

# EL DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL ANTE LAS NUEVAS PRESTACIONES DE DEPENDENCIA

LUIS HURTADO GONZÁLEZ

*Profesor Titular de Universidad de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social  
Universidad de Sevilla*

## EXTRACTO

**Palabras Clave: Seguridad Social, Dependencia**

El establecimiento al margen de la Seguridad Social de una serie de nuevas prestaciones públicas, entre ellas las de la Ley de Dependencia, plantea importantes cuestiones a la hora de afrontar su estudio y explicación desde los temarios tradicionales del Derecho de la Seguridad Social, en especial el fundamento conceptual que legitime la asunción exclusiva o preferente de dichas prestaciones ajenas y el cómo conjugarlas de manera coherente con las propias de la Seguridad Social. De la solución que se dé a esto dependerá el mantenimiento de la disciplina como hasta ahora o el replanteamiento integral de la misma, tanto en su denominación, estructura y contenido, como en su posible desvinculación del Derecho del Trabajo. Esta última es, precisamente, la propuesta que aquí se argumenta y defiende: que sea el concepto de Protección Social el nuevo aglutinador de todas esas prestaciones públicas (sin merma del protagonismo que, ahora como especie, mantienen las de la Seguridad Social) y el Derecho de la Protección Social, por tanto, la nueva asignatura que se ocupe del conocimiento de las mismas.

## ABSTRACT

**Key words: Social Security and Dependency**

Naming the Dependency Law, as an example of a new social and public benefits created apart from the usual Social Security System, raises an important concern taking into account the study and explanation of the traditional topics of Labour Law Rights, specially conceptual fundamental that legitimize exclusive increase. Preferably to consider external benefits and how to put them together in the Social Security System. The solution will depend on maintaining a discipline up to now, or to totally reorganise it changing its denomination, structure, content and its possible unbound to Labour Law Rights. For the last one, which is precisely the proposal the piece of work supports and defends: that the Social Benefit concept would centralise all these public and Social Benefits. Indeed, and that Social Benefits Rights is the new issue to be analysed under those terms.

Hace unos años publiqué un artículo titulado “Seguridad Social *versus* Protección Social”<sup>1</sup> en el que, básicamente, sostenía que la primera de estas categorías jurídicas, la Seguridad Social, era en realidad (o más bien se había convertido en) una especie (aunque no por ello dejaba de ser la primera y más importante, histórica y conceptualmente) de un género nuevo, la Protección Social, en el que (y porque) las prestaciones de aquella convivían ya con otras muchas (que de manera aluvional fueron estableciéndose después) de sus mismos caracteres: se trata de prestaciones todas de origen legal; públicas, atendida su financiación; personales, desde el punto de vista de sus destinatarios, individualizables a partir del cumplimiento de los presupuestos y requisitos que su normativa establecedora determine, exigentes entonces, por lo general, de un trámite administrativo de solicitud y concesión; y, sobre todo, prestaciones que cumplen análoga función redistributiva, verdadera puesta en práctica del principio de solidaridad social.

De esas otras prestaciones, unas, las de raíces más antiguas (aunque también las haya de nuevo cuño, reaparecidas como “salarios sociales”, “rentas mínimas”, etc.), son reconocibles en torno a una consolidada denominación de conjunto, la Asistencia Social (que, como se sabe, también tiene relevancia constitucional en orden a la atribución de las competencias sobre ella a las Comunidades Autónomas, sin olvidar su siempre polémico deslinde con la propia Seguridad Social); mientras que las demás prestaciones, generalmente estatales, más recientes y numerosas, carecen de encaje nominal de conjunto (ayudas en materia de vivienda, a emigrantes, a mujeres maltratadas, etc.).

La paternidad doctrinal, aquí en España, de este novedoso género de la Protección Social, creo que debe atribuírsele al Profesor Borrajo Dacruz<sup>2</sup>, quien aun sin tratar expresamente el tema ni teorizar sobre el mismo, desde unos años antes ya venía utilizando la expresión Protección Social con esa proyección genérica, comprensiva en aquel entonces de las prestaciones de la Seguridad Social y de las de la Asistencia Social.

Mi aportación se limitó, pues, a redimensionar el asunto, poniendo de manifiesto la recepción jurídico-positiva de la Protección Social como tal categoría genérica para, con ocasión de su acogida y utilización por el legislador<sup>3</sup>,

<sup>1</sup> *Actualidad Laboral* n° 13 (1995), págs. 201 a 215.

<sup>2</sup> Véase su artículo “De la Previsión Social a la Protección Social en España: bases histórico-institucionales hasta la Constitución”, *Revista de Economía y Sociología del Trabajo* n° 3 (1989), monográfico sobre Protección Social, págs. 12 a 36.

<sup>3</sup> El RD 2/1992, de 10 de enero (sin descartar antecedentes más remotos), ya habla de “Seguridad Social y Otras Prestaciones de Protección Social Pública” (refiriéndose, con esta última frase, a las de la Ley de Integración Social de Minusválidos y a las del extinto Fondo Nacional de Asistencia Social); expresión a la que se sumarían poco después, de la mano de la Ley 10/1994, de 19 de mayo, las prestaciones del “Fondo de Garantía Salarial”.

proponer las que me parecía que eran las claves de su concepto, a fin de abrir así el debate.

