



LOS OBJETIVOS GENERALES DE LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Consejero Permanente de Estado

EXTRACTO

El análisis de la Ley 39/2006, en el contexto de los diversos pactos y acuerdos suscritos a nivel internacional y de derecho comparado, pone de manifiesto que la totalidad de los sistemas de protección social se han de reformular para acometer los retos que genera la situación de dependencia en la que se encuentra un importante segmento de la sociedad.

Es cierto que las fronteras que existen en el seno de cada uno de los sistemas, sobre todo entre el concepto de protección y de asistencia social, impide establecer en este momento una especie de «código europeo de la dependencia» del tipo del Código Europeo de Seguridad Social, pero ello no evita que se pueda detectar la existencia de un elemento común en todo caso, cuál es la necesidad de introducir innovaciones conceptuales y estructurales de envergadura, al no poder ser encomendado su tratamiento a una mera ampliación de los servicios de salud, ni al modelo «dinerario» de las prestaciones económicas de la Seguridad Social.

A nivel nacional o interno, ese mismo cuadro va a servir de base para configurar la situación de dependencia como «el elemento central del cuarto pilar del Estado del bienestar, estableciendo un nuevo derecho de ciudadanía, de carácter subjetivo», tarea que deberá ser compartida por todas las Administraciones, originando la necesidad de crear instrumentos universales y comprensivos para asegurar esa atención, a través de instrumentos de protección social innovadores. Ello hace que su encaje constitucional, tanto del tratamiento positivo y de desarrollo —artículos 49 CE y, sobre todo, 50 CE, que dispone que los poderes públicos, además de garantizar a los ciudadanos durante la tercera edad pensiones adecuadas y con independencia de las obligaciones familiares, «promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio»; así como los títulos competenciales en los que se basa —149.1.1 de la Constitución, que reconoce la competencia exclusiva del Estado para regular las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales—, se constituyan en objeto principal de análisis.

Sin que ello suponga, como es lógico, desmerecer ni obviar el tratamiento que también se realiza del contenido de la Ley, a todos los niveles y respecto de sus principales ítems.



ÍNDICE

1. LA SOCIALIZACIÓN DE LOS CUIDADOS A LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA
2. LA INSUFICIENTE COBERTURA DE NUESTRO SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL
3. LA SUSTRACCIÓN DEL SISTEMA DEL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL
4. LA IGUALDAD EN LAS CONDICIONES BÁSICAS DE LA COBERTURA DE LA DEPENDENCIA
5. EL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y LA ATENCIÓN DE LA DEPENDENCIA
6. EL PAPEL DE LA INICIATIVA PRIVADA
7. LAS PRESTACIONES DEL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y LA ATENCIÓN DE LA DEPENDENCIA
8. VALORACIÓN DE LA DEPENDENCIA Y RECONOCIMIENTO DE DERECHOS

1. LA SOCIALIZACIÓN DE LOS CUIDADOS A LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA

La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, ha tratado de responder a la problemática planteada por las necesidades de las personas que requieren cuidados, atención particular y apoyos de otros para poder atender las actividades esenciales de su vida personal, familiar y social. Con el término dependencia se ha trata de sintetizar la situación del importante y creciente colectivo de personas que no son autónomas, que no se bastan a si mismas y que requieren apoyos para atender sus actividades esenciales. El Consejo de Europa ha definido la dependencia como la situación «en que se encuentran las personas que, por razones ligadas a la falta o a la 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, requiriendo asistencia o cuidados de otros».

Desde una perspectiva funcional, se trata de una necesidad permanente de cuidados (long-term care), para personas mayores, pero también y otras personas que no puedan servirse por sí mismas. No es una novedad la necesidad de cuidados de esas personas aunque se haya incrementado cuantitativamente por razones demográficas (el «envejecimiento del envejecimiento», es decir el aumento población de más ochenta años); la novedad está, ante todo, en la crisis de los mecanismos sociales informales (la familia, los amigos, los vecinos, los voluntarios benévolos) que han venido a lo largo de la historia suministrando esos cuidados, y cuya crisis (también el cambio igualitario de las mujeres) ha dado lugar a la necesidad de cuidados «formales», suministrados por otros, ya sea en el mercado ya sea por medio de servicios o prestaciones de la comunidad.

La cuestión de quien provee de esos cuidados para atender la situación de esas personas y de quien los financia, ha suscitado la de cual es el papel de la protección social al respecto. Desde la perspectiva de la protección social, la situación de dependencia se califica por un factor socio-económico adicional, el que la persona no cuente con ayuda y carezca de medios económicos para sufragarla, lo que ha llevado a la «socialización» de esa ayuda o cuidado. Las insuficiencias de los mecanismos y del juego del mercado ha generado una nueva necesidad social que requiere una respuesta del Estado social, y que los sistemas de Seguridad Social no habían contemplado como contingencia protegida, ni tampoco había sido cubierta de forma satisfactoria por los mecanismos asistenciales. La protección social de colectivos crecientes de personas en situación de dependencia se ha convertido en los últimos años en todos los países en un grave problema y ha supuesto un desafío para los sistemas de protección social.



En esta línea, el Informe Conjunto de la Comisión y del Consejo, de 13 de marzo de 2003, ha entendido que la «necesidad de cuidados de larga duración» a los mayores es un nuevo riesgo social «mayor» que debe ser cubierto por los sistemas de protección social, que han de prestar ayuda a las personas incapaces de vivir de manera autónoma y que dependen del apoyo de otros para las necesidades cotidianas, sin que pueda confiarse en que la familia pueda seguir realizando ese cuidado, que normalmente el interesado no podrá financiar. Se han de «introducir mecanismos de protección social» accesibles, de calidad y financieramente viables, que pueden revestir formas diferentes de un Estado miembro a otro.

En el Informe Conjunto sobre Protección Social e Inclusión Social de 2006 el Consejo de la Unión Europea ha afirmado que los costes de los cuidados de larga duración relacionados con el envejecimiento de la población traerán consigo un notable aumento del gasto público, pero que no debe renunciarse a una política social ambiciosa, sino hacer que ésta contribuya a mejorar los resultados económicos, de modo que la viabilidad financiera sólo podrá garantizarse mediante la modernización de las instituciones y de los mecanismos de aplicación, pero respetando la diversidad de la organización social de los Estados miembros. Entiende el Consejo de la Unión Europea que los cuidados de larga duración son un reto fundamental, y que es necesario desarrollar mecanismos de prestación y financiación teniendo en cuenta las necesidades futuras (SOC (2006) 126).

