poder público que tiene competencia para decidir sobre las mismas.

45. Se hace referencia a la Ley 6/1998.

RESUM

La Llei de dependència respon a una política social que fins avui entrava dins de les polítiques assistencials, però que a partir d'ara vol entrar dins de les polítiques degudes; és a dir, de les polítiques exigibles en articular-se els drets que s'hi preveuen com a drets subjectius, plenament i perfectament exigibles per les persones a què es reconeixen. La Llei remet a uns desplegaments posteriors que establiran el contingut exacte d'aquests drets, el dibuix final del desenvolupament dels quals suscita molts interrogants. No podem oblidar que les polítiques socials són una competència autonòmica, i que aquesta Llei és una regulació només parcial dels drets de les persones en situació de dependència. Això fa que les virtualitats i les conseqüències pràctiques de la Llei no es puguin establir fins que se'n produeixi el desplegament. Aquest preveu mecanismes de col·laboració interadministrativa el funcionament dels quals pot resultar problemàtic. De les moltes qüestions que deriven de la Llei, aquest article vol referir-se, més limitadament, als problemes competencials, en concret i especialment amb relació a l'art. 149.1.1 CE, però sense oblidar la qüestió clau del finançament i els ja esmentats mecanismes de col·laboració interadministrativa que es preveuen.

ABSTRACT

The law of dependence responds to a social policy that up to now fell under the category of social welfare policies, but which from now on will be covered by mainstream policy. In other words, these are policies that are applicable for formulating rights that have been stipulated as subjective rights, which are completely claimable by the people recognised within them. The law has undergone subsequent amendments that have established the exact content of these rights, the ultimate development of which has raised many questions. We must not forget that social policies are a responsibility of the autonomous community, and this law is only a partial regulation of the rights of the people living in an independent political environment. This means that the hypothetical aspects and practical consequences of the law cannot be established until they are amended. This implies a mechanism for inter-administrative collaboration which could in turn prove to be problematic from an operational perspective. Of the many questions that the law provokes, this article has aimed to limit itself to problems associated with responsibility, particularly in relation to art. 149.1.1 CE, without forgetting the key question of finances and the aforementioned mechanisms for inter-administrative collaboration.