Luego vinieron las VII Jornadas Catalanas de Derecho Social<sup>4</sup> sobre Seguridad Social y Protección Social<sup>5</sup> en especial la ponencia del profesor Alarcón Caracuel, bajo el título de “Hacia el Derecho de la Protección Social”<sup>6</sup>, cuyo mismo título ya anticipa su plena coincidencia conmigo en cuanto al advenimiento del nuevo género prestacional, si bien discrepando después en cuanto a su contenido, más amplio en su opinión, incluso también de lo que llama “Protección Social privada” (previsión social voluntaria, planes y fondos de pensiones, etc.), es decir, de las que tradicional y constitucionalmente se denominan “prestaciones complementarias” a las de la Seguridad Social (luego entraré de nuevo en esto).

Han seguido con asunto, siquiera tangencialmente, otros artículos, alguna tesis y hasta títulos y temas de manual<sup>7</sup>.

Sea como sea, el ámbito inicial de desenvolvimiento este genérico concepto de Protección Social era y es, antes que nada, puramente universitario y su virtud, por supuesto, docente: se trataría con él de agotar la explicación de todo ese universo prestacional público desde una perspectiva jurídica unitaria, si bien marcando un límite que hiciera factible el propósito, siendo así que mi propuesta se orientaba en el sentido de individualizar y sistematizar todas pero únicamente las normas establecedoras de prestaciones positivas o de acción (en dinero, productos o servicios), como son, precisamente, las de la Seguridad Social (que, por su indicado protagonismo histórico, jurídico y económico, creo que constituyen el obligado referente, y están y habrán de seguir estando en el punto de partida del discurso), dejando al margen, pues, las de omisión (esto es, las típicas desgravaciones fiscales, asumidas *ratio materia* por otras áreas de conocimiento).

Dicho en otros términos, de lo que se trataría es, por tanto, de engrosar, con ese fundamento jurídico-positivo, el contenido inicial del Derecho de la Seguridad Social, expandiéndolo más allá de sus fronteras naturales hacia todas esas otras prestaciones públicas de sus mismas características y, consecuentemente,

<sup>4</sup> Barcelona, noviembre de 1995.

<sup>5</sup> Con este mismo título, bajo la coordinación de López López, J., las distintas intervenciones fueron publicadas por Marcial Pons, 1996.

<sup>6</sup> Ob. cit., págs. 11 a 34.

<sup>7</sup> Así, por ejemplo, Aguilera Izquierdo, R., G. Barrios Baudor y Sánchez-Urán Azaña, *Protección Social Complementaria*, Madrid, 2ª edición, 2005, cuyo Capítulo 1, págs. 19 a 42, se titula, precisamente, “Protección Social: concepto y estructura”. Asimismo, por citar otro ejemplo, De la Villa Gil, L.E. (dir.) et altri, *Derecho de la Seguridad Social*, Tirant Lo Blanch, 4ª edición, 2004, pág. 69, que dentro del tema 1 incluye un epígrafe titulado “Líneas de tendencia: hacia un sistema de «Protección Social»”.

convertirlo en el Derecho de la Protección Social, aunque a la par hubiese que retomar la siempre pendiente cuestión de su posible autonomía científica y académica, al sumar así más argumentos las tesis que defienden la conveniencia u oportunidad de la ruptura de sus vínculos con el Derecho del Trabajo.

Estas propuestas vuelvo hoy a ponerlas sobre la mesa, no por insistencia, sino a modo de respuesta a las dudas y problemas que han suscitado los acontecimientos normativos de la última legislatura; acontecimientos que, como se sabe, han sido especialmente ricos, singulares e impactantes en materia de prestaciones públicas, obligando cuanto menos a una reflexión y debate sobre el presente y futuro del Derecho de la Seguridad Social, no tanto como sistema normativo (que ya tiene sus propios frentes abiertos, como, por ejemplo, la urgente necesidad de una nueva refundición de su Ley<sup>8</sup>, la falta de actualización de sus reglamentos, etc.<sup>9</sup>), cuanto como la disciplina universitaria encargada de su estudio y explicación.

Me refiero, en primer lugar, a la introducción legal las nuevas prestaciones para la promoción de la autonomía y atención a las personas en situación de dependencia<sup>10</sup>, y me refiero también, en este primer lugar, a la renta básica de emancipación de los jóvenes<sup>11</sup>. No es necesario añadir, pero sí que al menos citaré, algunas otras prestaciones que, aunque enriquecedoras también del catálogo final a considerar, habían advenido poco antes con perfiles más tradicionales: así, la prestación para las víctimas de la violencia de género<sup>12</sup>; o las pensiones y ayudas a los emigrantes y demás españoles en el extranjero<sup>13</sup>.

Y está, en segundo lugar, la igualmente novedosa prestación por nacimiento o adopción de hijos<sup>14</sup>, que ha de contemplarse por separado debido al problema añadido que, como se verá, comporta (advirtiéndose que, de momento, no he calificado a esta prestación como *de Seguridad Social*, aunque su esta-

<sup>8</sup> Ley General de la Seguridad Social. En adelante, LGSS.

<sup>9</sup> Sobre toda esta problemática, véase Barcelón Cobedo, S., “El Derecho de la Seguridad Social. Situación actual y perspectivas de futuro”, *Temas Laborales* n° 94 (2008), págs. 53 a 76.

<sup>10</sup> Establecidas por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre (en adelante, Ley de Dependencia), y a sus muy numerosas normas de desarrollo: RD 504/2007, de 20 de abril; RD 614/2007, de 11 de mayo; RD 727/2007, de 8 de junio; etc. Para más detalles de toda esta reglamentación, véase Blasco Lahoz, J.F., “El sistema de atención de la dependencia tras el desarrollo reglamentario”, *Temas Laborales* n° 96 (2008), págs. 44 a 48.