Se ha configurado así, al menos materialmente, un nuevo «riesgo social», una situación de necesidad de dimensión global o colectiva que debe ser atendida o «cubierta» por los mecanismos de protección social. Los países de la Unión Europea han venido incluyendo en sus modelos de protección social diversos sistemas de facilitación o de financiación de cuidados personales «de larga duración» inicialmente como ampliación de la asistencia sanitaria, luego dándoles autonomía respecto a la atención sanitaria, estableciendo prestaciones sociales a favor de personas en razón de su situación de dependencia en forma de cuidados o dinerarias. Desde la premisa común de «socializar» en algún grado los cuidados de larga duración de las personas en situación de dependencia, las respuestas nacionales, en función de las características de los sistemas propios de protección social, han sido muy distintas tanto en el ámbito subjetivo de los sujetos protegidos como en el ámbito objetivo de la delimitación de la contingencia, el alcance de la acción protectora y su contenido patrimonial o de servicios.

Se ha intentado establecer una tipología agrupando los diversos sistemas nacionales de protección social de las personas en situación de dependencia pero las fronteras entre esos sistemas y y dentro de los diversos tipos existen muchos elementos heterogéneos que impedirían establecer en este momento una especie de «código europeo de la dependencia» del tipo del Código Europeo de Seguridad Social.

El único elemento común ha sido la necesidad de introducir innovaciones en el tratamiento social de la dependencia, que no puede ser encomendado a una mera ampliación de los servicios de salud, ni se presta fácilmente al modelo «dinerario» de las prestaciones económicas de la Seguridad Social, aparte de la dificultad de ésta para buscar bases de financiación de esas prestaciones, ni queda satisfecha adecuadamente con un modelo meramente asistencial dirigido sólo a las personas carentes de recursos. Se ha hablado por ello de la necesidad de crear un nuevo «pilar» o «subsistema protector», que afronte la dependencia de forma global y universal, con un objetivo de atención y cuidado más allá de ayudas económicas, al margen de que ese subsistema se conecte en mayor o menor gra-



do con el sistema de Seguridad Social o que actúe en el exterior en de ella. Las dificultades financieras de los sistemas de protección social no han dejado de influir en el diseño de esos mecanismos que ha tenido muy en cuenta sus posibles efectos beneficiosos en el sistema económico y el empleo.

2. LA INSUFICIENTE COBERTURA DE NUESTRO SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL

Nuestra cobertura de la situación de dependencia ha sido muy deficiente. La Seguridad Social sólo ha concedido algunas prestaciones y ayudas a personas en situación de dependencia que, por su grado de gran invalidez, hayan requerido algún grado de atención personal para las necesidades de la vida diaria, o, en algunas otras prestaciones económicas, en relación con la discapacidad o los complementos de ayuda a tercera persona en la pensión no contributiva de invalidez. Estas prestaciones son más bien excepciones, cuyo fundamento ha estado más en el resarcimiento económico que en una atención específica a las personas en situación de dependencia y, sobre todo, han dejado fuera de cobertura a la mayoría de las personas en situación de dependencia que no pueden ser declaradas en «gran invalidez». Tampoco los marginales servicios sociales de la Seguridad Social han podido jugar un papel importante en el suministro de estos cuidados y nuestras prestaciones sanitarias sólo han podido actuar en relación a la atención a la salud, sin que puedan considerarse instrumentos relevantes las prestaciones LISMI, de muy escasa cuantía, de ayuda por tercera persona o de movilidad y compensación por gastos de transportes

Ese vacío de cobertura tampoco ha sido cubierto satisfactoriamente por las Comunidades Autónomas, pese a la existencia de planes concertados o de acción sobre prestaciones básicas de servicios sociales o para las personas con discapacidad y para personas mayores, pues aunque algunas de sus prestaciones o servicios han podido servir de ayuda a algunas personas en situación de dependencia, no han establecido una protección integral y global que asegure adecuados cuidados de larga duración para esas personas.

También en España se había detectado la necesidad de establecer, una «nueva modalidad» de protección social para asegurar la prestación de cuidados a personas en situación de dependencia.

En octubre de 2003, el Pleno del Congreso de los Diputados estimó necesario «configurar un sistema integrado que aborde desde la perspectiva de globalidad el fenómeno de la dependencia» y recomendó «una pronta regulación en la que se recoja la definición de dependencia, la definición actual de su cobertura, los retos previstos y las posibles alternativas para su protección». Esa necesidad de configurar un sistema integral de la dependencia se ha reconocido también en relación con las personas con discapacidad en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad, que ha previsto algunas medidas de apoyo para la autonomía personal de las personas con discapacidad

El tratamiento de la dependencia ha ocupado también el diálogo social sobre la reforma del sistema de protección social. En 1994, el llamado Pacto de Toledo consideró que la cobertura de la dependencia era una de las prioridades del futuro de nuestra protección social, y en 2001 el Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección so-



cial, decidió «abrir un periodo de análisis y debate social sobre cómo debe garantizarse la atención a la dependencia en nuestro país y el papel que ha de jugar el sistema de protección social en orden a que, antes de finalizar la legislatura, pueda estar diseñada y aprobada una política de atención a la dependencia, con el rango oportuno».

No se cumplió ese propósito, y el Acuerdo sobre Competitividad, Empleo Estable y Cohesión Social, de julio de 2004, volvió a reconocer una prioridad la atención a las situaciones de dependencia. A tal fin, se ha elaborado en el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, el Libro Blanco de Atención a la Dependencia del de 2004, que ha analizado la situación española, ha descrito los grandes modelos existentes de protección de la dependencia y ha diseñado una fórmula de protección, mediante un sistema universal basada en la ciudadanía como nueva modalidad de protección social fuera de la Seguridad Social que complementa, desde fuera, su acción protectora y que amplía las prestaciones y servicios sociales y sanitarios existentes. El Libro Blanco sugiere la creación de un Sistema Nacional de Dependencia definido como «el conjunto de prestaciones y servicios que garantizan, en las mismas condiciones para todos los ciudadanos, la protección de las personas en situación de dependencia», y que estuviera basado en la universalidad, sus prestaciones fueran de carácter público, al margen de su forma de financiación y gestión, y cuya igualdad básica en el acceso a las prestaciones debería garantizar el Estado.

