

## 4. Derechos y obligaciones de las personas en situación de dependencia. Las prestaciones del sistema y el catálogo de servicios

SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA\*

### Abreviaturas

ACE: Resolución de 2 de diciembre de 2008, de la Secretaría de Estado de Política Social, Familias y Atención a la Dependencia y a la Discapacidad, dando publicidad al Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia, de 27 de noviembre de 2008, sobre determinación de la capacidad económica del beneficiario y sobre los criterios de participación de éste en las prestaciones del SAAD (BOE de 17 de diciembre).

ACNP1: Resolución de 4 de noviembre de 2009, de la Secretaría General de Política Social y Consumo, dando publicidad al Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia, de 27 de septiembre de 2009, sobre criterios comunes de acreditación en materia de formación e información de cuidadores no profesionales (BOE de 27 de noviembre).

ACNP2: Resolución de 4 de febrero de 2010, de la Secretaría General de Política Social y Consumo, dando publicidad al Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia, de 25 de enero de 2010, para la mejora de la calidad de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar del SAAD (BOE de 12 de marzo).

AGE: Administración General del Estado.

ASA: Resolución de 2 de diciembre de 2008, de la Secretaría de Estado de Política Social, Familias y Atención a la Dependencia y a la Discapacidad, dando publicidad al Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia, de 27 de noviembre de 2008, sobre criterios comunes de acreditación para garantizar la calidad de los centros y servicios del SAAD (BOE de 17 de diciembre).

CA: Comunidad Autónoma.

CCAA: Comunidades Autónomas.

CE: Constitución Española.

EELL: Entidades Locales.

IMSERSO: Instituto de Mayores y de Servicios Sociales.

IPREM: Indicador Público de Rentas de Efectos Múltiples.

LD: Ley de Dependencia.

LO: Ley Orgánica.

PIA: Programa Individualizado de Atención.

RD: Real Decreto.

SAAD: Sistema para la Autonomía y la Atención a la Dependencia.

### 4.1. Resumen ejecutivo

1.º La dependencia es un riesgo social peculiar que reúne los rasgos de universalidad, de tratarse de una situación de necesidad que no tiene una connotación fundamentalmente económica o profesional, de que no es sólo ni siempre una enfermedad, y cuya cobertura debe realizarse fundamentalmente a través de pres-

\* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.

taciones de servicios y no económicas. Todo ello ha de tener una repercusión indudable en la forma de identificar el riesgo y el tipo de cobertura, afectando al número de sujetos protegidos, al tipo de tutela y a su función.

2.º El legislador, a través de la LD, ha realizado una serie de opciones, estableciendo, en primer lugar, un modelo de tutela caracterizado por dar prioridad a la responsabilidad pública frente a la carga familiar, aunque sin descartar un peso relativo de ésta, que la realidad social ha subrayado haciendo que la mayoría de las prestaciones del Sistema sean económicas y justificadas por el cuidado familiar. En segundo lugar, la LD ha establecido un universo subjetivo de protección muy amplio, identificando potencial derecho a la protección y ciudadanía. En tercer lugar, la LD ha impuesto un criterio de asistencialidad parcial o progresiva, de forma que nadie queda excluido de la protección, al garantizarse siempre un mínimo, a la vez que la contribución al coste del servicio, o la disminución de la prestación económica, está en relación directa con la capacidad económica del beneficiario. Finalmente, la Ley ha jerarquizado las prestaciones, dando prioridad a las de servicios frente a las económicas, si bien se trata más de un objetivo que de una realidad. La falta de recursos materiales y personales para hacer frente a todas las demandas de protección, no sólo desde los entes públicos, sino también incluyendo en el Sistema mediante concierto a los sujetos privados, así como las preferencias de los beneficiarios y el menor coste de la prestación, han invertido las preferencias reales que se decantan por la prestación económica por cuidado familiar, seguida de la residencial, la ayuda domiciliaria y las prestaciones económicas vinculadas al servicio.

3.º Pese al compromiso de la LD, no se han producido modificaciones de relevancia en la regulación de los sistemas privados de previsión que pudieran otorgar prestaciones complementarias a las públicas. Sólo las reformas parciales de la Ley de Planes y Fondos de Pensiones y de la Ley Hipotecaria son una manifestación en este sentido, sin que un hipotético seguro de dependencia haya sido regulado y fomentado, siendo así que el de-

sarrollo de sistemas privados complementarios constituye, como en el campo de la Seguridad Social, una futura mejora de la asistencia, además de un mayor grado de responsabilización personal de los potenciales beneficiarios. Se trata, pues, de un ámbito de actuación todavía poco explorado.

4.º La LD clasifica las prestaciones en dos grandes grupos: las de servicios y las económicas, ambas enumeradas y reguladas en la propia Ley. En cuanto a las prestaciones de servicios, se trata de un listado o catálogo que debe considerarse abierto, en cuanto puede ser ampliable por las CCAA, en uso de su competencia exclusiva en el terreno de los servicios sociales y del reconocimiento legal de un posible nivel adicional de protección a cargo exclusivo de la CA que lo implante. Lo mismo puede decirse de las prestaciones económicas que, a su vez, están jerarquizadas, dando prioridad a la vinculada al servicio por delante de la prestación económica por cuidado familiar. Aunque en la práctica las segundas multipliquen por diez a las primeras.

5.º Las prestaciones técnicas del catálogo están someramente definidas en la LD y en el RD 727/2007, si bien lo más relevante de esta última norma es el intento, esencialmente fallido, de fijar la intensidad (en cuanto al alcance, contenido y calidad) de las prestaciones de servicios. De forma que, finalmente, el RD 727/2007 acaba remitiendo la concreción de esa intensidad prestacional a cada CA, conforme a criterios muy ambiguos que juegan con variables tan elásticas como la disponibilidad de recursos o de infraestructuras. Sólo la ayuda a domicilio encuentra en el RD 727/2007 una cierta precisión, traducida en horas de dedicación mensual según los grados de dependencia. El que el RD 727/2007 no concrete la intensidad específica de cada prestación permite, desde luego, que cada CA la determine de forma autónoma, en uso de sus competencias normativas, aunque esta posible dispersión de un estándar homogéneo pueda poner en cuestión la finalidad de la intervención estatal de garantizar la igualdad de condiciones en el ejercicio del derecho.

6.º Dentro de las prestaciones de servicios son particularmente importantes las establecidas para la prevención de la dependencia y para la promoción de la autonomía, debido a su función de evitar o retrasar la aparición de la dependencia o de sus secuelas y de orientarse a fomentar la capacidad personal de decisión del dependiente. No obstante, su impacto actual es muy reducido, como lo indican las escasas solicitudes cursadas. Sin duda, la mayor presión de la necesidad de atender situaciones de dependencia ya existentes ha colocado en un segundo plano estas prestaciones que mejor se adecuan a las finalidades de la LD. La concreción y la remisión a las CCAA de la determinación del contenido de la prestación se reproducen en relación con otros servicios tan esenciales, en una dinámica de socialización del dependiente y de ayuda a los familiares que lo tienen a su cargo, como son los centros de día y de noche, quedando a la decisión de cada CA establecer los servicios y programas en que se concreten estas prestaciones.

7.º La LD sólo menciona, y regula muy pobremente, otro gran conjunto de prestaciones asociadas a la dependencia y que tienen como destinatarios principales a los cuidadores familiares. Se trata de prestaciones como ayudas a la adaptación de hogares, a la movilidad y al transporte, a la formación profesional, a la adaptación del horario de trabajo que permita la atención al dependiente, o las llamadas prestaciones de respiro. Siendo tan prevalente el cuidado a cargo de familiares, estas prestaciones tienen una relevancia notable, que contrasta con la pobreza de las referencias legales y, de nuevo, con la muy amplia discrecionalidad de las CCAA a la hora de establecerlas.

8.º Los servicios del catálogo tanto pueden prestarse por entidades públicas o, lo que será más habitual, por entidades privadas concertadas que se integran en el Sistema. Incluso estas entidades privadas o empresas (tengan o no ánimo de lucro) pueden ofertar sus servicios en el mercado libre de prestaciones de dependencia y ser adquiridos por los dependientes, usando para ello la prestación económica vinculada al servicio. En

ambos casos, estas entidades han de estar acreditadas, lo que significa que sometidas a un control público que garantice su calidad y su solvencia profesional. A este respecto, el Consejo Territorial del Sistema ha adoptado un Acuerdo que recoge los criterios mínimos, con validez en todo el Estado, para que las CCAA puedan otorgar la acreditación, ya que la competencia es de éstas. En relación con este tema, puede decirse que el Acuerdo del sistema de acreditación es, de una parte, restrictivo, como cuando exige que la acreditación se obtenga por cada centro o servicio y limita su ámbito al territorio de la CA que la ha otorgado; provocando la necesidad de una acreditación múltiple, quizás demasiado engorrosa, si quiere actuar en todo el territorio español. Pero es mucho más flexible e inconcreto en lo que se refiere a los requisitos, tanto numéricos (de plantilla) como de cualificación profesional, cuanto de medios o infraestructuras respecto de las que sólo pide que sean adecuadas, dejando a cada CA apreciarlo con un amplio margen de discrecionalidad. Por otra parte, siendo exigencias muy flexibles, además el Acuerdo incorpora un período transitorio verdaderamente generoso para cubrir las en relación con el número de trabajadores y su cualificación profesional.

9.º Igualmente impreciso es el Acuerdo en lo que se refiere a la calidad del empleo de los profesionales de las empresas que soliciten la acreditación, remitiéndose a un mecanismo de participación donde esos parámetros deban discutirse, y confiando a esa negociación la identificación y valoración de los mismos. Sólo son detalladas las obligaciones de documentación e información que se recogen en el Acuerdo. Finalmente, el Acuerdo prevé un método abierto de coordinación para lograr la convergencia de los criterios al respecto de las diferentes CCAA, como forma de evitar una excesiva disparidad que podría, de nuevo, amenazar el objetivo de garantizar las condiciones de igualdad en el ejercicio del derecho a la tutela. La ampliación de la exigencia de calidad también a los centros públicos se basa en un principio de homogeneidad lógico, si bien el Acuerdo no articula ni propone un procedimiento para establecer y comprobar esa exigencia; la debilidad, de nuevo,

del mandato deja la decisión en este tema en manos de cada CA.

10.º Una importante carencia de la regulación legal, solventada sólo parcialmente y de forma desigual por las CCAA, es la ausencia de una regulación completa o de unos criterios sistemáticos acerca de la compatibilidad o incompatibilidad de las prestaciones de servicios entre sí, de éstas con las económicas, y de las económicas entre ellas. La LD y sus normas de desarrollo a nivel estatal sólo contienen referencias aisladas y no completas a esta importante cuestión. Se trata, sin duda, de una carencia actual del Sistema, que debería ser solucionada.

11.º La regulación de las prestaciones económicas adolece igualmente de muchas carencias. No tanto la vinculada al servicio, más claramente alternativa a la de servicio que no se puede recibir y que se adquiere mediante contrato, utilizando a este fin la propia prestación económica, verdaderamente afectada a esa finalidad. Los problemas surgen con las otras prestaciones económicas. En concreto, con la prestación de asistencia personal, reservada a un grupo reducido de dependientes y, en principio, orientada a cumplir unas funciones muy específicas de acompañamiento al dependiente en actividades externas como el estudio y el trabajo. Sin embargo, una descripción legal ambigua, la asignación de una cuantía igual a la prestación vinculada al servicio y la ausencia de fijación de los módulos horarios y de la aportación económica correspondiente, han hecho que esta prestación quede un tanto desdibujada, como lo demuestra el escaso número de solicitudes. Una regulación completa, en la línea al menos de fijar con más claridad su función y sus requisitos, sería altamente deseable.

12.º Lo mismo sucede, pero más agravado, con la prestación económica por cuidado familiar. Dado el protagonismo que tiene actualmente, hasta convertirse en la prestación central del sistema, es necesario responder, mediante una regulación detallada, a los numerosos interrogantes que se suscitan sin que ninguna norma dé una contestación satisfactoria, y que

están referidos a todas sus dimensiones: quién puede ser cuidador, sobre todo en el caso del cuidador del entorno no familiar; qué condiciones deben darse para este segundo tipo de cuidado; cómo se exige la convivencia; en qué domicilio; cuál es la relación jurídica que existe entre dependiente y cuidador; en qué consiste la aplicación de la prestación a la finalidad señalada en la Ley; si cabe la retribución del cuidador; si es posible la existencia de diversa figuras de cuidador, como el principal y los secundarios, a tiempo completo o parcial, sea compartiendo o no el cuidado con otros familiares; si cabe la contratación del cuidador familiar; si puede destinarse la prestación a contratar servicios de asistencia; si esta prestación es compatible con otras, con cuáles y en qué circunstancias; qué exigencias de formación y capacidad pueden exigirse al cuidador; qué prestaciones complementarias de apoyo al cuidador pueden articularse; quién realiza el control de la efectividad y la calidad del cuidado; en qué casos puede revocarse la prestación, etc. La aprobación del Acuerdo del Consejo Territorial sobre los criterios mínimos referidos a la formación e información a recibir por los cuidadores no profesionales, siendo ilustrativos de unos ciertos estándares de idoneidad, no los ha convertido en una exigencia previa para acceder a la condición de cuidador familiar, influyendo sólo indirectamente en la determinación de éste. Tampoco el Acuerdo de 25 de enero de 2010 ha dado respuesta a todas estas cuestiones, si bien ha introducido algunas precisiones acerca de los requisitos de idoneidad del cuidador informal, el tiempo de dedicación, las condiciones de desempeño de la tarea de cuidado así como acerca del seguimiento y control de la calidad de la atención dispensada.

13.º A partir de la previsión legal de participación del beneficiario en el coste de las prestaciones (el llamado copago), el Consejo Territorial ha adoptado un Acuerdo sobre los criterios para determinar la capacidad económica del solicitante y el tipo de aportación económica que estará obligado a hacer. En cuanto a lo primero, el Acuerdo es lo suficientemente preciso y detallado, permitiendo a las CCAA fijar otros criterios más venta-

josos para el beneficiario. Así, pueden destacarse los siguientes rasgos: opción por computar la capacidad económica individual del dependiente y no la familiar, sin duda vinculada al respeto de su autonomía; cómputo habitual sumando rentas o ingresos y valor del patrimonio; consideración amplia de todos los ingresos e incluso de las disposiciones patrimoniales hechas antes de la solicitud; tratamiento especial de la vivienda habitual y de las cargas familiares. El Acuerdo sólo es impreciso en la regla que ordena tener en cuenta la edad del dependiente y el tipo de servicio, algo cuya concreción vuelve a quedar en manos de las CCAA.

14.º A partir de la capacidad económica establecida del solicitante, el Acuerdo fija las reglas de participación del beneficiario en el coste. De nuevo aquí el Acuerdo se mueve en terrenos imprecisos, ofreciendo reglas incompletas que deberán ser adoptadas, moduladas, concretadas y aplicadas por cada CA. Una vez más, y aquí se está tratando una cuestión central del derecho como es la participación en el coste de las prestaciones, lo que significa afectar indirectamente a la entidad de las mismas, la posible diferencia de reglas podría poner en cuestión esas condiciones de igualdad que la LD quiere en todo momento garantizar.

15.º El contenido del derecho subjetivo a la protección de la situación de dependencia es complejo, pero puede resaltarse lo relacionado con la propia tutela (el derecho a las prestaciones) y lo relativo al ejercicio de la propia autonomía y capacidad de decisión del dependiente. En relación con esto último, puede apreciarse una notable carencia en cuanto a la fijación de los procedimientos para, por ejemplo, oponerse a internamientos involuntarios, o para reclamar, y, sobre todo, discutir las resoluciones administrativas que emanan de las autoridades autonómicas o locales competentes. Aspectos como la aplicación de las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto a lo primero, y de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, en lo que hace a la naturaleza del procedimiento (si a solicitud del interesado o de oficio), a los plazos de resolución, al valor del silencio administrativo y a los recursos que pueden interponer, son aspectos que ne-

cesitan una urgente regulación. Algo semejante puede señalarse en relación con el litigioso problema de la efectividad del reconocimiento del derecho.

16.º La LD considera titulares del derecho tanto a los españoles residentes en España (eventualmente también a los que residen en el extranjero) como a los extranjeros que reúnen esa misma condición. No es, desde luego, la LD el lugar de regular con detalle cuestiones como si los extranjeros irregulares pueden o no acceder a estas prestaciones; si en general o sólo los menores de edad; si la residencia que se exige puede o no interrumpirse, por cuánto tiempo y por qué razones; si pueden cumplirse esas exigencias con la residencia en países comunitarios si se trata de un español o de un ciudadano de la Unión Europea que solicite la prestación en España; de qué manera se prueba la residencia y su carácter ininterrumpido, o qué tipo de prestación es la que se reconoce al español emigrante retornado. Todos, problemas aplicativos que requieren una solución clara y permanente. De lo que sí se ocupan la LD y el RD 727/2007 es de la movilidad de los dependientes dentro del territorio nacional, de una CA a otra, optando por la fórmula, a la vez garantizadora del derecho pero respetuosa de las competencias de las CCAA, de entenderlo concedido, pero requerir una nueva fijación del PIA por la entidad competente de la CA de destino. Aunque esta solución pueda suponer una sobrecarga burocrática tanto para el dependiente como para las CCAA implicadas. La alternativa de dar validez nacional al reconocimiento del derecho y a su contenido podría haberse contemplado, estableciendo la salvedad de excluir la prestación concreta si no está prevista en la misma forma en la CA de destino.

17.º La LD, en una decisión técnicamente muy discutible, aunque es posible que económicamente razonable, ha mantenido la vigencia de prestaciones del Sistema de Seguridad Social y de los Servicios Sociales que cumplen una función equivalente a las de dependencia, sobre todo las de carácter económico, ya que todas estas prestaciones análogas lo son. Su persistencia enturbia el panorama de las medidas de tutela de los dependientes, siendo desde luego aconsejable su supresión, por ocupar su lugar las previsiones de la LD.

#### **4.2. La peculiaridad de las situaciones de dependencia personal como riesgo social y la especialidad de sus instrumentos de tutela**

Las situaciones de dependencia deben ser entendidas, con carácter general, como aquéllas en las que la persona afectada necesita el auxilio de otra para realizar las actividades más esenciales de la vida cotidiana, y en las que se pone en juego no sólo su calidad de vida, sino también su autonomía y su dignidad personal. Así se han definido, hace ya algunos años, por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en la Recomendación (98) 9, de 18 de septiembre de 1998, para la que la dependencia es “el estado en el que encuentran las personas que por razones ligadas a la falta o pérdida de autonomía física, psíquica o intelectual tienen necesidad de asistencia y/o ayudas importantes a fin de realizar los actos corrientes de la vida diaria”. O como, más recientemente, se describen en la Exposición de Motivos de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (BOE de 15 de diciembre de 2006, LD en adelante), considerándolas como las situaciones de “especial vulnerabilidad” en las que se pueden encontrar las personas, requiriendo “apoyos para desarrollar las actividades esenciales de la vida diaria, alcanzar una mayor autonomía personal y poder ejercer plenamente sus derechos de ciudadanía”. Descritas de esta manera, la primera conclusión a la que ha de llegarse es que las situaciones de dependencia constituyen un riesgo social dotado de características singulares.

En primer lugar, se trata de un riesgo de carácter universal, que puede afectar, por definición, a todos los ciudadanos, quienes, con una altísima probabilidad, y sobre todo si superan una cierta edad, acabarán encontrándose en una situación, más o menos grave o más o menos duradera, de dependencia. Por no mencionar los casos, desde luego no despreciables en cuanto a su número, en que esa dependencia no está vinculada a la edad o al envejecimiento, sino a enfermedades, defectos, padecimientos o dolencias, originarias o sobreveni-

das, de naturaleza incapacitante, en el sentido de que quien las sufre, tenga la edad que tenga, también requiere el concurso de otra persona para realizar las actividades básicas de la vida diaria correspondientes a su edad.

No obstante, respecto del perfil típico del dependiente y según datos del IMSERSO ([www.imserso.es/dependencia](http://www.imserso.es/dependencia)), puede indicarse que, en España, del total de 1.082.414 solicitudes de prestación recibidas hasta el 1 de diciembre de 2009, un 83,72 por 100 (906.252) corresponden a personas mayores de 55 años, mientras que sólo el 3,10 por 100 (33.528) se refieren a dependientes menores de 18 años. Del primer grupo de solicitudes, además, hay que recalcar que 562.194 (un 51,94 por 100 del total) son de personas con edades superiores a los 80 años, 284.496 (un 26,28 por 100 del total) de personas entre los 65 y los 79 años, y 59.562 (un 5,50 por 100 del total) de personas entre 55 y 64 años; de manera que, para las edades entre 18 y 55 años, sólo se han presentado 42.634 solicitudes (un 13,18 por 100 del total). Lo anterior evidencia la indudable conexión entre dependencia y edad, hasta constituir una de las manifestaciones del envejecimiento; e incluso más, el que la dependencia afecta fundamentalmente a personas que pertenecen a lo que se viene denominando como la “cuarta edad” o mayores de 80 años. Mientras que son comparativamente muy escasas las solicitudes de prestación de menores de edad, seguramente porque obtienen una mejor tutela a través de otras prestaciones del Sistema de Seguridad Social, fundamentalmente de naturaleza familiar; creciendo esas demandas muy lentamente a medida que se incrementa la edad, hasta dar el salto cuantitativo a partir del cumplimiento de los 65 años. Otro factor relevante que los datos ponen de manifiesto es el relativo al sexo de los solicitantes, siendo mayoritarias (prácticamente dos tercios del total) las solicitantes de sexo femenino (693.409), mientras que el número de los solicitantes masculinos sólo llega a 363.285. Una mujer de edad avanzada es, por tanto, la figura que mejor identifica a la persona en situación de dependencia en España.

En segundo lugar, la dependencia constituye una situación de necesidad que no tiene, en cuanto situación de necesidad, una connotación fundamentalmente económica o profesional, ya que no se aborda, desde luego, como una incapacidad para trabajar, aunque la situación de dependencia pueda, en muchos casos, determinarla; además, al afectar en un gran número de casos a personas que superan la edad de jubilación, esta posible repercusión sería igualmente irrelevante desde el punto de vista práctico. La situación de necesidad que se quiere proteger, en cambio, tiene como referente las condiciones de vida del sujeto afectado, proyectándose no tanto hacia la actividad pública de desarrollo de un trabajo o de una actividad profesional, sino hacia la esfera privada, la de la vida en sus dimensiones más elementales. De modo que el aspecto estrictamente económico queda desplazado, ya que, para calificar a una persona como dependiente, es indiferente si trabaja o no y si tiene ingresos suficientes o carece de ellos. En consecuencia, las necesidades a tutelar son, prioritariamente, de carácter inmaterial, tales como la dignidad personal, la autonomía del individuo, la posibilidad de desarrollar, gestionar y controlar, sólo o con la ayuda de otro, las dimensiones más íntimas y personales de la vida. Se trata, pues, de personas que no necesariamente se encuentran en situación de necesidad económica, mucho menos extrema; aunque, en su inmensa mayoría, estarían condenadas al empobrecimiento, a la indigencia o a la desatención, si hubieran de afrontar con sus solos recursos los costes de atención que precisan.

