

En Logroño, a 23 de marzo de 2010, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert Pérez-Caballero, y de los Consejeros D. Antonio Fanlo Loras, D. Pedro de Pablo Contreras, D^a M^a del Carmen Ortiz Lallana y D. José María Cid Monreal, así como del Letrado-Secretario General D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D. Pedro de Pablo Contreras, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

29/10

Correspondiente a la consulta formulada por la Excm. Sra. Consejera de Servicios Sociales, sobre el Proyecto de Decreto por el que se regula el sistema de acceso a plazas públicas en Centros de día para personas mayores dependientes del Sistema Riojano para la autonomía personal y la dependencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

Por la Consejería de Servicios Sociales del Gobierno de La Rioja, se ha elaborado un proyecto de Decreto por el que se regula el sistema de acceso a plazas públicas en Centros de día para personas mayores dependientes del Sistema Riojano para la autonomía personal y la dependencia.

El procedimiento se inició por Resolución de la Directora General de Atención a la Dependencia y Prestaciones Sociales, de fecha 24 de julio de 2009. En la misma fecha, se suscribió por la Jefa del Servicio de Personas Mayores, con el visto bueno de la Directora General, la correspondiente Memoria justificativa. Del primer borrador de la norma proyectada, se dio traslado al Consejo Riojano de Servicios Sociales, que, el 19 de agosto de 2009, dio traslado del mismo a todos sus miembros para trámite de audiencia, formulando alegaciones la Federación Riojana de Municipios, el Sindicato Unión General de Trabajadores y el Colegio Oficial de Diplomados en Trabajo Social y Asistentes Sociales de La Rioja, que fueron valoradas en informe de la Jefa del Servicio de Personas Mayores, con el visto bueno de la citada Directora General, con fecha 27 de octubre de 2009, en la que se redactó un segundo borrador de la norma proyectada. El 10 de noviembre de 2009, por la Secretaria General Técnica de la Consejería, se declaró formado el expediente.

Segundo

Con fecha 20 de noviembre de 2009, emite su informe el Servicio de Organización, Calidad y Evaluación, que es valorado por la Jefa del Servicio de Personas Mayores el 15 de diciembre de 2009, redactándose un nuevo borrador del Proyecto de Decreto, sobre el que redactó un primer informe la Dirección General de los Servicios Jurídicos el 12 de enero de 2010, aunque, solicitada una ampliación del mismo por la adición de una disposición nueva, la misma elaboró otro adicional el 9 de febrero de 2010; ambos fueron valorados, por la responsable del indicado Servicio, en documentos de 16 y 17 de febrero de 2010.

Por último, el 2 de marzo de 2010, la Secretaria General Técnica de la Consejería suscribe la Memoria final del proyecto de Decreto y lo remite, para su Dictamen, a este Consejo Consultivo.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito de 2 de marzo de 2010, registrado de entrada en este Consejo el 9 de marzo de 2010, la Excm. Sra. Consejera de Servicios Sociales del Gobierno de La Rioja remite al Consejo Consultivo de La Rioja, a través de su Presidente y para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

Segundo

Mediante escrito de fecha 10 de marzo de 2010, registrado de salida el 10 de marzo de 2010, el Sr. Presidente del Consejo Consultivo procedió, en nombre del mismo, a acusar recibo de la consulta, a declarar, provisionalmente, la misma bien efectuada, así como la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

Tercero

Asignada la ponencia al Consejero señalado en el encabezamiento, la correspondiente ponencia quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Necesidad del dictamen del Consejo Consultivo.

El artículo 11.a) de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, determina que el Consejo deberá ser consultado en relación con *“los proyectos de reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en desarrollo o ejecución de leyes estatales o autonómicas”*; precepto que viene a reiterar el artículo 12.2.C) del Reglamento Orgánico y Funcional del Consejo Consultivo, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero.

Habida cuenta la naturaleza de la norma sometida a nuestra consideración, que se dicta en desarrollo de la Ley 7/2009, de Servicios Sociales de La Rioja, y en el marco de la Ley estatal 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, resulta clara la aplicación de los citados preceptos de nuestra Ley y Reglamento reguladores y, por tanto, la procedencia del presente dictamen.

Segundo

Cumplimiento de los trámites del procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general.

Este Consejo Consultivo viene insistiendo con reiteración sobre la importancia de observar las prescripciones establecidas en la ley en lo que se refiere al procedimiento para la elaboración de las disposiciones generales, no sólo como garantía de acierto en su elaboración, sino, además, por cuanto su incumplimiento es susceptible de ser apreciado, por los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa y en caso de recurso, como generador de la ineficacia misma de las normas reglamentarias aprobadas.

