

ASPECTOS LABORALES DE LA LEY 39/2006, DE 14 DE DICIEMBRE, DE PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA PERSONAL Y ATENCIÓN A LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA

*Francisca Fuentes Fernández**
*Roberto Fernández Villarino***

RESUMEN:

El apoyo a las personas en situación de dependencia es uno de los principales objetivos y retos en los países más desarrollados. El objeto de la Ley es atender a aquellas personas en situación de necesidad, por la concurrencia de situaciones de vulnerabilidad, necesitan del apoyo de otros tanto para desempeñar las tareas básicas de la vida cotidiana como para ejercer los derechos del resto de la ciudadanía. Entre los aspectos más destacados de la ley llamamos la atención sobre la consideración jurídica del derecho reconocido y del sistema sobre el que se asienta (ámbito asistencial, Seguridad Social u otro distinto) y el régimen jurídico de las prestaciones que otorga.

PALABRAS CLAVE:

Autonomía personal. Dependencia. Protección. Actividades Básicas de la vida diaria. Asistencia sanitaria. Asistencia social. Prestaciones.

* Francisca Fuentes Fernández. Profesora Colaboradora de Derecho del Trabajo y de la S.S. Universidad de Huelva • francisca.fuentes@ddtss.uhu.es

** Roberto Fernández Villarino. Abogado y Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la S.S. Universidad de Huelva • roberto@uhu.es

ABSTRACT:

The support to the people in dependency situation is one of the main objectives and challenges in the developed countries more. The object of the Law is to take care of those people in necessity situation, by the concurrence of vulnerability situations, need the support of other as much carrying out the basic tasks of the daily life like exerting the rights of the rest of the citizenship. Between the most outstanding aspects of the law we called the attention on the legal consideration of the right recognized and the system on which one is based (welfare scope, Social Security or another different one) and the legal regime of the benefits that grants.

KEY WORDS:

Personal autonomy. Dependency. Protection. Basic Activities of the daily life. Medical assistance. Social attendance. Benefits.

I. ANTECEDENTES

La Ley 39/2006, de 14 de diciembre¹, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (en adelante LPAP), ha tenido entre otros efectos, la manifestación del interés social por informarse de las nuevas coberturas del Estado en una materia especialmente sensible que afecta a la mayoría de los ciudadanos, en mayor o menor medida y, antes o después. De la misma manera, por parte de los grupos políticos, pero sobre todo desde las administraciones autónomas se ha tomado el testigo del nivel de compromiso y responsabilidad que establece la norma en cada ámbito competencial².

Desde el punto de vista doctrinal la aparición de la LPAP y su normativa de desarrollo suponen un cuerpo legal con interesantes cuestiones para el debate y la reflexión en torno a nuevos conceptos o categorías jurídicas. Entre estas novedades nos centraremos en el estudio de la naturaleza de los derechos subjetivos reconocidos en la norma y su correspondiente adscripción a un determinado instituto jurídico. En definitiva, trataremos de sugerir respuestas a cuestiones que

1. BOE 15/12/2006 núm. 299

2. A modo de ejemplo, destacamos las menciones del recién aprobado Estatuto de Andalucía, del que se hace mención al final de la página 3 del presente estudio.

ya se han planteado sobre este asunto en países de nuestro entorno: ¿Se trata de una materia propia de la Seguridad Social, de la Asistencia Social³, o supone una nueva categoría jurídica transversal que toma principios y conceptos de las anteriores⁴? Previamente trazaremos los primeros pasos o antecedentes de la norma en nuestro país, haciendo referencia a su origen y debates planteados en otros países de la Unión Europea. Igualmente indicaremos los aspectos más sobresalientes de la estructura de la Ley, para terminar subrayando las consideraciones jurídicas que nos sugiere.

El gran reto y objeto de la LPAP es atender a aquellas personas en situación de necesidad que, por la concurrencia de situaciones de vulnerabilidad, necesitan del apoyo de otros, tanto para desempeñar las tareas básicas de la vida cotidiana como para ejercer los mismos derechos del resto de la ciudadanía. La Ley se erige como el cimiento normativo sobre el que se asienta la estructura completa del Sistema para la Autonomía y la Atención a la Dependencia (en adelante SAAD), entendido éste, -además de ser un gran instrumento administrativo regulador de la gestión completa del sistema-, como el cuarto pilar del Estado del Bienestar⁵. El objetivo del sistema es servir de garantía de cumplimiento de las condiciones básicas y derechos establecidos en la ley. Como se indica en la clarificadora Exposición de Motivos de la Ley, partimos de una sociedad sometida desde hace unos años a continuas tensiones demográficas, que generan un incremento pro-

-
3. Las tendencias a considerar los *cuidados de larga duración* adscritos al sistema sanitario o a la protección social, se asientan en políticas distintas pero justificadas o favorecidas por dos corrientes de opinión: *presiones económicas* a favor de la ampliación de la responsabilidad individual de los sistemas de cuidados y, por otra parte, las *presiones sociales* a favor de nuevas fórmulas de responsabilidad colectiva, como son las que representan los sistemas de protección social a la dependencia creados de nueva planta en países continentales a partir de la década de los años noventa (Alemania, Austria, Luxemburgo, Francia), extendidos a partir de los sistemas sanitarios y de servicios sociales existentes (países nórdicos y modelo holandés) o en proceso de debate político (Bélgica, España, Reino Unido, Italia) (LIBRO BLANCO, CÁP. XI Pág. 667).
 4. Las consideraciones jurídicas sobre este debate serán debidamente señaladas en el apartado segundo de este estudio, no obstante lo cuál y a los meros efectos comprensivos, poner de manifiesto que la definición de derecho transversal toma su fundamento en la consideración conjunta de las situaciones de hecho que se pretenden proteger por ambas vías, esto es, su integración en la Seguridad Social y en la Asistencia Social, resultando de ambas un sistema mucho más amplio: *Protección Social*.
 5. Además del Sistema Nacional de Salud, el sistema educativo y el sistema de pensiones, desarrollados a partir de los años 80 en nuestro país.

gresivo de la población en situación de dependencia, muy especialmente destaca el colectivo de mayores⁶, aunque no son los únicos en esta situación⁷.