En tercer lugar, la situación de dependencia no es sin más una enfermedad, ni siquiera crónica, que requiera exclusivamente un tratamiento médico, aunque pueda constatarse la altísima incidencia de enfermedades en dependientes mayores de 65 años (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005, p. 20). Por el contrario, es una situación de limitación y de fragilidad personal en lo que hace a las operaciones más elementales de la vida, incluyendo en ellas no sólo la de alimentarse o la de atender al aseo personal, sino también las más amplias de desplazarse dentro del hogar y atender a cotidianas cuestiones domésticas, o

las más sociales de movilidad externa o de gestión de la vida colectiva y de participación. Por ello, las prestaciones que el dependiente requiere no son sólo de tipo médico, aunque también pueden serlo, desde luego, en ciertos casos de dependencia grave o asociada a enfermedades.

Junto a las sanitarias, entendidas en sentido amplio, es decir, tanto generales como especializadas, las situaciones de dependencia requieren, entre otras, prestaciones de rehabilitación o de prevención de futuras o más graves dependencias; prestaciones instrumentales y farmacéuticas; ayudas para la adaptación de los hogares y para favorecer la movilidad; prestaciones personales de acompañamiento, de entretenimiento, de ocio o de integración social; ayudas domiciliarias personales o a través de la teleasistencia; centros de día, centros geriátricos, centros de internamiento temporal y residencias asistidas, etc. Todas, prestaciones de servicios o técnicas de índole mayoritariamente socio-sanitaria.

En cuarto lugar, y por lo dicho, la especial naturaleza de la situación de necesidad hace que su cobertura no pueda realizarse sólo con prestaciones económicas que, a la postre, no serán sino sucedáneos de otras prestaciones directas de tipo personal, en las que la profesionalidad y la dedicación (si se trata de servicios de ayuda prestados por profesionales de estas actividades) u otros valores como el afecto, el sentido de la responsabilidad familiar, la solidaridad, la gratitud o el respeto a los mayores (sin duda relevantes si la ayuda se presta por familiares o personas del entorno familiar del dependiente sin recibir de éste, ni pretenderlo normalmente, ninguna contraprestación por ese cuidado) tienen un papel protagonista. Es verdad que pueden concebirse, y existen, sistemas de protección que sólo otorguen a los dependientes prestaciones económicas que les permitan afrontar los gastos de cuidado; pero, salvo que esas prestaciones se afecten directamente a la adquisición de los servicios de asistencia, serán sistemas en los que difícilmente podrán alcanzarse los objetivos de ayuda a los dependientes mediante prestaciones eficaces y de calidad, y en los que tampoco se lograrán fácilmente los objetivos de ga-

rantizar y promover la dignidad y la autonomía personal del dependiente.

### **4.3. Las alternativas en materia de derecho a la tutela y de prestaciones: las opciones legales que configuran el modelo de protección de la dependencia**

Vistas las peculiaridades de la situación de necesidad a proteger, la LD ha tenido que realizar una serie de opciones que determinan las características generales del modelo de tutela. Tales opciones se han tomado por el legislador frente a una serie de alternativas que se exponen a continuación.

En primer lugar, la LD ha tenido que optar entre responsabilidad familiar o carga pública, entre el ámbito de lo privado o de la intervención social. El cuidado de los dependientes ha formado parte siempre de las responsabilidades privadas del núcleo familiar, que ha venido asumiéndolas durante mucho tiempo, y aún hoy lo hace, sin ponerlas en cuestión. El afecto, la cohesión familiar, las obligaciones respecto de los hijos y parientes cercanos, el deber de apoyo mutuo, el reconocimiento de la deuda contraída con los padres, la solidaridad intergeneracional, o el respeto y consideración a los mayores, han sido los valores sobre los que se ha asentado ese cuidado, mantenido durante mucho tiempo, sin considerar su coste ni su carga, en el espacio de la familia.

Es cierto que esa estructura moral está cambiando y que el individualismo, el aislamiento social, la presión del trabajo, del consumo y del ocio, o la carencia de tiempo, están llevando a un proceso de desresponsabilización familiar, del que sin duda es una patética expresión el alto número de ancianos que viven solos en sus domicilios (según datos del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005, p. 23, un 15 por 100 de las personas mayores en situación de dependencia, obviamente y en su mayor parte de grado moderado, viven solas en sus hogares) y que se refleja, también, no ya en el descuido o en el abandono de los que se encuentran

en situación de dependencia, pero sí en las crecientes dificultades que tienen los potenciales cuidadores familiares para asumir esa tarea. También es verdad que este proceso está forzado por factores externos, como la reducción del tamaño de las familias, la desestructuración de los lazos de apoyo mutuo por el fenómeno de la dispersión y la movilidad, el reducido número de hijos que pueden hacerse cargo del cuidado de los mayores, el aumento de los hogares unipersonales, el tamaño de los mismos, o, muy particularmente, la incorporación de la mujer al mercado de trabajo. Por no hablar de la mayor carga, en tiempo de dedicación, pero sobre todo en duración, que ese cuidado proyecta sobre los familiares que prestan esos auxilios, debido a la mayor amplitud de los tiempos de dependencia en razón del imparable proceso de envejecimiento de la población.

En este panorama, es indudable que, en el marco de un Estado Social, los sistemas públicos de protección han de intervenir necesariamente, socializando la protección, pero sin alterar esencialmente el papel que la familia está llamada a desempeñar. De forma que la intervención pública coexista con el cuidado privado o familiar, no acelerando el proceso de desentendimiento de la atención al dependiente por parte de los parientes cercanos. Una protección, en fin, que reafirme la responsabilidad familiar en el compromiso con los dependientes, pero que, a la vez, les proporcione los medios y apoyos necesarios para cumplir esa tarea, buscando un equilibrio entre la protección externa y la interna del núcleo familiar, entre la ayuda directa y el fomento de la asunción por los parientes más cercanos de sus deberes morales con los dependientes, entre el apoyo económico o incluso la recompensa a esa tarea y el valor inmaterial del afecto y la solidaridad.

Hasta la aprobación de la LD, la protección de la dependencia ha venido siendo asumida desde hace una veintena de años, aunque de forma parcial, incompleta y poco sistemática, por las Comunidades Autónomas (CCAA, en lo sucesivo). Antes de esta tutela autonómica (y, en gran medida, también tras ella), la depen-



dencia era considerada un riesgo de tipo privado, como una carga más a asumir por el núcleo familiar, configurando lo que se ha venido a denominar como “protección social invisible”. La opción de la LD podría haber sido la de seguir residenciando esa protección en la familia, funcionando los servicios públicos de dependencia como meros auxiliares de la asistencia prestada por el entorno familiar del dependiente; en este contexto, la tutela se limitaría a la previsión de ayudas técnicas complementarias (de formación, médicas, de adaptación de viviendas, o de transporte) a prestaciones exclusivamente económicas (que suelen dejar libertad plena de disposición y aplicación de las mismas al criterio del dependiente, no siendo normalmente suficientes para adquirir las ayudas personales que se precisan).

No es así, puesto que la LD, al concretar el mandato contenido en los artículos 49 y 50 de la Constitución (referidos a los servicios sociales que los poderes públicos han de articular para atender a las personas mayores y a las personas con discapacidad), ha convertido la protección de la dependencia en un compromiso y un deber públicos. Así se pone de manifiesto en el artículo 1 LD, donde se hace mención al Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD, en adelante), configurándolo como un sistema público, fruto de la cooperación entre la Administración General del Estado (AGE), las CCAA y las Entidades Locales (EELL). También en el artículo 3. a) LD, donde expresamente se indica “el carácter público de las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia”; y en el artículo 4 LD, donde también literalmente se califica la expectativa de protección como un derecho subjetivo del ciudadano a ejercitar frente a los poderes públicos.

El que la protección de la dependencia se configure como una responsabilidad pública no quiere decir que la norma ignore (ni debería hacerlo) la importancia del cuidado y de la responsabilidad familiar en la asistencia al dependiente. Entre otras cosas, porque las prestaciones públicas de servicios, por muy amplias y generosas que sean, no pueden cubrir de forma com-

pleta las necesidades cotidianas y permanentes de muchos dependientes, sobre todo los del grado más elevado. Lo pone de manifiesto el RD 727/2007, de 8 de junio, sobre intensidades de la protección de los servicios y sobre la cuantía de las prestaciones económicas de la LD (BOE de 9 de junio de 2007), cuyo Anexo I establece como horas de atención de la ayuda domiciliaria a los grandes dependientes del nivel máximo (nivel 2) la cifra de entre 70 y 90 horas mensuales, tratándose en la mayor parte de los casos de personas que requieren un cuidado y una atención constantes. De manera que la LD cuenta (salvo obviamente en los supuestos de internamiento del dependiente en residencias especializadas) con la contribución del cuidado informal o familiar, imprescindible incluso cuando el SAAD otorga las prestaciones técnicas o de servicios que se contemplan en su Catálogo (artículo 15 LD). Por no hablar de la prestación económica específica por cuidado en el entorno familiar por parte de cuidadores no profesionales (artículo 18 LD), manifestación indudable del espacio que la LD concede a la asistencia proporcionada por los parientes y las personas próximas al dependiente.

La segunda de las opciones legales, a la que ya se ha hecho mención en el apartado anterior, es la que opera frente a la alternativa entre universalidad o limitación subjetiva de la protección, decantándose la norma por la configuración más amplia del campo subjetivo del SAAD. Así lo dice expresamente el artículo 3. b) LD, cuando, al definir los principios de la Ley, señala que uno de ellos es “la universalidad en el acceso de todas las personas en situación de dependencia, en condiciones de igualdad efectiva y no discriminación”. La LD no se ha decantado por una protección de la dependencia circunscrita a las personas mayores de una cierta edad (55 o 65 años, según algunos ordenamientos europeos), pese a la incidencia mayoritaria de este riesgo en dicho colectivo. Lo que no dejará de influir en la aplicación práctica de sus previsiones, como pone de manifiesto la relevancia de los servicios de atención residencial, utilizados sobre todo por dependientes de edad elevada, o la ayuda domiciliaria; en ambos casos, prestaciones que suelen partir del hecho

de que el dependiente está y vive solo, lo que no suele suceder con dependientes de edades inferiores a los 30 años.

La amplitud del campo subjetivo de protección, esto es, que estén incluidos en el mismo todos los ciudadanos (y los extranjeros, sean comunitarios o no) residentes (legales o regulares, en el caso de los extranjeros extracomunitarios) en territorio español (artículo 5 LD), tiene consecuencias importantes en el terreno de los requisitos que han de reunirse para tener derecho a las prestaciones o en el régimen mismo de las ayudas previstas. Por citar un ejemplo, la residencia mínima exigible en territorio español, que, en el caso de los menores de 5 años, se requiere a quien ejerza su guarda y custodia y no, obviamente, al menor [artículo 5.1. c) LD]; o la necesidad de aplicar un baremo diferente para valorar la situación de dependencia de los menores de 3 años; o, en fin, la conveniencia de adoptar un plan integral de atención a este tipo de dependientes (ambas cuestiones en la Disposición Adicional Decimotercera LD).

En todo caso, hay que señalar que la universalidad establecida por la LD como condición básica de garantía de la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo a la protección, configura a éste como un derecho de ciudadanía (artículo 1.1 LD), esto es, como un derecho derivado de la mera condición personal de integrante, por nacionalidad y/o residencia, de la comunidad sobre cuya solidaridad dicha protección descansa. Además de tratarse de un derecho que se vincula a la dignidad y a la intimidad personales, en la medida en que es también el soporte del ejercicio de otros derechos fundamentales. De aquí la especial relevancia que la LD da, incluso en su título, a la promoción de la autonomía personal, y que el artículo 3. h) convierte en principio inspirador de la Ley. Lo que no deja de manifestarse a lo largo de la norma, no sólo en el énfasis que pone en la personalización de la atención [artículo 3. f)], en las medidas de prevención y rehabilitación, estímulo social y mental [artículo 3. g)], o en la permanencia de las personas en situación de dependencia en el entorno en el que desarrollan su vida [artículo 3. i)];

también en el hecho mismo de que la titularidad del derecho se concede al propio dependiente y en que, en la medida en que sea posible, su opinión o juicio deben ser tenidos en cuenta, por ejemplo, a la hora de establecer el contenido concreto del derecho mediante el Programa Individual de Atención (PIA), regulado en el artículo 29 LD.

La tercera de las opciones está relacionada con la alternativa entre contributividad y asistencialidad de la protección. Como también ha sucedido en otros países (el caso, por ejemplo, de la República Federal de Alemania), la protección de las situaciones de dependencia podría haberse organizado mediante un sistema de aseguramiento público, haciendo depender la tutela de la existencia de ese seguro y de un tiempo mínimo de aportación financiera al mismo (o período de carencia o de cotización previa). No ha sido así y, en cierta medida (aunque no necesariamente), la universalidad subjetiva ha impedido esta opción. Pero debe recordarse que universalidad no necesariamente es sinónimo de asistencialidad, ya que es posible pensar en una prestación abierta a todos los ciudadanos, pero para acceder a la cual sea necesario reunir un mínimo tiempo de cotización; todo dependerá de la amplitud del seguro y de la posibilidad de que pudiera ser suscrito por cualquier persona.

No obstante, las prestaciones universales habitualmente se hacen depender de requisitos que expresan, no tanto la aportación financiera previa del sujeto interesado (y potencial beneficiario futuro de la tutela), sino la vinculación personal con una determinada comunidad (lo que se manifiesta, como se ha dicho, mediante la residencia de una cierta duración y, al menos en parte, coetánea con la solicitud de la protección). Aun así, la tutela no tiene por qué estar necesariamente inspirada en el principio asistencial, es decir, en la concurrencia en el sujeto, junto al hecho mismo de la dependencia, de la situación de carencia real de recursos de subsistencia. Dicho de forma sintética, previendo la protección sólo para dependientes residentes carentes de recursos; lo que expulsaría de la misma a los dependientes residentes que sí tuvieran ingresos suficientes y

la capacidad, por tanto, de financiarse la adquisición de la asistencia necesaria en el mercado abierto de servicios personales.

La opción de la LD ha sido más matizada. En el sentido de que, partiendo de la universalidad subjetiva, ha reclamado la residencia como requisito esencial (además, obviamente, de la propia situación de dependencia, objetivamente evaluada), pero no ha configurado la protección como absolutamente asistencial. De forma que la existencia de recursos propios en el patrimonio del dependiente no excluye por sí misma la tutela, ya que se trata de lo que podría calificarse como una asistencialidad parcial o progresiva. Así pues, partiendo de un mínimo garantizado en todo caso al dependiente con independencia de cuáles y cuántos sea sus recursos, el coste de la prestación estará en gran parte a cargo del propio dependiente (en los casos de recursos de un nivel suficiente), disminuyendo su participación en ese coste a medida que sus ingresos o recursos son menores; para, finalmente, no exigirse ninguna participación si se trata de de un dependiente sin recursos propios o por debajo de un umbral mínimo (habitualmente calificado como umbral de pobreza).

La cuarta de las opciones tiene que ver con la naturaleza de las prestaciones, esto es, con la elección entre prestaciones técnicas o prestaciones económicas. La atención a las situaciones de dependencia puede realizarse, bien otorgando al dependiente unas prestaciones económicas que le permitan o le ayuden a obtener los servicios de asistencia que necesita (de forma que la protección frente a este peculiar riesgo se sumaría a otras prestaciones económicas propias del Sistema de Seguridad Social), bien mediante una prestación exclusivamente técnica o de servicios.

La primera de las alternativas tiene elementos positivos (inserción en un sistema de prestaciones económicas ya activo y organizado y simplificación de la gestión), pero también negativos (sustitución del cuidado directo por una financiación al dependiente que, sólo

indirectamente, garantiza su eficacia protectora; calidad de la protección no medida por su realidad sino por la cuantía de la prestación económica; utilización de la prestación como recurso de subsistencia del hogar familiar, justificando el apartamiento de los cuidadores familiares del mercado de trabajo; escasa garantía y control de la calidad del cuidado). Por el contrario, son variadas las razones que avalan la segunda de las opciones: realidad y efectividad del cuidado, profesionalización y especialización de las prestaciones, control de la calidad de las mismas, aplicación efectiva del gasto público al cuidado del dependiente, creación de empleo, no desincentivar la incorporación de la mujer al trabajo debido a la habitual asunción por parte de la misma de la carga de cuidado del dependiente, evolución demográfica, cambios en la estructura familiar, incentivo de la corresponsabilidad familiar, o, en fin, instrumento de conciliación de la vida laboral y familiar.

Por estos motivos, la LD, decantándose por la segunda de las alternativas, pretende asegurar la atención al dependiente mediante la creación del SAAD, integrado por prestaciones asistenciales de carácter público. Para la LD, la autonomía y la atención a las personas en situación de dependencia ha de realizarse, de forma prioritaria, a partir de un sistema público de prestaciones asistenciales, que son las que se establecen en el catálogo de servicios recogido en el artículo 15. Así lo declara la Exposición de Motivos de la misma LD, cuando recalca que: “se trata ahora de configurar un nuevo desarrollo de los servicios sociales del país que amplíe y complemente la acción protectora de este sistema (...) potenciando el compromiso de todos los poderes públicos en promover y dotar los recursos necesarios para hacer efectivo un sistema de servicios sociales de calidad, garantistas y plenamente universales”; y lo confirma el artículo 14.2 LD, cuando establece que el tipo de prestación prioritaria será la prestación asistencial o de servicios realizada a través de la “oferta pública de la Red de Servicios Sociales de las Comunidades Autónomas, mediante centros y servicios públicos o privados concertados debidamente acreditados”.

No obstante esta preferencia legal (con la subsiguiente ubicación en un plano secundario o marginal de las prestaciones económicas y, entre ellas, de la prevista en el caso de cuidado en el entorno familiar, tal y como indica el artículo 14.4 LD), los datos demuestran que se trata más de una pretensión u objetivo que de una realidad. Así, según datos del IMSERSO ([www.imserso.es/dependencia](http://www.imserso.es/dependencia)), de un total de 463.303 beneficiarios de prestaciones del SAAD (a fecha 1 de diciembre de 2009), 266.398 reciben prestaciones económicas para el cuidado familiar (un 51,16 por 100 del total), mientras que otras dos importantes prestaciones de naturaleza técnica, como la atención residencial y la ayuda domiciliaria, sólo tienen, respectivamente, 95.820 y 56.089 beneficiarios (un 18,40 y un 10,77 por 100, en cada caso). Y si se tienen en cuenta todas las prestaciones económicas previstas por la LD (además de la de cuidado familiar, la vinculada al servicio y la de asistencia personal), su conjunto alcanza casi el 59 por 100 del total de los beneficiarios.

Lo anterior determina que la incapacidad de hacer frente a la demanda de servicios y la prevalencia fáctica del cuidado informal, familiar o no profesional, tendrán como consecuencia, sin duda y durante algunos años todavía, un notable número de prestaciones económicas para el cuidado familiar no profesionalizado, así como una cierta relevancia de las prestaciones económicas vinculadas al servicio, negando la naturaleza secundaria o excepcional que la LD les atribuye. Esto es algo que la propia LD parece asumir (descartando, por su parte, el carácter prevalente de la asistencia profesionalizada), si se atiende al tenor literal del artículo 29. En efecto, en dicho artículo se regula el denominado como "Programa Individual de Atención", que consiste en la determinación, por parte de los servicios sociales correspondientes del sistema público (los de cada Comunidad Autónoma u otras Entidades Locales, si así se establece en cada Comunidad), del plan prestacional o asistencial individual para cada sujeto en situación de dependencia. Programa en el que, según el artículo 29 (y sin que se desprenda de él ninguna preferencia o prevalencia), "se determinarán las modalidades de intervención más adecuadas a sus necesidades" (del de-

pendiente) "de entre los servicios y prestaciones económicas previstos en la resolución para su grado y nivel, con la participación previa consulta y, en su caso, elección entre las alternativas propuestas del beneficiario y, en su caso, de su familia o entidades tutelares que le representen."

Como puede verse, el artículo 29 es una norma mucho más equilibrada y realista, en cuanto menos atenta a fundamentos y principios, y más a la suficiencia, adecuación y eficacia de la tutela del dependiente. En él, el objetivo central es la adecuación prestacional (sin excluir ninguna de las prestaciones posibles y sin establecer jerarquía alguna entre ellas), en razón del tipo o grado de dependencia y de las características personales, familiares y del entorno que concurren en el caso. Una determinación del PIA que exige siempre la previa consulta al dependiente (o a la familia o entidad de tutela, si éste está incapacitado para tomar decisiones), y que, incluso, se puede fijar a partir de la elección que el propio dependiente realice; sin que ésta deba estar condicionada por la prioridad legal por las prestaciones técnicas, asistenciales o de servicios, de tipo profesional.

La quinta y última de las opciones legales hace referencia a la dicotomía entre público y privado en la organización del sistema de protección. Siendo evidente la naturaleza pública de las prestaciones del SAAD, la misma LD (artículo 2.6) prevé que los cuidados profesionales pueden proporcionarse, bien directamente a través de instituciones públicas, pero también mediante entidades privadas, tengan o no ánimo de lucro, o incluso por profesionales autónomos; recurriendo, en los últimos casos, a los instrumentos del concierto y de las acreditaciones, como forma de control de la calidad de los servicios y como modo de incorporación funcional de las entidades, empresas y personas físicas citadas a la Red de Servicios Sociales de cada Comunidad Autónoma (artículo 14.2). En consecuencia, la LD prevé, como una colaboración necesaria y habitual, la participación del sector privado (sea lucrativo o se trate de entidades del tercer sector sin ánimo de lucro), insertando incluso esas prestacio-

nes en el propio SAAD. De dos formas: bien delegando, mediante el concierto, en esas entidades la prestación del servicio, bien permitiendo que el dependiente adquiera los servicios en el mercado libre, aunque filtrado mediante el mecanismo de la acreditación, utilizando a este efecto la prestación económica vinculada al servicio. Lo que convierte en centrales, a los efectos de garantizar la calidad y la eficacia de la protección, a los citados instrumentos de control de la acreditación y del concierto. Todo lo anterior está contemplado en el artículo 16 LD.

Naturalmente que la existencia del SAAD no excluye ni impide la existencia de una oferta libre de servicios de asistencia para dependientes, que pueden ser adquiridos por los interesados a los que las prestaciones del SAAD prácticamente no protejan (dependientes con muchos recursos propios), o lo hagan de forma insuficiente (prestaciones técnicas que no cubren de forma completa la necesidad de ayuda); y también por quienes libremente quieren mejorar o completar su asistencia contratando servicios de ayuda en el mercado libre. Aunque la LD no se refiere a este tipo de servicios al margen del SAAD, es indudable que también suscitan una problemática especial a la que no pueden estar ajenas las instancias públicas (particularmente las CCAA, responsables directas de la protección de los dependientes). Se trata de la garantía de la calidad de los servicios prestados y de la tutela de los dependientes que acuden a ellos, a articular sin duda mediante formas de control público como la acreditación.

De que este tipo de mercado de servicios existe y se desarrollará en el futuro es expresión la Disposición Adicional Séptima de la LD, cuando prevé que el Gobierno promoverá modificaciones normativas para regular la cobertura privada de las situaciones de dependencia, así como la regulación del tratamiento fiscal de este tipo de instrumentos privados. Algo que, salvo las modificaciones introducidas en la Ley de Planes y Fondos de Pensiones (Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, y RD 304/2004, de 20 de febrero, de desarrollo, para permitir la liquidación anticipada de los derechos consolidados en caso de dependencia) y en la

reguladora de la llamada hipoteca inversa (que se permite para obtener una pensión en los casos de dependencia, según la reforma de la Ley Hipotecaria realizada por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre), no ha tenido una particular materialización; ni un especial desarrollo, como evidencia la relativamente escasa implantación de los seguros privados de dependencia.