Las Conclusiones de ese Libro Blanco se han reflejado en el «Acuerdo sobre la acción protectora de la atención a las situaciones de dependencia» de 1 de diciembre de 2005, que ha reconocido la necesidad de una respuesta integral a la atención de las personas dependientes, y de dar un nuevo paso en el reforzamiento y la mejora del Estado del bienestar y en la mejora de la calidad de vida, y ha propuesto un nuevo sistema de protección a las personas en situación de dependencia «elemento central del cuarto pilar del Estado del bienestar, estableciendo un nuevo derecho de ciudadanía, de carácter subjetivo». Se trata de una tarea que debería ser compartida por todas las Administraciones en el ejercicio de sus competencias y en la que la intervención del Estado estaría legitimada por los artículos 139.1 y 149.1 C.E. El Acuerdo induce el establecimiento de un «sistema nacional de dependencia» como «una nueva modalidad de protección social que amplía y complementa la acción protectora de la Seguridad Social y del Estado», habría de crear una Ley (estatutal), para promover la autonomía personal y para garantizar el derecho a ser atendido en situaciones de dependencia, «norma básica» que establecería las condiciones básicas y los requisitos de acceso a los servicios y prestaciones en condiciones iguales en todo el territorio del Estado.

De nuevo el diálogo social ha generado una «negociación legislativa», y el Acuerdo se ha tenido muy en cuenta en la elaboración por el Gobierno del anteproyecto de Ley en buena parte consensuado con las Comunidades Autónomas, y que, tras una tramitación parlamentaria nada dificultosa, ha dado lugar a la Ley 39/2006.

3. LA SUSTRACCIÓN DEL SISTEMA DEL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La Ley 39/2006 es, pues, la respuesta española a la necesidad de una cobertura social de las situaciones de dependencia cuya desprotección afecta a la calidad de vida de muchas personas, a su posibilidad de desarrollar actividades esenciales en la vida diaria y al



ejercicio de sus derechos, creando condiciones de vulnerabilidad, cuando no de exclusión social, que nuestro Estado Social no puede ignorar y que los poderes públicos deben coadyuvar a corregir y a evitar. Su exposición de motivos reconoce como «ineludible» e «imprescindible» asegurar «una adecuada capacidad de prestación de cuidados a aquellas personas que lo necesitan» revisando nuestro insuficiente sistema de atención a las personas dependientes y corrigiendo el deficiente estado de protección a ellas.

En realidad, se trata no tanto de una «revisión del sistema tradicional de atención», basado en el apoyo de la familia, sino de una toma en cuenta de las limitadas posibilidades actuales de las familias de hacerse cargo por sí mismas de la atención personal de los ancianos y discapacitados que es lo que ha originado la necesidad de crear instrumentos universales y comprensivos para asegurar esa atención, a través de instrumentos de protección social innovadores.

El título de la Ley 39/2006, de promoción de la autonomía personal y la atención a las personas en situación de dependencia, refleja, como confirma su exposición de motivos, la vinculación de la situación de dependencia a la existencia de obstáculos que impiden a la persona la plena participación y el ejercicio pleno de los derechos, libertades y deberes civiles y políticos constitucionales como los demás ciudadanos. La Ley establece medidas específicas tendentes a garantizarles el ejercicio efectivo de sus derechos y responsabilidades y a proteger su dignidad asegurándoles una vida decente. Por eso la Ley apela al art. 9.2 CE, y se ha fundamentado, además de en el art. 49 CE sobre la previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, y, sobre todo, en el artículo 50 CE, que dispone que los poderes públicos, además de garantizar a los ciudadanos durante la tercera edad pensiones adecuadas y con independencia de las obligaciones familiares, «promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio». Ese conjunto de mandatos constitucionales coincide precisamente con las aspiraciones actuales tendentes a «una política integral de protección a la dependencia».

La Ley 39/2006 ha creado ex novo instrumentos para asegurar con carácter universal la protección social de las situaciones de dependencia y a tal fin ha instaurado una nueva modalidad de protección social fuera de la acción protectora de la cobertura propia y del régimen de financiación del Sistema público de Seguridad Social del Estado y en la que se asigna o reconoce un importante papel a las Comunidades Autónomas.

El legislador estatal no ha optado, aunque algunos lo habían sugerido así, por una cobertura directa por la Seguridad Social de la contingencia de la dependencia, eventualmente completado por la asistencia social o los servicios sociales autonómicos.

La inclusión de la dependencia en la Seguridad Social hubiera sido una opción constitucionalmente posible, puesto que el sistema de Seguridad Social configurado como «función de Estado» es de tendencia universalista que cubre mediante «asistencia y prestaciones» riesgos o necesidades sociales, lo que le da una especial expansividad y permite ampliar la esfera de sujetos y la esfera de contingencias protegidas a costa de espacios posibles de la asistencia social de competencia autonómica, aun sin impedir que las Comunidades Autónomas puedan establecer prestaciones o servicios complementarios para atender situaciones de necesidad no cubiertas por la Seguridad Social (STC 239/2002), lo que implica una cierta función subsidiaria de cobertura de vacíos de protección de la Seguridad Social al concepto de Asistencia Social. Este esquema se corresponde con el momento



histórico constituyente, en el que las mallas de seguridad contra la exclusión y la pobreza estaban muy poco desarrolladas la Seguridad Social ocupaba un papel central y un papel marginal y accesorio la Asistencia Social.

Las nuevas necesidades sociales y el tratamiento de los excluidos de la Seguridad Social ha dado un nuevo papel a los mecanismos asistenciales y a los servicios sociales, pero también han obligado a una consideración más global del conjunto del sistema de protección social. Como ha advertido el Tribunal Constitucional, ambos títulos competenciales se limitan y contrapesan para evitar el mutuo vaciamiento de las respectivas competencias estatal y autonómica, por lo que «no pueden distinguirse completamente aunque no pueden llegar a solaparse, para evitar el vaciamiento del régimen competencial ...en provecho del Estado y en detrimento de las competencias autonómicas» (STC 168/1993). No distinguirse completamente ni solaparse implica que no se trata de departamentos separados y estancos y que obligan a una consideración global del conjunto del sistema de protección social. Seguridad Social estatal y Asistencia Social autonómica, aunque supongan competencias diversas y técnicas de cobertura distintas (aunque cada vez lo sean menos), han de complementarse y coadyuvarse para responder a un objetivo global común de protección social de la ciudadanía.

Desde la Unión Europea se propicia una consideración global de los sistemas de protección social y del conjunto de piezas que lo componen: Seguridad Social, asistencia sanitaria, asistencia social, y servicios sociales, materias, que aunque puedan ser de competencia estatal o autonómica, deben equilibrarse y coordinarse adecuadamente para racionalizar el reparto de papeles y la distribución de cargas y para poder adoptar fórmulas de gestión más descentralizadas, con aplicación del principio de subsidiariedad, superando la idea de una necesaria centralización en manos del Estado de espacios de protección social una vez que se aseguran niveles homogéneos de las prestaciones esenciales y el juego en ellas de la solidaridad.