Los mecanismos sociales que han hecho frente a esta circunstancia prácticamente han recaído sobre los propios familiares y muy especialmente sobre la mujer⁸. No obstante, los cambios en el modelo de familia y su incorporación masiva al mercado laboral, suponen elementos más que suficientes para la comprensión del trascendental asunto con el que se enfrentan las sociedades más avanzadas.

En este sentido, el apoyo a las personas en situación de dependencia ha sido⁹ y es uno de los principales objetivos y retos en los países más desarrollados de nuestro entorno. El reconocimiento de estos derechos ha sido manifestado por numerosos documentos, estudios, informes y decisiones de distinto nivel en determinadas organizaciones de carácter internacional, como el caso de la Organización Mundial de la Salud, el Consejo de Europa y la Unión Europea¹⁰. Todos estos documentos ponen de manifiesto que el riesgo derivado de la dependencia juega un papel creciente, motivado, entre otros factores, por la evolución demográfica, que está conduciendo en varios países europeos, a importantes cambios legislativos e institucionales, sien-

-
6. De más de 65 años, que se ha duplicado en los últimos 30 años, para pasar de 3.3 millones de personas en 1970 (un 9.7 por ciento de la población total) a más de 6.6 millones en 2000 (16.6 por ciento). A ello hay que añadir el fenómeno demográfico denominado "envejecimiento del envejecimiento", es decir, el aumento del colectivo de población con edad superior a los 80 años, que se ha duplicado en sólo veinte años. E. de M.
 7. Dependencia por razones de la enfermedad y otras causas de discapacidad o limitación, que se ha incrementado en los últimos años por los cambios producidos en las tasas de supervivencia de determinadas enfermedades crónicas y alteraciones congénitas y, también por las consecuencias derivadas de los índices de siniestralidad vial y laboral. E. de M.
 8. La familia y la mujer han sido las que tradicionalmente se han ocupado de la atención a estas personas, "constituyendo lo que ha dado en llamarse *apoyo informal*. Los cambios en el modelo de familia y la incorporación progresiva de casi tres millones de mujeres, en la última década, al mercado de trabajo, introducen nuevos factores en esta situación". E. de M.
 9. Entre los orígenes de estos sistemas llama la atención, entre otros motivos, por la naturaleza jurídica del tratamiento de "gasto médico extraordinario" que se le ofrece a la "Ley de Gastos Médicos Extraordinarios" que entra en vigor el 1 de enero de 1968, y que inicialmente sirvió para financiar cuidados de larga duración o de muy alto coste, pero que con posterioridad sirvió para cubrir otros gastos de manera generalizada. Concretamente los derivados de hospitalizaciones de larga estancia, la atención de cuidados que devienen de enfermedades crónicas en las personas mayores, problemas de discapacitados, todos los problemas de salud mental y los de carácter preventivo.
 10. Entre los estudios destacan el encargado por la Comisión Europea en el año 1996, que analiza los sistemas de protección social de las personas en situación de dependencia en los estados miembros y en Noruega. Los resultados de este estudio, que fue coordinado por la Universidad de Lovaina, fueron publicados en 1999. Igualmente ponen de manifiesto la preocupación por el sentido de las políticas de dependencia, los informes anuales de la Comisión sobre la protección social en Europa, que desde 1998 analizan en un capítulo específico los cuidados de larga duración y las últimas tendencias observadas en los estados miembros. Igualmente destacan los estudios de Jacobzone, en el ámbito de la OCDE.

do un camino que hay que empezar a recorrer más pronto que tarde. (Libro Blanco de la Dependencia, Cap. XI, pág. 668).

En el año 2002, la UE decidió los tres criterios que debían regir las políticas comunes de dependencia: universalidad, alta calidad y sostenibilidad en el tiempo de los sistemas que se implanten. No obstante subyacía una preocupación que parte igualmente del concepto y tratamiento que desde la U.E. se le ha venido otorgando a la dependencia, esto es como una institución unida al derecho a la salud o bien al cuidado y a la atención personal. En la actualidad este debate ha quedado matizado como consecuencia de otorgar una concepción distinta al derecho a la salud y al cuidado personal, así como una mayor relevancia desde el ámbito político y organizativo, lo que ha supuesto la quiebra del clásico concepto de protección sanitaria y protección social¹¹.

¿CUÁLES HAN SIDO LOS PASOS EN ESPAÑA PARA LA APROBACIÓN DE LA LPAL?

Los Pactos de Toledo de 2003, destacan entre las primeras referencias al fenómeno de la dependencia¹². En octubre de 2003 se aprobó en el Pleno del Congreso de los Diputados la Renovación del Pacto de Toledo, que establecía una Recomendación Adicional 3ª en la que se decía: "resulta por tanto necesario configurar un sistema integrado que aborde desde la perspectiva de globalidad del fenómeno de la dependencia y la Comisión considera necesaria una pronta regulación en la que se recoja la definición de dependencia, la situación actual de su cobertura, los retos previstos y las posibles alternativas para su protección".

Dicha manifestación tiene a su vez causa en el Diálogo social y en la protección de la dependencia, más concretamente en el "Acuerdo sobre competitividad, empleo estable y cohesión social"¹³ firmado por el Gobierno y CEOE, CEPYME, UGT Y CCOO.

Uno de los documentos básicos para entender en toda su extensión el fenómeno del concepto y del sistema de dependencia lo constituye el Libro Blanco de

-
11. Prueba de ello es que relevantes estudios en la materia, muy especialmente los del European Observatory on "Health Care Systems in transition" contemplan los servicios sociales personales relacionados con la salud (los referidos a las personas discapacitadas, personas mayores dependientes y frágiles, enfermos crónicos, personas con problemas serios de salud mental, entre otros) como parte del sistema global de cuidados personales. (LIBRO BLANCO. CAP. XI página 669).
 12. Es de justicia destacar, que con carácter previo el Defensor del Pueblo en el año 2000, había elaborado una recomendación acerca de "La atención sociosanitaria en España: perspectiva gerontológica y otros aspectos conexos", donde demandaba la implantación de una regulación de la dependencia "coherente, eficaz y eficiente, en el marco del sistema de la Seguridad Social", concebida como tutela de un derecho subjetivo, al margen de la financiación que correspondiera.
 13. De 8 de julio de 2003.

atención a las personas en situación de Dependencia en España. Su elaboración es coordinada desde el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, e incluye información procedente de diversas investigaciones y aportaciones realizadas en los últimos años desde el ámbito de las Ciencias Sociales, así como del trabajo desarrollado por diversas instituciones, organismos y organizaciones de ámbito nacional e internacional. Por su claridad, riqueza de datos y argumentos, supone un instrumento imprescindible para comprender el fenómeno de la dependencia y el sentido en el que se ha trazado el tratamiento normativo de la institución.