#### **4.4. Prestaciones del Sistema para la Autonomía y la Atención a la Dependencia: objetivos generales y tipos**

El Capítulo II de la LD, que regula las prestaciones del SAAD, está encabezado por el artículo 13, dedicado a establecer los objetivos de las prestaciones de dependencia. Se trata de un artículo de carácter general, que insiste en las ideas centrales que presiden el conjunto de la regulación: que la atención a los dependientes debe orientarse a procurar a éstos “una mejor calidad de vida y autonomía personal”, sobre la base del respeto al principio de igualdad de oportunidades. Más concretamente, el artículo 13 especifica que el conjunto del sistema de protección debe perseguir “una existencia autónoma” del dependiente; lo que significa, en la medida en que sea posible, potenciar su capacidad de decisión, favorecer su desarrollo personal y su participación activa en la vida familiar y social, haciendo posible su permanencia, siempre que lo desee, en su medio habitual. Todo ello, además, partiendo de un trato igualitario, digno y respetuoso con sus derechos fundamentales.

Estos objetivos pueden alcanzarse mediante dos tipos de prestaciones alternativas (aunque, como se verá luego, puedan ser compatibles en algún caso), todas ellas enumeradas en el artículo 14 LD: las prestaciones técnicas o de servicios, integradas en un denominado “catálogo de servicios” (artículo 15 LD), y las prestaciones económicas (reguladas en los artículos 17 a 20 LD). Ya se ha hecho referencia antes a esta dualidad y a la preferencia de la LD, un tanto teórica como se ha podido apreciar, por las prestaciones de tipo técnico. Así lo especifica el artículo 14.2 LD cuando establece que “los servicios del Catálo-

go del artículo 15 tendrán carácter prioritario”, mientras que el siguiente apartado del mismo artículo señala que, “de no ser posible la atención mediante alguno de estos servicios...”, se otorgará la prestación económica vinculada al servicio; y, en su defecto y de forma excepcional, podrá reconocerse al beneficiario el derecho a una prestación económica “para ser atendido por cuidadores no profesionales” (artículo 17.4 LD).

En cuanto a las prestaciones de servicios, se enumeran en el catálogo establecido en el artículo 15 LD. Dicho catálogo incluye una serie de servicios cuales son: a) de prevención de la dependencia y de promoción de la autonomía personal; b) de teleasistencia; c) de ayuda a domicilio, tanto en lo que hace a la atención a las necesidades del hogar como a los cuidados personales; d) los centros de día y de noche, diferenciando en relación con los primeros los centros de día para mayores, para menores de 65 años, y de atención especializada; y e) los servicios de atención residencial, distinguiendo a su vez entre centros de atención a mayores dependientes y centros de atención a dependientes, según los tipos de discapacidad. No merece la pena detenerse demasiado en la descripción del contenido de estos servicios del catálogo, lo que por cierto la LD hace de forma sintética, partiendo seguramente de lo obvio de dicho contenido y remitiéndose a las normas de desarrollo que han de precisar los rasgos de cada tipo de servicio. Algo que, en una primera instancia, realiza el RD 727/2007, de 8 de junio, sobre los criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas, y sobre el que se volverá más adelante. No obstante, algunas observaciones pueden derivarse directamente de la regulación legal.

En primer lugar, la relativa al carácter cerrado o abierto de la lista establecida en el artículo 15 LD. A este efecto hay que indicar que el repertorio de servicios de la Ley constituye una lista dotada con el carácter de mínimo, entre otras cosas porque esa condición es una de las garantías de la igualdad que justifica la intervención del Estado sobre la base del título competencial del artículo 149.1.1 CE, como es el establecimiento de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los es-

pañoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. En consecuencia, el listado de servicios del catálogo constituye una oferta prestacional que toda Comunidad Autónoma está obligada a hacer, en el entendido de que la supresión de alguno de esos servicios constituye una lesión, no sólo de la propia LD, sino también del mandato constitucional de respeto a la igualdad.

Aceptado el carácter mínimo del catálogo, parece indiscutible que cada CCAA puede ampliar la oferta de servicios de atención a la dependencia, en este caso haciendo uso de la habilitación competencial basada en el artículo 148.1.20 CE, en relación a la Asistencia Social, ampliada terminológicamente por obra de los Estatutos de Autonomía a los Servicios Sociales. No en balde la protección de la dependencia se considera una materia propia o exclusiva de las CCAA en la que el Estado sólo interviene a través del título competencial transversal de garantía de la igualdad básica (artículo 149.1.1 CE). De forma que la competencia autonómica, respetando desde luego la igualdad básica (el catálogo como mínimo), puede manifestarse articulando otras prestaciones complementarias de las primeras que pueden originar que el conjunto de la protección sea diverso de una CA a otra. Algo que la propia LD permite, al prever en su art. 7 (dedicado a los niveles de protección del SAAD), junto a los niveles mínimo y complementario (en ambos casos iguales en todas las CCAA, ya que la diferencia interna es sólo a efectos de la financiación), un nivel adicional que pueda establecer cada CA con cargo a sus propios presupuestos. Así lo prevé, además, el artículo 11.2 LD.

En segundo lugar, la LD recoge otras referencias acerca de los servicios del catálogo que conviene resaltar. Algunas son obvias y otras no tanto. Por ejemplo, cuando señala la incompatibilidad entre el servicio de teleasistencia y el de atención residencial (artículo 22.2); o cuando menciona expresamente a las empresas acreditadas como posibles prestadoras del servicio de ayuda domiciliaria (artículo 23); o cuando, en relación con los centros de día y de noche, insiste en la necesidad de una diferenciación de centros, especializados según el tipo

de dependientes y las necesidades de cuidado (artículo 24.2); o, en fin, cuando describe la atención residencial previendo la posibilidad, de nuevo, de que este tipo de servicio se preste en centros públicos o privados concertados, y cuando diferencia entre acogimiento en la residencia permanente o temporal del dependiente, vinculada esta última a la necesidad de descanso (“respiro” se denomina) de los cuidadores no profesionales o familiares (artículo 25.3). Compatibilidad de prestaciones, naturaleza de los centros, prestaciones complementarias dirigidas tanto al dependiente como a sus familiares cuidadores, son cuestiones sugeridas por la LD y que se relacionan con la intensidad de la protección.

En cuanto a las prestaciones económicas, ordenadas como se ha visto por orden de preferencia, comprenden las vinculadas al servicio, conforme a las cuales se establece una regla de afectación directa y exclusiva de dicha prestación económica a la adquisición de los servicios de ayuda, siempre y cuando no sea posible el acceso a uno de los servicios del catálogo (artículo 17.1 LD). Sólo si ni siquiera esta alternativa prestacional es viable, el artículo 18 LD prevé una prestación económica singular, justificada por la atención al dependiente a cargo de su entorno familiar. Finalmente, el artículo 19 LD recoge una peculiar prestación económica, reservada sólo a los dependientes del máximo grado (grandes dependientes, en cualquiera de sus dos niveles) y destinada a proporcionar a éstos asistencia para acceder a la educación y al trabajo o al ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria. Estas prestaciones también están previstas en el RD 727/2007 (artículos 12 a 14), que se refiere a la cuantía de tales prestaciones, según grado y nivel de dependencia, como manifestación de la intensidad de la protección.

#### **4.5. Las prestaciones técnicas o de servicios**

##### **4.5.1. El catálogo y las reglas de intensidad de las prestaciones de servicios**

La intensidad de las prestaciones de servicios previstas en la LD está regulada por el RD 727/2007, ya citado.

Se trata de una norma que es expresión del peculiar sistema de creación normativa, diseñado por el artículo 10.3 LD, según el cual es el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (Consejo Territorial, a partir de ahora), con mayoría de las CCAA y un procedimiento de decisión que privilegia la participación de éstas frente al Estado (artículos 8 a 11 LD), el que debe establecer los criterios “para determinar la intensidad de protección de los servicios previstos” [artículo 8.2. b)]. Criterios que, posteriormente, serán aprobados por el Gobierno mediante Real Decreto (artículo 10.3), como así ha sucedido.

La regulación de la intensidad de los servicios del catálogo del RD 727/2007, pretende establecer tanto el contenido concreto de la prestación de que se trate como su alcance y calidad requeridos, expresados mediante la referencia comparativa con determinados parámetros. Así lo indica el artículo 4.1 cuando establece que la intensidad de protección de los servicios “se determina por el contenido prestacional de cada uno de los servicios asistenciales y por la extensión o duración del mismo según el grado y nivel de dependencia”. No obstante, la primera impresión que se deriva del análisis de los artículos 4 a 10 del RD 727/2007 es que las normas reglamentarias de intensidad son muy generales, configurando un primer intento de precisión que acaba remitiendo su determinación concreta a la actuación de cada CA, y aceptando que dicha determinación está condicionada en muchos casos por el tipo de dependencia y por la posesión de los recursos e infraestructuras necesarias.

De forma que el RD 727/2007 no es sino un acercamiento general a la cuestión, sin que pueda derivarse del mismo un estándar exigible a todas las CCAA por igual. En este punto, y admitido que todos los servicios del catálogo deben ofertarse por todas las CCAA, el contenido concreto de la prestación de que se trate queda, en gran medida, a la decisión de la CA; abriéndose, en consecuencia, un amplio campo de discrecionalidad en razón de opciones políticas y normativas de ámbito autonómico. Algo que no debe extrañar, si se tiene en cuenta que la materia de protección de la dependencia se considera que es de competencia exclusi-

va de las CCAA y en la que el Estado sólo interviene en garantía de la igualdad. Lo que consigue con la obligatoria oferta de todos los servicios del catálogo por parte de las CCAA, pero que no tiene por qué manifestarse necesariamente en una igualdad o uniformidad absoluta del alcance y las características de todas las prestaciones de servicios. Partiendo de lo anterior, tanto la LD como el RD 727/2007 colaboran en la definición y en la fijación de la intensidad de la protección de cada uno de los servicios del catálogo.

#### **4.5.1.a. *La prevención de las situaciones de dependencia y la promoción de la autonomía personal***

Según el artículo 21 LD, este tipo de servicios tiene como finalidad evitar la aparición de las enfermedades, dolencias o discapacidades que provoquen dependencia, o, en su defecto, prevenir la agravación de sus secuelas que conduzcan a la misma situación. El objetivo preventivo o paliativo de este tipo de prestación es claro, con la evidente finalidad de evitar o retrasar la aparición de situaciones de dependencia, y de atenuar sus efectos, si es que ésta ya se ha manifestado. A este fin, tanto la LD como los artículos 5 y 6 del RD 727/2007 concretan el contenido de esos servicios tanto en las propias prestaciones de la LD como, sobre todo, en actuaciones dirigidas a promover la autonomía personal. Que se concretan en el fomento de “condiciones de vida saludables, programas específicos de carácter preventivo y de rehabilitación dirigidos a las personas mayores y a personas con discapacidad y a quienes se ven afectados por procesos de hospitalización complejos” (artículo 21 LD). O en medidas dirigidas a desarrollar o mantener la capacidad personal de decisión del dependiente respecto de la gestión de su propia vida y de la ejecución de las actividades básicas de la vida diaria; materializándose en acciones de asesoramiento, orientación, formación; en medidas que faciliten la realización de las actividades de la vida diaria; o en terapia ocupacional, entre otras (artículos 5 y 6 RD 727/2007).

La relevancia indudable de este tipo de prestaciones preventivas respecto de la evitación o el retraso en el

surgimiento de situaciones de dependencia personal, corre pareja con su imprecisión y generalidad, y choca con el hecho de la evidente prioridad de las acciones para afrontar situaciones ya declaradas de dependencia. Por eso, tanto la LD como el RD 727/2007, a la par que subrayan la importancia de este tipo de medidas, hacen descansar la actuación preventiva y promocional en los Planes de Prevención que elaboren las CCAA, en relación con los cuales, el Consejo Territorial podrá acordar criterios, recomendaciones y establecer condiciones mínimas (artículo 21 LD). Siendo el RD 727/2007 el instrumento para ello, no puede decirse que haya progresado sobre lo establecido, con carácter tan general, en la Ley. De forma que el artículo 5 vuelve a identificar a los Planes de Prevención como el instrumento para articular estas medidas, sin que establezca regla alguna sobre su contenido específico. El cual, indica el artículo 6, dependerá de las normas que aprueben las CCAA, a su vez condicionadas por la disponibilidad de recursos e infraestructuras. Nada hay, pues, en las normas de ámbito estatal que exija una determinada intensidad a este tipo de servicios, que quedan, en su integridad, a discreción de cada CA (artículo 6.3 del RD 727/2007). Lo que se manifiesta en los datos ofrecidos por el IMSERSO ([www.imserso.es/dependencia](http://www.imserso.es/dependencia)), según los cuales, sólo hay 2.962 beneficiarios de este tipo de prestaciones.

#### **4.5.1.b. *Teleasistencia y ayuda a domicilio***

Ambos tipos de servicios tienen como finalidad básica la de favorecer la permanencia del dependiente en su domicilio o medio habitual, como manifestación del respeto a la dignidad personal, a la opción individual y a la autonomía del dependiente. Radicándose ambos servicios en el domicilio del dependiente, se trata de ayudas que pueden ser compatibles, como así lo prevé expresamente el artículo 22.1 LD. Su contenido, en cambio es, lógicamente, diverso.

En cuanto a la teleasistencia, persigue el apoyo al dependiente y, sobre todo, la “respuesta inmediata en situaciones de emergencia, inseguridad, soledad o aislamiento”, recurriendo a las nuevas tecnologías de la



comunicación y de la información (artículos 22.1 LD y 7.1 RD 727/2007). Como puede apreciarse, y salvo lo relativo al apoyo psicológico o emocional, la teleasistencia es más una herramienta de comunicación que hace posible, con rapidez y eficacia, otro tipo de asistencia (sanitaria, médica, hospitalaria, etc.). Por lo que hace a la ayuda a domicilio, se trata de prestaciones personales relacionadas con el desarrollo por el dependiente de “las actividades de la vida diaria y con la cobertura de las necesidades domésticas”, que el artículo 23 LD ejemplifica como higiene y cuidado personal y limpieza, lavado, o cocina. Como es lógico, ambas prestaciones, compatibles entre sí, son incompatibles con el servicio de atención residencial, aunque no necesariamente con el servicio de centros de día o de noche.

En cuanto a la intensidad de la prestación de estos servicios, de nuevo el RD 727/2007 deja un amplio espacio de concreción a las CCAA, ya que, por ejemplo, el artículo 7, en relación con el servicio de teleasistencia, establece que se prestará “en las condiciones establecidas por cada Comunidad Autónoma”, sin que se fije ningún tipo de parámetro o exigencia. Algo diferente sucede con el servicio de ayuda a domicilio, respecto del cual el RD 727/2007 sí ha introducido unas referencias cuantitativas que relacionan el grado y nivel de dependencia con un determinado número de horas de atención domiciliaria. Así lo indica el artículo 8.3, conforme al cual la intensidad del servicio se fija mediante la utilización del criterio de las horas de atención, concebido como “módulo asistencial de carácter unitario, cuyo contenido prestacional se traduce en una intervención de atención personal al beneficiario”. Además, el Anexo I del mismo RD 727/2007 establece esa correlación entre grado y nivel de dependencia y horas de ayuda domiciliaria, de forma que van desde las 30/40 horas mensuales a las 70/90 horas mensuales, según se trate, en el primer caso, de dependencia severa de nivel más bajo (nivel 1), o, en el segundo caso, de gran dependencia en el nivel más alto (nivel 2); pasando por el módulo de entre 40/50 horas, para los dependientes severos de nivel 2, y el módulo de entre 55 y 70 horas, para los grandes dependientes del nivel 1. Por cierto que el RD 727/2007 no se refiere a la dependencia moderada, en

cualquiera de sus dos niveles, ya que, de conformidad con la Disposición Final Primera LD, la protección de este grado más bajo sólo tendrá lugar a partir del año 2011; sin que pueda interpretarse como exclusión del servicio de ayuda a domicilio de estos niveles, por cuanto este tipo de servicios es precisamente el más adecuado para atender los niveles de dependencia más bajos.

En todo caso, y aunque hay que valorar como positivo el que el RD 727/2007 haya dado un paso más en la concreción de la intensidad de este último tipo de prestación, lo cierto es que, tanto la LD como el RD, vuelven a insistir en la amplísima discrecionalidad o margen de decisión de cada CA a la hora de establecer la intensidad de los servicios mencionados. Mucho más amplia en relación con la teleasistencia, ya que, a este respecto, el artículo 7 del RD 727/2007, indica que dicho servicio se prestará, en las condiciones establecidas por cada CA; menor por lo que se refiere a la ayuda a domicilio, cuya intensidad, como se ha visto, está predeterminada, quedando sólo a la CA la facultad de fijar en concreto el número de horas de asistencia que corresponden a cada tipo de dependiente, dentro de las horquillas horarias mensuales que el propio RD establece en su Anexo. No obstante, hay que subrayar la fuerte incidencia de ambas prestaciones, ya que, según dato del IMSERSO ([www.imserso.es/dependencia](http://www.imserso.es/dependencia)), existen, a 1 de diciembre de 2009 y respectivamente, 35.372 y 56.089 beneficiarios de estas prestaciones (un 6,79 y un 10,77 por 100 del total de beneficiarios).

#### **4.5.1.c. Centros de día y de noche y atención residencial**

Se trata, indudablemente, de los servicios que requieren una mayor dotación de infraestructuras y de personal especializado. Consisten, en lo que se refiere a los centros, en una “atención integral durante el período diurno o nocturno a las personas en situación de dependencia, con el objetivo de mejorar o mantener el mejor nivel posible de autonomía personal y apoyar a las familias o cuidadores”; cubriendo, de día o de noche según los casos, todo tipo de necesidades, desde las de asesoramiento, prevención y orientación

para la promoción de la autonomía, hasta la atención asistencial o personal, pasando por las prestaciones rehabilitadoras (artículos 24.1 LD y 9 RD 727/2007). Ya se ha indicado, respecto de los centros de día, que el artículo 15.1. d) LD diferencia, según los dependientes que serán atendidos en ellos, entre centros para mayores, para menores de 65 años, y de atención especializada; sin que esa tipología se proyecte a los centros de noche, debido a la especial prestación que estos suponen y que el artículo 9.3 RD 727/2007 intenta definir como “dar respuesta a las necesidades de la persona en situación de dependencia que precise atención durante la noche”. Por su parte, los servicios de atención residencial, de carácter más completo, significa el ingreso del dependiente en tal centro, en el que recibirá una “atención integral y continuada, de carácter personal, social y sanitario” (artículos 25 LD y 10 RD 727/2007).

En cuanto a la intensidad de protección de los centros de día y de noche, muy poco concretan las normas citadas, salvo la exigencia de que esos centros se organicen conforme a la tipología descrita (artículos 24.2 LD y 9.2 RD 727/2007), requiriéndose que se adecúen a las peculiaridades y edades de las personas en situación de dependencia; o que la intensidad deberá estar en función de los servicios que precisa el dependiente en razón de lo establecido en el PIA (artículo 9.4 RD 727/2007). Finalmente, serán las CCAA las que, en cada caso, establecerán, con de nuevo muy amplio margen de actuación, los servicios y programas en los que se concretan las prestaciones de este tipo de centros, atendiendo obviamente a cada grado y nivel de dependencia (artículo 9.5 RD 727/2007). Pudiéndose destacar que, conforme a los datos del IMSERSO ([www.imserso.es/dependencia](http://www.imserso.es/dependencia)), el número de beneficiarios de los centros de día y de noche es sólo de 27.361, lo que constituye un 5,25 por 100 del total.

En cuanto al servicio de atención residencial, el artículo 10 RD 727/2007 tampoco especifica mucho más la intensidad o contenido de este tipo de prestación, más allá de recordar que la asistencia ha de tener en consideración la naturaleza de la dependencia, su grado y la

intensidad de cuidados que requiera el dependiente en cada caso, remitiéndose de nuevo al contenido concreto del PIA. Para, finalmente (artículo 10.4), establecer que “las Comunidades Autónomas o la Administración que, en su caso, tenga la competencia determinarán los servicios y programas de los centros para cada grado y nivel de dependencia”. Sin que, ni en relación a la atención residencial ni respecto de los centros de día y de noche, se establezca en lugar alguno el derecho del dependiente a optar, en todo caso y si así lo establece su PIA, a una plaza; lo que dependerá sin duda de las disponibilidades existentes. En consecuencia, las exigencias de intensidad de protección en relación con estos centros, incluso siendo muy genéricas y quedando en todo caso a la discreción de cada CA, se refieren a los centros que existan y a los dependientes que puedan ser asistidos en ellos. Lo que no solventa las necesidades de los dependientes que queden excluidos de estas prestaciones, no tanto por no necesitarlas, sino por la imposibilidad del SAAD de proporcionárselas. No obstante, puede indicarse que este tipo de prestación es la segunda más numerosa de todo el SAAD, tras la prestación económica para el cuidado familiar, llegando a 95.820 personas (un 18,40 por 100 del total de beneficiarios), según datos del IMSERSO ([www.imserso.es/dependencia](http://www.imserso.es/dependencia)).

Por último, la regulación de los centros residenciales, al margen de recordar que pueden ser tanto públicos como privados concertados (artículo 25.4 LD), recoge la posibilidad de que la estancia en los mismos sea tanto permanente, convirtiéndose el centro residencial en la residencia habitual del dependiente, como temporal, para atender necesidades igualmente temporales por razones de enfermedad (convalecencia), como, sobre todo, para auxiliar en su labor a los cuidadores no profesionales o familiares, cuando éstos caen enfermos y no pueden ocuparse del dependiente, o cuando lo que se pretende es proporcionarles un tiempo de respiro materializado en vacaciones, fines de semana o períodos de descanso, durante los cuales tampoco pueden ocuparse del familiar dependiente. Sin embargo, la previsión reglamentaria en relación con estas estancias temporales está fuertemente debilitada, ya que el ar-

título 10.5 RD 727/2007 recalca que el servicio de estancias temporales “estará en función de la disponibilidad de plazas (...) en cada Comunidad Autónoma y del número de personas atendidas mediante cuidados en el entorno familiar”. Lo cual es una escasa garantía de la disponibilidad de este tipo de servicios.

#### 4.5.2. Público y privado en la prestación de los servicios del catálogo

El artículo 16 LD, se refiere a la Red de servicios del SAAD, definiéndola como de ámbito autonómico, formada por centros públicos y por centros privados concertados, siempre que estén debidamente acreditados. En consecuencia, además de los centros de titularidad pública, también se integran, mediante concierto, en la Red de servicios del SAAD los centros privados, asumiendo igualmente la prestación de los servicios del catálogo. Sólo que tales centros privados, para poder ser concertados, deberán estar pertinentemente acreditados conforme a una serie de requisitos que habrán de establecer las CCAA. Una acreditación que el artículo 16.3 LD exige igualmente a los centros y servicios privados no concertados; esto es, a los que prestan sus servicios mediante contrato suscrito en el mercado de servicios de asistencia a los dependientes, vinculados a la prestación económica vinculada al servicio o a la prestación de asistencia personal. También exige, en fin, el mismo artículo 16.2 que las CCAA establezcan las condiciones de actuación de los centros privados concertados. Dos regulaciones, pues, a realizar por las CCAA: el régimen jurídico y contenido de los conciertos, y el procedimiento y los requisitos para la acreditación.