<sup>11</sup> Establecida por RD 1.472/2007, de 2 de noviembre.

<sup>12</sup> RD 1.452/2005, dictado en desarrollo del art. 27 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre.

<sup>13</sup> Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la Ciudadanía española en el exterior, en especial, su art. 19, y sus también numerosas normas de desarrollo (RD 1.493/2007, de 12 de noviembre; RD 8/2008, de 11 de enero; Orden TAS/874/2007, de 28 de marzo; etc.

<sup>14</sup> Establecida por la Ley 35/2007, de 15 de noviembre.

blecimiento se haya llevado a cabo en buena parte mediante la modificación de los correspondientes preceptos de la LGSS).

Centrando el asunto en las prestaciones de dependencia, por ser a mi juicio las de mayor significación (no desde luego por el rango de su norma establecedora, sino por la tremenda proyección, presente y futura, de la necesidad social cubierta con ellas<sup>15</sup>), dos cuestiones inmediatas se plantean con su aprobación, a saber, el título o fundamento que, en su caso, pueda legitimar la asunción exclusiva o preferente de su estudio y tratamiento por nuestra área de conocimiento, y el cómo y el dónde incluir su explicación en el temario del Derecho de la Seguridad Social.

Desde luego, estas cuestiones pueden soslayarse mediante el simple y sencillo procedimiento de ignorar la existencia de la Ley de Dependencia o, lo que es lo mismo, reputarla explícita o implícitamente como ajena y dejarla fuera del contenido de la asignatura, a disposición de otras disciplinas que puedan reivindicarlas (por excelencia, al Derecho Administrativo, cuyas incursiones en este terreno, aunque tímidas y limitadas aún, deben siempre ser tenidas en cuenta, pese a que formalmente sean presentadas como una interiorización sólo en el *otro lado* de las prestaciones, el de la Administración que las dispensa<sup>16</sup>).

Esta opción no es, aunque extrañe a algunos, para nada descartable. Porque la respuesta a la primera de las cuestiones planteadas se enfrenta a la incontable realidad de que dichas prestaciones de dependencia no son Seguridad Social: ni están en la lista del artículo 38 LGSS, al que, en términos de definición de dicha Seguridad Social, se remite el art. 2.2 de la misma Ley, y que, como se sabe, es el que “establece y limita el ámbito de extensión posible” de nuestro Sistema (quizás convenga recordar aquí, de acuerdo con la consolidada doctrina del Tribunal Constitucional<sup>17</sup>, que el de Seguridad Social es un

<sup>15</sup> Señala las causas de su aparición como tal Cruz Villalón, J., “La protección social de la dependencia”, *Temas Laborales* nº 89 (2007), monográfico sobre la Protección Social de la Dependencia, págs. 9 a 26, entre ellas el envejecimiento de la población, el cambio del modelo tradicional de familia, la incorporación de la mujer a la actividad productiva, las mayores expectativas de bienestar social al parir del desarrollo económico y la insuficiencia de la atención dispensada a la dependencia por la Seguridad Social y el Sistema Nacional de Salud.

<sup>16</sup> Tal ocurre con la asignatura optativa “Régimen Jurídico de la Administración Pública Prestacional”, atribuida al Derecho Administrativo en el Plan de Estudios de Diplomado en Relaciones Laborales de la Universidad de Sevilla (BOE de 6 de octubre de 1995). Lo mismo que la de “Administración prestacional y Estado del Bienestar”, en el Plan de Diplomado en Gestión y Administración Pública de la misma Universidad (BOE de 4 de noviembre de 2005). O que el “Régimen Jurídico de los Servicios Sociales”, del Plan de Diplomado en Relaciones Laborales de la Universidad de Cádiz (BOE de 5 de julio de 2001 y 19 de julio de 2002).

<sup>17</sup> Desde su Sentencia de 10 de febrero de 1994.

concepto “de estricta determinación legal”, sin perjuicio de la garantía institucional); ni la Administración competente para su tramitación y concesión es la de la Seguridad Social (cuyas Entidades Gestoras quedan completamente al margen); ni su financiación entra en el marco del art. 86 LGSS; y, por último, nada se dice en la Ley de Dependencia, pero creo que está fuera de toda duda que la jurisdicción competente no es la social<sup>18</sup>. A todo ello hay que sumar el fundamento constitucional que la propia Ley de Dependencia confiesa<sup>19</sup>, que es la 1ª de las competencias estatales enumeradas en el artículo 149.1 de la Constitución (“regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles”), y no la 17ª (“legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social”).

Doctrinalmente está más que confirmada esta catalogación negativa, considerando al de dependencia “un sistema de nuevo cuño, que ni se adscribe a la Seguridad Social ni al Sistema Nacional de Salud ni a las acciones asistenciales de las Comunidades Autónomas”<sup>20</sup>. Es más, se dice del mismo, incluso, que es el “cuarto pilar” del Estado del Bienestar, junto a la propia Seguridad Social, la Salud y la Educación<sup>21</sup>.

Las prestaciones de la Ley de Dependencia han nacido y están, pues, “al margen del Sistema de la Seguridad Social”<sup>22</sup>, pero no por ello faltan posicionamientos en el polo opuesto.

Esto ocurre, básicamente, con las mayoría de los compendios normativos de Seguridad Social, que bajo esta expresión como título, incluyen sin reparos ni complejos la citada Ley de Dependencia junto a la LGSS, el Reglamento General de Afiliación, o la Orden TAS de cotización de cada año, tratándola, por tanto, como si de una norma más del Derecho de la Seguridad Social se tratara<sup>23</sup>.