La Constitución impone ampliar y completar la acción protectora del sistema de Seguridad Social y su «ideal de cobertura», pero también un mayor desarrollo de los servicios sociales y de la Asistencia Social autonómicos. La evolución de los sistemas de protección social a objetivos más amplios, ambiciosos y universales, cuestiona e impone la reordenación de nuestro modelo tradicional de Seguridad Social, profesional y contributivo y centrado excesivamente en el sistema de pensiones y en la asistencia sanitaria, pero también ha cuestionado e impone la reordenación de la Asistencia Social con vistas a que entre ambas protejan situaciones reales de necesidad, afronten lagunas de protección, eliminen situaciones de exclusión, e incluyan instrumentos universales, iguales para todos en sus niveles mínimos y con una financiación basada en la solidaridad.

En este contexto se ha de situar la Ley 39/2006 y su opción por mecanismos de protección social de la dependencia fuera del sistema de la Seguridad Social y de su régimen económico. El original sistema diseñado se corresponde pues con la llamada genérica que la Constitución hace a los poderes públicos en la puesta en práctica de los derechos sociales, que no depende sólo de imposiciones del Estado, y que ha de hacerse de acuerdo al sistema de distribución de competencias entre los diversos poderes territoriales.

Han existido razones para que la protección social de la dependencia haya quedado fuera del sistema de Seguridad Social. La protección de la dependencia excede de la función sustitutiva o complementaria de rentas, mediante prestaciones económicas, de la Se-



guridad Social, y trata, ante todo, de procurar una atención o cuidado a la persona y, en su caso, financiar el gasto correspondiente. Aparte de que la ampliación de cobertura de la Seguridad Social hubiera agravado sus propios problemas, la atención de la dependencia va más allá de una cobertura financiera de necesidades económicas, implica provisión de servicios y de cuidados específicos que van más allá de la atención sanitaria a las personas de edad. En el tratamiento de la dependencia resulta necesaria una atención personalizada y directa que difícilmente pueden satisfacer los sistemas burocráticos de la Seguridad Social, centrados en pagos económicos.

Por eso, en la mayor parte de los países estos «cuidados de larga duración» no se han cubierto con formulas de «aseguramiento social», aunque haya ocurrido así en Austria, Alemania, Japón o Luxemburgo, sino a través de legislaciones e instrumentos de servicios sociales, que pueden prever también prestaciones económicas para subvencionar los costes personales derivados de cuidados más o menos informales (del tipo de Cash Allowance for Care).

Además, como ha señalado el Consejo de la Unión Europea (SOC (2006) 126), en los cuidados de larga duración a las personas en situación de dependencia debe buscarse un equilibrio entre los cuidados informales (en el ámbito familiar y al margen del mercado), y los cuidados formales (a través de los servicios sociales y los mecanismos de mercado), y ha de ponerse el acento en facilitar el cuidado en el hogar (home care) no pudiéndose reproducir aquí ni el modelo «absorbente» de la asistencia sanitaria ni generalizar los cuidados en instituciones especializadas. Tampoco se trata de una protección «pasiva», de ayuda paliativa, pues, como refleja la denominación de la Ley, se busca la «promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia».

Por tanto, no es reprochable que la Ley 39/2006 haya optado por un mecanismo de atención de la dependencia fuera del sistema de Seguridad Social y de su régimen económico, aunque ello excluye que la competencia del Estado para dictarla haya podido basarse en el art. 149.1.17 CE y tiene que legitimarse en otro título competencial.

4. LA IGUALDAD EN LAS CONDICIONES BÁSICAS DE LA COBERTURA DE LA DEPENDENCIA

El constituyente, al establecer una separación neta de competencias entre el nivel estatal y autonómico desde un trazado cerrado de fronteras entre la Seguridad Social y la Asistencia Social, no había previsto expresamente un sistema integrado, «multilevel» o «reticular» de protección social. El legislador estatal que puede «lo más» (al ser competente para integrar sujetos o materias en la Seguridad Social, ocupando espacios que precedentemente podían o estar vacíos de cobertura, o ser objeto de cobertura por la Asistencia Social de competencia autonómica), parecería no serlo para hacer «lo menos», regular fórmulas de protección social sin asumirlas como propias, no integrándolas en el régimen público de Seguridad Social, y dejándolas en manos de las Comunidades Autónomas.

La opción constitucionalmente más «correcta» o congruente no sería maximizar el ámbito del sistema público estatal de Seguridad Social, ni tampoco «adelgazarlo» para conceder más espacios propios y exclusivos de las Comunidades Autónomas, sino la de optimizar el ámbito del sistema público de Seguridad Social estatal y conceder, al mismo tiempo, espacios propios reordenación y gestión a las Comunidades Autónomas, pero ase-



gurando el establecimiento de unos niveles mínimos homogéneos basados en la solidaridad, pues los derechos sociales que reconoce la Constitución y los valores de igualdad y solidaridad, no pueden ser indiferentes al Estado, que es el garante de la igualdad y de la solidaridad en materia de protección social.

La razón de ser de la competencia estatal en materia de Seguridad Social, y muy particularmente de su régimen económico, es la de «preservar la unidad del sistema español de Seguridad Social y el mantenimiento de un «régimen público», único y unitario de Seguridad Social para todos los ciudadanos (art. 41 de la Constitución), que garantice al tiempo la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y deberes en materia de Seguridad Social (art. 149.1.1 de la Constitución)... en garantía de la unidad y solidaridad del sistema público de Seguridad Social» (STC 124/1989). Si la competencia estatal en materia de Seguridad Social está al servicio de la igualdad y la solidaridad, se conecta con la que el 149.1.1 de la Constitución, reconoce al Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, precepto constitucional que es precisamente el que ha invocado la Ley 39/2006 para justificar la competencia del Estado para dictarla.

Según la jurisprudencia constitucional, el artículo 149.1.1.^a CE es un título competencial autónomo, positivo o habilitante» (STC 61/1997) que contiene una habilitación para el establecimiento de unas «condiciones básicas» uniformes— que condicionan el ejercicio de competencias autonómicas «con el objeto de garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales» (SSTC 98/2004 y 178/2004). Se circunscribe al establecimiento de las condiciones básicas imprescindibles o necesarias para garantizar la eficacia e igualdad en el disfrute del derecho (STC 209/2000) lo que incluye su «contenido primario», y posiciones jurídicas fundamentales (STC 144/1988) como son «el objeto o ámbito material», o «los deberes, requisitos o condiciones básicas en que ha de ejercerse un derecho», o el marco organizativo que posibilita el ejercicio del derecho (SSTC 61/1997 y 173/1998).