En relación con la acreditación, hay que recordar que el artículo 34.2 LD ordena al Consejo Territorial fijar criterios comunes de acreditación de centros y de planes de calidad del SAAD. Pues bien, en aplicación de ese mandato, el Consejo Territorial ha aprobado, en noviembre de 2008, el Acuerdo sobre criterios comunes de acreditación para garantizar la calidad de los centros y servicios del SAAD, publicado como Resolución de la Secretaría de Estado de Política Social, Familias y Atención a la Dependencia y a la Discapacidad de 2 de diciembre

de 2008 (BOE de 17 de diciembre). Los rasgos básicos de este Acuerdo (en adelante nombrado como Acuerdo sobre Acreditación, ASA) son los siguientes:

A) El ASA es un Acuerdo que persigue el objetivo de garantizar la calidad de los servicios, exigiendo, como la LD, la acreditación de todos los centros y servicios, concertados o no, que realicen alguna de las prestaciones del catálogo. Impone a este fin unos criterios comunes mínimos que no sólo pueden desarrollarse y aplicarse mediante normas de las CCAA, sino también endurecerse o ampliarse. Una posibilidad que cobra un especial sentido en la medida en que la acreditación que pueda obtenerse en una CA “sólo tendrá efectos en el ámbito territorial de la Administración que acredite” (criterio primero, segundo párrafo ASA). Además, el criterio primero, primer párrafo, establece que “la acreditación debe obtenerse para cada uno de los centros y servicios previstos en el catálogo de la Ley”. Es llamativo, no obstante, el que el criterio primero del ASA no mencione a los prestadores del servicio de asistencia personal como sujetos necesitados de acreditación, siendo así que realizan una de las prestaciones del catálogo con el intermedio de la pertinente prestación económica vinculada a esta asistencia personal. Sin embargo, en el criterio tercero sí que exige de tales asistentes que estén en posesión de la cualificación profesional de atención socio-sanitaria a personas en el domicilio, creada por RD 295/2004, de 20 de febrero (BOE de 9 de marzo), o, alternativamente, la cualificación de atención socio-sanitaria a personas dependientes en instituciones sociales, creada por el RD 1368/2007, de 19 de octubre (BOE de 25 de octubre).

B) El ASA tiene como objetivo directo el del control de la solvencia técnica, la eficacia y la calidad en la prestación del servicio de que se trate, recurriendo para determinarla a una serie de requisitos y estándares proyectados en una serie de ámbitos o materias. En relación con estas exigencias hay que subrayar dos aspectos generales. En primer lugar, que el ASA, cumpliendo estrictamente su papel, limitado al establecimiento de criterios mínimos, deja un amplio espacio de regulación y desarrollo a las CCAA (o a otra Administración, si es la compe-

tente, con evidente alusión a las EELL); de forma que cada una de ellas podrá establecer las normas que estime pertinentes, originando una más que posible diversidad entre las distintas CCAA en relación con las exigencias requeridas a un centro privado para su acreditación. Por último, los criterios octavo y noveno del ASA introducen un también amplio régimen transitorio para la adecuación de centros, servicios y entidades, salvo en el caso de los centros de nueva creación, que deberán cumplir los requisitos desde el comienzo de su actividad.

C) El largo criterio tercero del ASA se refiere a los "ámbitos de acreditación", diferenciando entre "recursos materiales y equipamiento" y "recursos humanos", requiriendo sólo, en relación con los primeros, que garanticen que la prestación del servicio está adaptada a las necesidades de los dependientes, a las intensidades de las prestaciones, a la seguridad de las mismas y al respeto de la accesibilidad de las personas con discapacidad y en situación de dependencia [criterio tercero, letra a) ASA]. Se trata de exigencias excesivamente generales, que renuncian a cualquier intento de concreción en relación con los medios, la infraestructura y el equipamiento de que deben estar dotados los centros. Sólo en cuanto a la proporción entre total de trabajadores y personal cualificado, el ASA establece ciertas ratios, teniendo como referencias las ratios actualmente aplicables en las CCAA para los centros concertados.

D) En cuanto a los recursos humanos, el ASA es mucho más explícito y detallado, atendiendo no tanto al número de profesionales de los servicios que deben integrar su plantilla, ya que, a este fin, no recoge ninguna regla más que la general de la adecuación entre plantilla y servicios, limitándose a exigir que el número de profesionales se adapte a la tipología, a la intensidad de la prestación de cada recurso y a los servicios que se prestan. Otra cosa es la atención a la calidad profesional de los profesionales que integran la plantilla de tales centros, a los que el criterio tercero, letra b) del ASA requiere una determinada y concreta formación. En el caso de los directores de los centros: titulación universitaria, formación complementaria en áreas de conocimiento relacionadas con la atención a la dependencia,

e incluso una cierta experiencia de gestión expresada en años; y, en lo que se refiere a los cuidadores, gerocultores y categorías profesionales equivalentes, la cualificación profesional derivada del RD 1368/2007, de 19 de octubre, antes citado, a la que se asimilan otras cualificaciones, como las establecidas en los RRDD 546/1996, de 7 de abril (BOE de 5 de junio), 496/2003, de 2 de mayo (BOE de 24 de mayo), y 1379/2008, de 1 de agosto (BOE de 9 de septiembre), referidos, respectivamente, a los técnicos de cuidados auxiliares de enfermería, técnicos de atención socio-sanitaria, y a la atención socio-sanitaria a personas dependientes.

E) EL ASA, como se ha indicado antes, incluye numerosas previsiones de aplicación progresiva de sus exigencias. No sólo del propio ASA, como cuando demora hasta el 2015 la exigencia de titulación profesional al 100 por 100 de la plantilla de cuidadores, gerocultores, asistentes personales y auxiliares de ayuda a domicilio, partiendo de sólo un 35 por 100 en el año 2011, sino también por parte de las CCAA, las cuales podrán, a su vez, emanar normas de desarrollo del ASA que establezcan períodos transitorios propios para obtener la formación complementaria requerida a los directores de centros. Con carácter general, el criterio noveno exige que las normas que establezcan el procedimiento de acreditación contemplen un calendario de aplicación progresiva, con un máximo de tres años, de algunas de las exigencias del ASA que expresamente cita, relativas a los porcentajes de plantilla y las ratios que se han descrito antes.

F) El criterio quinto del ASA, ligando la calidad del servicio con la calidad en el empleo de los profesionales, prevé la introducción, con la participación de los representantes legales de empresarios y trabajadores, de requisitos y estándares demostrativos de esa calidad, relacionados con la estabilidad en el empleo, la formación, la prevención de riesgos laborales o la adaptación de los puestos de trabajo a la discapacidad; a los que pueden añadirse otros, implícitos aunque no citados por el ASA, pero sí expresivos de esa calidad en el empleo, como una política de igualdad y no discriminatoria o medidas en relación con el tiempo de trabajo y la conciliación de la vida laboral y personal, quedando,

una vez más, a la decisión de cada CCAA (o Administración competente) concretar esas exigencias para la contratación de los servicios de que se trate.

G) El criterio tercero, letra c) del ASA reclama de los centros acreditados que cumplan una serie de exigencias en materia de documentación e información, que, comparativamente, resultan ser mucho más detalladas que las demás previsiones, sin dejar margen a la acción normativa de la CA y sin prever ningún período transitorio. Tales exigencias documentales se refieren a numerosos extremos, entre los que cabe citar: un reglamento de régimen interior que incluya los derechos y deberes de los usuarios, un plan de gestión de la calidad, una carta de servicios que recoja las prestaciones que se ofrecen, protocolos de actuación o documentación referida a los profesionales.

H) Frente a la posible diversidad de exigencias procedentes de las diferentes CCAA, y su posible impacto en las condiciones básicas de igualdad en el ejercicio del derecho a la asistencia, el ASA introduce el mecanismo del método abierto de coordinación, según el cual los requisitos y estándares de calidad deberán converger, mejorando progresivamente, a partir del mínimo establecido en el propio ASA, para así garantizar una cierta homogeneidad de las condiciones de prestación de los servicios, "con independencia del lugar del territorio del Estado". Otra cosa es que el ASA no prevea de qué forma esa convergencia habrá de producirse, debiéndose estimar que las indicaciones y sugerencias, en ningún caso obligatorias, en esa línea deberán partir del Consejo Territorial. El ASA contempla, además, un mecanismo de evaluación y de análisis comparativo de los centros y servicios, conforme a indicadores y estándares que el Consejo Territorial ha de elaborar en el plazo de doce meses a contar desde la fecha de aprobación del ASA, respondiendo igualmente a las exigencias en esta materia del artículo 34 LD.

I) Finalmente, el criterio séptimo del ASA extiende las exigencias mínimas de calidad también a los centros públicos, si bien no necesitan estar acreditados. Lo que se funda en el hecho de que, siendo siempre un sujeto

titular del derecho a la asistencia el que reclama los servicios que necesita en uno y otro caso, "las exigencias mínimas de calidad han de garantizarse con independencia de la titularidad de los mismos" (de los centros que prestan los servicios del catálogo). En todo caso, esa calidad es un compromiso que se autoimponen las propias CCAA.

#### 4.5.3. Las reglas de incompatibilidad

Establece el artículo 11 RD 727/2007 que el servicio de atención residencial permanente es incompatible con el servicio de teleasistencia, el de ayuda a domicilio y el centro de noche. Se trata de una incompatibilidad obvia, por lo que puede decirse que el artículo 11 no aborda los verdaderos problemas de compatibilidad o incompatibilidad entre las prestaciones del catálogo. Como los que se suscitan entre teleasistencia y la ayuda a domicilio; compatibilidad que parece totalmente razonable, dado que la ayuda a domicilio no cubre, como se sabe, sino parcialmente las necesidades de cuidado, mayores a medida que se incrementa el grado de dependencia. O entre ambos servicios y los centros de día; una compatibilidad que no tiene por qué rechazarse a priori dada la diferente naturaleza de estos servicios, que atienden cada uno a una necesidad: la información, la conexión y la respuesta inmediata, la teleasistencia; el cuidado en el domicilio, sea personal o doméstico, la ayuda a domicilio; y el tratamiento y el cuidado del dependiente a determinadas horas al día. Mucho más clara puede ser la compatibilidad entre teleasistencia, ayuda a domicilio y centro de noche. Todo dependerá del tipo de dependencia, de la intensidad de los servicios de ayuda, o de las necesidades de los cuidadores familiares de conciliar trabajo y asistencia al dependiente.

Esta última observación permite plantear la cuestión de la compatibilidad más allá de las prestaciones de servicios, para confrontarlas con las prestaciones económicas. Sin duda la compatibilidad existirá con la prestación económica vinculada al servicio, siempre que ésta sea de la misma naturaleza que los servicios que sí se entienden compatibles. Así, la teleasistencia será, sin

duda, compatible con la prestación económica vinculada, cuando ésta se aplica a la contratación de la ayuda a domicilio; como lo pueden ser la teleasistencia y la ayuda a domicilio con la prestación vinculada que sirve para contratar las prestaciones de un centro de día o de noche. No así, evidentemente, cuando la prestación económica vinculada se otorga para contratar un servicio de atención residencial permanente, respecto del cual vale la prohibición establecida, en un sentido similar, por el artículo 11 del RD 727/2007.

En todo caso, el artículo 11 deja a la decisión de las CCAA el establecimiento de las reglas de compatibilidad que estime pertinentes, abriendo, también aquí, un amplio campo de autonomía y de diferenciación entre CCAA.

#### **4.6. Las prestaciones económicas**

---

El artículo 14, así como los artículos 17 a 20 LD, se refieren al segundo gran grupo de prestaciones, cuales son las de naturaleza económica. Ya se ha dicho que, de acuerdo con la LD, estas prestaciones son subsidiarias o alternativas a las prestaciones técnicas o de servicios, si bien la realidad demuestra que su papel es justamente el contrario, siendo totalmente predominantes, con un 58,22 por 100 del total. En concreto ([www.imserso.es/dependencia](http://www.imserso.es/dependencia)), las prestaciones económicas en vigor benefician a 293.132 dependientes, distribuyéndose entre 266.398 (un 51,16 por 100) prestaciones económicas por cuidados en el entorno familiar, 36.076 (un 6,93 por 100) prestaciones vinculadas al servicio, y sólo 658 (un 0,13 por 100) prestaciones para grandes dependientes, debido, sin duda, a la reducción del colectivo de beneficiarios posibles de esta última y a la especialidad de la propia prestación.

##### **4.6.1. Las prestaciones económicas del SAAD: tipología y función. Análisis particular de las prestaciones vinculadas al servicio y de asistencia personal**

Como ya se ha dicho, las prestaciones económicas son tres: la vinculada al servicio (art. 17 LD), la de asistencia personal (art. 19 LD) y la de cuidados familiares (art. 18 LD). Cada una cumple una función diferente y plantea problemas de aplicación igualmente diversos. Las dos primeras, esto es, la vinculada al servicio y la de asistencia personal, comparten el rasgo de que los prestadores del servicio deben ser profesionales de la atención, sean autónomos o centros, entidades o empresas, debidamente acreditados o concertados. De manera que, en ambos casos, la prestación económica sirve directamente (está, en sentido propio, afectada) a la adquisición, compra o contratación de servicios: los del catálogo, en el caso de la prestación vinculada al servicio, los de asistencia personal, en el caso de la prestación para este servicio. Así lo reclama el artículo 17.2 LD, cuando requiere que la prestación vinculada al servicio esté “en todo caso, vinculada a la adquisición de un servicio”; y el artículo 19 LD, cuando subraya que la prestación económica de asistencia personal tiene como objetivo “contribuir a la contratación de un asistente personal, durante un número de horas, que facilite al beneficiario el acceso a la educación y al trabajo, así como a una vida más autónoma en el ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria”. Y, en ambos casos, la cuestión central es la aplicación efectiva de la cantidad prestacional otorgada a su finalidad legal de asistencia; por eso el artículo 43. d) LD considera infracción la de “aplicar las prestaciones económicas a finalidades distintas a aquéllas para las que se otorgan”, previendo, en el caso de la prestación vinculada al servicio, que las Administraciones Públicas competentes supervisarán el destino y el uso de estas prestaciones, para lograr el cumplimiento de la finalidad para la que han sido concedidas (artículo 17.3 LD).

Ningún otro problema de relevancia suscita la prestación económica vinculada al servicio, salvo la cuantía, la participación del beneficiario en el coste y las incom-

patibilidades que se analizarán, conjuntamente para las tres prestaciones, en los epígrafes que siguen. No sucede lo mismo con la prestación económica de asistencia personal, cuya función resulta mal definida en la LD. En efecto, tratada como una prestación muy particular, por los beneficiarios (sólo los grandes dependientes) y por su finalidad principal (la de facilitar al beneficiario el acceso a la educación y al trabajo), ese perfil se desdibuja si se tiene en cuenta que el artículo 19 LD también asigna a esta prestación la de procurar un auxilio para desarrollar de manera más autónoma las actividades básicas de la vida diaria; con lo que puede acabar no diferenciándose de la prestación vinculada al servicio si sirve para contratar, por ejemplo, ayuda domiciliaria en asuntos personales y domésticos. Y no colabora, desde luego, a eliminar esa confusión el hecho de que la cuantía de la prestación de asistencia personal (para los dos niveles de la gran dependencia) pueda alcanzar una cifra igual, en sus dos niveles, a la prestación económica vinculada al servicio para ese mismo tipo de dependientes. Lo que niega la imagen que el artículo 19 LD proyecta de una prestación, habitualmente no completa, sino limitada en horas, debido a la asistencia concreta que se presta (ayuda para el desempeño de un trabajo o para el acceso a la educación).

En realidad, la prestación económica por asistencia personal puede acabar convirtiéndose, y el artículo 19 LD no lo excluye, en una prestación económica que sirva para contratar a profesionales de la asistencia para prestar cualquier servicio personal, sea de los descritos en el mismo artículo 19 como característicos de esa asistencia personal, sea de los más generales, como son los de ayuda a domicilio. Lo que sí se trata de evitar es la consideración de estos profesionales como servidores domésticos (tanto laboral como desde el punto de vista de la Seguridad Social) al prohibir el RD 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia, que los cuidadores profesionales contratados, tanto para la prestación vinculada al servicio como para la asistencia personal, se encuadren dentro del Régimen Especial de la Seguridad Social de Em-

pleados al Servicio del Hogar Familiar, regulado por el Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre; forzando, en cambio, su adscripción, sea al Régimen General sea al Régimen de Trabajadores Autónomos. En definitiva, es claro que la prestación económica de asistencia personal es una prestación deficientemente regulada en la LD; lo que justifica que el artículo 19 remita al Consejo Territorial para que fije las condiciones específicas de acceso a esta prestación. En cualquier caso, y posiblemente debido a su propia indefinición, la prestación de asistencia personal sólo se ha reconocido, como se ha manifestado antes, a un número muy reducido, propiamente marginal, de beneficiarios (658, un 0,13 por 100 del total, [www.imserso.es/dependencia](http://www.imserso.es/dependencia)).

#### 4.6.2. La prestación económica por cuidado familiar

La prestación actualmente dominante en el SAAD es, sin duda, la económica por cuidados familiares. Se trata de una prestación muy peculiar por una serie amplia de motivos, lo que hace surgir numerosos problemas de interpretación y aplicación. Su regulación se contiene en la LD (artículos 14.4 y 19), así como en el RD 615/2007, antes citado, que, no obstante ser nominalmente una norma de Seguridad Social (y aprobarse por el Estado, sometiéndolo sólo a informe del Consejo Territorial, de acuerdo con su competencia exclusiva en cuanto a la legislación básica y al régimen económico de la Seguridad Social, artículo 149.1.17 CE, y así lo recuerda la Disposición Final Cuarta del mismo RD 615/2007), ha introducido importantes reglas que exceden, sin duda, el ámbito específico de la materia que justifica la competencia estatal. Tan es así, que el RD 615/2007 aborda, so pretexto del encuadramiento en la Seguridad Social de los cuidadores, cuestiones referidas a los cuidadores familiares tales como: quién puede ser cuidador familiar, el grado de parentesco necesario, o la alternativa excepcional del cuidado no profesional realizado por personas que, sin ser familiares, pertenecen al entorno del dependiente (artículo 1 RD 615/2007). De cualquier modo, el artículo 18.2 LD prevé, mediante el mecanismo habitual de corresponsabilidad normativa, que se establecerán por el Gobierno, tras el acuerdo

pertinente del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, “las condiciones de acceso a esta prestación, en función del grado y nivel reconocido a la persona en situación de dependencia y de su capacidad económica”. Lo que se ha hecho mediante el Acuerdo de 25 de enero, incluido en la Resolución de la Secretaría General de Política Social y Consumo, de 4 de febrero de 2010 (ACNP2). En todo caso, las cuestiones más relevantes relacionadas con esta prestación son las siguientes:

#### **4.6.2.a. *La noción de cuidado informal, no profesional o familiar***

Para que pueda accederse a esta prestación, la LD exige lo siguiente. Respecto del dependiente, sólo que el PIA establezca que ésta es la prestación adecuada al caso, atendiendo a la opinión del sujeto en situación de dependencia y de su familia (artículos 14.4 y 29 LD). Respecto de la prestación personal del familiar que justifica la económica, en primer lugar, el que el dependiente sea atendido por cuidadores no profesionales (artículo 14.4); cuidadores que el artículo 2.5 exige que no estén “vinculados a un servicio de atención profesionalizada”, que sitúa en la familia o en el entorno del dependiente, y que el artículo 18.1 llama “cuidados familiares” sin más. En segundo lugar, que esos cuidadores no profesionales sean personas de la familia del dependiente o de su “entorno” (entorno genérico del artículo 2.5, que el artículo 18.1 convierte en “entorno familiar”). Y, en tercer lugar, que la atención tenga lugar en el domicilio del dependiente (artículo 2.5), y siempre que en el mismo se den “condiciones adecuadas de convivencia y habitabilidad de la vivienda” (artículo 14.4). De lo anterior se derivan dos cuestiones fundamentales: quién puede ser el cuidador no profesional que justifica la prestación económica para ese cuidado y qué relación ha de tener con el dependiente, en primer lugar; y dónde y en qué condiciones ha de realizarse la prestación, en segundo lugar.

En relación con quién puede ser el cuidador no profesional que justifique la prestación económica, la confusión o indeterminación de la LD es patente. No obstan-

te, es claro que no puede tratarse de un cuidador profesional, en el sentido de que preste los servicios de atención en el marco de una institución de la red de servicios, o concertada o acreditada para esta tarea. Por el contrario, la prestación de cuidado tiene lugar al margen de las estructuras asistenciales, y se basa en la existencia de lazos entre dependiente y cuidador que exceden y son diversos de la obligación profesional. Así lo recalca el ACNP2, donde se insiste en que la atención del cuidador no profesional se ha de desarrollar en el marco de la relación familiar y “en ningún caso” en el de una relación contractual ya sea laboral o de otra índole. En lo relativo al parentesco, el artículo 1.1 RD 615/2007, yendo más allá, como se ha dicho, de la materia estricta de Seguridad Social, establece quién puede ser, en razón del parentesco, cuidador no profesional o informal. Señala dicho artículo que, “a los efectos de lo previsto en los artículos 2.5, 14.4 y 18 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia, podrán asumir la condición de cuidadores no profesionales de una persona en situación de dependencia, su cónyuge y sus parientes por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el tercer grado de parentesco”. La norma transcrita materializa así una opción normativa clave, cual es concretar hasta qué grado de parentesco el cuidador de un familiar puede constituir el fundamento de la prestación económica por, precisamente, “cuidados familiares”. Siendo, según parece, irrelevante el grado de dependencia para el que esa prestación está diseñada; lo que significaría abarcar los tres grados previstos en el artículo 26 LD (moderada, severa y gran dependencia), así como los dos niveles de cada uno de ellos.

#### **4.6.2.b. *La condición de familiar del cuidador y la precisión acerca del entorno del dependiente***

Como se ha transcrito, el artículo 1.1 RD 615/2007 limita el círculo de parentesco del potencial cuidador al cónyuge y a los parientes (cualquiera que sea el tipo de parentesco: consanguinidad, afinidad o adopción) hasta el tercer grado. No es que la limitación sea en sí mis-



ma criticable, aunque podría sostenerse que lo relevante podría ser cualquier tipo de lazo de parentesco siempre que se den otras condiciones, como la convivencia y la realidad del cuidado. No obstante, la fijación del tercer grado de parentesco como límite para la figura del cuidador no profesional, encuentra fundamentos razonables que hacen que, finalmente, sea inobjetable y deba ser tenida por una opción lógica del legislador; aunque suponga la exclusión de formas de convivencia basadas en la amistad, por ejemplo, que también puede dar origen a un cuidado no profesional del dependiente.

Las citadas razones son las siguientes: En primer lugar, porque la cercanía del grado de parentesco es uno de los elementos que garantiza indirectamente la realidad del cuidado al dependiente; en la medida en que, como regla general, esa cercanía implica una relación afectiva y de proximidad habitual entre dependiente y cuidador no profesional que es el sustento del compromiso del cuidador con el dependiente. En segundo lugar, porque, como ponen de manifiesto las encuestas y estadísticas al respecto (el caso de las contenidas en el Libro Blanco y los datos del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (2005, p. 25), el cuidador informal pertenece, en un altísimo porcentaje que llega al 93 por 100, a ese círculo de parentesco que establece el RD 615/2007. En tercer lugar, porque limitar a tales parientes la justificación, existiendo el cuidado, de la prestación económica puede ser una manera de reforzar el compromiso con el dependiente, que, si se trata de parentesco cercano, se basará seguramente en una dedicación desinteresada; lo que puede que no suceda con parientes mucho más lejanos, cuyo acceso a la condición de cuidador puede basarse más fácilmente en el interés por obtener, a través del dependiente, el beneficio de la prestación económica.