<sup>18</sup> Como se sabe, el art. 2.b) de la Ley de Procedimiento Laboral es bastante estricto en esto, acotando su ámbito de aplicación a las cuestiones litigiosas “en materia de Seguridad Social, incluida la protección por desempleo”.

<sup>19</sup> Disposición Final 8ª de la misma.

<sup>20</sup> Montoya Melgar, A. (dir.), *La protección de las personas dependientes*, Thomson-Civitas, 2007, pág. 19.

<sup>21</sup> Cruz Villalón, J., ob. cit., pág. 12; Blasco Lahoz, J. F., ob. cit., pág. 41; etc.

<sup>22</sup> Rotundamente, Dictamen del Consejo de Estado 336/2006, citado por Montoya Melgar, A., ob. cit., pág. 19.

<sup>23</sup> Así, Ojeda Avilés, A. y otros, *Legislación de Seguridad Social*, Tecnos, 20ª edición, 2007, cuya contraportada presenta a esta obra como una recopilación que “abarca los textos legislativos vigentes en materia de Seguridad Social en nuestro país, desde la viejas órdenes sobre prestaciones de los años sesenta hasta el reciente Baremo Estatal del Sistema de Dependencia”, incluyendo la Ley de Dependencia en sus págs. 849 a 863, seguida de sus ya muy numerosos reglamentos. Hace lo mismo Pérez de los Cobos Orihuel, Código de Seguridad Social, La Ley, 2007, que incluye la Ley de Dependencia en sus págs. 1.343 y ss.; también Agís Dasilva, M. y J.F. Blasco Lahoz, *Legislación básica de Seguridad Social*, de Tirant lo Blanch, 4ª edición, 2007, que lo hace a partir de la pág. 1.347 (clasificándola dentro del apartado de “Prestaciones no contributivas”); e incluso, finalmente, Sempere Navarro, A.V. y G. Rodríguez Iniesta, Código de Seguridad Social, Aranzadi, 2007, en sus págs. 1.663 y ss.

Mas esta inclusión de la normativa sobre dependencia en los compendios de Seguridad Social no responde en realidad al convencimiento de sus autores de que verdaderamente dichas prestaciones tengan esa naturaleza (así, unos expresamente reconocen que la Ley de Dependencia “no pertenece al Sistema público de Seguridad Social”<sup>24</sup>; mientras que otros la ubican en apartados cuyos títulos –por ejemplo, “Otras ramas de la Protección Social Pública”<sup>25</sup>– no dejan lugar a dudas), sino que más bien obedece a los casi siempre atendibles criterios o sugerencias de las editoriales que, movidas como es lógico por puras razones de mercado, no pretenden sino ofrecer a sus clientes la suma de normas más extensa posible. Y, ¿dónde, sino acompañando a la normativa más parecida, la de la Seguridad Social, buscará el lector la Ley en cuestión?

Por tanto, si las prestaciones de dependencia no son, en rigor, prestaciones de Seguridad Social, cabe razonable y legítimamente, pues, repudiarlas y, en consecuencia, mantenerlas fuera de los temarios de la disciplina.

Pero igual de legítima y razonable que esta postura excluyente es o, mejor, puede ser (dependiendo de los fundamentos que se aduzcan) la opuesta, en el sentido de abrir la asignatura a dichas prestaciones e incluso, en su caso (nuevamente dependiendo de los argumentos que la sostengan), a todas las demás similares que puedan encontrarse en el Boletín Oficial del Estado (como la ya citada renta básica de emancipación de jóvenes) y en los de las Comunidades Autónomas (especialmente las rentas mínimas de solidaridad por algunas establecidas).

La asunción por el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social del monopolio o la preferencia científica y académica sobre todas estas normas establecedoras de prestaciones públicas cuenta, creo, con dos vías posibles:

Una primera que no necesita del concepto de Protección Social o, a lo más, podría utilizar esa expresión con un significado absolutamente subordinado al concepto de Seguridad Social y al art. 41 de la Constitución: si éste se refiere por excelencia a las prestaciones de dicha Seguridad Social, pero también, de manera accesoria, a las “complementarias”, el estudio de las primeras puede expandirse, asimismo accesoriamente (y, por tanto, tan selectivamente como se quiera, ya que lo accesorio no exigiría exhaustividad) sobre las segundas. De manera que en las últimas lecciones del temario, junto a las mejoras voluntarias, las entidades de previsión social y los planes y fondos de pensiones, es decir, junto a las prestaciones privadas que, precisamente por complementar cuantitativamente a las de la Seguridad Social, suelen incluirse ahí, cabría añadir las prestaciones de dependencia y cualesquiera otras prestaciones públicas no comprendidas en el catálogo del art. 38 LGSS.

<sup>24</sup> Ojeda Avilés, A. y otros, ob. cit., pág. 31.

<sup>25</sup> Sempere Navarro, A.V. y G. Rodríguez Iniesta, ob. cit., pág. 1.663.

Por tanto, esta vía descansa en la consideración de que “complementarias” serían no sólo las prestaciones privadas indicadas<sup>26</sup>, sino también todas las demás que de cualquier otra manera se pudieran calificar como tales, ya públicas, ya privadas, para situaciones y contingencias no cubiertas por la Seguridad Social.