A la luz de las nuevas exigencias de la modernización del sistema de bienestar que requieren un enfoque integrado y coordinado de los distintos mecanismos de protección social, el artículo 149.1.1 CE ha partido de la base de la competencia del legislador estatal para establecer, desde la perspectiva de la igualdad, la ordenación y coordinación de la atención a las personas en situación de dependencia, para fijar los niveles básicos o esenciales de las prestaciones, y para asegurar la efectividad y exigibilidad territorial de los correspondientes derechos. Pero esa competencia exclusiva del Estado en la determinación de esos niveles esenciales o básicos, ha de entenderse sin perjuicio de la participación de las Comunidades Autónomas en la configuración definitiva del diseño y en el desarrollo del sistema de protección de la dependencia.

El legislador estatal no podría haber regulado la protección de la dependencia de forma completa y acabada sin dejar espacio a los legisladores autonómicos para completar el sistema, con un margen de diferenciación, pues, según la jurisprudencia constitucional (STC 212/2005), el artículo 149.1.1.^a CE no contiene ni un mandato de uniformidad ni una prohibición de divergencia autonómica; sólo habilita para la regulación de los elementos generales conformadores del derecho, habiendo de dejarse espacio para el ejercicio por las Comunidades Autónomas de sus competencias en materia de asistencia social y de servicios sociales.



La Ley 39/2006 en su art. 1 establece que su objeto es establecer «las condiciones básicas y el contenido común en el ejercicio del derecho de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia», y se refiere a la garantía de «un contenido mínimo común de derechos para todos los ciudadanos en cualquier parte del territorio nacional». Por su parte el art. 4 se refiere al derecho de acceder en condiciones de igualdad, con independencia del lugar del territorio del Estado español, a las prestaciones y servicios previstos en la Ley.

La Ley 39/2006 no parece haberse excedido del ámbito de la limitada competencia estatal, pues ha afrontado el tratamiento social de la de la dependencia de una forma global y transversal y no ha pretendido tanto configurar detalladamente facultades, límites, deberes, prestaciones, premisas o presupuestos en relación con un concreto derecho o deber, sino asegurar el ejercicio efectivo de los derechos y deberes constitucionales obstaculizados por la situación de dependencia de un sector de la población con especiales dificultades para tal ejercicio y para el desarrollo de actividades básicas de la vida diaria. Regula sólo unas condiciones básicas que aseguran un marco de igualdad en la cobertura de la dependencia para garantizar a todos el acceso real y efectivo a unos servicios coordinados, suficientes y de calidad en toda España.

Como ha afirmado el Consejo de Estado, su objeto constituye una regulación «transversal», acorde con las previsiones de los artículos 49 y 50 CE y con la garantía de una posición mínima que asegure la dignidad humana (art. 10 CE) en situaciones de especial vulnerabilidad, entroncando también con la efectividad de la libertad, igualdad e integridad física y moral que la Constitución garantiza (artículos 9.2, 14 y 15 CE) (dictamen 336/2006). El diseño supone una visión integrada y coordinada del sistema global de la protección social, y articula lo que la Constitución no ha previsto pero no impide, poniendo de relieve, la virtualidad que en el plural Estado de las Autonomías puede tener el artículo 149.1.1.^a CE en la disposición de unas condiciones básicas que garanticen a todos unas prestaciones sociales en un marco de igualdad de mínimos aplicable en todo el territorio español, dejando espacios de determinación de cada Comunidad Autónoma en función de sus preferencias y de las necesidades sociales que se manifiesten en su territorio.

5. EL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y LA ATENCIÓN DE LA DEPENDENCIA

Es manifiesta la voluntad del legislador de establecer un contenido mínimo común, accesible a todos por igual. La Ley se refiere a un contenido mínimo que se corresponde a lo que el art. 7 denomina nivel de protección mínimo, establecido por el Gobierno como «condición básica de garantía del derecho a la promoción de la autonomía personal y atención a la situación de dependencia» (art. 9.1).

Sin embargo, la Ley no hace sólo esto, también establece unas definiciones, unos principios en que se definen sus objetivos, una amplia lista de derechos y obligaciones de las personas en situación de dependencia que imponen determinados comportamientos a los poderes públicos, determinar quienes son titulares de los derechos y fijar un catálogo de servicios y prestaciones, así como las condiciones para el reconocimiento de las situaciones de dependencia y los derechos correspondientes, además de prever instrumentos para asegurar su puesta en práctica efectiva, y de contener normas sobre infracciones y sanciones.



Aquí ya no se está propiamente ante la fijación de niveles mínimos de protección, sino ante el establecimiento de condiciones básicas y de un contenido común que permite desarrollos normativos autonómicos heterogéneos, pero que los sujeta y condiciona asegurando «un marco estable de recursos y servicios para la atención a la dependencia». El legislador estatal ha establecido elementos, conceptos y criterios homogéneos, no disponibles por las Comunidades Autónomas competentes en materia de Asistencia Social, pero no impide que éstas, a su vez, establezcan modalidades o «subsistemas» distintos de cobertura de la dependencia. Habiendo adoptado una perspectiva «multinivel» de protección de la dependencia, en la que, más allá del nivel mínimo, se prevé, e, incluso, se fomenta por el Estado, mediante su cooperación y financiación, la existencia de niveles adicionales de atención de las Comunidades Autónomas y, en su ámbito, de las Corporaciones Locales.

El art. 7 prevé, en efecto, tres distintos «niveles de protección del Sistema», el mínimo estatal (determinado por el Estado oído el Consejo Territorial, del que se debe disponer en todas las Comunidades Autónomas y financiado por los Presupuestos Generales del Estado); el que a través de Convenios se acuerde entre la Administración General del Estado y la Administración de cada Comunidad Autónoma, y el nivel adicional que establezca libremente cada Comunidad Autónoma.

Aplicando materialmente el principio de subsidiariedad, el legislador deja espacio a las iniciativas autonómicas y locales, y diseña instrumentos de colaboración entre los diversos niveles, autonómico y local en la línea sugerida por el Consejo de la Unión Europea de dar un papel relevante a los servicios sociales a nivel regional y local, una tendencia a descentralizar la responsabilidad en el nivel regional y local, que según el Consejo, «abre grandes posibilidades para una prestación integrada de servicios de protección social y otros servicios sociales» (SOC (2006) 126).