Con carácter previo a la aprobación y publicación de la Ley subrayamos los Dictámenes del Consejo Económico y Social y del Consejo de Estado. El pleno del CES emitió su dictamen 3/2006¹⁴, valorando positivamente el entonces Anteproyecto de Ley. El Consejo de Estado emitió su dictamen el 23-03-2006, valorando de forma igualmente positiva la finalidad perseguida por el anteproyecto. Finalmente, tiene lugar la aprobación de La Ley 39/2006 de 14 de diciembre.

En definitiva, la LPAP funciona como cauce de desarrollo del mandato establecido en los art. 48 y 49 de la CE, que tratan de la atención a personas con discapacidad y personas mayores, indicando la existencia de un sistema de servicios sociales promovido por los poderes públicos para el bienestar de los ciudadanos. Por otra parte, asienta los principios de reparto de competencias entre Estado y resto de administraciones públicas sobre la base de lo establecido en el art. 149.1 de la CE, que otorga al Estado la competencia exclusiva para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. El SAAD es una herramienta que garantiza el desarrollo de la colaboración y participación de las Administraciones públicas, optimizando los recursos públicos y privados disponibles. Esta colaboración entre administraciones se basa, en los principios de cooperación interadministrativa y en el respeto a las competencias de cada una.

En este sentido, podemos observar como la LPAL está teniendo repercusión sobre los Estatutos de las comunidades autónomas, como es el caso particular de Andalucía. Más concretamente, encontramos la primera referencia en el artículo 10 que bajo el título "Objetivos básicos de la Comunidad Autónoma", indica expresamente en su apartado 15: "La especial atención a las personas en situación de dependencia". De igual forma, reconoce los derechos de las personas discapacitadas y dependientes, como sujetos activos de derechos básicos, en el art. 24: "Las personas con discapacidad y las que estén en situación de dependencia tienen derecho a acceder, en los términos que establezca la ley, a las ayudas, prestaciones y servicios de calidad con garantía pública necesarios para su desarrollo personal y social".

14. De 20 de febrero.

II. CONSIDERACIÓN JURÍDICA DE LAS PRESTACIONES POR DEPENDENCIA

El tratamiento jurídico de la dependencia es relativamente reciente, aunque, en realidad, existiera ya en los subordenamientos de Seguridad Social, si bien de modo inespecífico, es decir, desde parcelas inconexas, por lo que se ha venido demandando una ampliación y perfeccionamiento del sistema protector (BARCELÓN COBEDO Y QUINTERO LIMA).

De acuerdo con las previsiones que ponen de relieve la creciente intensidad del problema, estamos, sin lugar a dudas, ante una nueva contingencia que debe ser objeto de protección social (RODRÍGUEZ CABERO). La dependencia personal es concebida como un nuevo riesgo social, digno de recibir una tutela específica (BARCELÓN COBEDO Y QUINTERO LIMA).

En este nuevo contexto social, como se ha expuesto en páginas anteriores, se sitúa la intervención normativa a través de la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y de atención a las personas en situación de dependencia, condicionada por las limitaciones que caracterizan el sistema de protección social preexistente, unido a las nuevas tendencias de protección social de la dependencia en otros países de nuestro entorno, y bajo las premisas de ampliación y perfeccionamiento de nuestro modelo de protección.

2.1. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO SOCIAL A LA PROTECCIÓN POR DEPENDENCIA

En cuanto a la naturaleza jurídica de los derechos reconocidos en la norma, son varias las opciones legislativas que se han venido barajando y en torno a las cuáles se ha producido un amplio debate doctrinal, relativo a si debe otorgarse la necesaria cobertura social del riesgo en el marco del sistema de Seguridad Social o por el contrario, debe situarse al margen del mismo.

Más allá de lo anterior incluso, algunos autores se han cuestionado la necesidad real de arbitrar una prestación específica, concebida para dar cobertura a esta nueva contingencia, si fuese factible la opción de adaptar los mecanismos existentes de protección (MALDONADO MOLINA). De este modo, cabría plantearse si podrían resultar adecuados los esquemas protectores de las distintas instituciones que tutelan, aunque de manera indirecta, y aunque ese no fuere su primer objetivo, determinadas situaciones de dependencia¹⁵.

15. Con respecto a la pensión de jubilación o la de invalidez permanente, en su actual configuración, y a pesar de que puedan hallarse ciertos aspectos coincidentes, lo cierto es que las situaciones de necesidad que con ellas se pretende proteger difieren en esencia de las situaciones de dependencia. En el caso de la jubilación, pese a tener en común con determinadas situaciones de dependencia la edad avanzada del sujeto, debe advertirse que con la primera se persigue reconocer unas rentas de sustitución, ante la merma de ingresos económicos que el sujeto experimenta. En el caso de la pensión de invalidez, además de las implicaciones laborales que conlleva, -en tanto que la situación de incapacidad posee relevancia en la medida en que inhabilita para trabajar-, el sujeto protegido no siempre necesita la ayuda y cuidados de una tercera persona; sin olvidar la exigencia de períodos de carencia para el acceso a las prestaciones, salvo en la modalidad no contributiva. Por otra parte, la carencia de recursos que caracteriza a las pensiones no contributivas no debe servir como criterio para la protección de las situaciones de dependencia.