De esta manera, el recurso a la Protección Social, o bien no sería necesario, bastando entonces la expresión “Seguridad Social y protección complementaria”, o bien, a lo más, se limitaría a ser una mera denominación exenta de significado jurídico propio, útil sólo para referirse a ese impreciso y heterogéneo conjunto de prestaciones, falto también, pues, de delimitación jurídica. Dicho de otro modo, que la Protección Social sería igual a la Seguridad Social más todas las prestaciones que de cualquier forma la complementen, lo que, por ende, haría necesario distinguir la “Protección Social básica” (la Seguridad Social) y la “Protección Social complementaria” (todas las demás).

Esta idea (que complementarias de la Seguridad Social son también, aparte de las privadas, las prestaciones públicas situadas extramuros del art. 38 LGSS, entre ellas, por tanto, las de dependencia) es, precisamente, la dominante en los textos normativos y en los manuales de la disciplina que hasta el momento han hecho eco de la Ley de Dependencia, unas veces sin recurrir a la expresión “Protección Social”<sup>27</sup>, y otras utilizándola sin carga conceptual alguna, como mera voz de conjunto para las de Seguridad Social y todas las demás prestaciones, públicas y privadas, que de algún modo se puedan considerar complementarias de las primeras<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Algún manual hay, no obstante, en esta línea reduccionista. Así, Sagardoy Bengoechea, J.A., S. Del Rey Guanter y otros, *Prontuario de Seguridad Social*, Cóllex, 2004, págs. 487 y ss., que sólo sobre ellas, las privadas, tratan en el tema dedicado a las prestaciones complementarias.

<sup>27</sup> Así, la *Legislación de Seguridad Social* cit., que selectivamente incluye la Ley de Dependencia dentro del apartado rubricado como “Prestaciones complementarias”, acompañando al Texto Refundido de la Ley de Planes y Fondos de Pensiones y a los preceptos sobre Mutualidades de Previsión Social del Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. También Rodríguez Ramos, M.J., J. Gorelli Hernández y M. Vilchez Porras, *Sistema de Seguridad Social*, Tecnos, 2007, págs. 532 y ss., que bajo esa misma catalogación, como “Protección Complementaria”, dan cuenta de dicha Ley de Dependencia después de tratar sobre la asistencia social y los servicios sociales a favor de tercera edad y minusválidos, y antes de hacer lo propio con las mejoras voluntarias, fondos y planes de pensiones y mutualidades de previsión social.

<sup>28</sup> Sirva como ejemplo la Protección Social Complementaria cit., que aunque no incluye, por su fecha de edición, la Ley de Dependencia, bajo tal título ya mezclaba las prestaciones para las víctimas de la violencia de género y las rentas mínimas de inserción de las Comunidades Autónomas, entre otras prestaciones públicas, con las mejoras voluntarias de la Seguridad Social y hasta con el contrato de seguro colectivo de vida.

La segunda vía de extensión de la asignatura (que es la que defendí en mi artículo de 1995 y que ahora rescato) descansa en la idea de que las prestaciones de dependencia no son, en rigor, “complementarias” a las de la Seguridad Social. Entiéndase esto bien: en el más amplio sentido no se puede negar que lo sean, pues toda prestación que llega y ocupa espacios libres, de alguna manera complementa a cualesquiera otras anteriormente existentes. Precisamente, la propia Ley de Dependencia utiliza el calificativo con este sentido extenso, declarando su propósito de establecer “una nueva modalidad de protección social que amplía y complementa la acción protectora del Estado y del Sistema de la Seguridad Social”<sup>29</sup>.

Pero no son “complementarias” las de dependencia en el sentido que el art. 41 de la Constitución da al término, con el que se refiere a un plus de protección, en efecto, pero mas bien cuantitativo y, sobre todo, respecto de las propias contingencias y situaciones asumidas por la Seguridad Social; plus de protección en principio presidido por “una lógica contractual privada” y “financiable con fondos privados”<sup>30</sup>, aunque ahora también cabe en Derecho que lo sea con recursos públicos, los de las Comunidades Autónomas, que para ello cuentan –se ha dicho– con las competencias en materia de Asistencia Social<sup>31</sup>.

Incluso la propia LGSS ha intentado gobernar, aunque en negativo, este concepto jurídico estricto de “prestaciones complementarias”, señalando que “cualquier prestación de carácter público que tenga como finalidad complementar... las prestaciones de la Seguridad Social en su modalidad contributiva forma parte del Sistema de la Seguridad Social...”<sup>32</sup>

Cierto es que el precepto sería absolutamente concluyente para la tesis que defiende si no fuera por la limitación de su dictado a la modalidad contributiva. Pero si se tiene en cuenta la inicial redacción del mismo (a saber, “Cualquier prestación de carácter público que tenga por finalidad completar... las prestaciones económicas de la Seguridad Social en sus modalidades contributiva como no contributiva, forma parte del Sistema...”<sup>33</sup>), se constata que la modificación introductoria de su redacción actual<sup>34</sup> a lo único que se ha limitado es a sacar del texto a las prestaciones no contributivas, justa y precisamente para respaldar por Ley la posibilidad y admisibilidad de los complementos autonómicos a las mismas, tal y como confirma el párrafo segundo de la propia

<sup>29</sup> Exposición de Motivos, 2, párrafo 5º.

<sup>30</sup> STC 208/1988, de 10 de noviembre.

<sup>31</sup> STC 239/2002, de 11 de diciembre.

<sup>32</sup> Art. 38.4 LGSS.