Es, por ello, necesario someter a enjuiciamiento si se han cumplido los trámites establecidos en los artículos 33 a 41 de la Ley 4/2005, de 1 de junio, de Funcionamiento y Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja, que son los siguientes:

A) Resolución de inicio del expediente.

Según el artículo 33.1 de la Ley 4/2005, *“el procedimiento para la elaboración de los reglamentos se iniciará mediante resolución del órgano administrativo competente por razón de la materia”*.

En el presente caso, la resolución de inicio del expediente fue dictada por la Directora General de Atención a la Dependencia y Prestaciones Sociales el 24 de julio de 2009, lo que se ajusta a lo dispuesto en el artículo 5.1.4.i) del Decreto 33/2009, de 30 de junio, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Servicios Sociales y sus funciones, en desarrollo de la Ley 3/2003, de 3 de marzo, de Organización del Sector Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

Desde el punto de vista de su contenido, la indicada Resolución resulta suficiente. Conforme al artículo 33.2 de la Ley 4/2005, *“la resolución de inicio expresará sucintamente el objeto y finalidad de la norma, las normas legales que en su caso deba desarrollar, así como el fundamento jurídico relativo a la competencia ejercida”*. Todos estos aspectos se enuncian, aunque sea sucintamente, en la Resolución.

B) Elaboración del borrador inicial.

A tenor del artículo 34 de la Ley 4/2005:

“1. El órgano del que emane la resolución de inicio elaborará un borrador inicial integrado por un preámbulo y por el texto articulado del reglamento que incluirá, en su caso, una disposición derogatoria de las normas anteriores que resulten afectadas.

2. El borrador inicial irá acompañado de una memoria justificativa acerca de la necesidad de la aprobación de la nueva norma, de su adecuación al objeto y finalidad fijados en la resolución de inicio, la incidencia que habrá de tener en el marco normativo en que se inserte, una relación de las disposiciones afectadas y la tabla de vigencias de las disposiciones anteriores sobre la misma materia, así como una valoración de los efectos previsibles que puedan seguirse de su aplicación. Finalmente, incluirá, en su caso, también los estudios e informes previos que le sirvan de fundamento, así como una relación de aquellos informes o trámites que se consideren necesarios en la tramitación del expediente.

3. En los casos de creación de nuevos servicios o de modificación de los existentes, o aquellos en los que de la aplicación del reglamento se prevea que van a derivar derechos y obligaciones de carácter económico, deberá adjuntarse al expediente un estudio del coste y financiación”.

En este caso, se redactó, en efecto, un primer borrador de la norma proyectada, acompañado de la pertinente Memoria justificativa, por lo que se actuó en plena conformidad con la ley, que exige que la Memoria sea inicial y los informes se soliciten y evacuen sobre el Anteproyecto de reglamento, el cual no puede existir hasta que se cumpla el trámite a que nos referimos a continuación.

C) Anteproyecto de reglamento.

El artículo 35 de la Ley 4/2005 dispone lo siguiente:

“1. Una vez elaborado el borrador inicial, así como la documentación complementaria a que se refiere el artículo anterior, el expediente se remitirá a la Secretaría General Técnica de la Consejería, cuyo titular, a la vista de su contenido declarará, en su caso, formado el expediente de anteproyecto y acordará la continuación del procedimiento por la propia Secretaría General Técnica.

2. Por la Secretaría General Técnica de la Consejería se determinarán los trámites e informes que resulten necesarios para garantizar el acierto y legalidad del reglamento.

3. Cuando se observaran defectos en la formación del expediente por el órgano administrativo que dictó la resolución de inicio el mismo podrá ser devuelto al citado centro a efectos de que se proceda a su subsanación”.

La declaración de la Secretaría General Técnica a que se refiere este artículo se contiene en la Resolución de la misma de fecha 10 de noviembre de 2009, que es suficiente en su contenido.

D) Trámite de audiencia.

La Ley 4/2005 regula expresamente este trámite (diferenciándolo del de información pública, del que se ocupa su artículo 37), que no era contemplado en la Ley 3/1995, de 8 de marzo, a la que aquélla viene a sustituir, pero en cuya obligatoriedad —fundada en la Constitución y en la legislación estatal de carácter tanto básico como supletorio, para los casos previstos en ella— había insistido este Consejo en numerosos dictámenes. A este respecto, el artículo 36 de la Ley autonómica vigente dispone lo siguiente:

“1. El anteproyecto deberá someterse a la audiencia de los interesados, directamente o por medio de las entidades reconocidas por la Ley que los agrupen o los representen, en los siguientes casos: a) Cuando lo exija una norma con rango de Ley; b) Cuando la disposición afecte a derechos e intereses legítimos de los ciudadanos.