La Ley 39/2005 ha propiciado la actuación conjunta, coordinada y cooperativa de todas las instituciones públicas, «una acción concertada y cooperativa de la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas» (art. 1.2), en la que será fundamental y decisivo el papel activo y cooperativo de las Comunidades Autónomas. A tal fin ha creado el Sistema para la Autonomía y la Atención de la Dependencia (SAAD), para sancionar las condiciones básicas y el contenido común, para servir de cauce para la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus respectivas competencias, y para optimizar los recursos públicos y privados disponibles (art. 6).

El SAAD se diseña como un modelo de atención integral formado por «una red de utilización pública que integra, de forma coordinada, centros y servicios públicos y privados» (art. 6). La integración de tales centros y servicios en el Sistema no supondrá, sin embargo, alteración alguna en el régimen jurídico de su titularidad, administración, gestión y dependencia orgánica aunque sí someterse a la regulación contenida en la Ley, en la legislación autonómica y a la articulación del Sistema a través de las decisiones que ha de adoptar el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, que crea el art. 8.

El Consejo Territorial del Sistema, de composición estatal y autonómica, pero con mayoría autonómica, se instaura como el principal instrumento de cooperación interadministrativa, aunque sus funciones van mucho más allá de ello al tener encomendadas importantes competencias y decisiones. Corresponde al Consejo acordar un instrumento central para la operatividad del Sistema, el «Marco de cooperación interadministrativa» que servirá de



base para el desarrollo de Convenios entre la Administración General del Estado y cada una de las Comunidades Autónomas y en el que se acordarán los objetivos, medios y recursos para la aplicación de los servicios y prestaciones incrementando el nivel mínimo estatal. No serán esos Convenios interadministrativos los que establecerán la «intensidad» de las prestaciones y las compatibilidades entre los servicios, una y otras se acordarán por y dentro el Consejo Territorial y se aprobarán mediante Real Decreto.

Al Consejo Territorial del Sistema corresponde, además, informar sobre la determinación del nivel mínimo de dependencia y sobre el desarrollo reglamentario estatal de la Ley, acordar las condiciones y cuantía de las prestaciones económicas, los criterios de participación del beneficiario en el coste de los servicios, los grados de dependencia y los criterios básicos para su valoración a través de la elaboración del correspondiente baremo y los criterios comunes de actuación y evaluación del sistema, temas relevantes que permitirán una mayor concreción del Sistema, que se aprobarán mediante consenso o acuerdo de las Administraciones implicadas y que son decisiones indispensables para la puesta en marcha del Sistema. Ello explica que la Ley (disposiciones finales segunda, cuarta y quinta) haya fijado plazos perentorios para la constitución de ese Consejo Territorial del Sistema y para que éste fije los criterios del Marco de cooperación interadministrativa, de la intensidad de la prestación y acuerde el baremo para su posterior aprobación por el Gobierno mediante Real Decreto.

Asimismo el Consejo Territorial del Sistema puede acordar, planes, proyectos y programas conjuntos y ha de servir de cauce de cooperación, comunicación e información entre las Administraciones Públicas.

El Consejo Territorial del Sistema asegura, pues, la necesaria coordinación y cooperación entre Estado y Comunidades Autónomas aparte de los pertinentes convenios bilaterales, y también tiene una función de ordenación asegurando homogeneidad, coherencia y elementos igualitarios y de solidaridad que van más allá de los mínimos estatales tratando de asegurar una protección efectiva de las personas en situación de dependencia. Esta técnica legislativa, orientada a potenciar los instrumentos de colaboración y de coordinación entre las distintas Administraciones públicas, puede ser especialmente útil en los cuidados y atención a la dependencia donde concurren competencias, funciones y responsabilidades de diversos poderes públicos que han de contribuir a un objetivo de bienestar común y propio del Estado social del que forman parte.

Se prevé además un «Comité Consultivo», órgano asesor del Sistema para asegurar la participación de los interlocutores sociales en el SAAD. De él formarán parte seis representantes del Estado, seis de las Comunidades Autónomas y seis de las Entidades Locales, además de nueve representantes «de las organizaciones empresariales más representativas» y otros tantos representantes «de las organizaciones sindicales más representativas» (art. 40). Llama la atención la no inclusión en ese Comité Consultivo de representantes de las organizaciones de los interesados, aunque el art. 41 reconozca carácter de órgano consultivo del Sistema al Consejo Estatal de Personas Mayores, al Consejo Nacional de la Discapacidad, y al Consejo Estatal de Organizaciones no Gubernamentales de Acción Social, a los que se otorgan funciones de información, asesoramiento y propuesta sobre «materias que resulten de especial interés para el funcionamiento del Sistema».

El SAAD, por su carácter coordinado, cooperativo y participativo, puede ser más efectivo y facilitar su puesta en práctica, y tendría una importante incidencia en el conjunto de



los mecanismos públicos de protección social y de lucha contra la exclusión social facilitando la renovación de nuestros mecanismos de bienestar, excesivamente centrados hasta ahora en el sistema público de Seguridad Social y en su lógica en buena parte contributiva. Replantea el papel que corresponde al Estado en el conjunto del sistema de protección social, ampliando funciones ordenadoras, garantizando igualdad y solidaridad pero debiendo reducir espacios de gestión directa e inmediata de prestaciones.

6. EL PAPEL DE LA INICIATIVA PRIVADA

El SAAD tiene un innegable carácter público. Sin embargo, la Ley 39/2006 ha reconocido un espacio de actuación propio a la iniciativa privada. La Ley prevé la posible actuación de centros «privados concertados debidamente acreditados», cuyo régimen jurídico y condiciones de actuación corresponde establecer a las Comunidades Autónomas (art. 16) y que se integran en la Red pública, pero sin alterar el régimen jurídico de su titularidad, administración, gestión y dependencia orgánica (art. 6). La Ley preferencia («a los que se tendrá en cuenta de manera especial», art. 16.2) a los centros «correspondientes al tercer sector» o sea, organizaciones no gubernamentales y no lucrativas que responden a criterios de solidaridad (art. 2.8, y art. 3 n). Según su exposición de motivos, éstas han venido participando durante años en la atención a las personas en situación de dependencia y «constituyen una importante malla social que previene los riesgos de exclusión de las personas afectadas».

La «participación de la iniciativa privada» (lucrativa) en los servicios y prestaciones (art. 3. n) no se ha tomado como modelo de referencia, más bien parece postularse lo contrario. Pero, al dejarse espacio a la gestión privada, lucrativa o no, de las prestaciones de carácter público permite políticas autonómicas más favorables a la gestión privada de los servicios.