<sup>33</sup> Art. 38.4 LGSS, en la redacción que le dio, cuando lo introdujo, la Ley 52/2003, de 10 de diciembre.

<sup>34</sup> La llevó a cabo la Ley 4/2005, de 22 de abril.

norma<sup>35</sup>: “Lo previsto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de las ayudas de otra naturaleza que puedan establecer las Comunidades Autónomas en beneficio de los pensionistas residentes en ellas”.

Con idéntico sentido estricto (aunque lógicamente sin hacerse eco de los complementos autonómicos a las pensiones no contributivas, que son mucho más recientes) está el art. 2.c de la Ley de Procedimiento Laboral, que extiende la competencia del orden social a los “sistemas de mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social, incluidos los planes de pensiones y contratos de seguro siempre que su cause derive de un contrato de trabajo o convenio colectivo”.

Por tanto, en sentido jurídico, “complementario” es el plan de pensiones que cada ciudadano libremente suscriba para sumarlo a su pensión de jubilación; “complementaria” es la diferencia que el empresario abone sobre el subsidio por incapacidad temporal para que el trabajador se aproxime más a su salario; y “complementaria” es, ahora, la *paga extraordinaria* a cargo de la Comunidad Autónoma que la establezca a favor de sus pensionistas no contributivos; en definitiva, que merecen tal calificativo las prestaciones públicas y privadas que cuantitativamente se sumen a las de la Seguridad Social en las situaciones y contingencias cubiertas por ésta.

La Ley de Dependencia cubre, en cambio, una necesidad social distinta, un nuevo “riesgo social”<sup>36</sup> que, no obstante, también podría haber sido protegido desde la Seguridad Social, si ésta hubiese sido la opción del legislador, siendo así que sus novedosas prestaciones resultan de un Sistema propio, en fines y medios, que no complementa, sino que es “afín”<sup>37</sup> y, por tanto, converge con el de la Seguridad Social ocupando, en posición de completa soberanía, un espacio nuevo ignorado o rechazado por ésta.

De manera que no siendo las de dependencia prestaciones “complementarias” a las de la Seguridad Social, sino afines a éstas, es ahora más que antes que la Protección Social se impone como concepto genérico, aglutinador de unas y de otras sobre la base, no de una imprecisa y no delimitable relación de complementariedad, sino de la comunidad de caracteres entre ellas existente.

Hasta aquí las dos posibilidades. Que llevan al mismo punto, podrán decir algunos, pues independientemente del lado en el que esté la razón, por una vía o por la otra las prestaciones de dependencia pueden entrar en la disciplina. ¿Qué sentido tiene, entonces, este debate (que, si bien se piensa, no es sino una reformulación del desencuentro doctrinal en cuanto al contenido de la Protección Social, si inclusiva o no de las prestaciones privadas)?

<sup>35</sup> Asimismo introducido por la citada Ley 4/2005 cit.

<sup>36</sup> González Ortega, S., *Protección Social de las personas dependientes*, La Ley, 2004, pág. 9.

<sup>37</sup> Este calificativo, aplicados a análogas prestaciones públicas, en el art. 6 LGSS.

La pregunta puede y debe responderse. Porque la diferencia entre uno y otro camino para la asunción académica de las prestaciones de dependencia es, sin embargo, considerable: si se entiende que las mismas son complementarias de las de la Seguridad Social, el estudio de ésta puede, repito “puede”, extenderse sobre aquéllas. O puede no extenderse. Y no sólo porque, en tanto que accesorias, su inclusión pueda ser selectiva, sino también porque la imprecisión de ese rasgo así entendido, falta de delimitación jurídica, hará que la inclusión de tales o cuales prestaciones en el temario de la asignatura dependa del criterio de cada uno, de lo que cada uno entienda como prestaciones complementarias.

Por tanto, con la opción de la complementariedad como fundamento de la eventual extensión (selectiva, en su caso) de la asignatura, no sólo se corre el riesgo de que haya temarios que no contemplen la Ley de Dependencia (creo, no obstante, que este riesgo es mínimo), sino que lo más probable es que ninguno incluya la renta básica de emancipación de los jóvenes o la protección de las víctimas de la violencia de género<sup>38</sup>, pese a que se trata de prestaciones que participan de sus mismos caracteres.

Y asimismo se corre el riesgo contrario, esto es, que se dé entrada en el índice a cualquier prestación de cualquier manera considerada “complementaria” a las de la Seguridad Social<sup>39</sup>.

Por el contrario, si el fundamento de la *vis atractiva* del Derecho de la Seguridad Social sobre todas estas prestaciones es la identidad de sus caracteres con las que le son propias (en especial, su misma financiación, que para la mayoría –no por ahora para las de dependencia, aun cuando su carácter público es indiscutible<sup>40</sup>– determina su inclusión en el Registro de Prestaciones Sociales Públicas<sup>41</sup>), la resultante igualdad conceptual de las mismas como especies de la Protección Social [en cuyo concepto no están, por defecto de esos caracteres, las prestaciones privadas (cuyo estudio, sin embargo, tampoco tiene por qué ser sacrificado, sino que puede permanecer cómo hasta ahora, esto es, como las propia y verdaderamente complementarias a las de la Seguridad Social)] no permite ya selección excluyente alguna.

Pero, a la par, semejante sobredimensionamiento del contenido de la disciplina obliga, por coherencia, a reivindicar su formalización, es decir, el cambio de denominación, pasando de “Derecho de la Seguridad Social” a “Derecho de

<sup>38</sup> Ninguno de los manuales actualizados a 2007 incluye el estudio de estas prestaciones.