2. No será exigible el trámite previsto en el punto anterior respecto de las entidades citadas si han sido consultadas en el procedimiento de elaboración o si han intervenido en él mediante la emisión de informes o participación en órganos colegiados.

3. La audiencia no será exigible en relación con los proyectos de disposiciones que regulen la organización del Gobierno, de la Administración General de la Comunidad Autónoma o de los entes integrantes de su Sector Público, salvo que en alguno de estos casos se regule la participación de los ciudadanos o de sus organizaciones y asociaciones representativas en el ejercicio de sus funciones u órganos. Tampoco será exigible el trámite de audiencia en relación a aquellas disposiciones que tengan por objeto exclusivo la regulación de los tributos o ingresos de derecho público.

4. El plazo de la audiencia debe ser adecuado a la naturaleza de la disposición, y no inferior a quince días. Por razones justificadas, y mediante acuerdo o resolución debidamente motivado, este plazo podrá reducirse a siete días”.

En el presente caso, el trámite de audiencia corporativa debe estimarse cumplido correctamente a través de la remisión, por el propio Consejo Riojano de Servicios

Sociales, del primer borrador a los miembros del mismo, que tuvieron de este modo oportunidad de pronunciarse; y ello aunque el propio Consejo no emitiera informe como tal, lo que no parece necesario dado el tenor de la entonces vigente Ley 1/2002, de 1 de marzo, de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de La Rioja, y de su desarrollo reglamentario, en relación con las funciones de dicho Consejo, por el Decreto 46/2004, de 23 julio, si bien debe tenerse en cuenta que, desde la vigencia de la nueva Ley 7/2009, de 22 de diciembre, de Servicios Sociales de La Rioja, es preceptivo que el propio Consejo Riojano de Servicios Sociales informe, en cuanto tal, de los Proyectos de ley y de Decreto en materia de servicios sociales (artículo 51.2).

E) Informes y dictámenes preceptivos.

Según el artículo 39 de la Ley 4/2005:

“1. Los informes preceptivos y los dictámenes de los órganos consultivos se solicitarán en el momento y en la forma que determinen sus disposiciones reguladoras. El plazo para su emisión será el previsto en ellas, y a falta de previsión expresa, el de diez días.

2. De no emitirse el informe en el plazo señalado, y sin perjuicio de las responsabilidades en que incurra el responsable de la demora, se podrán proseguir las actuaciones cualquiera que sea el carácter del informe solicitado, excepto en los supuestos de informes preceptivos que sean determinantes para la tramitación del reglamento, en cuyo caso podrá interrumpirse la misma en tanto no se emitan e incorporen al expediente. El plazo de espera no podrá exceder en ningún caso de tres meses, salvo disposición legal que determine un plazo menor o establezca otros efectos ante la falta de emisión.

3. El anteproyecto de reglamento será informado por la Dirección General de los Servicios Jurídicos una vez cumplimentados todos los trámites y previamente a la emisión de los dictámenes que, en su caso, resulten procedentes”.

En este caso, se han cumplido adecuadamente los trámites preceptivos de informe por el Servicio de Organización, Calidad y Evaluación y por la Dirección General de los Servicios Jurídicos del Gobierno de La Rioja.

F) Integración del expediente y memoria final del anteproyecto.

Finalmente, según el artículo 40 de la Ley 4/2005:

“1. Concluidas las actuaciones de instrucción y con carácter previo a la emisión del dictamen del Consejo Consultivo de La Rioja que en su caso deba emitirse, la Secretaría General Técnica encargada de la tramitación elaborará una memoria sucinta de todo el procedimiento, en la que se reseñarán los antecedentes, los trámites practicados y su resultado, las modificaciones introducidas en el texto del anteproyecto como consecuencia del contenido de los documentos e informes resultantes de los trámites de audiencia, información pública e informes preceptivos, así como una exposición motivada de aquellas que hayan sido rechazadas. La memoria deberá recoger expresamente una declaración motivada de la adecuación al ordenamiento jurídico del texto del anteproyecto.