Además, la Ley afecta a los centros y servicios privados (lucrativos o no) que prestan servicios a personas en situación de dependencia, que no están concertados, están fuera de la Red, no gestionan prestaciones del Sistema y que prestan servicios privados, ya sean benévolos ya remunerados. Esos centros, aunque formalmente queden fuera del Sistema y de la Red, han de contar con la «acreditación» de la correspondiente Comunidad Autónoma, y en relación con la calidad de sus servicios estarán sometidos a algunas de las previsiones de los arts. 34 y 35 que establecen medidas para garantizar la calidad de la atención a la dependencia y la eficacia de los servicios, y que prevén la fijación de criterios comunes de acreditación de centros, calidad y seguridad, y estándares de calidad.

Ello se corresponde con la circunstancia de que cuando los centros que forman la Red del Sistema no puedan suministrar los servicios de la Ley (lo que no es improbable), ésta ha previsto prestaciones económicas «subsidiarias» a favor de la persona en situación de dependencia para financiar la utilización por ellos de esos centros privados «externos». Es muy posible que la «iniciativa privada» y el mercado de servicios juegue un papel mucho más relevante del que a primera vista cabría entender. Ello se refleja en la disposición adicional séptima que se refiere a «los instrumentos privados para la cobertura de la dependencia», y que prevé la introducción de modificaciones legislativas para facilitar el aseguramiento privado de los servicios de atención a la dependencia (seguro muy extendido en



el sistema norteamericano), y que remite a una regulación específica del tratamiento fiscal de los instrumentos privados de cobertura de la dependencia, mediante ventajas fiscales «con el fin de facilitar la cofinanciación por los beneficiarios de los servicios que se establecen».

En suma, la Ley 39/2006 prevé o permite «espacios de negocio» en el suministro de servicios de atención de la dependencia, tanto dentro del Sistema, como gestión privada del servicio público, sin perder su carácter público ni su función social, como fuera del mismo, como actividad privada, lucrativa o no, de la que trata de asegurar la calidad de los servicios prestados, establece incentivos o ventajas fiscales para sus usuarios y posibilita su aseguramiento privado-mercantil.

7. LAS PRESTACIONES DEL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y LA ATENCIÓN DE LA DEPENDENCIA

En cuanto a su objeto, el SAAD trata de facilitar una existencia autónoma «en su medio habitual» a las personas en situación de dependencia, de proporcionarles un trato digno y de facilitarles su incorporación activa en la vida de la comunidad (art. 13). En una configuración en que predomina la «atención» y de «prestación de cuidados», incluye prestaciones destinadas a la promoción de la autonomía personal y a atender las necesidades de las personas en situación de dependencia o sea con dificultades para la realización de las actividades básicas de la vida diaria (art. 14,1), al margen del grado de su situación económica y de poder contribuir personalmente a su financiación. Su «acción protectora» no se reduce al otorgamiento de prestaciones económicas para la cobertura de situaciones de necesidad, las prestaciones económicas ni siquiera ocupan un papel central, sino, más bien, complementario o subsidiario.

El carácter «personalizado» de las prestaciones se refleja en el previsto programa individual de atención (art. 29). En ese programa «se determinarán las modalidades de intervención más adecuadas a sus necesidades 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 represente». Los servicios sociales competentes determinarán esas «modalidades de intervención», concretando los servicios o prestaciones económicas que deberán proporcionarse y a los que el beneficiario tendrá acceso en función de lo previsto en el art. 14. Sin embargo, como se ha de ver, la «elección entre alternativas» por el interesado o sus representantes no es tan abierta como parece sugerir el art. 29.

Según el art. 14, las prestaciones de atención a la dependencia «podrán tener la naturaleza de servicios y de prestaciones económicas». Los posibles servicios se determinan en un catálogo de servicios (art.15) en el que se distingue entre los servicios de promoción de la autonomía personal y los de atención y de cuidado, teleasistencia, centros de día y de noche y de atención residencial (arts. 21 a 25), y ello sin perjuicio de los servicios sanitarios que preste el Sistema Nacional de Salud.

El art. 14 de la Ley 16/2003 ya regulaba una «prestación de atención sociosanitaria» como conjunto de cuidados destinados a enfermos, generalmente crónicos, que, por sus especiales características, pueden beneficiarse de la actuación simultánea y sinérgica de



los servicios sanitarios y sociales para aumentar su autonomía, paliar sus limitaciones o sufrimientos y facilitar su reinserción social, objetivos que, en parte, coinciden con los del Sistema para la Autonomía y la Atención de la Dependencia.

El art. 14 de la 16/2003 dispone que esos servicios «sociosanitarios» se llevarán a cabo en los niveles de atención que determine cada Comunidad Autónoma y que comprenderán en todo caso los cuidados sanitarios de larga duración, la atención sanitaria a la convalecencia y la rehabilitación en pacientes con déficit funcional recuperable. Según el art. 14.3 de la Ley 16/2003, «la continuidad del servicio será garantizada por los servicios sanitarios y sociales a través de la adecuada coordinación entre las Administraciones públicas correspondientes». Desde la perspectiva de la atención sanitaria, se reconoce la necesidad de una adecuada coordinación entre unos y otros y de una «actuación simultánea y sinérgica» de los servicios sanitarios y sociales en el tratamiento de «enfermos» en situación de dependencia.

La Ley 39/2006 debería haber tenido en cuenta y haber previsto medidas que asegurasen esa imprescindible coordinación y sinergia de actuaciones, sanitaria y social, pero no lo ha hecho. Se limita a señalar, de forma ambigua, que los servicios que establece son sin perjuicio de lo previsto en el art. 14 de la Ley 16/2003, siendo así que éste se refiere a una prestación que en sus aspectos no estrictamente sanitarios y como servicios sociales formarán parte del SAAD. Pero sólo lo hace su art. 21, en relación con medidas preventivas y de promoción de condiciones de vida saludable, y que prevé un desarrollo coordinado de actuaciones de los servicios sociales y de salud, debiendo el Consejo Territorial establecer los criterios. No se ha previsto expresamente la conjunción o coordinación de actuaciones. Deberían haberse previsto también para los demás servicios sanitarios y sociales para el apoyo y asistencia a las personas en situación de dependencia.