<sup>39</sup> Llaman la atención, en este sentido, Sempere Navarro, A.V. y G. Rodríguez Iniesta, *Legislación sobre Protección Social Complementaria*, Aranzadi, 2006, que junto a la normativa sobre ayudas públicas a emigrantes, discapacitados, etc., incluyen, además de la de los fondos de pensiones y seguros privados, la de Fundaciones y hasta la de la ONCE y Cruz Roja Española.

<sup>40</sup> Cruz Villalón, J., ob. cit., págs. 15 a 17; Blasco Lahoz, J.F., ob. cit., págs. 42–43.

<sup>41</sup> RD 397/1996, de 1 de marzo.

la Protección Social”; no bastando, pues, como hasta ahora, con la mera introducción de asignaturas adicionales, incluyentes de esta última expresión (mucho menos con cualquier descriptor), para que convivan con la tradicional<sup>42</sup> (a menos que, dejando a ésta como “Derecho de la Seguridad Social”, la otra se denominara “Otras prestaciones de Protección Social”<sup>43</sup>).

De lo que se trata, en definitiva, es de diluir el Derecho de la Seguridad Social en el Derecho de la Protección Social y que sea ésta la disciplina que monopolice el conocimiento jurídico de toda la acción prestacional pública<sup>44</sup>.

Y, a partir de aquí, aunque sea un tema a tratar y discutir en otro momento, no se ve qué pueda impedir ya su definitiva segregación del Derecho del Trabajo, cuyas propias posibilidades de crecimiento y redefinición, extraordinariamente multiplicadas también merced a recientes normas (como son los estatutos del trabajo autónomo<sup>45</sup> y del Empleado Público<sup>46</sup>), pueden también apuntar, desde el otro extremo, en la misma línea escisionista.

Aceptado esto, la respuesta a la segunda cuestión que planteaba (el cómo y el dónde encajar el estudio de las prestaciones de dependencia) deja de ofrecer dificultad. Podría entonces estructurarse el temario del Derecho de la Protección Social en los siguientes bloques temáticos, a impartir bien en un único curso académico, bien a repartir en dos.

Los bloques serían los siguientes:

- I) Concepto, formación histórica y componentes de la Protección Social.
- II) Seguridad Social, contributiva (Régimen General y Especiales) y no contributiva [en este bloque, definiendo que debe seguir incluido, porque el

<sup>42</sup> Con este limitado papel, la expresión “Protección Social” aparece ya en algunos planes de estudio: así, en los de Diplomado en Relaciones Laborales de las Universidades de Sevilla [“Prestaciones de Protección Social” (BOE de 6 de octubre de 1995)], Cádiz [“Derecho de la Protección y Asistencia Social (BOE de 5 de julio de 2001, de 19 de julio de 2002 y 3 de diciembre de 2002)], de Almería [“Protección Social complementaria” (BOE de 27 de enero de 2006)] y de Alicante [“Régimen Jurídico del sistema de Protección Social Complementaria” (BOE de 12 de noviembre de 2001)].

<sup>43</sup> Precisamente fue ésta la denominación que se propuso para su inclusión en el plan de estudios de Relaciones Laborales de la Universidad de Sevilla y que, no se sabe bien cómo, se perdió en la tramitación aprobatoria del mismo.

<sup>44</sup> Son varios los planes de estudio de Licenciado en Derecho que incluyen la asignatura optativa “Protección Social” [Universidad de Lleida (BOE 11 de agosto de 2005)] o “Derecho de la Protección Social” [Universidades de Girona (BOE de 17 de octubre de 2003), Navarra (BOE de 22 de junio de 2006), País Vasco (BOE de 25 de agosto de 2003), Sevilla (BOE de 30 de julio de 2003), etc.]. Desde luego, esto no significa, ni mucho menos, que los descriptores respectivos respondan a los planteamientos aquí defendidos. Precisamente, la heterogeneidad de los mismos es otro argumento a su favor.

<sup>45</sup> Ley 20/2007, de 11 de julio.

<sup>46</sup> Ley 7/2007, de 12 de abril.

art. 38.1.a) LGSS así lo mantiene, el estudio del derecho a la asistencia sanitaria (centrado en la prestación en sí, en sus dos vertientes, profesional y para personas sin recursos; dejando en lugar accesorio, si no abandonando, los aspectos puramente organizativos de la Administración dispensadora, los servicios de salud de las Comunidades Autónomas). E incluido, por supuesto, puede seguir el tema o temas sobre las prestaciones complementarias privadas].

III) Otras prestaciones de Protección Social, distinguiendo en un apartado las estatales (incluyendo entre ellas, por imperativo de la Ley 10/1994 cit., las del Fondo de Garantía Salarial, de las que, por cierto, muchas veces se olvida que nacieron en el seno de la Seguridad Social, dentro de las prestaciones por desempleo ex art. 176 de la Ley de Seguridad Social de 1966: "...abono de las indemnizaciones reconocidas por sentencia de la Magistratura de Trabajo a favor de trabajadores despedidos, cuando éstos no puedan hacerlas efectivas por insolvencia del deudor..."), y en otro apartado las autonómicas (incluyendo aquí las de Asistencia Social, fundamentalmente en su versión "rentas mínimas de solidaridad" y, cómo no, cuando las haya, los propios complementos autonómicos a las pensiones no contributivas de la Seguridad Social, que no por complementarias –en sentido propio– dejan de ser Protección Social, en tanto que prestaciones con sus mismos rasgos), cuyo catálogo final, con las prestaciones que indiqué al principio y las demás que procedan (como la reconocida a los ciudadanos de origen español desplazados al extranjero durante su minoría de edad como consecuencia de la Guerra Civil<sup>47</sup>), más las antiguas y en vías de extinción (como las pensiones del SOVI y las de la Ley de Integración Social de Minusválidos), queda pendiente de cerrar.