2. *El expediente de elaboración del reglamento se ordenará a partir de la resolución de inicio seguido del anteproyecto y documentación correspondiente, así como de los estudios y consultas evacuados y demás actuaciones practicadas.*

3. *En aquellos casos en que proceda la emisión de dictámenes por el Consejo Consultivo, y una vez recibido el mismo, se procederá a introducir las modificaciones que procedan en el texto del anteproyecto formulándose por la Secretaría General Técnica correspondiente la memoria final del anteproyecto, en aquellos casos en que la misma resulte necesaria, que precederá en todo caso a la formalización del proyecto de reglamento”.*

La Memoria a que se refiere el artículo 40.1 de la Ley 4/2005 es la suscrita por la Secretaria General Técnica de la Consejería con fecha 2 de marzo de 2010, cuyo contenido responde sustancialmente a las exigencias impuestas por dicho precepto.

Tercero

Competencia de la Comunidad Autónoma de La Rioja para dictar la norma proyectada.

Como hemos señalado en reiteradas ocasiones, la competencia de la Comunidad Autónoma de La Rioja constituye el primer y esencial presupuesto para la validez de cualquier clase de disposición proyectada, ora sea de rango legal, ora lo sea reglamentaria.

En este caso la competencia autonómica ejercitada es inequívocamente la que resulta de lo dispuesto en el artículo 8.1.30 del Estatuto de Autonomía de La Rioja, según el cual corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de asistencia y servicios sociales, la cual se contempla en el artículo 148.1.20ª de la Constitución y ha sido asumida, en coherencia con ello, por todas las Comunidades Autónomas. Ello hace constitucionalmente dudosa la validez de la Ley estatal 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, en la que el Estado invoca el artículo 149.1.1ª de la Constitución, no ya para regular “*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*” —en este caso de las personas dependientes—, sino para crear un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, que provoca un régimen sustancialmente uniforme en esta materia en todo el territorio estatal.

En sustancia, la mencionada Ley estatal pretende crear un derecho de las que denomina *personas en situación de dependencia* a unas prestaciones públicas (que no establece, sino que las remite a un ulterior desarrollo reglamentario) y lo hace creando un *Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia* que se articula a través de tres niveles de protección: i) el *mínimo*, que establecerá y financiará la Administración General del Estado; ii) el que cabría denominar *cooperativo*, que se establecerá y financiará

conjuntamente entre la Administración del Estado y la de cada una de las Comunidades Autónomas del modo que se determine en los correspondientes Convenios; y iii) el *adicional*, que establecerá y financiará libremente cada Comunidad Autónoma.

Las prestaciones previstas pueden ser *servicios*, que son prioritarios, y *prestaciones económicas*, que, en ambos casos, se llevarán a cabo por la Administración de las Comunidades Autónomas (los *servicios*, en concreto, a través de su Red de Servicios Sociales).

No interesa aquí el análisis de esta Ley 39/2006 desde el punto de vista de su contenido objetivo y su propósito, sin duda muy estimable, sino exclusivamente desde la perspectiva del respeto a las competencias propias de las Comunidades Autónomas. Desde esta última, la ley citada ha venido a abrir un portillo muy peligroso, pues es la primera vez que el legislador estatal invoca de forma exclusiva, como título competencial, el artículo 149.1.1ª de la Constitución. Según su Disposición Final Octava, en efecto, *“esta Ley se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, conforme al artículo 149.1.1.a de la Constitución”*. Además, en su Exposición de Motivos se indica que:

“(…) la competencia exclusiva 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 (artículo 149.1 CE), justifica la regulación, por parte de esta Ley, de las condiciones básicas de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia mediante la creación de un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia con la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas, y con pleno respeto de las competencias que las mismas hayan asumido en materia de asistencia social en desarrollo del artículo 148.1.20 de la Constitución”.

Sin embargo, es evidente que el artículo 149.1.1. CE. legitima al Estado para regular las indicadas “condiciones básicas” sólo en cuanto las mismas se refieran al ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes constitucionales, lo cual obliga a determinar cuáles de esos derechos o deberes resultan concernidos en este caso.

En tal sentido, parece claro que los únicos preceptos constitucionales que pueden ser traídos a colación son los artículos 49 (*“los poderes públicos realizarán 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 los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”*) y 50 (*“los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas*

específicos de salud, vivienda, cultura y ocio”), ambos ubicados en el Capítulo relativo a los *principios rectores de la política social y económica*.

Mas, así las cosas, no queda otro remedio que concluir que la interpretación del artículo 149.1.1ª CE en que pretende sustentarse el dictado de la Ley 39/2006, tiene bases muy poco sólidas.