El que el grado de parentesco establecido sea adecuado, no excluye la crítica a una formulación que ignora de forma absoluta las formas de convivencia y de organización familiar distintas a las basadas en el matrimonio (y, a partir de él, en el parentesco por afinidad que se asimila al consanguíneo y por adopción). Se

trata de las uniones de hecho, cuya ausencia resulta particularmente notable no sólo por la asimilación real al vínculo matrimonial (de forma que, en casos de uniones de hecho duraderas, la función de cuidado suele ser asumida por el conviviente de hecho en la misma medida en que lo haría el cónyuge), sino también por la equiparación que las reformas de las normas de la Seguridad Social respecto de la pensión de viudedad han introducido (2007) entre el matrimonio y una unión de hecho que reúna algunos requisitos mínimos de publicidad (que se trate de uniones de hecho registradas) y de duración o consistencia temporal. Seguramente por los motivos dichos, el ACNP2 asimila expresamente a la relación familiar a las parejas de hecho y a los tutores o designados, administrativa o judicialmente, con funciones de acogimiento. Sin que quede, no obstante, claro si la asimilación se limita exclusivamente a la pareja de hecho o si se extiende a los familiares de esa pareja de hecho. Piénsese, por ejemplo, en los hijos de la pareja de hecho, convivientes habituales del dependiente y que pudieran asumir su cuidado.

Por lo que se refiere a la figura del cuidador procedente del entorno del dependiente, hay que recordar una vez más la discordancia entre el artículo 2.5 LD, que habla de "*personas de su entorno*" (del dependiente, se sobreentiende), y el artículo 18 de la misma LD, que concreta ese entorno en el más cualificado del "*entorno familiar*". Pues bien, también esta cuestión ha sido abordada y resuelta por el artículo 1.2 RD 615/2007, de forma un tanto prolija, en el sentido siguiente: "Cuando una persona en situación de dependencia tenga su domicilio en un entorno caracterizado por insuficiencia de recursos públicos o privados acreditados, la despoblación, o circunstancias geográficas o de otra naturaleza que impidan o dificulten otras modalidades de atención, la Administración competente podrá excepcionalmente permitir la existencia de cuidados no profesionales por parte de una persona de su entorno que, aun no teniendo el grado de parentesco señalado en el apartado anterior, resida en el municipio de la persona dependiente o en uno vecino, y lo haya hecho durante el período previo de un año."

La simple lectura de este largo, complejo y un tanto farragoso apartado ya pone de manifiesto que la figura del cuidador que procede del entorno del dependiente, al margen de la relación de parentesco, es una posibilidad bastante excepcional. Porque muchas son las condiciones o exigencias que la norma contiene para que el cuidado del dependiente, por parte de una persona que no forma parte del círculo de parentesco antes mencionado, pueda justificar la prestación económica prevista en la LD.

En primer lugar, determinadas características excepcionales del entorno institucional, de servicios, físico, ciudadano o habitacional del domicilio del dependiente que tienen un impacto negativo en cuanto a la posibilidad de obtener las prestaciones de servicios necesarias; o incluso de adquirirlas a través de la prestación económica vinculada al servicio que prevé el artículo 17 LD. En concreto, ha de tratarse de circunstancias geográficas (que el RD 615/2007 no describe, pero que pueden ser imaginables, tales como: una difícil accesibilidad, el aislamiento, o unas defectuosas, escasas o costosas comunicaciones); de lugares despoblados (o, también, núcleos poblacionales muy reducidos); u otras de otra naturaleza, que el artículo 1.2 no define (siendo, por cierto, si distintas a las dichas, difícilmente imaginables). En todo caso, lo verdaderamente relevante a este respecto es la repercusión que tales circunstancias tienen sobre la posibilidad de obtener los servicios de cuidado de la dependencia; es a lo que el artículo 1.2 RD 615/2007 se refiere hablando de un "entorno caracterizado por insuficiencia de recursos públicos o privados acreditados". En definitiva, que lo que se exige, para aceptar un cuidado informal procedente de una persona sin vínculo de parentesco con el dependiente, es que no haya otra alternativa real a ese cuidado (por eso, el artículo 1.2 habla de "impedir o dificultar otras modalidades de atención"), por cuanto las estructuras públicas y privadas de la tutela de la dependencia sean incapaces, o encuentren importantes dificultades, para acceder al domicilio del dependiente.

En segundo lugar, la apreciación de la existencia de esas circunstancias se realiza con un amplio margen de

discrecionalidad por parte de la Administración competente. De manera que el criterio del propio dependiente carece aquí de relevancia, a diferencia del supuesto de cuidado por parte de un familiar dentro del círculo previsto de parentesco, no dándosele ninguna opción a optar por el cuidado proporcionado por una persona del entorno frente a otras posibilidades o alternativas. Es obvio que la iniciativa del dependiente será necesaria (habrá de solicitar la prestación económica por cuidado procedente de su entorno), será analizada y valorada por el órgano establecido para fijar el PIA, y, finalmente, requerirá ser autorizada por la Administración competente. Exigiendo el ACNP2 que quede constancia expresa de la circunstancia excepcional que justifica la opción por el cuidado de una persona del entorno del dependiente, aunque no sea familiar en los términos antes dichos.

En tercer lugar, es claro que el cuidador puede ser, en este caso, una persona sin relación alguna de parentesco con el dependiente, o más lejana de la prevista en la norma. Lo que implica que, dándose las circunstancias excepcionales señaladas, la opción del dependiente por el cuidado familiar, si existieran parientes hasta el tercer grado, sería sin duda aceptada y no sometida a la autorización especial por parte de los órganos públicos. Pero el artículo 1.2 RD 615/2007 exige al potencial cuidador, como alternativa al parentesco, ciertos requisitos que vienen a expresar la pertenencia efectiva del cuidador al entorno del dependiente, su arraigo en el mismo y, en consecuencia, la cercanía al que necesita el cuidado. Es la exigencia de que el cuidador "resida en el municipio de la persona dependiente o en uno vecino"; y, además, de que "lo haya hecho durante el período previo de un año"; sin duda, para evitar un acercamiento al entorno del dependiente con la única finalidad de justificar la prestación económica.

Aunque, y esta es una cuestión que la norma olvida (teniendo, no obstante, una gran relevancia acerca de la garantía del derecho universal a las prestaciones de cuidado), dadas las condiciones del entorno del dependiente, exigir esa residencia previa puede desembocar en la ausencia de tutela; porque no exista en ese entor-

no y con esa anticipación temporal nadie dispuesto a prestar al dependiente el cuidado que necesita. En este extremo, la norma ha olvidado ofrecer, como es una exigencia legal, alguna alternativa prestacional al dependiente que, en el medio descrito (que dificulta o imposibilita las otras modalidades de atención), no encuentra a una persona que se ofrezca a proporcionarle la ayuda. Lo que podría haber obviado flexibilizando la exigencia de la residencia previa durante un año en la cercanía del dependiente. Porque, en todo caso, si la movilización geográfica del cuidador está guiada por la finalidad de generar, para el dependiente, la prestación, ello no debería ser obstáculo para obtenerla si el dependiente efectivamente encuentra grandes dificultades para lograr la asistencia del servicio público, logra el apoyo del PIA a su opción y el cuidado finalmente se produce efectivamente. Resulta llamativo, en cambio, que el cuidador que se encuentre dentro del círculo de parentesco previsto por la norma, pueda cambiar su domicilio (moviéndose al del dependiente), o que éste lo altere (yéndose a vivir con el cuidador), con la obvia finalidad de generar el derecho a la prestación, y la norma no ponga ningún obstáculo.

Al margen de lo dilucidado en los párrafos anteriores, también se suscita la cuestión (que ni la LD ni las normas de desarrollo de ámbito estatal abordan) de las condiciones personales que el cuidador informal debe reunir para justificar la prestación. Se trata de la edad, que podría pensarse, con fundamento, que debe ser la de dieciocho años como mínimo, pero que, al no existir un mandato legal claro en este sentido, podría rebajarse hasta la mínima laboral de dieciséis. Porque, si una persona de dieciséis años puede asumir (con ciertos complementos externos de su voluntad, aunque no siempre) obligaciones laborales, no se encuentra razón para impedir que alguien de esa misma edad pueda desarrollar la labor de cuidado en relación con un familiar cercano.

Otra de las exigencias puede estar relacionada con la residencia del cuidador. Sin duda, en España (puesto que no se trata de la posibilidad prevista en la LD de prestaciones de dependencia a españoles en el extran-

jero), y además, en el domicilio del dependiente (por exigirlo así el requisito, sólo excepcionalmente eludible, de la convivencia entre dependiente y cuidador). Pero no se establece si esa residencia del cuidador debe ser previa a la solicitud de la prestación y por un cierto tiempo. Nada indica en la LD que esto sea así, mucho más si se acepta (como debe ser lo lógico) que la dependencia puede surgir inopinadamente, y ofrecerse como cuidador un familiar cercano que en ese momento no reside en España, pero que está dispuesto a desplazarse a ella para cumplir la labor de cuidado. En todo caso, la exigencia de la necesaria existencia del cuidado antes de solicitar la prestación es, si bien se piensa, un tanto formal. Basta que el cuidador se instale en el domicilio del dependiente y comience a prestarle la ayuda para que ya se cumpla ese discutible presupuesto de la concesión de la prestación.

Esta cuestión ha sido abordada por el ACNP2, donde, no obstante, se exige expresamente que, en el caso de cuidado no profesional en general (tanto de familiares dentro del tercer grado como de personas del entorno no familiares) es necesario que la atención se esté prestando antes de la solicitud de reconocimiento de la prestación; aunque no se indica con cuánta anticipación por lo que persiste la crítica anterior al carácter relativamente formal de la exigencia. Se trata, de nuevo, de la idea de que el cuidado familiar no esté provocado por la prestación económica sino que ésta responda a una realidad de atención preexistente que ponga de manifiesto que la familia ha asumido la atención al dependiente, con independencia de que se tenga o no derecho a la prestación. De forma que ésta vendría a responder a una situación de hecho previa ya consolidada y no artificialmente generada. En todo caso, como se ha dicho, el que la norma no exija una cierta anticipación temporal hace que ésta pueda ser de días o semanas, aunque siempre podrá comprobarse, a través del PIA, que la solicitud de prestación no tiene una finalidad meramente especulativa. La misma finalidad restrictiva tiene la prohibición, igualmente contenida en el ACNP2, en el sentido de que no se admitirá (lo que se formula como una expresa prohibición al PIA) que una persona que ya estuviera atendida en

un servicio deje de hacerlo para recibir la prestación económica de cuidados familiares. Lo que sólo podrá hacer el PIA en casos excepcionales cuando haya razones (inadecuación del servicio a las necesidades de la persona, circunstancias del entorno, condiciones personales) que así lo aconsejen.

Por último, habrá que preguntarse si el cuidador extranjero no comunitario debe o no estar provisto de algún tipo de permiso para realizar la tarea de cuidado. Ciertamente, no parece justificado que un cuidador extranjero irregular (por carecer de permiso de residencia) pueda aparecer ante el SAAD como el cuidador familiar que fundamenta la prestación económica; pero, puesto que no se trata del desempeño de un trabajo, tampoco puede exigírsele estar en posesión de una autorización para trabajar. La regularidad de su presencia, estancia o residencia en España ya lo hace apto para prestar ayuda al familiar dependiente y justificar así la prestación pertinente por cuidado familiar.

#### **4.6.2.c. *Cuidador y dependiente. La relación entre la prestación económica y la prestación personal de cuidado por parte de cuidadores no profesionales***

Como se ha dicho, el cuidador familiar o informal (en cuanto miembro del entorno del dependiente y no integrado en la red de servicios asistenciales) ha de ser necesariamente no profesional; esto es, no retribuido. Lo que pone en evidencia el rasgo de que es el propio dependiente quien tiene derecho a la prestación, como lo confirman los artículos 4 y 14 LD. De forma que la prestación económica otorgada al dependiente no garantiza ninguna recompensa al cuidador; salvo que se trate de una unidad familiar no sólo de convivencia, sino también de ingresos y gastos. En este supuesto, el que la prestación económica sea percibida por el dependiente no impide que el cuidador informal también se beneficie de ella, en cuanto miembro de la unidad familiar; aunque sea algo no garantizado plenamente. En todo caso, es el dependiente quien dispone libremente (mientras mantenga, como es obvio, su capaci-

dad de administración y de decisión) de la prestación económica, destinándola al uso que estime pertinente, ya que la LD no impone una utilización determinada y, mucho menos, que se convierta en una compensación económica al cuidador. Sólo la mención del artículo 43.3 LD, al considerar sancionable el aplicar las prestaciones económicas para finalidades distintas para las que están previstas, puede suponer un cierto límite a esa libertad de disposición.

Pero, si bien se piensa, para que exista una infracción por disposición incorrecta de la cantidad asignada es necesario, previamente, saber cuál es el uso adecuado de la prestación económica; lo que no está nada claro, a diferencia de las prestaciones vinculadas al servicio y las de asistencia personal cuya utilidad es, justamente, conseguir esas prestaciones en las condiciones establecidas en la LD y sus normas de desarrollo. Por el contrario, la prestación económica por cuidado familiar no tiene una aplicación definida; es más, lo que hay es una prohibición de que sirva para retribuir al cuidador familiar que, de esta forma, habría dejado de ser no profesional para profesionalizarse a través de un vínculo contractual del tipo que fuere, incluso a través de una relación especial al servicio del hogar familiar. La no profesionalización del cuidador informal impide ese destino de la prestación económica, por lo que sólo queda aceptar que esa cantidad se ingresa en el patrimonio del dependiente y, a partir de ese momento, éste podrá darle el uso que estime necesario (recompensas dinerarias no obligatorias y benévolas al cuidador, gastos necesarios de la vivienda común estén o no asociados directamente al cuidado, contratación de empleados de hogar para que realicen, junto con las tareas de mantenimiento, la asistencia al dependiente colaborando con el cuidador informal, etc.), siempre que exista esa relación indirecta y muy vaga, entre prestación y cuidado. Se trataría, pues, de una prestación económica que, causada por la presencia y el trabajo del cuidador informal, beneficia económicamente a otra persona (el dependiente); sin que exista necesariamente una relación sinalagmática o de contraprestación entre el trabajo de cuidado y la prestación económica.

Existe, pues, una divergencia entre la prestación económica de dependencia y la prestación personal de cuidado. De forma que la prestación económica no sirve para recompensar el cuidado no profesional; al menos no necesariamente, dependiendo de que sea así la voluntad del dependiente, y siempre que sea en términos de una compensación benévola por la asistencia. La norma no exige, por ejemplo, que la prestación económica vaya destinada a compensar al cuidador, por obligar así al dependiente o por atribuir al cuidador un derecho a la misma; lo que puede, en ambas hipótesis, que se haya rechazado por respeto a la autonomía del dependiente. Por tanto, y como se ha dicho, la prestación personal del cuidador es el pretexto de la prestación económica que se atribuye al dependiente, quedando a su arbitrio hacer de la misma lo que estime oportuno: ahorrarla, destinarla a otros consumos o gastos, compensar (total o parcialmente, simbólica o efectivamente) al cuidador familiar, dedicarla a contratar laboralmente a personas para que le proporcionen cuidados complementarios.

En consecuencia, la prestación del cuidador no profesional se basa en razones no retributivas; en la medida en que el cuidador asume esa tarea en virtud de los vínculos de parentesco, cercanía, afecto o amistad que tiene con el dependiente. Desde el punto de vista, pues, de la regulación laboral, el cuidador no profesional es, además, un prestador gratuito de servicios. Quedando incluido, más que en el concepto de trabajo familiar del artículo 1.3. e) del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (ET), ya que no hay una empresa o actividad económica del conjunto de la familia como unidad de convivencia, en el de trabajo amistoso, benévolo o de buena vecindad del artículo 1.3. d) del ET.

No obstante, uno de los problemas centrales en esta operación identificatoria del cuidador informal es dilucidar si, siendo familiar o, más genéricamente, perteneciendo al entorno, esa persona puede ser contratada por el dependiente, recompensando su tarea de cuidado con una retribución económica. En este caso, el cuidador, profesional desde el punto de vista laboral, sería

una persona del entorno del dependiente, aunque informal al no estar inserto en la organización pública prestadora del servicio. Por otra parte, su retribución sería, normalmente, salarial, por asimilarse la prestación de dependencia a la prestación laboral realizada en el marco de la relación especial de personas al servicio del hogar familiar [artículo 2.1. B) Estatuto de los Trabajadores y artículo 1 RD 1424/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de personas al servicio del hogar familiar]. En definitiva, hay que decidir si, en la intención de la LD, cuidador informal es siempre cuidador gratuito; o si, desde otro punto de vista, cuidador informal es sólo quien no está vinculado (como dice el artículo 2.5 LD) a un servicio de atención profesionalizada, o no presta sus servicios en el contexto de las prestaciones económicas vinculadas al servicio o de asistencia personal.

Sin duda hay que sostener lo primero. Podría decirse que nada en la LD impide expresamente que el cuidador familiar pueda ser un cuidador retribuido, siempre que cumpla las otras exigencias (parentesco o entorno, preexistente o provocado precisamente por la contratación). Retribuido sí, pero no por la prestación otorgada por el sistema de protección (al no ser posible establecer una relación directa entre prestación y contrato; como, por el contrario, sí sucede con la prestación vinculada al servicio o la de asistente personal); ni tampoco retribuido como derecho o exigencia ineludible del cuidador (su hipotética contratación por el dependiente es una decisión de éste de articular el cuidado a través de un contrato o mantenerlo, como sería posible, en el terreno de la asistencia gratuita). En todo caso, ésta sería una decisión del dependiente; justificada en el hecho de que, como se verá ahora, la LD no establece, en realidad, ninguna relación entre prestación económica y cuidador no profesional más allá de que ese cuidado informal exista y justifique la prestación económica que la LD no afecta necesariamente a una recompensa económica de tipo salarial, pero que tampoco puede impedir que, ingresada en el patrimonio del dependiente, éste la destine al uso que estime adecuado. No obstante, debe llegarse a la conclusión de que la prestación de cuidado familiar no

puede ser retribuida por el dependiente, al margen de las prestaciones previstas en la LD; porque esto hace al familiar cuidador profesional, en la medida en que se convierte en trabajador del sujeto en situación de dependencia, eliminando, de paso, la propia justificación de la prestación. La LD requiere, para otorgar la prestación por cuidados familiares, que exista un familiar o asimilado, que conviva con el dependiente y que preste su servicio de forma gratuita. La alteración de estos requisitos llevaría a denegar o revocar la prestación.

De no ser así, se suscitarían amplios y numerosos interrogantes en relación con una prestación personal que se saldría del estricto campo de la gratuidad para vincularse a la misma mediante una conexión económica causal. De forma que se plantearía si, en todo caso, habría que establecer una relación contractual laboral, aunque especial (concretamente, la de trabajo al servicio del hogar familiar), entre dependiente y cuidador no profesional; lo que, por cierto, haría innecesaria la previsión de inclusión del cuidador en el sistema de Seguridad Social por producirse ya en razón del trabajo. O bien se consideraría como una prestación económica al dependiente que éste vendría obligado a desviar hacia el cuidador, sin que la obligación derive de la prestación misma, sino de la propia LD. Cuestiones todas ellas que enturbian, hasta negarla, la característica esencial de esta prestación: el que el cuidado se proporciona por familiares o personas del entorno del dependiente por razones benévolas y no onerosas. De aquí que el ACNP2 insista en el hecho de que, entre dependiente y cuidador, no exista ninguna relación contractual, sea laboral o de otra índole; estableciendo incluso la prohibición de que el cuidador pueda ser considerado empleado de hogar del domicilio del dependiente, beneficiario de la prestación.

Que esto es normalmente así, lo indican los datos del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (2005, p. 30), según los cuales un 80 por 100 de los cuidadores manifiestan no recibir nada a cambio de su tarea de cuidado; y, en el caso de los que sí obtienen alguna compen-

sación económica, en un 43 por 100 de estos casos, la compensación sólo sirve para cubrir gastos, y, en un 30 por 100 de los casos, ni siquiera es suficiente para afrontarlos en su integridad. Si estos datos se vinculan al hecho de que el 90 por 100 de los cuidadores indican que asumen esa tarea por afecto, sentido de la responsabilidad u obligación moral, el perfil del cuidador gratuito, no retribuido ni siquiera indirectamente, se confirma. Lo que, se insiste, no es incompatible con algún tipo de recompensa económica por parte del dependiente al cuidador, siempre que sea benévola y no obligatoria.

#### ***4.6.2.d. Las exigencias derivadas del lugar de la prestación, de la calidad e intensidad del cuidado y de las capacidades del cuidador. El control de la realidad y eficacia de la atención al dependiente***

Se trata de precisar aquí qué características ha de reunir la prestación del cuidador no profesional, informal o familiar. Parece claro que la prestación de cuidado ha de tener lugar en el domicilio del dependiente, partiendo de que la convivencia es la que pone mejor de manifiesto la realidad (o, al menos, la alta posibilidad) de que el cuidador informal se dedique efectivamente a esa tarea. Así lo establece, aunque genéricamente, el artículo 2.5 LD, e insiste en ello, si bien indirectamente, el artículo 14.4, al permitir el cuidado informal (o, mejor, al condicionar la prestación económica por cuidado no profesional) sólo si se dan “condiciones adecuadas de convivencia y de habitabilidad de la vivienda” que refuerzan indirectamente la realidad y eficacia del cuidado. Lo que parece referirse a la vivienda del dependiente, partiendo de la base de que, de una parte, la prestación personal tiene lugar en ella y, de otra parte, el cuidador ha de convivir con el sujeto en situación de dependencia. No hay, sin embargo, razones de peso para una u otra exigencia; es más, cuando el artículo 1.2 RD 615/2007 se refiere al cuidador no pariente procedente del entorno del dependiente, parece aceptar la posibilidad de que este tipo de cuidador no conviva con el dependiente y en su domicilio; aunque es también cierto que la excepcionalidad de este tipo de cuidador

impide convertir en general una regulación tan específica.

A este efecto, puede decirse, en primer lugar, que exigir la prestación en el domicilio del dependiente es superfluo e innecesario. Normalmente sucederá así, e incluso será lo más adecuado en razón del cumplimiento de la exigencia contenida en el artículo 3. k) LD, que establece como principio el de “la permanencia de las personas en situación de dependencia (...) en el entorno en el que desarrollan su vida”. Pero, como este mismo apartado reconoce, esto sucederá “siempre que sea posible”; lo que puede acontecer en el caso de prestaciones por parte de cuidadores informales. Piénsese, sin más, en la mayor amplitud, comodidad o idoneidad de la vivienda del familiar que asume la tarea de cuidado. Resulta absurdo no aceptar que, en este caso, no existe prestación informal que justifique la prestación económica del SAAD. La misma habitabilidad de la vivienda, como requisito que exige el artículo 14.4 LD, lleva a igual conclusión, ya que sería improcedente que la norma forzara tanto a dependiente como a cuidador a convivir en un hogar menos confortable o menos habitable, el del dependiente, para conservar el derecho a la prestación económica. En consecuencia, más que un hogar concreto, habría que considerar que la LD lo que exige es la existencia de un hogar común, preferiblemente, pero no necesariamente, el propio del dependiente, siempre que exista convivencia entre dependiente y cuidador no profesional. La convivencia, así, sustituiría a la exclusiva ubicación física del cuidador en el domicilio del sujeto en situación de dependencia. Esto es algo que el ACNP2 ha confirmado al no referirse necesariamente al domicilio del dependiente, aceptando incluso, en el caso de varios cuidadores sucesivos o rotatorios, que el sujeto en situación de dependencia cambie de domicilio y se traslade al del cuidador.