Es en este bloque donde cabe incluir, pues, el estudio de las prestaciones de dependencia, sin perjuicio su posible adscripción interna o no a alguna de las especies tradicionales, como la propia Asistencia Social o, más seguramente, los servicios sociales. Datos hay para ello en la propia Ley establecedora, que dice constituir "un nuevo desarrollo de los servicios sociales", como "instrumento para mejorar la situación" de éstos<sup>48</sup>, a la vez que se declara plenamente respetuosa de las competencias que las Comunidades Autónomas "hayan asumido en materia de asistencia social"<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> Establecida por la Ley 3/2005, de 18 de marzo.

<sup>48</sup> Exposición de Motivos, 2, párrafo 6º.

<sup>49</sup> Exposición de Motivos, 3, párrafo 3º.

Y por semejante adscripción ha optado la doctrina<sup>50</sup> y, desde luego, muchos de los compendios normativos<sup>51</sup> y manuales de la disciplina<sup>52</sup>.

Con todo, no se agotan aquí los problemas surgidos con el aluvión de prestaciones de la pasada legislatura, pues queda a espera de debate y solución (que por mi parte dejo para otro momento) el difícilísimo encaje (por razón del límite propuesto para la determinación del contenido de la Protección Social, en tanto que circunscrita a las prestaciones positivas o de acción, a la imagen y semejanza de las de la Seguridad Social), difícilísimo encaje, digo, de la nueva prestación por nacimiento o adopción de hijos<sup>53</sup>

El problema está en que se trata, en primer término, de una deducción en la cuota del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (una desgravación fiscal, en suma) y, en su defecto (esto es, para personas que no tienen derecho a esa deducción, bien por no estar obligadas a la declaración anual del Impuesto, o bien por otros motivos), sólo en su defecto, se convierte en prestación de la Seguridad Social<sup>54</sup>. Es más, incluso en este último caso, la gestión de la prestación es susceptible de delegación a favor de los “órganos de la Agencia Estatal de Administración Tributaria”<sup>55</sup>.

Semejante construcción resulta completamente novedosa, inesperada y, por qué no, criticable desde un punto de vista técnico–jurídico, rompiendo los moldes que hasta el momento se habían venido utilizando en la materia y abriendo frentes (más bien riesgos) absolutamente innecesarios (v. gr., competencia de jurisdicción en eventuales recursos).

La naturaleza dual de la prestación hace que no se pueda explicar al alumno quién tiene derecho a la de la Seguridad Social sin explicar antes quién no tiene derecho a la deducción fiscal, y esto –claro– obliga a entrar en una normativa, la del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas<sup>56</sup>, hasta ahora ajena y

<sup>50</sup> Olarte Encabo, S., “Los servicios sociales como mecanismo de atención a la dependencia” *Temas Laborales* n° 89 (2007), pág. 188.

<sup>51</sup> Sempere Navarro, A.V. y G. Rodríguez Iniesta, *Código de Seguridad Social* cit., ubican la Ley de Dependencia en el apartado “Otras ramas de la Protección Social Pública”, subapartado “Servicios Sociales y Asistencia Social”. Asimismo, De la Villa Gil, L.E., *Leyes laborales y de Seguridad Social*, Iustel, 2007, que la coloca dentro del apartado titulado “Sistema de Asistencia Social”.

<sup>52</sup> Así, Vida Soria, J. y otros, *Manual de Seguridad Social*, Tecnos, 3ª edición, 2007, págs. 449 y ss., que tratan sobre la protección de la dependencia junto a la asistencia social y los servicios sociales. Más claramente, Rodríguez Ramos, M.J., J. Gorelli Hernández y M. Vélchez Porras, *Sistema de Seguridad Social*, que lo hacen dentro del epígrafe “Servicios Sociales”.

<sup>53</sup> Establecida por la ya citada Ley 35/2007.

<sup>54</sup> Art. 3 de la Ley 35/2007.

<sup>55</sup> Art. 5 de la Ley 35/2007.

<sup>56</sup> En concreto, el art. 81 bis de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, reguladora del Impuesto.

extraña al área de conocimiento, a salvo los límites para la exclusión de conceptos cotizables ex art. 109 LGSS (que, por cierto, tampoco han resultado nunca cómodos de explicar).

Mas no es la dificultad que supone entrar en la normativa fiscal el motivo de queja, sino la incoherencia que supondría asumir la explicación de esta deducción sin una mínima cobertura conceptual: ¿por qué no asumir, entonces, dentro de la Protección Social, el estudio de otras deducciones que tuvieran análoga función redistributiva, como, por ejemplo, la establecida por el art. 81 de la Ley del IRPF en favor de las madres trabajadoras con hijos menores de tres años que, por añadidura, pueden cobrar su importe por anticipado, directamente de la Administración tributaria<sup>57</sup>?

Aquí se abre, pues, el primer debate del recién nacido Derecho de la Protección Social, a saber, si su contenido debe mantenerse limitado a las prestaciones públicas positivas o de acción, o ir más allá y abarcar también esas parcelas de la legislación sobre impuestos.

<sup>57</sup> Art. 81 de la Ley 35/2006 cit.