Las diferencias en el diseño del esquema protector de ambas prestaciones, como se ha puesto de manifiesto, hubiesen implicado dejar a un gran número de personas dependientes al margen del ámbito de protección del sistema. La posible adaptación de algunas prestaciones preexistentes, mediante el establecimiento de un complemento por dependencia, en cierto modo semejante al de la gran invalidez, supondría forzar en exceso la configuración de tales instrumentos de protección (BARCELÓN Y QUINTERO). De ahí que dichos planteamientos deban descartarse y la opción más adecuada resulte efectivamente la solución adoptada por el legislador, consistente en la instauración de un nuevo mecanismo de protección concebido *ex profeso* para las situaciones de dependencia. Tampoco faltan opiniones que han venido propugnando la adopción de medidas de racionalización y ordenación, tales como la sustitución de todos los complementos actualmente existentes, de ayuda de tercera persona, contributivos y no contributivos, por prestaciones iguales para cada grado de dependencia o necesidad. De igual modo que se defiende que la pensión a favor de familiares debe ser transformada en prestación compensatoria de la carga de cuidados (RODRÍGUEZ CABRERO).

Desde diversas instancias, se ha venido defendiendo la incardinación de las prestaciones por dependencia en el Sistema de Seguridad Social, al considerar que ésta sería la mejor fórmula para garantizar la protección de las necesidades sociales, reconociendo derechos subjetivos plenos, a la vez que se procura la igualdad en el acceso a las prestaciones (CAVAS MARTÍNEZ). Solamente la inclusión de estos mecanismos de protección en el sistema de Seguridad Social permite que las prestaciones se configuren como derechos subjetivos perfectos y en un plano de igualdad para todas las personas, con independencia de su residencia (PÉREZ BUENO)¹⁶.

Sin embargo, el Libro Blanco de la Dependencia expone cuáles son los argumentos que permiten apoyar tanto la inserción de la prestación de dependencia en el Sistema actual de Seguridad Social –con fundamento en los arts. 41 y 149.1.17 CE–, como la creación de un sistema de protección universal de la dependencia, aunque sin inclinarse de modo explícito a favor de ninguna de las opciones planteadas.

Efectivamente, la protección de las situaciones de dependencia no se concibe necesariamente como una materia por completo integrada en la Seguridad Social, del mismo modo que tampoco lo está en la Asistencia Social. La situación fáctica de

16. Debe recordarse que esta opción se sustenta en el art. 41 CE y se hace eco de la Recomendación del Defensor del Pueblo (2000) sobre "La atención sociosanitaria en España: perspectiva gerontológica y otros aspectos conexos", además de ser acorde con los términos del Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de Protección Social de 9 de abril de 2001. También, en este sentido, "La protección social de las situaciones de dependencia en España. Una alternativa para la atención de las personas en situación de dependencia desde la óptica del sector de la discapacidad", Colección *cermi.es*, nº 11, 2004.

necesidad en cuestión, más bien aparece como susceptible de ser protegida por ambos tipos de técnicas, por lo que la resolución del dilema puede producirse por vía de superación, subsumiendo el sistema protector en el más amplio concepto de la "Protección Social" (BARCELÓN COBEDO Y QUINTERO LIMA)¹⁷.

De este modo, estaríamos ante una materia mixta, transversal, en el sentido de que habría varios títulos competenciales habilitantes, unos estatales y otros autonómicos, para regular la protección social de las personas dependientes (SEMPERE NAVARRRO). En efecto, en el esquema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, que se diseña en el Título VIII de la Constitución, la materia de protección social aparece fraccionada, convirtiéndose en una materia transversal, para la que existen distintos títulos habilitantes. Teniendo en cuenta cuáles pueden ser las situaciones de necesidad que afecten a las personas dependientes -de carácter económico, sanitario, o de rehabilitación, entre otras-, las implicaciones con el marco competencial diseñado en el texto constitucional son innegables (BARCELÓN COBEDO Y QUINTERO LIMA).

La cuestión competencial aparece estrechamente ligada, de esta forma, a la naturaleza jurídica de las prestaciones de dependencia. De tal modo que son varias las opciones que se plantean, en función de la consideración del derecho a las prestaciones de dependencia como una materia propia de Seguridad Social, de Asistencia Social o teniendo una consideración diferente a las anteriores.

De entender que la protección de la dependencia se configura como una nueva contingencia de Seguridad Social¹⁸, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 149.1.17 CE, la competencia es compartida por el Estado -a quien corresponde la regulación de las condiciones básicas-, y las Comunidades Autónomas - como titulares de la competencia de desarrollo normativo y ejecución-. Si por el contrario, se considera que la protección de las situaciones de dependencia se configura como Asistencia Social, la competencia estaría atribuida en exclusiva a las CCAA, a tenor de lo establecido en el art. 148.1.20 CE. Y si se apuesta por una configuración diferente, en tanto que regula derechos relativos a una materia transversal, como se ha dicho, admite la concurrencia de diferentes títulos competenciales.

17. Como indica la Exposición de Motivos de la Ley, la atención a la dependencia que se pretende "la configura como una nueva modalidad de protección social que amplía y complementa la acción protectora del Estado y del Sistema de la Seguridad Social", pero al margen del mismo, ya que "se trata de configurar un nuevo desarrollo de los servicios sociales del país que amplíe y complemente la acción protectora de este sistema".

18. Derivada de las exigencias del art. 41 CE, que contempla un derecho subjetivo, que garantice asistencia y prestaciones sociales suficientes para todos los ciudadanos ante situaciones de necesidad.

La opción elegida como título competencial para instaurar un sistema protector de la dependencia es la que contempla el art. 149.1.1 CE¹⁹, aunque la Ley no lo mencione expresamente, puesto que se ha querido subrayar la configuración de un sistema paralelo, y clarificar que, ni la dependencia es una contingencia protegida por el sistema de Seguridad Social, ni tampoco son de Seguridad Social las prestaciones que se contemplan (CAVAS MARTÍNEZ). Por otra parte, al decantarse por este modelo protector, al margen del marco de la Seguridad Social, nos apartamos de la tendencia seguida por algunos países de nuestro entorno (RODRÍGUEZ CABRERO).

Entre las razones que han conducido a elegir un modelo de protección social de la dependencia institucional y funcionalmente diferenciado del Sistema de Seguridad Social, se señalan principalmente las financieras²⁰ (SEMPERE NAVARRO), sin olvidar otras, tales como la complejidad y diversidad de las prestaciones – sanitarias, económicas, sociales-, necesarias para otorgar a la dependencia una atención integral; ello exige la implicación de distintas Administraciones, que se vería obstaculizada ante la configuración de la dependencia como prestación de Seguridad Social, al ser ésta de competencia estatal (CAVAS MARTÍNEZ).