Por lo que se refiere al rasgo de convivencia, tampoco se justifica que deba ser interpretado de forma estricta. Sin duda sí, si el hogar donde tiene lugar la prestación personal es el del cuidador, ya que no puede aceptarse (además de ser casi impracticable) una situación como la de un dependiente que, sin convivir con el cuidador,

ha de acudir regularmente al domicilio de éste para recibir la asistencia que necesita. Aunque también puede imaginarse la situación de un dependiente no especialmente severo, que tiene movilidad física, y que es recogido diariamente de su hogar para ser trasladado al hogar del cuidador, donde recibe esas prestaciones personales. Pero donde la exigencia de convivencia no se justifica es en la situación en la que el cuidador se desplaza al hogar del dependiente, permaneciendo con él el tiempo necesario en razón del grado de dependencia, pero no convirtiendo el hogar del dependiente en el suyo propio. Esto quizás sea impensable en situaciones de dependencia severa; pero no lo es tanto en relación con dependencias menos graves; sobre todo, como suele ser muy habitual en la práctica, cuando el cuidado informal no es exclusivo de una persona, sino compartido por varias. La existencia de varios cuidadores, lo normal en los cuidados familiares, hace aparecer la figura (que ni la LD ni las normas de desarrollo contemplan, salvo muy escasamente el ACNP2) del cuidador principal, que puede ser, o no, el que conviva con el sujeto en situación de dependencia. Por tanto, la exigencia de convivencia no puede tampoco asumirse en sentido estricto, debiéndose aceptar excepciones y matizaciones a la misma. En todo caso, el ACNP2, al referirse a la convivencia y a sus condiciones de habitabilidad (que deberá apreciar el PIA), acepta que la convivencia en el mismo domicilio será regla general, pero que también es aceptable la proximidad física de ambos domicilios (del dependiente y del cuidador), en la medida en que esa proximidad haga posible una atención adecuada, en razón de las circunstancias personales del sujeto en situación de dependencia. Algo que, de nuevo, será el PIA el que deberá determinarlo.

En cuanto al control de la idoneidad de las circunstancias personales y físicas que rodean la prestación de cuidado al dependiente por parte del cuidador familiar (ciertas capacidades, aptitudes o una formación mínima del cuidador para, en función del grado de dependencia, garantizar que esa atención existirá y será la adecuada), nada hay en la norma, salvo la referencia a la necesaria habitabilidad de la vivienda. En todo caso, existen instrumentos específicos de control de la situa-

ción (diagnóstico previo de la idoneidad del cuidado familiar, supervisión de la situación, posibilidad de revocación de la prestación) que, al analizar cada caso, pueden garantizar mínimamente tanto que hay convivencia, que ese cuidado familiar existe, que tiene una dimensión temporal suficiente, que el tipo de atención es la adecuada, o que las condiciones en que se presta son mínimamente dignas. Algo que sólo podrá constatar a través del PIA y supervisarse mediante los órganos o personas encargadas del control de esas situaciones. La norma, sin embargo, nada establece acerca de la calidad y eficacia del cuidado a prestar y de la capacidad del cuidador que justifica la prestación económica. Pese a ello, serán de nuevo los especialistas integrados en los órganos de valoración y de control los que, con un amplio margen de apreciación, determinarán la idoneidad del sistema de cuidados previsto.

Sólo la aprobación, por el Consejo Territorial, del Acuerdo sobre criterios comunes de acreditación en materia de formación e información de los cuidadores no profesionales (ACNP1, Resolución de la Secretaría General de Política Social y Consumo de 4 de noviembre de 2009, BOE de 27 de noviembre) y del ACNP2, sobre mejora de la calidad de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar, abren una línea de actuación en esta materia. Si bien, en cuanto a la formación e información del cuidador no profesional, el ACNP1 no llega a imponer una formación mínima como requisito para acceder a la condición de cuidador no profesional, limitándose a describir cuál debe ser ese tipo de formación (que tiene un carácter muy básico y donde sólo puede destacarse su pretensión, es dudoso que realista, de favorecer la futura profesionalización de los cuidadores no profesionales), su contenido, quién debe ofrecerla y en qué plazo (las Administraciones Públicas competentes, en el plazo de un año). Se trata, en consecuencia, más de un imposición a las CCAA para que organicen esa formación y la ofrezcan a los cuidadores no profesionales que de una exigencia de cualificación mínima a estos últimos. De forma que quien carezca de la misma no se verá, en principio, rechazado como cuidador no profesional; otra cosa es que, a la hora de establecer el PIA, la tenencia o carencia de esa formación pueda ser un factor más o

menos decisivo para decantarse por la prestación económica por cuidado familiar.

Otra cosa es lo establecido por el ACNP2. En él, bajo el epígrafe de "idoneidad de la persona cuidadora", se exige que el cuidador tenga la capacidad física y psíquica suficiente para desarrollar por sí misma las funciones de cuidado y apoyo, debiendo tenerse en cuenta (obviamente a través del PIA) la propia protección de la salud de la persona cuidadora, atendiendo a las dificultades y exigencias del desempeño de la función de atención al dependiente. Lo que sí es novedoso es la prohibición de que asuma la tarea de cuidado una persona que esté ella misma en situación de dependencia, aunque el ACNP2 nada dice respecto de las situaciones calificadas como de incapacidad permanente, que no siempre son situaciones de dependencia pero que puede ser manifestación clara de la dificultad de realizar las tareas de cuidado. La misma exclusión de la condición de dependiente afecta a las personas que el ACNP2 califica de edad avanzada, sin que tampoco exista precisión alguna al respecto, quedando como una prohibición general a precisar en cada caso a través del PIA. Esta atención al caso concreto, demandada por el ACNP2, se refuerza en este extremo cuando matiza las anteriores exclusiones en función de que el cuidador, aquejado de incapacidad o de una edad avanzada, tenga o no apoyos complementarios (lo que remite a otros cuidadores o a prestaciones de servicios del SAAD, compatibles con el cuidado familiar). Por último, el ACNP2 también requiere que el cuidador no profesional cuente con el tiempo de dedicación suficiente para desarrollar su tarea; lo que siendo obvio, tendrá mayor relevancia en los casos de cuidadores a tiempo parcial o de existencia simultánea de cuidadores (principal y secundarios).

Llama la atención, por otra parte, la unidimensionalidad de la LD al afrontar el tema del cuidado familiar, dando por sentado que, cuando tiene lugar, es a cargo de una sola persona; desconociendo la realidad, cada vez más frecuente, de un cuidado familiar compartido. Por ahora, sólo los artículos 2.4 y 4.1 RD 615/2007 habían previsto, a través de su impacto en el ámbito de la



Seguridad Social, la posibilidad de una dedicación parcial al cuidado familiar; sin diferenciar si se trata de una dedicación parcial justificada por la necesidad igualmente parcial del dependiente o por el hecho de que existan varios cuidadores. De todas formas, es llamativo que, en este último caso, el RD 615/2007, también con efecto exclusivo en el ámbito de la Seguridad Social, no haya previsto la figura del cuidador principal o relevante, al que se atribuirían en exclusiva los derechos de Seguridad Social que el RD 615/2007 establece. Con lo cual, en el caso de concurrencia de varios cuidadores, se suscita la duda de si todos o cuál de ellos se beneficia del tratamiento especial en materia de Seguridad Social establecido en la norma. Se trata, sin duda, de una carencia notable del desarrollo reglamentario de la LD, el cual debería contemplar las diversas alternativas de intensidad de cuidado: a cargo de una sola persona, sea a tiempo completo o parcial; a cargo de varias personas con iguales o distintas dedicaciones. El establecimiento y definición de la figura del cuidador único y/o principal (así como la fijación de los efectos en todas las dimensiones, no sólo de Seguridad Social) es una cuestión, pues, que debe ser abordada de forma insoslayable.

Esto es algo que pretende realizar, aunque de forma muy rudimentaria, el ACNP2, que tiene un apartado dedicado, precisamente, a la cuestión del cuidador principal y de otras personas cuidadoras. Así, el ACNP2 establece que, aunque en el entorno familiar existan otros cuidadores (obviamente, si son a tiempo parcial o secundarios; o si existen otras ayudas complementarias), debe designarse una persona como cuidador principal, que será la que asuma la responsabilidad del cuidado. Sin que el ACNP establezca si ese cuidador principal deberá desarrollar mayoritariamente y en qué medida la tarea de atención al dependiente; pareciendo más bien que el ACNP2 lo que requiere es un interlocutor individual con el SAAD que, además de soportar básicamente la función de cuidado, será la persona acerca de la cual se volcarán las exigencias personales (parentesco, convivencia, capacidad) y de tiempo de dedicación para conceder la prestación de cuidado familiar. El ACNP trata de potenciar la estabilidad del cui-

dado familiar, exigiendo que la persona que se postula como cuidador debe tener disponibilidad para realizar su tarea durante un año como mínimo; una exigencia de futuro que escasamente supondrá límites al reconocimiento, salvo en circunstancias excepcionales, toda vez que el propio Acuerdo acepta (no podía ser de otra forma) que circunstancias sobrevenidas e imprevisibles impidan completar ese período. Una especie, pues, de compromiso de cuidado por parte del cuidador por una duración mínima de un año. El ACNP2, en fin, contempla la hipótesis de un cuidado múltiple, sucesivo y rotatorio (no, en cambio, la de un cuidado múltiple simultáneo) exigiendo que se determinen claramente los períodos de tiempo que corresponden a cada uno de los cuidadores, duración singularizada que no podrá ser inferior a tres meses dentro de un año natural. Lo que sólo será posible si esa situación de rotación del cuidado es previsible desde el principio; lo que no siempre sucederá, debiendo acudir, en caso contrario, a una revisión del PIA.

Relacionado con lo anterior, otra de las carencias más urgentes de la regulación de la prestación económica por cuidador familiar es el desarrollo de lo previsto en el artículo 30.2 LD, cuando establece que “las prestaciones podrán ser modificadas o extinguidas en función de la situación personal del beneficiario, cuando se produzca una variación de cualquiera de los requisitos establecidos para su reconocimiento, o por incumplimiento de las obligaciones reguladas en la presente Ley”. Un apartado lleno de interrogantes, como los que se refieren al procedimiento de modificación o extinción (regido, sin duda, con carácter general, por lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, pero necesitado de concreción a partir de las especificidades de la LD); el que hace referencia al órgano competente (que hay que suponer que será el mismo que tiene la facultad de conceder la prestación, previas las actuaciones administrativas de información y control pertinentes); o lo que toca a lo que debe considerarse como variación de requisitos y cuáles, en cuanto a la prestación que aquí se analiza, son relevantes.

Y las alternativas son muchas: inexistencia de cuidador, no prestación real o prestación defectuosa de cuidado, inexistencia de un cuidador principal, carencias relacionadas con el medio habitacional, no convivencia entre dependiente y cuidador cuando se exija y, mucho más dudosamente, destino inadecuado de la prestación económica; por no hablar del cambio de circunstancias del sistema público o de la situación del dependiente que aconsejen alterar el sistema de cuidado, pasando del informal al profesionalizado en cualquiera de sus variantes. Todas ellas, cuestiones que merecerían una mínima respuesta normativa.

Que sólo la han recibido a través del ACNP2, donde, al margen del constante protagonismo que se atribuye al PIA en cuanto al establecimiento de la modalidad de atención y en cuanto a la comprobación de los requisitos exigidos, prevé un seguimiento de la calidad de los cuidados, atribuyendo a las CCAA la competencia para establecer los mecanismos necesarios de seguimiento y para controlar la calidad de las prestaciones de cuidado familiar. Dicho seguimiento deberá comprobar si persisten las condiciones de todo tipo (de atención, convivencia, habitabilidad de la vivienda, capacidad y atención del cuidador, etc.) que justificaron la concesión de la prestación, garantizar la calidad de los cuidados y prevenir posibles futuras situaciones de desatención. Un seguimiento que el Acuerdo exige que tenga una cadencia anual, o incluso inferior si existen circunstancias que así lo aconsejen.

#### 4.6.3. La cuantía de las prestaciones económicas

El RD 727/2007, dedicado como se sabe a establecer la intensidad de la protección en las prestaciones de servicios, se limita, en relación con las prestaciones económicas, a fijar su cuantía, señalando el artículo 13 que se establecerá de forma anual por el Gobierno, mediante RD, previo acuerdo en el Consejo Territorial, para los diferentes grados y niveles, actualizándose en función del IPC. No sin antes remitir la norma (artículo 12), en cuanto a los importantes temas de los requisitos y condiciones de acceso a las prestaciones económicas, a una regulación a elaborar por parte de las CCAA; si

bien, de nuevo como garantía de las condiciones básicas de igualdad en el ejercicio del derecho (particularmente relevantes en relación con los requisitos que deben cumplirse para tener derecho a cualquiera de las prestaciones económicas), reclama la intervención del Consejo Territorial, para que, mediante Acuerdo, establezca los criterios o reglas básicas. Para el año 2010, esas cuantías están establecidas en el RD 374/2010, de 26 de marzo, calificándolas de máximas; aunque hay que matizar que ello es con independencia de la posibilidad que tienen todas las CCAA de mejorar, a su exclusivo cargo, dicha cuantía mediante el nivel prestacional adicional previsto en el artículo 7.3 LD.

Poco hay que decir en relación con las cuantías establecidas en el RD 374/2010, salvo algunas breves observaciones. En primer lugar, que las cuantías de las prestaciones ya concedidas se incrementan en el porcentaje del 0,3 por 100, aplicando la previsión de incremento conforme al IPC, previsión, por cierto, no legal, sino reglamentaria. En segundo lugar, que, como se ha advertido antes, la cuantía de la prestación de asistencia personal es igual a la de la prestación vinculada al servicio, lo que suscita dudas acerca de la verdadera entidad diferenciada y de la autonomía de esa singular prestación, aunque se afirme, sin fundamento normativo claro, que es posible una prestación económica de asistencia personal fijada en razón de las horas diarias de dedicación real. En tercer lugar, la cuantía de la prestación por cuidado familiar es inferior, para los mismos grados de dependencia, que la de la prestación vinculada al servicio; seguramente el hecho de que, en el primer caso, se trate de una cuantía orientada a retribuir profesionales, mientras que, en el segundo caso, no sea sino un ingreso más del núcleo familiar, conduce a este dispar resultado. En todo caso, la cuantía de la prestación por cuidado familiar es, en el nivel más alto, de 520,69 euros/mes, y, en el nivel más bajo hasta ahora activo (el grado II, nivel 1), de 300,90 euros/mes; cantidades que son inferiores al salario mínimo interprofesional (633,30 euros/mes, según el RD 2030/2009, de 30 de diciembre), lo que podría estar justificado para evitar que la prestación constituya un incentivo para el alejamiento del mercado de trabajo de cuidadores de baja cualificación profesio-

nal. En cuarto lugar, la cuantía de la prestación económica por cuidado familiar es semejante al índice de rentas utilizado como referencia para pensiones o prestaciones públicas (IPREM), cuya cuantía, para el año 2010, es de 532,51 euros/mes, según la Disposición Adicional Decimonovena de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales para el año 2010. Finalmente, llama la atención que el RD 374/2009 establezca una cuantía fija para la cotización a la Seguridad Social de los cuidadores familiares (162,49 euros/mes) sin tener en cuenta que, conforme al artículo 4.1 RD 615/2007, se contempla la posibilidad de que el cuidado sea parcial, ni tampoco la posible existencia de varios cuidadores que compartan la tarea.

#### 4.6.4. La participación del beneficiario en el coste de la prestación en función de su capacidad económica

Según el artículo 33, apartados 1 y 2 LD, los beneficiarios de las prestaciones, sean de servicio o económicas, participarán en el coste de las mismas, “según el tipo y coste del servicio y su capacidad económica personal”; añadiendo en su apartado 3, que se conecta con los artículos 8.2. d) y 14.7, que el Consejo Territorial fijará los criterios para concretar esa participación, teniendo en cuenta la distinción entre servicios asistenciales y de manutención y hoteleros (relevantes sobre todo en el servicio de atención residencial), así como la renta y el patrimonio del solicitante y también la edad del beneficiario y el tipo de servicio que se presta. En aplicación de estas previsiones, el Consejo Territorial aprobó el Acuerdo, de 27 de noviembre de 2008, sobre determinación de la capacidad económica del beneficiario y sobre los criterios de participación de éste en las prestaciones del SAAD (en adelante nombrado como Acuerdo sobre Capacidad Económica, ACE), que se ha incorporado a la Resolución de 2 de diciembre de 2008, de la Secretaría de Estado de Política Social, Familias y Atención a la Dependencia y a la Discapacidad (BOE de 17 de diciembre).

El ACE tiene como objetivo fijar lo que califica como “criterios mínimos comunes”; lo que deja abierta la po-

sibilidad de que las CCAA puedan regular otras condiciones, pero que, conforme al concepto habitual de mínimo, sólo pueden mejorar (se entiende que desde la perspectiva del beneficiario) las establecidas en el ACE. Lo que el Preámbulo del ACE llama “condiciones más ventajosas”. En este extremo, el ACE es más restrictivo que el ASA respecto de las posibilidades de regulación por parte de las CCAA, si bien el margen real de maniobra de éstas dependerá del contenido y del grado de precisión de la regulación que incorpora. En todo caso, el ACE consta de dos partes, referidas, una, a la determinación de la capacidad económica del beneficiario, y otra, a la participación de éste en el coste de las prestaciones.

##### 4.6.4.a. *La determinación de la capacidad económica del beneficiario*

En cuanto a la determinación de la capacidad económica del beneficiario, la primera observación relevante es que se toma en consideración exclusivamente la capacidad económica individual y no la familiar o de la unidad de convivencia, si es el caso que el dependiente conviva con otras personas (criterio primero). En segundo lugar, la capacidad económica se expresa tanto a través de la renta como del patrimonio del beneficiario (criterio primero). En tercer lugar (criterio quinto, primer párrafo), el período a computar es el año de la última declaración fiscal disponible; lo que puede provocar utilizar una referencia desfasada si no ha habido, por ejemplo, obligación fiscal por no superar ciertos toques de ingresos, en cuyo caso lo lógico sería acudir a los ingresos reales del año anterior a la solicitud. En este punto el ACE es, sin duda, algo ambiguo.

El ACE (criterio quinto, segundo párrafo) también exige que se computen las disposiciones patrimoniales que el beneficiario haya podido hacer en los cuatro años anteriores a la solicitud, de conformidad con lo que dice la Disposición Adicional Quinta de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre. Se trata de una exigencia que persigue evitar disposiciones patrimoniales en beneficio de los familiares con el fin de reducir el patrimonio o la renta del solicitante, así como mejorar su posición frente al coste

de la prestación. En este sentido, la Ley 41/2007 establece que las disposiciones patrimoniales de esos años anteriores a la solicitud se computarán, “ya fueran a título oneroso o gratuito, en favor de los cónyuges, personas con análoga relación de afectividad al cónyuge o parientes hasta el cuarto grado inclusive”. En particular, esta norma fija que: a) En las disposiciones de bienes se computará como capacidad económica del solicitante el valor de dichos bienes o derechos a efectos del Impuesto sobre el Patrimonio (impuesto, como se sabe, suprimido por la Ley 4/2008, de 23 de diciembre, debiéndose utilizar las remisiones a este Impuesto como referencias para el cálculo), deduciéndose del mismo, si fuera una disposición onerosa, la contraprestación recibida, siempre que se pruebe su realidad; b) Cuando se trate de la renuncia a rentas periódicas, si se ha hecho de forma gratuita, se computarán como si el beneficiario siguiera percibiéndolas; si la renuncia es onerosa, debe computarse la diferencia entre el valor capitalizado de la renta renunciada y la contraprestación recibida valorada conforme a lo establecido en el Impuesto sobre el Patrimonio, siempre que sea real y se pruebe; c) Cuando la disposición consista en el aumento de deudas u obligaciones, si se han contraído a título gratuito, no se computarán para disminuir la capacidad económica del solicitante; mientras que si lo han hecho a título oneroso sólo disminuirán la capacidad económica del solicitante hasta el valor, a efectos del suprimido Impuesto sobre el Patrimonio, otorgado a los bienes o derechos recibidos a cambio.

En cuanto al cómputo de la renta, el ACE utiliza (criterio segundo, primer párrafo) un concepto de renta muy amplio (como sucede habitualmente en todas las normas de protección social), de manera que incluye tanto los ingresos del trabajo como los del capital, recurriendo para su determinación a las normas fiscales que rijan en cada momento la renta de las personas físicas y la de sociedades (Ley 35/2006, de 28 de noviembre). Por otra parte, sólo los ingresos derivados de los seguros privados de dependencia podrán ser o no computados como renta según lo establezca el Ministerio de Hacienda o las CCAA, si tienen competencia en esta materia (criterio segundo, tercer párrafo). Además (criterio

segundo, segundo párrafo), sólo no se considerarán renta los ingresos que el beneficiario pueda percibir en concepto de prestaciones semejantes a la de dependencia, tal y como están previstas en el artículo 31 LD; lo que es lógico, ya que esas prestaciones, que se analizarán con más detalle en el apartado referido a las incompatibilidades, se deducen de la cuantía de la prestación por dependencia. Por último (criterio séptimo), en el caso de que el beneficiario esté casado en régimen patrimonial de gananciales o se presente declaración conjunta de la renta, se imputará como renta la mitad de los ingresos de ambos miembros de la pareja.

A efectos de cómputo, el ACE, como puede apreciarse, utiliza un concepto amplio de renta, en cuya determinación no queda mucho espacio de actuación a las CCAA, salvo para introducir reglas más favorables, como se ha dicho, que sólo pueden consistir en excluir ciertos conceptos de la noción de renta; pero no parece que ésta sea una opción realista. Y ni siquiera esto es posible en relación con las disposiciones patrimoniales realizadas en los cuatro años anteriores a la solicitud, ya que la Disposición Adicional Quinta de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, exige que su contenido se incorpore a los convenios entre Estado y CCAA en materia de financiación de la dependencia (artículo 9 LD).

En relación con el patrimonio, el ACE (criterio tercero) considera tal el conjunto de bienes y derechos de contenido económico, menos las cargas, gravámenes, deudas y obligaciones personales del beneficiario; todo ello de acuerdo con las normas fiscales aplicables. El ACE excluye de cómputo la vivienda habitual del dependiente, salvo que reciba el servicio de atención residencial o la prestación vinculada a este servicio; y, aun en este caso, tampoco se computará si hay personas a cargo del dependiente que continúa residiendo en la vivienda. También excluye el ACE los bienes y derechos que se hayan aportado a un patrimonio especialmente protegido de los previstos en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, mientras obviamente esa afectación continúa; tampoco se computan las rentas de ese patri-

monio si se integran en el mismo, no así si sucede lo contrario y se dispone de ellas. Además, el ACE establece qué debe entenderse como familiares a cargo a los efectos del cómputo de la renta y del patrimonio del dependiente, definiéndolos como el cónyuge o pareja de hecho, los ascendientes mayores de 65 años, y los descendientes o personas tuteladas o acogidas por el dependiente menores de 25 años o mayores de esa edad si son, a su vez, dependientes o discapacitados; siempre que, naturalmente, convivan con el dependiente que solicita la prestación y a su cargo desde el punto de vista económico.