El Tribunal Constitucional, en efecto, ha precisado con claridad que dicho precepto constitucional sólo atribuye al Estado la competencia para regular las "condiciones básicas" que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos y deberes constitucionales **en sentido estricto** (SSTC 61/1997, FJ 7.b), 164/2001, FJ 39. 239/2002, FJ 10, y 228/2003, FJ 10). Por tanto, es disconforme con la Constitución la invocación del artículo 149.1.1ª CE como título competencial para regular condiciones básicas del ejercicio de lo que no son derechos constitucionales en sentido estricto —de hecho, no son siquiera propiamente derechos subjetivos, salvo que como tales los configure la ley, estatal o autonómica (según quien sea el competente para dictarla): cfr. art. 53.3 CE—, sino *principios rectores de la política social y económica*, que vinculan a todos los poderes públicos, por lo que su aplicación ha de realizarse dentro del marco constitucional y estatutario de delimitación competencial. Como señala la STC 251/2006, de 25 de julio (FJ 11):

"(...) en cuanto a la infracción del art. 149.1.1. CE [...] hay que comenzar recordando la doctrina de este Tribunal acerca de este motivo de inconstitucionalidad cuando el mismo guarda relación directa, como es el caso que nos ocupa, con el orden constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En este sentido, hemos afirmado que "por lo que se refiere al art. 149.1.1 CE, éste faculta al Estado para regular las condiciones no ya que establezcan, sino que garanticen la igualdad sustancial de los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales. Pero esta función de garantía básica en lo que atañe al derecho a disfrutar de una vivienda digna, es la que puede y debe desempeñar el Estado al instrumentar sus competencias sobre las bases y coordinación de la planificación económica del subsector vivienda y sobre las bases de ordenación del crédito. En otros términos, como declaramos en nuestra STC 146/1986, de 25 de noviembre, la persecución del interés general -en este caso, el relativo a la garantía de una vivienda adecuada para todos los españoles- se ha de materializar "a través de", no "a pesar de", los sistemas de reparto de competencias articulados en la CE (fundamento jurídico 3), de manera que la promoción de la igualdad sustancial y la acción estatal destinada al efecto debe desplegarse teniendo en cuenta las peculiaridades de un sistema de autonomías territoriales (fundamento jurídico 4)" (STC 152/1988, de 20 de julio, F. 2).

En el mismo sentido nos manifestamos en otro supuesto en el que, como en éste, se aducía la infracción del art. 149.1.1 y 18 CE, poniendo entonces de relieve que "no es sólo que la cita del art. 139.1 y 149.1.1 resulte ya ociosa, una vez que se ha invocado en primer lugar, de modo principal, el art. 149.1.18, pues este último precepto es, sin duda alguna, la regla más precisa que asegura, en este ámbito, la uniformidad normativa que la Constitución ha querido preservar en todo el territorio del Estado" (STC 319/1993, de 27 de octubre, F. 5). Sin perjuicio de que para otros supuestos este Tribunal haya reconocido que el art. 149.1.1 CE "constituye un título competencial autónomo, positivo o habilitante, constreñido al ámbito normativo, lo que permite al Estado una regulación,

aunque limitada a las condiciones básicas que garantice la igualdad, que no el diseño completo y acabado de su régimen jurídico" (STC 61/1997, de 20 de marzo, F. 7).

En definitiva, el art. 149.1.1 CE "ni representa una suerte de prohibición para el legislador autonómico de un trato divergente respecto de la legislación estatal, ni, en conexión con los arts. 14 y 138.2 CE, implica más que una exigencia de una igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales" (STC 317/2002, de 14 de febrero, F. 15)."

Como se ve, tratándose de principios rectores de la política social y económica, el Tribunal Constitucional recuerda que las "condiciones básicas de igualdad" han de obtenerse, por parte del Estado, utilizando sus títulos competenciales específicos, no recurriendo al del artículo 149.1.1ª CE, que debe ser objeto de una interpretación estricta para no convertirse en una vía por la que se terminen conformando las competencias autonómicas exclusivas en competencias compartidas o de mero desarrollo de la legislación estatal. Este grave peligro es el que quería precisamente atajar la STC 61/1997 cuando señalaba (FJ 7b; cuya doctrina es reiterada por la STC 239/2002, de 11 de diciembre, FJ 10) que:

*"(...) en lo que hace a su ámbito material o alcance horizontal, es de advertir que la "materia" sobre la que recae o proyecta [el art. 149.1.1ª CE] son **los derechos constitucionales en sentido estricto**, así como los **deberes básicos**. Ahora bien, las condiciones básicas que garanticen la igualdad se predicen de los derechos y deberes constitucionales **en sí mismos considerados, no de los sectores materiales en los que éstos se insertan** y, en consecuencia, el art. 149.1.1ª CE sólo presta cobertura a aquellas condiciones que guarden una estrecha relación **directa e inmediata**, con los derechos que la Constitución reconoce. De lo contrario, dada la fuerza expansiva de los derechos y la función fundadora de todo el ordenamiento jurídico que éstos tienen atribuida (art. 10.1 CE), quedaría desbordado el ámbito y el sentido del **artículo 149.1.1 CE, que no puede operar como una especie de título horizontal**, capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento".*

De hecho, la propia STC 61/1997 (FJ 7.a) empezó por precisar, en relación con el artículo 149.1.1ª CE, que:

*"(...) "**condiciones básicas**" no es sinónimo de "**legislación básica**", "**bases**" o "**normas básicas**". El art. 149.1.1º CE, en efecto, no ha atribuido al Estado la fijación de las condiciones básicas para garantizar la igualdad en el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales, sino sólo el establecimiento -eso sí, entero- de aquellas condiciones básicas que tiendan a garantizar la igualdad. Y si bien es cierto que **su regulación no puede suponer una normación completa y acabada del derecho y deber de que se trate** y, en consecuencia, es claro que las Comunidades Autónomas, en la medida en que tengan competencias sobre la materia, podrán siempre aprobar normas atinentes al régimen jurídico de ese derecho -como en el caso de la propiedad del suelo-, no lo es menos, sin embargo, que **la competencia "ex" art. 149.1.1º CE no se mueve en la lógica de las bases estatales-legislación autonómica de desarrollo**. En otras palabras, el Estado tiene la competencia exclusiva para incidir sobre los derechos y deberes constitucionales desde una **concreta perspectiva, la de la garantía de la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales**, dimensión que no es, en rigor, susceptible de desarrollo como si de unas bases se tratara; será luego el legislador competente, estatal y autonómico, el que, respetando tales condiciones básicas, establezca su régimen jurídico, de acuerdo con el orden constitucional de competencias".*

Así pues, en resumen, las "condiciones básicas" del artículo 149.1.1.^a CE se refieren a los derechos y deberes constitucionales en sentido estricto, no se mueven en la lógica bases-desarrollo y permiten al Estado dictar una regulación completa pero únicamente encaminada a garantizar la igualdad entre todos los españoles en sus "posiciones jurídicas fundamentales" en relación con el ejercicio de tales derechos y deberes. Por eso, pudo decir la STC 164/2001 (FJ 5), recordando la doctrina de la 61/1997 (FJ 10), que:

"(...) para articular la confluencia de títulos competenciales, las normas estatales emanadas bajo la cobertura del art. 149.1.1 CE pueden encontrar su mejor expresión a través de principios o reglas generales que, en definitiva, sirvan para garantizar la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales (F. 10)."

En cualquier caso, el destinatario de las normas que establecen esas condiciones básicas que garantizan la igualdad es el ciudadano, no las Comunidades Autónomas. Por eso, como explícitamente señala la STC 61/1997 (FJ 17):

"(...) la regulación de las condiciones básicas 'ex' art. 149.1.1^a CE no puede por sí misma llegar a imponer conductas determinadas a otros entes públicos, habida cuenta que el destinatario de dicho título competencial es exclusivamente el ciudadano, en cuanto titular de derechos y deberes constitucionales".

A la vista de tan nítida doctrina del Tribunal Constitucional sobre el artículo 149.1.1.^a de la Constitución, resulta evidente que la Ley 39/2006 fuerza sobremedida dicho precepto.

Las supuestas *condiciones básicas* que establece no recaen sobre un *derecho constitucional* en sentido estricto, sino, todo lo más, sobre determinados *principios rectores de la política social y económica* (arts. 49 y 50 CE.) que, por su propia índole, requieren, para convertirse en verdaderos derechos subjetivos, de concreción y desarrollo por el legislador, tal y como expresamente indica el art. 53.3 de la Constitución. El propio tenor de la Ley 39/2003 lo demuestra, ya que es ella misma la que crea "*el derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*" (art. 1), que es —como se dice en su exposición de motivos— un nuevo derecho público subjetivo de naturaleza prestacional.