2.2. ÁMBITO SUBJETIVO DE LA PRESTACIÓN POR DEPENDENCIA

A nadie se escapa que, pese al protagonismo indiscutible que ostenta la persona dependiente en el sistema de protección, son dos los sujetos implicados en la relación de dependencia, a saber, el que necesita y el que es necesitado (DURÁN HERAS).

Aunque es una realidad incuestionable que ambos deben ser los sujetos protegidos en el sistema de dependencia²¹, el eje central de este trabajo lo constituye el estudio de la prestación social por dependencia que la Ley reconoce a la persona dependiente, y que es el vértice de este sistema de protección.

-
19. La propia Exposición de Motivos de la Ley justifica en el título competencial del 149.1.1, la regulación de las condiciones básicas... mediante la creación de un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia... y con pleno respeto de las competencias que hayan asumido las restantes Administraciones Públicas en materia de Asistencia Social al amparo del art. 148.1.20 CE.
 20. Éste es el principal argumento que justifica la opción legal, considerando la asunción del alto coste económico que implicaría su encuadramiento en el sistema de Seguridad Social.
 21. Es por ello que no sólo debe interesar la protección que el sistema dispensa a la persona dependiente – piedra angular del sistema de Protección-; también es merecedora y digna de tutela la situación del cuidador, y especialmente, por su perfil, la figura del cuidador informal. A expensas de conocer el necesario desarrollo reglamentario de la figura y en todo caso siendo como es objeto de análisis por otro estudio dentro del número de la Revista Trabajo, diremos a nuestro entender, que es excesiva la remisión reglamentaria que se deja para el desarrollo de la figura, o lo que es lo mismo, la regulación de la figura en el art. 11 de la Ley no concreta el régimen laboral que se otorgará a la figura, por cuenta propia o por cuenta ajena, circunstancia que habilita a desarrollo reglamentario aspectos básicos cuya conveniencia indica que debieran venir asentados desde la propia LPAL.

En primer lugar, parece conveniente examinar cuáles son los principios que sirven de orientación al legislador a la hora de delimitar el ámbito subjetivo y determinar cuáles son los sujetos merecedores de tutela.

La prestación instaurada por la Ley se inspira en el principio de universalidad, configurándose como un derecho subjetivo o de ciudadanía. De esta forma, la universalidad de la prestación viene determinada por la ausencia de requisitos relativos a la pertenencia a un determinado estamento social, y supone la desvinculación de cualquier connotación profesional en lo que respecta a la inclusión en el colectivo de sujetos protegidos²². No obstante, no pasa desapercibido que, a pesar de que la capacidad económica no se contemple como criterio para acceder al cuadro legal de prestaciones, y por lo tanto, tampoco puede implicar la exclusión de ninguna persona dependiente del ámbito protector, sí interviene como un factor relevante, no sólo para priorizar el acceso a las prestaciones, sino también para medir la intensidad o nivel de protección que aquélla va a disfrutar, habida cuenta que se articula como criterio modulador de la cuantía de la prestación a percibir por el beneficiario.

Por otra parte, el nivel de ingresos económicos puede repercutir en la participación o contribución del sujeto a la financiación de la prestación²³. Al mismo tiempo, se advierte la influencia del principio de equidad, en tanto que las medidas de protección que se hayan de adoptar estarán establecidas en función de las circunstancias de cada persona; como se ha puesto de relieve, los recursos económicos del sujeto puede situarlo en mejores condiciones para el disfrute de las prestaciones. El principio de igualdad, referida a su aplicación homogénea en el conjunto del territorio nacional, con independencia del lugar de residencia (art. 4 LPAL).

En lo referente a los criterios que definen el ámbito subjetivo de la norma, son varios los que el legislador introduce en la noción de dependencia, con el fin de identificar a los titulares de los derechos reconocidos.

En primer término, el reconocimiento de la situación de dependencia en alguno de sus grados. La dependencia, tal y como la define el art. 2.2 de la Ley 39/2006, es entendida como la situación en que se encuentran las personas que por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otras personas o de ayudas importantes para la realización de actividades básicas de la vida diaria²⁴.

22. Tampoco se exige periodo de carencia ni acreditación de cotizaciones previas.

23. De tal modo que la ley incurre en contradicciones internas, pues a la vez que contempla el co-pago de servicios, está reconociendo la incapacidad pública para hacer frente a todas las necesidades derivadas de la aplicación del sistema.

24. En relación con el concepto de dependencia, cabría dudar de que realmente aglutine todas las circunstancias que pueden originar la situación de dependencia, por lo que vuelve a quedar en entredicho la proclamada universalidad de la prestación.

Conforme a la noción anterior, se configuran como elementos definitorios, el carácter permanente de la situación²⁵, el elemento causal, referido a los motivos que se encuentran en el origen de la dependencia²⁶ y el elemento finalista, en cuanto que los anteriores aparecen vinculados a la necesidad de atención o ayuda de terceros (CAVAS MARTÍNEZ). Sin embargo, el concepto de dependencia no puede ser entendido en abstracto; ello implica la necesidad de ponerlo en conexión con los requisitos establecidos para identificar a los sujetos protegidos. La suma de todos los elementos, los que permiten definir la dependencia y el ámbito subjetivo, dará como resultado la contingencia protegida. De tal manera que la delimitación del sujeto beneficiario de la prestación se realiza a partir de la exigencia de requisitos -nacionalidad, edad y residencia²⁷-, que pueden ser objeto de algunas observaciones.

En relación con la nacionalidad del sujeto –en tanto que la titularidad del derecho a la prestación por dependencia se atribuye a los españoles que, encontrándose en situación de dependencia, residan en nuestro país durante cinco años, dos de ellos inmediatamente anteriores a la solicitud de la prestación-, se aprecia cierta ambigüedad legal, ya que de algún modo el requisito se disuelve, desde el instante en que se establece una remisión al art. 14 de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero sobre derechos y deberes de los extranjeros en España, y se da paso con ello a las personas dependientes extranjeras; en cuanto al reconocimiento del derecho a los extranjeros que se hallen en España en situación irregular, ello dependerá de que se conciben las prestaciones por dependencia como “servicios y prestaciones sociales básicas”, previstas en el citado art. 14.3 de la norma.