Finalmente, el ACE (criterio cuarto) indica, aunque no precisa cómo (algo que podrán desarrollar las CCAA), que en la consideración del patrimonio del dependiente se tendrán en cuenta la edad y el tipo de servicio. Sólo en este extremo y en la regla menos precisa (criterio siete, primer párrafo) según la cual en la determinación de la capacidad económica general del beneficiario podrán tenerse en cuenta las cargas familiares, el ACE permite, además de, en todo caso, la introducción de reglas más ventajosas, un cierto margen de actuación a las CCAA, las cuales podrán tanto regular el impacto de la edad, diferenciada por tipo de prestación, en la capacidad económica del solicitante, como las consecuencias (que no puede ser sino influyendo a la baja en esa capacidad económica) de las cargas familiares. En todo caso (criterio sexto), el ACE establece que la capacidad económica general del beneficiario será la que corresponda a la renta; cuantía que se modificará al alza en un 5 por 100, un 3 por 100 o un 1 por 100 del valor del patrimonio neto, según el beneficiario tenga más de 65 años, entre 35 y 65 años, o sea menor de 35 años, respectivamente. Con ello el ACE gradúa el impacto del patrimonio sobre la capacidad económica del solicitante, reduciéndola mientras más joven sea; lo que se explica en el sentido de que la existencia de un patrimonio puede ser la garantía de recursos de futuro, mucho más necesarios en el caso de dependientes jóvenes debido a sus expectativas de vida y de la necesidad de asistencia personal y a la habitual imposibilidad o grave dificultad de desarrollar un trabajo. Lo que no sucede con los dependientes mayores de 65 años, que

nes, normalmente, serán titulares de un ingreso o renta vitalicia en forma de pensión.

#### **4.6.4.b. *La participación del beneficiario en el coste de la prestación***

Una vez fijada la capacidad económica del solicitante de la prestación, el ACE dedica su segunda parte a establecer la participación del mismo en el coste de las prestaciones. Para lo cual diferencia entre prestaciones de servicio y prestaciones económicas. Hay que recordar en todo caso que, según se desprende del carácter universal y asistencial parcial de la prestación, la participación en el coste no puede suponer la asunción por el dependiente de la totalidad del mismo. O, dicho de otra forma, en ningún caso podrá tener lugar un reconocimiento del derecho a la prestación de que se trate pero sin que el SAAD asuma parte alguna de su coste; de forma que, en mayor o menor medida según su capacidad económica, el dependiente recibirá del SAAD una prestación económica también mayor o menor, o deberá contribuir en mayor o menor medida al coste de las prestaciones de servicio. Además, como establece el artículo 33.4 LD, “ningún ciudadano quedará fuera de la cobertura del Sistema por no disponer de recursos económicos”. Es decir que habrá que articular algún sistema conforme al cual la carencia de recursos (hasta tal extremo que impida asumir la aportación a cargo del beneficiario) obstaculice el acceso a la prestación. Lo que se hace, normalmente, asegurando la gratuidad del servicio (si son prestaciones de este tipo), o la percepción de la prestación económica completa (si se trata de prestaciones de esta naturaleza), a este tipo de dependientes.

Pues bien, en cuanto a las prestaciones de servicio, el ACE establece las siguientes reglas, diferenciando entre el servicio de atención residencial u otros servicios del catálogo: a) En cuanto a la atención residencial, una de las ideas centrales del ACE (criterio primero, letra a) es diferenciar entre el coste del servicio de atención y los gastos de manutención y hoteleros, debiendo ser asumidos estos últimos por los beneficiarios, íntegramente si tienen capacidad económica suficiente, parcialmente

en caso contrario; y, b) Con carácter general, la participación del beneficiario en el coste del servicio de atención residencial estará entre el 70 y el 90 por 100 del mismo, no superando nunca, por lo dicho antes, este porcentaje. Como puede apreciarse, una cuantía alta, pero semejante a la que se establece en el ámbito de la Seguridad Social en el caso de internamiento en este tipo de instituciones por parte de sujetos beneficiarios de una pensión de jubilación o de incapacidad. Y, como en estos casos, el ACE rescata la regla de que la participación en el coste de los servicios debe garantizar y reservar para el beneficiario, como mínimo, una cantidad para gastos personales.

De todas formas, lo que sí resalta de la regulación contenida en el ACE es el amplio margen de regulación, de desarrollo y aplicación que deja a las CCAA, las cuales pueden, respecto del servicio de atención residencial, fijar una serie de indicadores de referencia del coste de los servicios y de participación del beneficiario en el mismo, que deberán estar relacionados con el precio de concertación (el que abona la propia Administración) de plazas en centros gestionados por empresas y entidades privadas. Las CCAA podrán, además, concretar el porcentaje de participación relacionado con la capacidad económica; también fijar las tablas de porcentajes de participación según el tipo de servicios (asistenciales o de mantenimiento y hoteleros); e, incluso, recurrir, si es el caso, a indicadores de rentas propios, diferentes al nacional o IPREM.

En relación con otras prestaciones de servicio, el ACE es todavía mucho más genérico, dejando un extenso campo de intervención a las CCAA. Así, exige de éstas que establezcan indicadores de referencia para determinar la participación concreta del beneficiario en el coste de los servicios, sin hacer otra indicación de mínimos que la de que dicha participación, establecida lógicamente en razón de la capacidad económica, estará comprendida entre el 10 por 100 y el 65 por 100, mediante una escala de tipo progresivo; sin que en ningún caso la aportación pueda superar el 65 por 100. Y rechazando toda participación si la capacidad económica del beneficiario es igual o inferior al IPREM (532,51 euros/mes o

6.390,13 euros/año, según la Disposición Adicional Decimonovena de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales para el año 2010) o al indicador semejante de ámbito autonómico, si lo hubiere. El ACE también hace referencia a servicios concretos, como es el caso de la ayuda a domicilio, respecto de la que la participación en el coste se establecerá según el tipo de servicio y la intensidad del mismo; o a los centros de día o de noche, respecto de los cuales debe funcionar como referencia, como en el supuesto de la atención residencial, el precio de las plazas concertadas con las entidades privadas, pudiendo elevarse el coste del servicio si incluye transporte y/o manutención.

Como regla de cierre, el ACE, aparte de insistir (criterio tercero, letra c) en que las CCAA deben establecer una tabla de participación para cada servicio a tenor de la capacidad económica del beneficiario, y exigir que la participación en el coste se materialice en una fórmula matemática que garantice la equidad, establece que, si el beneficiario recibe una prestación semejante a la de dependencia (de las mencionadas en el artículo 31 LD y que se considerarán luego en el apartado de las incompatibilidades), dicha prestación se destinará a la financiación del coste del servicio de que se trate, sin que obviamente la participación del beneficiario pueda superar el coste del servicio. Se trata de una previsión correcta pero criticable, porque, al afectar esas prestaciones al pago del servicio, sólo pone como límite el coste del servicio mismo, lo que significa que, en este caso, el beneficiario puede verse obligado a cubrir la totalidad del mismo. Sólo aceptando que en ningún caso será así, sino que funcionarán los mismos límites generales a esa participación, puede asumirse esa regla.

Por lo que se refiere a las prestaciones económicas, aquí no se trata tanto de una participación directa en el coste de las mismas, sino del impacto de la capacidad económica personal en la cuantía de la prestación. No teniendo ninguno si esa capacidad es inexistente o muy baja (es decir, la prestación se percibe íntegra), y graduándose tal impacto reductivo conforme se incrementa la capacidad económica del solicitante, de forma

que, a más capacidad, menor será la cuantía de la prestación. En concreto, conforme al criterio segundo del ACE, el límite inferior de capacidad económica que hace que, por debajo de la misma, se reciba íntegra la prestación económica se fija en la cuantía del IPREM, ya indicada antes (que podrá ser sustituido, como se ha dicho, por otro índice semejante de ámbito autonómico). En el caso de que la capacidad económica del beneficiario sea superior, el ACE remite a la CA el establecimiento de los índices de reducción de la cuantía de la prestación aplicable, garantizando, no obstante, un resultado final, al margen de la capacidad económica, y es que la cuantía de las prestaciones económicas vinculadas al servicio y de asistencia personal no será nunca inferior al 40 por 100 de lo establecido como cuantía anual, ni al 75 por 100 de esa cuantía, si se trata de la prestación económica por cuidado familiar, salvo que estas prestaciones económicas sean compatibles con algunos servicios del catálogo, en cuyo caso podrá reducirse la prestación por debajo de estos límites, sin que el ACE exprese en qué forma, debiendo interpretarse que queda a la decisión de las CCAA. En todo caso, el ACE exige que la reducción de la cuantía se aplique conforme a fórmulas matemáticas que garanticen la equidad y la progresividad.

Otras reglas aplicables a las prestaciones económicas son las que imponen que, en las prestaciones vinculadas al servicio y de asistencia personal, éstas deben forzosamente aplicarse a la contratación de estas prestaciones (“el beneficiario deberá realizar un gasto igual o superior a la cuantía máxima establecida para estas prestaciones”), y no pueden superar, en ningún caso, la aportación del beneficiario al coste del servicio que recibe. Una forma de forzar la aplicación de la prestación a la adquisición de los servicios para los que se concede y de evitar que estas prestaciones supongan, además de recibir el servicio, un ingreso económico extra para el dependiente. Si, en fin, el dependiente recibe alguna prestación económica análoga a las de dependencia (las repetidamente referidas en el artículo 31 LD), el importe de estas prestaciones se descuenta del fijado para las del SAAD; aunque el ACE permite que las CCAA establezcan un porcentaje mínimo de las presta-

ciones económicas del SAAD, pese al obligado descuento que, en este caso, no será completo.

#### 4.6.5. La incompatibilidad de las prestaciones económicas entre sí y con las de servicios y con otras económicas externas al SAAD

Ni la LD ni las normas de desarrollo establecen reglas claras acerca de la compatibilidad o incompatibilidad entre las prestaciones del SAAD. Ni siquiera es clara la incompatibilidad entre las propias prestaciones económicas, salvo sí, parece, de la prestación económica por cuidado familiar respecto de las otras, debido al carácter alternativo y subsidiario de esta prestación (aunque la realidad desmienta esta condición) frente a las otras dos, además de la identidad de la función que suele cumplir en relación con la prestación vinculada al servicio. Como también es incompatible la prestación por cuidado familiar, con carácter general, con las prestaciones de servicio a las que sustituye, en la medida en que un familiar del dependiente, que se convierte en cuidador, aparece como la persona que asume todas las funciones de cuidado: desde la ayuda a domicilio hasta el cuidado personal, pasando por el acompañamiento del dependiente a actividades formativas o de trabajo (lo que es característico del asistente personal). Sólo podría establecerse, eventualmente, la compatibilidad de esta prestación de cuidado familiar con prestaciones de servicio (o económicas vinculadas a este mismo tipo de servicio) del tipo centros de día y de noche, que cumplen una función diferente, con prestaciones de signo diverso (sanitarias, de rehabilitación, etc.) a las de cuidado familiar, o complementarias de éste (para favorecer, por ejemplo, tiempos de respiro o la conciliación de la vida laboral del cuidador con su labor de cuidado).

En cuanto a las otras prestaciones económicas, su compatibilidad o incompatibilidad depende del contenido real de la asistencia que se contrata. En teoría, la especialidad del asistente personal la haría compatible con cualquier otra prestación económica y con todas las de servicio, con las que no se solapa. Esto sería así siempre que el asistente personal realmente fuera un

profesional contratado sólo las horas concretas de desempeño de la labor de acompañamiento para la que está prevista; no así si el asistente personal se convierte en un cuidador a tiempo completo, como parece prever la cuantía asignada a la misma, equivalente, como se sabe, a la de la prestación vinculada al servicio. En este caso, el asistente personal hace la función del cuidador familiar y puede decirse que esta prestación sólo sería eventualmente compatible con algunas de las prestaciones de servicio; en concreto, como se ha dicho antes, con los centros de día o de noche.

Por lo que se refiere a la prestación vinculada al servicio, según el tipo de servicio que se contrate y se establezca en el PIA, será compatible o no con otras prestaciones, o, si se quiere, podrá abarcar más de un servicio. Por ejemplo, no está excluido que esta prestación sirva para contratar teleasistencia, ayuda domiciliaria y centros de día o de noche, en la medida en que estos servicios pueden ser compatibles entre sí. Pero no para compatibilizar el servicio de atención residencial con los demás servicios. En consecuencia, la prestación vinculada al servicio se regirá por las normas de compatibilidad o incompatibilidad que se apliquen a las prestaciones de servicio que se contratan a través de ella. Aceptándose, como se acaba de señalar, que la prestación vinculada puede servir para contratar diversos servicios, siempre que sean compatibles entre sí.

Al margen de estas posibles reglas en materia de compatibilidad entre las prestaciones del SAAD, también es preciso solventar esta misma cuestión en relación con las prestaciones que la misma LD (artículo 31) considera que cumplen una función análoga y tienen una finalidad semejante a las establecidas en la LD. A ellas se refiere también el artículo 14 RD 727/2007. La opción legal, lo que seguramente hubiera sido más razonable, no es la de suprimir este tipo de prestaciones y sustituirlas por las previstas en la LD. Por el contrario, las ha mantenido en vigor, estableciendo, en cambio, una regla de deducción que, como se ha podido ver en el ACE, plantea problemas de aplicación particularmente

complejos cuando se confrontan no con las prestaciones económicas del SAAD, sino con las de servicios; de forma que la consecuencia de su mantenimiento no es el sencillo expediente de deducir su importe de la cuantía de la prestación económica del SAAD de que se trate, sino hacer que sirvan, de forma prioritaria, para financiar la aportación del dependiente al coste de los servicios.

Estas prestaciones son las que el artículo 31 LD y el 14 RD 727/2007 contemplan. En concreto: el complemento de gran invalidez de las prestaciones contributivas por incapacidad permanente del Sistema de Seguridad Social (artículo 139.4 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio); la asignación por hijo a cargo mayor de 18 años con un grado de discapacidad igual o superior al 75 por 100, regulada por el artículo 182 bis, 2c de la misma norma; el complemento por necesidad de auxilio de otra persona en el caso de las pensiones no contributivas de invalidez, previsto por el artículo 145.6 también de la misma norma; y, finalmente, el subsidio por ayuda de tercera persona previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos.

Por su parte, las cuantías de estas prestaciones son variables. En algún caso, como sucede con el complemento de gran invalidez, se calcula (conforme a la reforma introducida por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre) sobre la cuantía de la pensión contributiva que sirve de base (indirectamente, al tomar el 30 por 100 de la base de cotización última que sirvió para calcular aquélla), a la que se suma el 45 por 100 de la cuantía de la base mínima de cotización; por lo que hace al complemento por hijo a cargo, su cuantía anual es de 6.115,20 euros/año, a tenor de la Disposición Adicional Primera de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010; en cuanto al complemento por necesidad de tercera persona de la pensión no contributiva, su cuantía es igual al 50 por 100 de la pensión no contributiva que se fija también anualmente por la Ley de Presupuestos del Estado, teniendo, para el año 2010, un importe de 4.755,80 euros/año,



por lo que el complemento asciende a 2.345 euros/año (artículo 42 de la citada Ley de Presupuestos 26/2009); por último, el subsidio de ayuda se cuantifica en 58,45 euros/mes por la Disposición Adicional Segunda de la misma Ley 26/2009.

En todo caso, la previsión legal acerca de las prestaciones análogas deducibles no se presenta como limitativa o en forma de lista cerrada. Es cierto que resulta difícil concebir otras prestaciones semejantes (al margen de las que puedan crearse en el futuro), salvo que se trate de prestaciones económicas de Asistencia Social o de Servicios Sociales abonadas por las CCAA. Las cuales, de cumplir la misma función que las de dependencia, es claro que también deberán deducirse. Al margen de que se insista en la crítica de la opción por el mantenimiento de estas prestaciones y no por su supresión, dejando al SAAD como la única forma de protección de las situaciones de dependencia, expresadas en la necesidad del auxilio de otra persona para desarrollar los actos más elementales de la vida diaria.

#### **4.7. Derechos y obligaciones de las personas en situación de dependencia**

Aunque la LD no regula tanto el derecho en sí a la protección frente a las situaciones de dependencia, cuanto las condiciones para su ejercicio en igualdad por todos los ciudadanos, el artículo 1 declara que se trata de un derecho subjetivo de ciudadanía. Esta afirmación convierte a la LD en un instrumento de aplicación o, mejor, en la vía de configuración legal de los derechos constitucionales implicados (artículos 49 y 50 CE), y tiene como consecuencia el reforzamiento de la posición subjetiva del potencial beneficiario, quien no podrá ver rechazada su solicitud si reúne los requisitos que se establecen en la Ley. La plena configuración del derecho, sin embargo, se realiza mediante normas tanto estatales como autonómicas; y ello debido a la peculiaridad del sistema normativo creado por la LD en razón de las competencias concurrentes, por título diverso, de Estado y CCAA.

##### **4.7.1. Contenido del derecho**

Dados los objetivos de la LD, que persigue tanto la promoción de la autonomía personal como la atención a las personas en situación de dependencia, el derecho subjetivo a la tutela tiene un contenido complejo. Lo refleja el artículo 4.2 LD, que incorpora una amplia enumeración que puede sistematizarse en tres grupos.

En primer lugar, las referencias que no hacen sino reiterar, en el ámbito de aplicación de la LD, derechos fundamentales generales; es el caso del derecho a disfrutar de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, con pleno respeto a la dignidad y a la intimidad (apdo. a); del derecho a que sea respetada la confidencialidad en la recogida y en el tratamiento de datos, de acuerdo con la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (apdo. d); del derecho a la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal (apdo. k); del derecho a no sufrir discriminación por razón de orientación o identidad sexual (apdo. l); de los derechos de información sobre su situación de dependencia y sobre si los procedimientos que se le apliquen pueden ser utilizados para un proyecto docente o de investigación (apdos. b y c); o de los derechos de participar en las políticas que afecten a su bienestar (apdo. e). En segundo lugar, las referencias del artículo 4.2, que, participando en muchas de sus dimensiones de la naturaleza de derecho fundamental, se conectan más con el fomento y la promoción de la autonomía. Es el caso, aparte del propio derecho de información, de los derechos a decidir libremente sobre el ingreso en un centro residencial (apdo. g); del derecho a decidir, si tiene capacidad de obrar, sobre la tutela de su persona y bienes en el caso de pérdida de la capacidad de autogobierno (apdo. f); del derecho al pleno ejercicio de sus derechos patrimoniales (apdo. i); del derecho al pleno ejercicio de sus derechos jurisdiccionales en el caso de internamiento involuntario (apdo. h); y del derecho a iniciar las acciones administrativas y jurisdiccionales en defensa del propio derecho regulado en la LD. Por último, pero central en la

LD, el propio derecho a acceder, en condiciones de igualdad, a los servicios y prestaciones establecidos en la Ley (artículo 4.1 LD).

En relación con estos derechos, conviene detenerse en particular en los relativos a la tutela judicial, sea en el caso de internamiento involuntario, sea en relación con el reconocimiento del propio derecho a la tutela. En relación con lo primero, no existe, pese a la exigencia legal, contenida en el mismo artículo 4.2. h) LD, de un proceso contradictorio, una mención expresa o una identificación del procedimiento a través del cual puede el dependiente rechazar su internamiento. A este efecto, sólo puede ser aplicable la modalidad procesal contenida en el artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, si bien este proceso sólo está previsto para el caso de un internamiento no voluntario por razones de trastornos psíquicos. En cuanto al segundo tipo de reclamación, nada dice la LD acerca, en primer lugar, de la jurisdicción competente, si bien el mandato legal contenido en el artículo 28.1 LD acerca de la aplicación, para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del SAAD, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, conduce indefectiblemente a la jurisdicción contencioso-administrativa; mucho más cuando la materia de la dependencia no forma parte de la Seguridad Social (única vía por la que podría entrar en su conocimiento la jurisdicción social).

Junto a los derechos, los deberes del sujeto protegido se centran en dos (artículo 4.4 LD). De una parte, un deber de información, referido a los datos necesarios para lograr la protección, para la valoración de la situación de dependencia, y para el establecimiento del contenido del derecho a través del PIA, así como las modificaciones o alteraciones de los mismos; un deber de información que también abarca la comunicación de todo tipo de ayudas que reciban por causa semejante y similar finalidad. De otra parte, el deber de aplicar las prestaciones económicas a la finalidad que la LD les asigna; aunque, siendo esto claro respec-

to de la vinculada al servicio y la de asistencia personal, es mucho más dudoso, como se ha dicho antes, en el supuesto de la prestación económica por cuidado familiar.

#### 4.7.2. Titulares del derecho. Requisitos

Señala el artículo 5 LD que son titulares de los derechos establecidos en la Ley, y particularmente del derecho a la protección, "los españoles", de cualquier edad, que cumplan determinados requisitos, cuales son: a) encontrarse, obviamente, en situación de dependencia, valorada mediante la aplicación del baremo contenido en el RD 504/2007, de 20 de abril (BOE de 21 de abril); y b) residir en territorio español y haberlo hecho durante un mínimo de cinco años, de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud, residencia que se exigirá, para los dependientes menores de 3 años, a quienes ejerzan su guarda y custodia.

Aunque la norma exige la nacionalidad para tener derecho a las prestaciones de dependencia, ya el apartado 2 del mismo artículo 5 LD remite a la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, la cual, en relación con los extranjeros, diferencia entre los comunitarios y los extracomunitarios, equiparando a los primeros con los españoles, de tal forma que cualquier otra nacionalidad comunitaria no obstaculiza por esta razón el acceso a las prestaciones; tratándose en caso contrario de una evidente discriminación por razón de nacionalidad, prohibida por la norma comunitaria.

Diferente es el caso de los extranjeros no comunitarios, que se regulan por lo previsto en el artículo 14 de la LO 4/2000, según el cual accederán a las prestaciones de servicios sociales (sin duda las prestaciones de dependencia deben ser consideradas tales) los extranjeros residentes legales. No sucede lo mismo con los extranjeros irregulares, ya que, si bien el artículo 14 de la LO 4/2000 también les reconoce el derecho a los servicios sociales básicos, la protección de la dependencia no puede considerarse incluida en ellos. En consecuencia,

los extranjeros extracomunitarios irregulares no tendrán derecho alguno; salvo que las CCAA admitan, mediante sus propias leyes de servicios sociales, un derecho a las prestaciones de dependencia a todos los residentes en dicha CA, al margen de su legalidad y sólo con el requisito, como sucede con la asistencia sanitaria, del empadronamiento. Otra cosa son los extranjeros extracomunitarios menores de edad, los cuales pueden acceder a los servicios sociales especializados (dentro de los cuales hay que insertar a la protección de la dependencia) siempre que sean discapacitados y tengan su domicilio habitual en España (artículo 14.2 de la LO 4/2000, en la versión dada por la Ley 2/2009, de 11 de diciembre). La aplicación de las leyes del menor, estatal y autonómicas, reclamada por el artículo 5.2 LD a este efecto, también conduce al mismo resultado de reconocimiento del derecho a los menores, eliminando los obstáculos que podrían surgir del artículo 14.2 LO 4/2000, al referirse sólo a menores discapacitados; lo que no es exactamente lo mismo que dependientes.

Al margen de estas previsiones legales, el derecho de los extranjeros extracomunitarios a las prestaciones de dependencia también podrá derivarse de lo establecido en los tratados internacionales y convenios que se suscriban entre España y el país de origen; si bien puede añadirse que no será lo habitual que este tipo de prestaciones se contemplen en los convenios, tratados o acuerdos, toda vez que éstos suelen ceñirse a garantizar los derechos prestacionales en el ámbito de la Seguridad Social, y, aun dentro de ésta, del nivel contributivo o profesional. Quizás tales normas internacionales, más que para atribuir el derecho a un extranjero que carece del mismo según las normas generales analizadas, sirvan para considerar tiempos equivalentes de residencia en España los que puedan acreditarse en el país de origen. Pero ésta es ya una cuestión referida a los requisitos del derecho y no tanto a la titularidad del mismo.