Por más que, como hemos dicho, este nuevo derecho subjetivo constituya una creación del legislador estatal con evidente fundamento en principios rectores de política social y económica recogidos en la Constitución —además de en diversas recomendaciones internacionales—, es lo cierto que no está recogido, como tal derecho subjetivo, en la norma fundamental, pudiendo considerarse preexistente tan sólo en virtud de las leyes autonómicas que, con mayor o menor amplitud —y en todo caso con el mismo fundamento constitucional—, lo habían reconocido y regulado con anterioridad en

ejercicio de la competencia exclusiva de las respectivas Comunidades Autónomas en materia de asistencia social y servicios sociales.

Ello determina, a nuestro juicio, la inadecuación al caso del tenor del artículo 149.1.1ª CE, que no tiene por función la propia de las leyes de armonización a que se refiere el artículo 150.3 de la Constitución, cuyo contenido ha venido subrepticamente a ser suplantado.

Mas, aun suponiendo que efectivamente pudiera el Estado esgrimir el artículo 149.1.1ª CE para establecer *condiciones básicas* para el ejercicio de un derecho que él mismo, con fundamento en meros principios rectores de política social y económica, viene a crear por ley de las Cortes Generales, lo cierto es que, tal y como la Ley 39/2006 viene a configurar dicho derecho subjetivo de índole prestacional, el mismo no resulta exigible por los ciudadanos al propio Estado que lo crea, sino a las Comunidades Autónomas (por más que el Estado lo financie en su nivel mínimo y, eventualmente, en el cooperativo), que resultan compelidas a mantener, llevar a cabo y adaptar su organización a la prestación de los indicados servicios.

Y ello contrasta notoriamente con el contenido posible de las normas que el Estado puede dictar al amparo del artículo 149.1.1ª CE., que no se dirige a imponer conductas a las Comunidades Autónomas, sino que tiene por destinatarios exclusivamente los ciudadanos: la vinculación de las Comunidades Autónomas (y de la propia Administración del Estado) no puede ser sino un simple *efecto reflejo* de la regulación por el legislador estatal competente de las *condiciones básicas* que garantizan la igualdad en el ejercicio por todos los ciudadanos de los derechos constitucionales, por lo que no es constitucionalmente de recibo, invirtiendo los términos de la cuestión, imponer explícitamente a las Comunidades Autónomas todo el amplio elenco de actuaciones administrativas que derivan del Sistema de Atención a la Dependencia. Establecidas legítimamente unas *condiciones básicas*, las Comunidades Autónomas se ven obligada a respetarlas —pues aquéllas se integran en el derecho subjetivo del ciudadano—, pero no puede formar parte de aquéllas, sin vulnerar la propia autonomía de dichas Comunidades y su competencia exclusiva en materia de asistencia social, la determinación directa de una serie de medidas concretas que ésta se ve obligada a implementar, como ocurre especialmente con las funciones puramente ejecutivas derivadas del *nivel mínimo* de protección tal y como lo configura la Ley 39/2006, cuya concreción y carácter *material* lo alejan notoriamente de la idea de *reglas o principios fundamentales* que, desde dentro del derecho, propician su aplicación a todos los españoles en condiciones de igualdad.

A nuestro entender, pues, la Constitución proyecta serias sombras sobre las soluciones de la Ley 39/2006. Pero lo verdaderamente sorprendente es que ello ocurra a pesar de que el Estado dispone de un título competencial exclusivo a cuyo amparo podía perfectamente haberla dictado.

Dicho título no es otro que el que le ofrece el artículo 149.1.17ª de la Constitución, según el cual tiene el Estado competencia exclusiva para establecer la legislación básica y el régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas. Sin duda, si no se ha esgrimido y utilizado este título ha sido conscientemente, para poder repercutir parte del coste del sistema en las propias Comunidades Autónomas, lo que no sería posible —al menos mientras se mantenga el actual modelo de “caja única”— integrando las prestaciones a las personas en situación de dependencia en la Seguridad Social.

El Tribunal Constitucional ha considerado que, a efectos competenciales, la materia “Seguridad Social” no ha quedado petrificada de modo que mantenga los perfiles que actualmente la delimitan. Como dice la STC. 206/1997, de 27 de noviembre, el artículo 41 de la Constitución:

“(…) consagra una institución protegiéndola contra alteraciones que puedan desnaturalizar su esencia, pero no cierra posibilidad para la evolución del sistema de Seguridad Social hacia ámbitos desconocidos en la actualidad o hacia técnicas que hasta ahora no se ha querido o podido utilizar”.