En lo que respecta al requisito de la edad, debe señalarse la injustificada exclusión de los menores de tres años del ámbito de aplicación de la ley y con ello, de la tutela que ésta otorga; al tiempo que estamos ante una nueva contradicción de la norma, pues con esta negación de la protección dispensada desde el sistema de dependencia, se rompería de algún modo la universalidad del sistema que, al menos formalmente se pretende. A pesar de que las peticiones formuladas desde varias instancias para conseguir que los menores de tres años afectados por una situación de dependencia originada por una discapacidad, y por tanto, al margen de su corta edad, de forma tal que le impida realizar las actividades propias de su edad, han sido atendidas de forma parcial, en virtud de la DA 13ª de la Ley, lo cierto es que se

25. Permanencia en sentido prolongado no significa irreversible, aunque tampoco la ley indica duración máxima. Quizás por analogía podría considerarse aplicable el plazo de dieciocho meses previsto para la declaración de invalidez permanente.

26. La edad, enfermedad o discapacidad; destacando el carácter irrelevante de la causa que da origen a la dependencia.

27. Art. 5 LPAL.

sustraen del régimen general aplicable a las demás personas dependientes (CAVAS MARTÍNEZ, 2006)²⁸.

Finalmente, el requisito de la residencia también arroja algunas dudas, como la relativa a la acreditación de un periodo de residencia durante cinco años en España, dos de ellos con carácter inmediatamente anterior a la solicitud de protección. Las dudas se refieren principalmente a la posibilidad de considerar acreditado el mismo en cualesquiera de los Estados Miembros de la Unión Europea, o sólo en el Estado español. La respuesta, en consonancia con lo expuesto en estas páginas, parece que deba ser negativa, por cuanto esta posibilidad se contempla sólo para las prestaciones del sistema de Seguridad Social, y antes hemos puesto de manifiesto que las prestaciones por dependencia no revisten finalmente este carácter.

2.3. EL CONTENIDO DE LA PRESTACIÓN POR DEPENDENCIA

En cuanto a la valoración jurídica del régimen de prestaciones que diseña la LPAP, se aprecia ante todo que es una ley dirigida a los poderes públicos, a efectos de poner en funcionamiento el sistema Nacional de Dependencia, siendo ciertamente importantes las remisiones que se efectúan a la norma reglamentaria en numerosos aspectos.

A la hora de realizar el diseño de las prestaciones, se observa una clara preferencia legal por los servicios, frente a las prestaciones de tipo económico²⁹, lo que conlleva mayor complejidad y no pocas dificultades prácticas³⁰.

El cuadro de prestaciones previsto, con la finalidad de promover la autonomía personal y atender las necesidades de las personas dependientes, de tal modo que le permitan llevar una vida autónoma en su medio habitual todo el tiempo que desee y sea posible, responden al siguiente esquema.

a) Servicios

Dentro de los cuáles se contemplan aquéllos dirigidos a promocionar la autonomía personal del sujeto dependiente, junto a aquellos otros encaminados a procurar

28. La DA 13ª establece a efectos de valoración, una escala específica para los menores de tres años. De alguna manera, se ha venido a responder a estas demandas en el recientemente aprobado RD 504/2007, de 20 de abril, que incorpora un baremo específico para la valoración de la dependencia en menores de esta edad.

29. Éstas se prevén con carácter subsidiario, al señalarse que, cuando no sea posible la atención mediante alguno de los servicios, se concederá la prestación económica finalista, destinada a su adquisición en el mercado (art. 17 LPAL).

30. Al margen del carácter excepcional con el que se contemplan los cuidados familiares -más bien, del reconocimiento de la ayuda económica por cuidados familiares-, estarían los problemas relativos a la externalización del servicio.

la atención y cuidados necesarios, en las modalidades de ayuda a domicilio, centros de día y de noche y centros residenciales³¹.

b) *Prestaciones económicas*

Por lo que respecta a las prestaciones económicas, la tipología que se establece responde a la siguiente clasificación, que permite distinguir entre prestación económica vinculada a un servicio; prestación económica para cuidado en el medio familiar³²; y prestación económica de asistencia personalizada³³.

c) *Ayudas para la financiación*

Cabría plantearse la diferencia existente entre prestación económica y ayuda para la financiación; con esta última el legislador se está refiriendo a asignaciones de pago único, destinada a facilitar la autonomía personal, a través de medios técnicos para el desarrollo de su vida diaria³⁴. El régimen de las prestaciones económicas ha de ser objeto de desarrollo y concreción por vía reglamentaria, en lo relativo a su periodicidad, cuantía y condiciones de acceso a las mismas³⁵.

2.4. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO: PROCEDIMIENTO Y COMPETENCIA

En lo referente a la competencia para el reconocimiento del derecho, el art. 27 LPAP atribuye a las Comunidades Autónomas la valoración de las situaciones de dependencia, siendo éstas quienes determinen los órganos de valoración, que en todo caso,

31. El acceso a estos servicios se establece de acuerdo con el grado de dependencia reconocido y en función de su capacidad económica; ésta última será valorada atendiendo a las rentas, patrimonio, edad y tipo de servicio demandado.
32. Debe destacarse la excepcionalidad con la que es contemplada esta prestación, rasgo que por otra parte, colisiona con la intención proclamada por el legislador, de procurar que el sujeto dependiente pueda permanecer en su medio habitual mientras lo desee y sea factible, llevando una vida autónoma. Por lo demás, es de significar que no se explicita si el cuidador –para el que se usa indistintamente el término de informal, no profesional y familiar, haya de ser efectivamente una persona ligada al sujeto dependiente por una relación de parentesco o simplemente una persona de su entorno personal.
33. Esta prestación, diseñada para contribuir a la contratación de un asistente personal, se contempla para personas dependientes menores de sesenta y cinco años, afectados en el grado de Gran Dependencia, con el objetivo de conseguir una mayor autonomía personal.
34. Puede objetarse que la ley no contemple, por ejemplo, el servicio de acompañamiento para desplazamientos fuera del domicilio del sujeto, dentro de la prestación de asistencia personalizada. Se echa en falta alguna referencia a la cobertura de necesidades de tipo instrumental, –pero directamente unidas a las actividades básicas de la vida diaria–, como por ejemplo: ir de compras, utilizar los medios de transporte, hacer gestiones ante las administraciones o el banco, o en definitiva el desarrollo de las posibilidades de ocio, limitaciones que padecen gran número de personas con discapacidad sensorial o física.
35. Como criterios moduladores de la cuantía, se atenderá al grado de dependencia y nivel que hayan sido reconocidos; a igual grado y nivel, se atenderá a los recursos económicos de la persona en situación de dependencia (art. 17).