Por lo que se refiere al primero de los requisitos, poco hay que añadir al hecho de que la dependencia haya sido valorada conforme al baremo antes referido. No

obstante, sí puede subrayarse el fuerte impacto que ha tenido la Disposición Adicional Novena LD, que introdujo una suerte de automatismo en la consideración de la situación de dependencia, al establecer que, quienes tuvieran reconocida una pensión de gran invalidez o el derecho al complemento por necesidad de ayuda de otra persona en relación con las pensiones no contributivas de invalidez (artículos 139.4 y 145.6 de la Ley General de Seguridad Social), “tendrán reconocido el requisito de encontrarse en situación de dependencia”, si bien en el grado y nivel que se disponga.

Es lo que ha hecho la Disposición Adicional Primera del RD 504/2007, la cual señala que, quienes tengan reconocido el complemento de gran invalidez (artículo 139.4 de la Ley General de la Seguridad Social), serán considerados dependientes en el grado y nivel que les corresponda por aplicación del baremo del RD 504/2007, garantizándoles, en todo caso, el grado I o dependencia moderada, en el nivel 1 (el más bajo). Un tipo de dependencia sin protección actual, por cierto, por lo que no está garantizado que estas personas tengan un derecho efectivo a las prestaciones, salvo que la valoración por baremo las coloque en uno de los grados o niveles actualmente tutelados. En lo que se refiere a quienes, perceptores de la pensión de invalidez no contributiva, requieran del concurso de otra persona (artículo 145.6 de la Ley General de Seguridad Social), y cuya situación haya sido valorada mediante la aplicación del baremo establecido en el RD 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación de grado de minusvalía, la Disposición Adicional Primera del RD 504/2007 introduce una escala de equivalencias entre la puntuación obtenida mediante la aplicación de ese baremo y el grado y nivel de dependencia que corresponde a la misma. Pudiéndose destacar que, incluso con una puntuación muy baja (15 a 29 puntos), el grado correspondiente es el I (dependencia moderada), en su nivel 2; mientras que para alcanzar el grado más alto de dependencia o gran dependencia (grado III), en su nivel máximo, basta con haber obtenido más de 45 puntos en dicho baremo. En este caso, pues, el trasvase desde la calificación de la minusvalía

a efectos de la pensión no contributiva de la Seguridad Social a la valoración a efectos de dependencia ha sido notable.

En cuanto al requisito de residencia, de carácter legal como ya se ha dicho, debe ser en territorio español, durante cinco años como mínimo, no necesariamente ininterrumpidos, salvo los dos últimos que sí deberán serlo y en el tiempo inmediatamente anterior a la fecha de solicitud de la prestación. La exigencia de residencia y su cómputo plantean algunos problemas aplicativos a los que ni la LD ni las normas de desarrollo dan solución.

Como, por ejemplo: a) Si el tiempo de residencia de dos años ininterrumpidos se computa igualmente si ha habido interrupciones de escasa cuantía o duración (piénsese en ruptura de la residencia por viajes, estancias en el extranjero por causas familiares, de estudios, sanitarias o de convivencia con otros familiares), lo que puede solventarse aplicando por analogía las reglas previstas para las prestaciones no contributivas del Sistema de Seguridad Social, establecidas en el artículo 10.2 RD 357/1991, de 15 de marzo, conforme al cual no se consideran las ausencias del territorio español inferiores a noventa días por cada año natural, si se deben a causas de enfermedad debidamente justificadas (aunque podría entenderse que, dada la peculiaridad de la situación de dependencia, esa causa puede ampliarse a la de cuidado del dependiente, aunque no esté enfermo), utilizando un plazo similar al que recurre el RD 727/2007 para no considerar interrumpida la residencia en el caso de traslado dentro del territorio nacional, a efectos de la responsabilidad prestacional de cada CA; b) Sobre cómo justificar la residencia, pudiendo bastar cualquier documento público que la certifique (empadronamiento o, si es extranjero extracomunitario, autorización de residencia; c) Acerca de si, para los extranjeros comunitarios, el tiempo de residencia en sus países de origen debe computarse como tiempo de residencia equivalente en España, como prevé, para las prestaciones incluidas en su ámbito, el artículo 6 del Reglamento 883/2004, del Parlamento y del Congreso, de 29 de abril de 2004; todo dependerá de si las pres-

taciones de dependencia del sistema español se consideran o no incluidas en el ámbito de la protección del Reglamento Comunitario, lo que, debido a su adscripción a la materia de los servicios sociales, puede permitir una conclusión negativa.

Naturalmente que la residencia mantenida es una condición indispensable del disfrute del derecho. Por este motivo, el artículo 4.3 LD prevé, de forma excepcional, la protección de los españoles dependientes que residan en el extranjero. Así lo establece el artículo 5 de la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, reguladora del Estatuto de Ciudadanía Española en el Exterior, si bien con carácter muy general; y de forma algo más precisa, el artículo 17 de la misma norma, referido a la protección de la salud, aunque su apartado segundo menciona expresamente a los dependientes. Pero es el artículo 20 de la Ley 40/2006 el que, refiriéndose a los servicios sociales, señala las medidas que pueden adoptarse en materia de dependencia en beneficio de los españoles en el extranjero, sintetizándolas en: medidas para potenciar la red de servicios sociales, apoyo económico a centros y asociaciones de españoles en el exterior y retornados que cuenten con infraestructuras suficientes para proporcionar tutela a los dependientes y, finalmente, desarrollando medidas específicas (aún no concretadas) de carácter asistencial, sanitario y farmacéutico con el fin de lograr “la gradual asimilación a las prestaciones vigentes del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia”. Un objetivo y unas medidas que no permiten caracterizar aún el derecho de los españoles en el exterior a las prestaciones de dependencia como un derecho subjetivo equivalente al de los españoles o extranjeros residentes en España.

La residencia también plantea problemas en relación con los españoles retornados. A este efecto, el artículo 4.4 LD establece que será por Acuerdo adoptado por el Consejo Territorial que se establecerán las condiciones de acceso al SAAD de los emigrantes españoles retornados. El contenido de este Acuerdo se encuentra recogido en la Disposición Adicional Única del RD 727/2007. Conforme a esta Disposición Adicional

los emigrantes españoles retornados que, lógicamente, no puedan cumplir el requisito de residencia, tendrán, no obstante, derecho a unas prestaciones, que sin ser propiamente del SAAD, tendrán el mismo contenido y extensión que éstas, por no exigírseles, lisa y llanamente, ese requisito. Desde el punto de vista procedimental y de gestión, el emigrante retornado tendrá que solicitar la prestación (como cualquier otro dependiente), ante la CA de su residencia actual, la cual valorará la situación de dependencia, reconocerá si procede el derecho y asumirá el coste en las mismas condiciones que las demás prestaciones de dependencia, influyendo en la cuantía de la prestación, como no podía ser de otra forma, la capacidad económica del retornado, en los mismos términos que para el solicitante español residente en España. Sólo transcurrido el tiempo de residencia mínimo necesario en España, el emigrante retornado podrá solicitar las prestaciones del SAAD y entrará en su campo subjetivo de protección. El RD 727/2007, pues, en vez de excepcionar el requisito, lo que hace es reconocer al retornado el derecho a prestaciones equivalentes, pero al margen de las establecidas en la LD. Con un resultado final idéntico.

Una última cuestión, relacionada con la residencia, tiene que ver con la movilidad de los dependientes dentro del territorio español. En aplicación, sin duda, del principio de igualdad, el artículo 28.2 LD establece que el reconocimiento de la situación de dependencia, hecho por la CA correspondiente a la residencia del solicitante, "tendrá validez en todo el territorio del Estado". Otra cosa es el contenido de la protección, para lo cual el mismo artículo 28 LD, en su apartado 4, señala que, en el supuesto de cambio de residencia, es la CA de destino la que establecerá, "en función de su red de servicios y prestaciones, los que correspondan a la persona en situación de dependencia". Es decir, que el desplazamiento por el territorio español y el cambio de residencia no afectan a la valoración de la dependencia ni a la existencia del derecho a la protección, cosas ambas que no puede volver a discutirse ni plantearse; pero sí al contenido del derecho, que deberá ser nuevamente fijado por la CA de destino mediante un nuevo PIA.

Esto es lo que, en síntesis, regula el artículo 3 RD 727/2007, obligando a realizar la revisión del PIA por parte de la CA de destino en el plazo de tres meses desde que tenga conocimiento del cambio de residencia (y no desde que éste tenga lugar, lo que las CCAA, tanto de origen como de destino, pueden ignorar, por incumplimiento por parte del dependiente de la obligación de comunicar el desplazamiento o traslado, artículo 3.1 RD 727/2007); prorrogando, durante dicho plazo, la prestación a cargo de la CA de origen, y sustituyendo, por imposibilidad de realizarla, la prestación de un servicio por la prestación económica vinculada al mismo. En todo caso, el desplazamiento temporal dentro del territorio español, si no supera el plazo de los 90 días, permitirá la conservación del derecho con cargo a la CA que haya fijado el PIA originario (artículo 3.3 RD 727/2007).

#### 4.7.3. Reconocimiento y efectividad del derecho

Establece el artículo 28.3 LD que es una resolución administrativa de la CA (o Administración) competente la que evalúa el grado y nivel de dependencia, reconociendo o denegando el derecho a la prestación así como su efectividad. Como se ha recordado antes, el artículo 4.2. j) LD atribuye al dependiente el derecho a emprender las acciones administrativas (impugnaciones y recursos de esta índole) y judiciales (contra estas resoluciones firmes y, como se ha indicado antes, ante la jurisdicción contencioso-administrativa). Algunas cuestiones se suscitan en torno a esta materia.

En primer lugar, es claro que el procedimiento de resolución se guía por lo establecido en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, si bien se suscitan dudas en relación con algunos extremos. No en lo que hace al plazo de solicitud, que podrá presentar el interesado en cualquier momento, sin que exista plazo alguno de prescripción; sólo que, como se verá ahora, la eficacia del reconocimiento del derecho no podrá retrotraerse como máximo sino a ese momento, siempre que, además, sea posterior a la fecha de efectividad del

derecho para ese tipo de dependientes según la escala temporal recogida en la Disposición Final Primera LD (así lo dice la propia Disposición Final Primera, apdo. 2).

Los problemas surgen en relación con el plazo en el que la Administración competente ha de resolver, que, según el artículo 42 de la Ley 30/1992, que parte de la obligación de la Administración de resolver expresamente en todo caso, se concreta en seis meses con carácter general (artículo 42.2 de la misma Ley), salvo que una Ley estableciese otra cosa (lo que no sucede con la LD); o en tres meses, si se trata de un procedimiento iniciado a solicitud del interesado, contados desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro (artículo 42.3. b), pudiendo la Administración ampliar el plazo excepcionalmente por un tiempo equivalente al plazo inicial de resolución (artículo 42.6). En todo caso, el interesado debe tener conocimiento del plazo de resolución, por estar obligada la Administración a comunicárselo (artículo 42.4), así como de los efectos del silencio administrativo si, transcurrido dicho plazo, no hay resolución. Si lo anterior se aplica a las solicitudes de reconocimiento del derecho a la prestación, todo dependerá de si se consideran un supuesto de procedimiento administrativo iniciado a solicitud del interesado (lo que parece lo más razonable), o de oficio a partir de una petición del interesado. Las consecuencias de estas dos opciones son muy diferentes, ya que, en el primer caso, no sólo el plazo de resolución se acorta a tres meses, sino que, además, la ausencia de resolución expresa debe estimarse como silencio administrativo positivo. Así lo entiende el artículo 43 Ley 30/1992, según el cual, en el caso de procedimientos iniciados a solicitud del interesado, “el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada o desestimada por silencio administrativo, según proceda, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 4 de este artículo”; añadiendo su apartado 2 que “los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma

con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario...”, y teniendo la estimación por silencio administrativo todos los efectos de un acto administrativo finalizador del procedimiento. Otra cosa es la dificultad que se plantea en relación con una solicitud de valoración de la dependencia y de reconocimiento del derecho asociado al grado y nivel asignado, donde es difícil estimar reconocido un derecho del que no se ha precisado el contenido. Por este motivo existen opiniones que consideran que la solicitud del derecho a las prestaciones por dependencia debe ser tratada como un procedimiento iniciado de oficio, dotado en consecuencia de un plazo de seis meses para su resolución, y donde la ausencia de resolución administrativa debe ser considerada como un caso de silencio administrativo negativo (así lo establecen, para estos casos, los artículos 42 y 43 de la Ley 30/1992).

Sobre esta cuestión ha venido a incidir el RD Ley 8/2010, de medidas excepcionales para la reducción del déficit público, confirmando estas últimas afirmaciones. En efecto, según el artículo 5 del RD Ley, desde el 1 de junio de 2010, el plazo máximo de resolución de las solicitudes de prestaciones en materia de dependencia se fija en seis meses, al margen de si en la CA de que se trate se han establecido uno o dos procedimientos al efecto (el de reconocimiento de la situación de dependencia, uno; de reconocimiento del derecho a las prestaciones, otro). Plazo de seis meses que ha de contarse a partir de la presentación de la solicitud por parte del interesado.

Finalmente, debe abordarse la cuestión relativa a la efectividad del derecho reconocido que no depende del desarrollo de la LD. A este efecto, la Disposición Final Primera establece expresamente que “la efectividad del derecho a las prestaciones de dependencia incluidas en la presente Ley se ejercerá progresivamente, de modo gradual”, conforme a un calendario que se inicia el 1 de enero de 2007. Añadiendo, en su apartado 2, que el reconocimiento del derecho contenido en las de las Administraciones Públicas competentes (esencialmente, de las CCAA) “generará el derecho de acceso a

los servicios y prestaciones correspondientes (...) a partir del inicio del año de su implantación" (de acuerdo con el calendario antes mencionado) "o desde el momento de su solicitud de reconocimiento por el interesado, si ésta es posterior a esa fecha". De forma que la resolución administrativa deberá normalmente retrotraer sus efectos al momento de la solicitud, y no, como en algún caso se ha pretendido, al de elaboración del PIA o a la fecha de la propia resolución.

Sin duda que la opción de vincular la efectividad a la fecha del PIA, recuerda la solución que se aplica en el Sistema de Seguridad Social en relación con las pensiones de incapacidad permanente de tipo contributivo, en las que la efectividad del derecho se hace depender de la fecha del documento en el que se evalúa y se constata la incapacidad del solicitante por parte de los órganos de valoración pertinentes. No obstante, en relación con la solicitud de la prestación no contributiva por invalidez, el artículo 146 de la Ley General de la Seguridad Social (y en el mismo sentido el artículo 15 RD 357/1991, de 15 de marzo, BOE de 21 de marzo) fija los efectos económicos de la pensión, a partir del día primero del mes siguiente a aquél en que se hubiera presentado la solicitud, aunque también aquí es preciso realizar una evaluación baremada del grado de invalidez del solicitante.

Esta cuestión ha sido abordada y resuelta, por ahora, por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, de fecha 9 de octubre de 2009, según la cual, de una parte, la ausencia de resolución administrativa debe ser considerada como silencio positivo, frente a la Orden 2386/2008 de la Comunidad de Madrid, de fecha 17 de diciembre, por la que se regulan los procedimientos para el reconocimiento de la situación de dependencia, para la elaboración del programa individual de atención, las prestaciones económicas y de servicios y el régimen de incompatibilidades, que establecía un plazo de resolución de seis meses, y la consideración del silencio como negativo. Y, de otra parte, estableciendo que los efectos de la resolución han de retrotraerse a la fecha de la solicitud, siempre que ésta sea posterior al inicio de la efectividad del

derecho en los términos ya vistos de la Disposición Final Primera LD, aquí también frente a la resolución de la Comunidad de Madrid que había fijado los efectos de la resolución a partir de la elaboración del PIA.

Algo que, a tenor de la redacción inicial de la LD, no puede aceptarse, no sólo porque es contrario a las previsiones de la propia LD, sino porque pone en manos de la Administración deudora de la prestación el establecer el momento de inicio de la efectividad de un derecho. En todo caso, es obvio que esta retroactividad sólo sería predicable en sentido pleno de las prestaciones de carácter económico; no así de las asistenciales o de servicios, en sí mismas no susceptibles de esa retroactividad. Salvo por equivalente económico (lo que no parece viable) o, eventualmente, como reclamación de responsabilidad a la Administración de daños y perjuicios por el mal funcionamiento de la Administración si se ha producido una demora imputable a la misma, aplicando los artículos 139 a 144 de la Ley 30/1992. Siempre que, en todo caso, se demuestre el daño ocasionado; por ejemplo, el gasto que el interesado hubiera tenido que realizar para lograr la asistencia y los servicios que, de actuar regularmente la Administración, hubiera obtenido con anterioridad. Por último, y en el supuesto (que puede ser frecuente) de que el solicitante fallezca antes de haberse emitido la resolución estimatoria, la efectividad antes declarada del derecho impide el archivo del procedimiento por esta causa. En cambio, el procedimiento debe proseguir y la resolución dictarse, provocando efectos, en su caso, entre la fecha de la solicitud y la de la muerte del dependiente; generando derechos económicos (sobre todo si se trata de prestaciones económicas) en beneficio de los herederos del dependiente.

De nuevo sobre estas cuestiones ha incidido el RD Ley 8/2010, conforme al cual (artículo 5), el derecho se reconocerá con efectos a partir de la fecha de la resolución administrativa, negando por tanto toda eficacia retroactiva a esa resolución al vincularla, como pretendía inicialmente la LD, a la fecha de efectividad establecida en su Disposición Final Primera. La modificación de la misma por el RD Ley 8/2010 hace que esa efectividad se vincule

ahora, no a la fecha prevista inicialmente de efectividad del derecho, ni siquiera a la fecha de la solicitud, sino a la fecha de resolución. Sólo que, en previsión de situaciones en las que la resolución no respete el plazo máximo de seis meses fijado por el propio RD Ley, se establece que, en todo caso, el derecho será efectivo tras el transcurso de seis meses a contar desde la presentación de la solicitud, si es que la resolución administrativa, aunque de forma tardía, reconoce el derecho. Un cambio muy relevante que, como el RD Ley 8/2010 señala, sólo afectará a las solicitudes presentadas a partir del 1 de junio de 2010 (Disposición Transitoria Tercera del RD Ley 8/2010), rigiéndose las anteriores por las reglas antes descritas, ahora confirmadas por la propia regulación modificadora del RD Ley. De forma que la falta de diligencia en la solicitud de las prestaciones repercutirá sobre el interesado, al no poder generar ningún derecho en relación con períodos de tiempo anteriores. Además, el fijar como referente la fecha de la resolución castigará sin duda a los dependientes que residan en CCAA que más apuren los plazos, o que incluso resuelvan tardíamente. Sólo el hecho de que esa efectividad tendrá lugar, en todo caso, a partir de los seis meses de presentación de la solicitud constituye un freno a la demora o tardanza en la resolución. Pero que, por otra parte, tendrá sin duda un efecto homogeneizador; de forma que, salvo diligencia particular de una determinada CA, lo normal será, a partir del RD Ley 8/2010, que la efectividad del derecho tenga lugar a partir de los seis meses de la presentación de la solicitud. No pudiendo ser considerado el silencio administrativo, en ningún caso, como positivo.

## Normas citadas

---

### 1) Relativas a la dependencia

–Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (BOE de 15 de diciembre de 2006).

–RD 504/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia

establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (BOE de 21 de abril y de 18 de mayo).

–RD 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia (BOE de 12 de mayo).

–RD 727/2007, de 8 de junio, relativo a los criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas de la Ley de Dependencia (BOE de 9 de junio).

–Acuerdo, de 27 de noviembre de 2008, sobre determinación de la capacidad económica del beneficiario y sobre los criterios de participación de éste en las prestaciones del Sistema para la Autonomía y la Atención a la Dependencia, incorporado a la Resolución de 2 de diciembre de 2008, de la Secretaría de Estado de Política Social, Familias y Atención a la Dependencia y a la Discapacidad (BOE de 17 de diciembre).

–Acuerdo, de 27 de noviembre de 2008, sobre criterios comunes de acreditación para garantizar la calidad de los centros y servicios del Sistema para la Autonomía y la Atención a la Dependencia, incorporado a la Resolución de 2 de diciembre de 2008, de la Secretaría de Estado de Política Social, Familias y Atención a la Dependencia y a la Discapacidad (BOE de 17 de diciembre).

–Acuerdo, de 22 de septiembre de 2009, sobre criterios comunes de acreditación en materia de formación e información de cuidadores no profesionales, incorporado a la Resolución de 4 de noviembre de 2009, de la Secretaría General de Política Social y Consumo (BOE de 27 de noviembre).

–Acuerdo, de 25 de enero de 2010, para mejora de la calidad de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar del Sistema para la Autono-



mía y Atención a la Dependencia, incorporado a la Resolución de 4 de febrero de 2010, de la Secretaría General de Política Social y Consumo (BOE de 12 de marzo).

–RD 374/2010, de 26 de marzo, sobre las prestaciones económicas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (BOE de 27 de marzo).

–RD 295/2004, de 20 de febrero, sobre la cualificación profesional de atención socio-sanitaria a personas en el domicilio (BOE de 9 de marzo).

–RD 1368/2007, de 19 de octubre, sobre cualificación de atención socio-sanitaria a personas dependientes en instituciones sociales (BOE de 25 de octubre).

–RD 546/1996, de 7 de abril, sobre cualificación profesional de técnicos de cuidados auxiliares de enfermería (BOE de 5 de junio).

–RD 496/2003, de 2 de mayo, sobre cualificación de técnico de atención socio-sanitaria (BOE de 24 de mayo).

–RD 1379/2008, de 1 de agosto, sobre cualificación de técnico de atención socio-sanitaria a personas dependientes (BOE de 9 de septiembre).

## 2) Otras normas

–Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de Empleados al Servicio del Hogar Familiar (BOE de 15 de octubre).

–Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (BOE de 30 de abril).

–RD 1424/1985, de 1 de agosto, que regula la relación laboral especial de personas al servicio del hogar familiar (BOE de 13 de agosto).

–RD 357/1991, de 15 de marzo, que desarrolla en materia de pensiones no contributivas la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, que establece las pensiones no contributivas en el Sistema español de Seguridad Social (BOE de 21 de marzo).

–Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE de 27 de noviembre).

–RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social (BOE de 29 de junio).

–Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (BOE de 29 de marzo).

–LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (BOE de 14 de diciembre).

–RD 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación de grado de minusvalía (BOE de 26 de enero de 2000).

–Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE de 8 de enero).

–LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE de 12 de enero).

–RD Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Planes y Fondos de Pensiones (BOE de 13 de diciembre).

–Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad (BOE de 19 de noviembre).

- RD 304/2004, de 20 de febrero, Reglamento de la Ley de Planes y Fondos de Pensiones (BOE de 25 de febrero).
- Reglamento 883/2004, del Parlamento y del Congreso, de 29 de abril de 2004, sobre coordinación de los sistemas comunitarios de Seguridad Social (DOUE de 30 de abril).
- Ley 40/2006, de 14 de diciembre, reguladora del Estatuto de ciudadanía española en el exterior (BOE de 15 de diciembre).
- Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas de reforma de la Seguridad Social (BOE de 5 de diciembre).
- Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de reforma de la Ley Hipotecaria 39/2006, de 14 de diciembre (BOE de 8 de diciembre).
- Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales para el año 2010 (BOE de 24 de diciembre).
- RD 2030/2009, de 30 de diciembre, por el que se regula el salario mínimo interprofesional para el año 2010 (BOE de 31 de diciembre).
- RD Ley 8/2010, de 20 de mayo, de medidas extraordinarias para la reducción del déficit público (BOE de 24 de mayo).