Es constitucionalmente posible, pues, sin la más mínima duda, incluir nuevas prestaciones y nuevos beneficiarios en el sistema público de Seguridad Social, y puede desde luego hacerlo el Estado sirviéndose para ello de su competencia exclusiva para establecer la legislación básica en la materia, con lo que el resultado práctico sería el mismo que se pretende obtener con la Ley 39/2006, permitiendo a las Comunidades Autónomas complementar y adicionar tales prestaciones, si no acaso en desarrollo legislativo de tal legislación básica, sí desde luego al amparo de su competencia exclusiva en materia de asistencia social. Así vino a admitirlo la importante STC. 239/2002, de 11 de octubre, según la cual:

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

Todo ello no obstante, al no haberse recurrido ni por ende declarado la inconstitucionalidad, por incompetencia del Estado para dictarla, de dicha Ley estatal —al contrario, el apartado IV del Preámbulo de la nueva Ley 7/2009, de 22 de diciembre, de Servicios Sociales de La Rioja, viene incluso a reconocer su validez y vigencia, y luego se acomoda su tenor a las prescripciones de aquélla—, las normas reglamentarias deben

dictarse, sin duda también, respetando su contenido —por razones tanto de jerarquía normativa cuanto, y sobre todo, de competencia—, lo que desde luego sucede en este caso.

La doctrina expuesta en este Fundamento Jurídico sobre el título competencial estatal de las condiciones básicas del art. 149.1.1ª CE ya había sido expuesta por este Consejo en Dictámenes anteriores (DD. 64/07; 128/07 y 109/08).

Cuarto

Observaciones concretas al texto del Reglamento proyectado.

De hecho, y enlazando con lo anterior, el proyecto de Decreto sometido a nuestra consideración empieza en su Preámbulo, justamente, explicando que se trata de una norma dictada en desarrollo de la citada Ley estatal 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. Y luego su tenor, especialmente la inclusión en la fase final del expediente de una Disposición Adicional Segunda, viene a demostrar cómo la limitación que aquélla provoca en la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma puede incluso conducir a una reducción de las prestaciones económicas antes reconocidas a los posibles destinatarios.

Naturalmente, más allá de lo abordado en el anterior Fundamento Jurídico, nada impide que así ocurra. Ciertamente llama la atención que la citada Disposición Adicional incida en la aplicación de una Orden de la Consejería de Servicios Sociales que expresamente se cita, lo que implica, por supuesto, un desplazamiento y consiguiente derogación por norma reglamentaria de rango superior de aquello de lo que antes se ocupaba la Orden y ahora la Disposición Adicional indicada, que formará parte de un Decreto.

En contra de lo afirmado por la Dirección General de los Servicios Jurídicos en informe de fecha 9 de febrero de 2010, esta forma de actuar es conforme a Derecho, pues en nuestro ordenamiento —más allá de lo que supone el principio de inderogabilidad singular, que nada tiene que ver con el caso que nos ocupa— no hay ninguna reserva ni congelación de rango a favor de ninguna norma reglamentaria, y el hecho de que una materia se haya regulado por Orden no impide en absoluto que sea desplazada o modificada por un Decreto.

En este punto, lo único que conviene advertir es que, con ello, cualquier modificación ulterior de lo regulado en la Disposición Adicional citada habrá de hacerse por Decreto del Consejo de Gobierno y no por Orden de la Consejería de Servicios Sociales, incapaz de alterar, por aplicación del principio de jerarquía normativa, lo que, si se aprueba con ese contenido, dispondrá una norma reglamentaria de rango superior.

Por lo demás, la norma sometida a nuestra consideración respeta, en su conjunto, los principios de competencia y jerarquía normativa, por lo que, teniendo en cuenta la exclusión de las cuestiones de oportunidad y mera técnica legislativa como contenido posible de nuestros dictámenes que efectúa nuestra Ley reguladora (artículo 2.1 de la Ley 3/2001, del Consejo Consultivo de La Rioja), así como las rectificaciones realizadas en el texto de la norma proyectada en el curso de su tramitación, que han servido para depurar los aspectos del mismo que eran susceptibles de mejora, este Consejo Consultivo la dictamina favorablemente.

CONCLUSIONES

Primera

La Comunidad Autónoma de La Rioja tiene competencia para dictar la norma proyectada.

Segunda

En cuanto a su contenido, el proyecto de Decreto es conforme con el ordenamiento jurídico.

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO

Joaquín Espert y Pérez-Caballero