tendrán carácter público³⁶. Desde algunos sectores de la doctrina se ha venido considerando que serían transportables, con las adaptaciones pertinentes, algunas de los elementos del sistema de reconocimiento y calificación de la minusvalía. El Libro Blanco de la Dependencia propone que se asigne esta función a equipos creados “ad hoc”, de composición mixta, con representación de los servicios sanitarios.

El procedimiento de valoración, en la medida en que permite identificar al sujeto afectado por la situación de dependencia, resulta un elemento clave en relación con el reconocimiento del derecho a las prestaciones; sin que pueda obviarse que, además, la intensidad de las prestaciones reconocidas va a estar conectada al grado y nivel de dependencia resultantes de la valoración efectuada.

Se trata éste de un aspecto que ha sido objeto de desarrollo reglamentario en virtud del Real Decreto 504 /2007, de 20 de abril³⁷, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia³⁸. Tal como se ha venido señalando, la norma reglamentaria contempla la graduación de la situación de dependencia, que se traducirá en niveles de exigencia de ayuda y en cuantificación, por tanto, de las necesidades de atención y cuidados. A este respecto, el RD 504/2007, en concordancia con lo dispuesto en el art. 26 LPAP, contempla tres grados de dependencia, que se evaluarán según la intensidad de ayuda necesaria para realizar las actividades básicas de la vida diaria – grados I, II y III, que corresponden, respectivamente, a dependencia moderada, severa y gran dependencia-. Los grados de dependencia no se valoran en relación con la autonomía personal, que sí se utiliza como criterio para establecer

-
36. La resolución compete a la Comunidad Autónoma de residencia de la persona dependiente, teniendo validez en todo el territorio español. No obstante, el Consejo Territorial establece unos criterios comunes de composición y actuación, en aras del principio de igualdad.
37. BOE de 21 de abril. Este Real Decreto deroga expresamente el anexo II del RD 1971/1999, de 23 de diciembre, sobre procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, sin perjuicio de lo dispuesto en la DA 1ª.3.
38. En virtud de la DF 5ª encomienda al Gobierno la aprobación de un reglamento para el establecimiento del baremo a efectos de la valoración de los grados y niveles de dependencia previstos en los arts. 26 y 27, con independencia de la habilitación general contenida en la DF 7ª de la Ley 39/2006, para dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo y ejecución de la ley. El baremo estatal, mediante el que serán evaluados los ciudadanos para determinar su grado y nivel de dependencia, supone un paso esencial para comenzar la aplicación del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia, y se configura como un instrumento fundamental en el sistema de protección social, ya que sirve para determinar qué sujetos tienen la consideración de personas dependientes y en qué grado, lo que a su vez repercutirá en la tipología y contenido de los servicios y prestaciones a los que podrán acceder, en la medida en que establece cuáles son los criterios objetivos de valoración del grado de autonomía, intervalos de puntuación, y evaluación de la capacidad del sujeto para realizar las actividades básicas de la vida diaria. Se trata de un instrumento de valoración que ha recibido el respaldo de diversos órganos consultivos e instancias representativas de los colectivos afectados, como el Consejo Nacional de la Discapacidad, Consejo Estatal de Personas Mayores o el Comité Consultivo del

niveles -dos niveles dentro de cada uno de los grados-, junto con la intensidad de cuidado que requiera (CAVAS MARTÍNEZ)³⁹.

Al objeto de evaluar la posible dependencia, el baremo contempla las especificidades de los diferentes tipos de discapacidad -física, psíquica, mental o intelectual⁴⁰-; e identifica el nivel y problemas para desempeñar en el medio habitual las actividades básicas de la vida diaria, además del grado de supervisión y apoyo de una tercera persona que la realización de estas tareas requiera. A tal efecto, recoge cuáles son las actividades y capacidades a valorar para determinar el grado y nivel de dependencia. Es por tanto, un instrumento de valoración que establece una clasificación de niveles de autonomía personal y de necesidad de apoyo o supervisión para la realización de estas actividades básicas⁴¹.

El Real Decreto incluye un instrumento de valoración específico para los menores de tres años, indicando que serán objeto de valoración las situaciones de carácter crónico, prolongado o de larga duración⁴². En tales casos, el baremo establecerá una comparación entre el nivel de autonomía del menor en relación al que es habitual en otro menor sano de la misma edad. De este modo, establece tres grados de dependencia, aunque sin niveles dentro de cada uno de ellos. Y se centra en la evaluación de las variables de desarrollo de los menores y necesidades de soportes para funciones vitales y medidas de movilidad⁴³.

III. CONSIDERACIONES JURÍDICAS FINALES

La nueva regulación de la situación de dependencia merece una favorable acogida, y en lo que viene a suponer para el desarrollo del sistema de protección social, ha de ser objeto de valoración positiva. Con la LPAL se pasa del concepto de protec-

Sistema de Dependencia

39. Los ciudadanos podrán recibir, con ocasión de la evaluación a la que se sometan, hasta cien puntos, a los efectos de ser calificado como persona dependiente de conformidad con la siguiente graduación y clasificación en niveles:

Grado I: 25-49 puntos. Nivel 1: 25-39; nivel 2: 40-49.

Grado II: 50-74 puntos. Nivel 1: 50-64; nivel 2: 65-74.

Grado III: 75-100 puntos. Nivel 1: 75-89; nivel 2: 90-100.

Téngase en cuenta que, a tenor de la propia norma, en 2007, serán consideradas beneficiarias del sistema las personas que se encuentren en situación de gran dependencia (grado III).

40. Señalando que en la evaluación habrá de hacerse especial hincapié en las discapacidades intelectuales y mentales.

41. Al objeto de proceder a realizar la evaluación, se contempla que los equipos de valoración puedan desplazarse al domicilio del solicitante.

42. En aplicación de la DA 13ª de la Ley 39/2006.

43. Como es lógico, la valoración en estos casos no tendrá carácter permanente, por lo que se prevén revisiones de oficio con una periodicidad de seis meses.

ción sanitaria y de la Seguridad Social, a la relevancia de la Asistencia Social como institución elevada a la categoría de pilar del sistema de bienestar de nuestro país. Pasamos de las antiguas ayudas establecidas a propósito de la gran invalidez, los complementos de ayuda a la tercera edad, asistencia a discapacitados y personas mayores a nuevas necesidades de atención, a un nuevo sistema de ayudas y prestaciones más cualificado y cercano a la persona dependiente inspirado en otra filosofía radicalmente distinta: el fomento de la autonomía de las personas. En definitiva nos asomamos a un nuevo panorama, a la vez que reto para el sistema de desarrollo de los servicios sociales y para todas las administraciones públicas de España. Ello no significa, desde luego, que esté exenta de imperfecciones y carencias que, por la gravedad de algunas de ellas, han de ser puestas de relieve.

Como ha habido ocasión de comprobar a lo largo del estudio realizado, son cuantiosas las remisiones a la norma reglamentaria, que más que desarrollar, va a despejar lagunas e incógnitas, desde los elementos que configuran los requisitos de acceso a las prestaciones del sistema, hasta el contenido de las mismas.

Por otra parte, se echa en falta alguna referencia a la cobertura de necesidades de carácter instrumental, -pero directamente vinculadas a las actividades básicas de la vida diaria-, como por ejemplo: ir de compras, utilizar los medios de transporte, hacer gestiones ante las administraciones o el banco, así como el desarrollo de las posibilidades de ocio, limitaciones todas ellas que padecen las personas con discapacidad sensorial o física. Será necesario el apoyo y reconocimiento del SAAD en esta materia.

Es cierto que puede no haber respondido a las expectativas que había generado, es decir, que el ansiado carácter universal del derecho que proclama se difumina ante las exigencias que la ley impone a los beneficiarios, tales como la referida a la capacidad económica como criterio modulador en el acceso a las prestaciones. A nuestro juicio, con los actuales contenidos de la ley, no queda garantizada la protección de todas las situaciones de dependencia.

Se detectan, por otra parte, contradicciones dentro del articulado de la ley. Debe destacarse que, al tiempo que se otorga un carácter excepcional a la prestación económica para cuidados familiares, se manifiesta el propósito de que la persona dependiente permanezca en su entorno en la medida de lo posible. Realmente, resulta extraordinariamente difícil hacer converger ambas pretensiones.

No obstante lo anterior, las observaciones y objeciones formuladas no deben empañar la importancia del papel que la nueva normativa representa, por las aportaciones que realiza y el avance que supone para nuestro sistema de Protección Social, desde el momento en que pretende dar respuesta a una necesidad social hondamente sentida y a un problema con enormes perspectivas de expansión. Cuestión distinta es que podamos considerar que la solución contenida en la Ley sea la que más se adecue a esa necesidad y, sobre todo, que las medidas que arbitra sean las más eficaces para dar satisfacción a la demanda de protección actualmente existente.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- AZNAR LÓPEZ, M., "Notas sobre la protección de la dependencia en la Seguridad Social española. Aspectos retrospectivos y prospectivos", *Foro de Seguridad Social* nº 5, 2001.
- BARAÑANO CID, M., Y DE LA PAZ, J., "Pluralidad y modernidad de los hogares y las formas familiares: hacia la familia postradicional", en AA.VV., *Seguridad Social y familia*, La Ley, Madrid, 1999.
- BARCELON COBEDO, S. Y QUINTERO LIMA, "La delimitación competencial de la protección social de las situaciones de dependencia", en GONZÁLEZ ORTEGA, S. (coord.), *La protección social de las personas dependientes*, La Ley, 2004, págs. 93-119.
- BARCELÓN COBEDO, S. Y QUINTERO LIMA, G., "Las situaciones de dependencia personal como nueva contingencia protegida por el Sistema de Protección Social", *Revista del MTAS* -nº 60/2006-.
- CASADO, D. (dir), "Respuestas a la dependencia". *Edit. CCS*. Madrid. 2004
- CASADO, D., "Los efectos del envejecimiento demográfico sobre el gasto sanitario: mitos y realidades". *Gac Sanit* 2001;
- CAVAS MARTÍNEZ, F., "Aspectos Fundamentales de la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia", *Aranzadi Social* nº 13/2006.
- DURÁN HERAS Y GARCÍA DÍEZ, "Presente y futuro del cuidado de dependientes en España y Alemania". EN *Imsero*, *Boletín sobre Envejecimiento Perfiles y Tendencias* nº 16, 2005.
- DURÁN HERAS, M.A., "Dependientes y cuidadores: el desafío de los próximos años", *Revista del MTAS* nº 60, 20006.
- LIBRO BLANCO DE LA DEPENDENCIA. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad. IMSERSO. Diciembre de 2004.
- MALDONADO MOLINA, J.A., *El seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- MONTSERRAT, J., "La Ley de atención a la dependencia: Análisis crítico desde la perspectiva económica", en *Revista de Servicios Sociales y Política Social*, nº 73/2006.

MONTSERRAT, J., El reto de un sistema universal de protección a la dependencia: una estimación del coste del modelo" *Revista de Presupuesto y Gasto Público*. Instituto de Estudios Fiscales. 39/2005

RODRÍGUEZ CABRERO, G., "Protección social de la dependencia en España, Fundación Alternativas", Documento de trabajo nº 44.

SEMPERE NAVARRO, A., "Antecedentes y estructura de la Ley 39/ 2006, de 14 de diciembre, "de dependencia", *Aranzadi Social* nº 17/2006, Pamplona, 2006