La prestación de servicios del Sistema incluida en el Programa Individual de Atención tiene «carácter prioritario» (más bien preferente) y habrá de suministrarse por las respectivas Comunidades Autónomas a través de los centros públicos o privados, concertados y acreditados, pertenecientes a la Red de Servicios Sociales. Sólo «de no ser posible la atención mediante alguno de estos servicios» podrá concederse una prestación económica vinculada a la cobertura de los gastos del servicio, suministrado por una entidad o centro acreditado privado para la atención a la dependencia, externa y fuera de la Red, financiándose al beneficiario la atención privada suministrada en régimen jurídico-privado, mediante abono de un precio, por una entidad no lucrativa del «tercer sector» o por una empresa comercial.

No es fácil, al menos a corto plazo, que la atención a la dependencia pueda asumirse por completo a cargo de los servicios de la Red. En el acceso a la «oferta pública» de servicios, el art. 14 ha establecido criterios de selección y ha determinado prioridades en función del grado y nivel de dependencia y, en igualdad de grado y nivel, en función de la capacidad económica del solicitante. Si esa oferta pública no cubre a todos los solicitantes con derechos reconocidos a esos servicios ha determinado que, hasta que la red (pública) de servicios no esté totalmente implantada, los excluidos del acceso a los servicios, tengan derecho a la prestación económica vinculada al servicio regulada en el art. 17.

Esa prestación, periódica, de carácter personal y vinculada a la adquisición de un servicio (previéndose a tal fin supervisar su destino y utilización) se concederá también en función del grado y nivel de dependencia y de la capacidad económica del beneficiario, de acuerdo con lo previsto en el Convenio celebrado entre la Administración General del Es-



tado y la correspondiente Comunidad Autónoma. La referencia sólo a ese Convenio, parece ignorar la existencia de un nivel mínimo estatal que habrá de afectar también a esa prestación económica, pese a su carácter subsidiario.

En el juego de prioridades, además de la preferencia al suministro directo de servicios frente a las prestaciones económicas vinculadas a la adquisición de un servicio, éstas tendrán preferencia a éstas últimas frente a la llamada prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo de cuidadores no profesionales, regulada en el art. 18, la cual se admite sólo «excepcionalmente» y siempre que se den condiciones adecuadas de convivencia y de habitabilidad de la vivienda y siempre que así lo establezca su Programa Individual de Atención (art. 14.4).

Se trata de lo que el art. 2.6 califica de cuidados «no profesionales» suministrados por personas «no vinculadas a un servicio de atención profesionalizada». La prestación tiende a costear o ayudar a costear una ayuda, el tradicional y mayoritario sistema de cuidado «no profesional» y benévolo en el entorno familiar. El art. 18 permite remunerar esos servicios, que así se «laboralizan», y se prevé la regulación reglamentaria de cobertura de los cuidadores no profesionales por la Seguridad Social (disposición adicional cuarta).

El Consejo de Estado (dictamen 336/2006) sugirió que se reconsiderase el carácter doblemente excepcional atribuido a la prestación económica para ser atendido por cuidadores familiares, sistema de atención que es el más generalizado, el más adecuado al objetivo de mantenimiento del medio habitual —en términos no sólo materiales sino humanos— (art. 13.a) y el más acorde con el principio recogido en el art. 3.i), en relación con la permanencia de las personas en situación de dependencia en el entorno en el que desarrollan su vida. Según el Consejo de Estado «los cambios que en este punto se produzcan no deben ser drásticos, sino progresivos, teniendo en cuenta también los medios y recursos, materiales y profesionales, con que, sobre todo al principio de su andadura, puede contar el sistema. Aunque no se ignora que podría ser una fuente de abusos —lo que debería ser corregido por otras vías—, y que la nueva norma trata de descargar a las familias, y en particular a la mujer, facilitando su acceso al mercado de trabajo, habrían de tenerse en cuenta, también, las preferencias que se manifiesten dentro de ese entorno familiar» (dictamen 336/2006).

Este tratamiento marginal y subsidiario del apoyo al cuidado «informal» en el entorno familiar (del tipo que ha caracterizado a la gran invalidez) es poco realista y responde a un enfoque excesivamente profesionalizado de la atención a la dependencia (lo que depende del tipo de cuidado de que se trate) y de una presunción (art. 2.6) de que los cuidados prestados por una institución pública o por una entidad privada serán siempre de profesionales, cuando el mercado de trabajo en este campo refleja altos niveles de precariedad y de falta de cualificación.

En otros sistemas comparados se ha dado un mayor peso a los subsidios y ayudas económicas «personalizadas» para los cuidados en el entorno familiar, regulados de forma que aseguren el cuidado y que eviten fraudes o abusos, y ello es consecuente con la «autonomía», autodeterminación y libertad de elección, pues, constituye un objetivo del SAAD tutelar la «capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias» (art. 2).

La Ley 39/2006 sólo permite al beneficiario «decidir libremente» (imponer su voluntad) sobre el ingreso en centro residencial» (art. 4, g) y en lo demás prevé la consulta o propuesta de alternativas para el programa individual de atención marco condicionante para



el reconocimiento de los derechos. En el diseño hay un exceso de heterotutela, de presunción de incapacidad o de irresponsabilidad de la persona dependiente al no permitirle un mayor margen de elección, y no de mera «participación», sobre el tipo de ayuda a recibir y la forma de recibirla, no sólo en el entorno familiar sino en y por personas en las que depositen su confianza y afecto, aunque ello pueda reducir espacios de negocio o yacimientos de empleo, que pueden ser «efectos colaterales» pero no objetivos del Sistema. En el suministro de las prestaciones no se debería sustituir la voluntad de la persona que intelectivamente pueda decidir por sí misma, por una voluntad administrativa, por muy «profesionales» que sean los que adopten decisiones que afectan a la persona, a su forma de vida y a su propia intimidad.

El art. 14.5 se refiere a otra prestación económica, la de «asistencia personal», que regula el art. 19, y que queda fuera de esa ordenación «jerarquizada» (entre servicio, prestación económica vinculada al servicio, y para el entorno familiar) y que aparece como facultativa («podrán recibir»). La asistencia personal viene definida en el art. 2.7 como «el servicio prestado por un asistente personal que realiza o colabora en tareas de la vida cotidiana de una persona en situación de dependencia, de cara a fomentar su vida independiente, promoviendo y potenciando su autonomía personal». El art. 19 limita el acceso a esa prestación a las personas con gran dependencia y precisa que el objetivo de esta prestación económica es contribuir a la contratación, durante un número de horas, de una asistencia personal que facilite al beneficiario el acceso a la educación y al trabajo, así como una vida más autónoma en el ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria. El Consejo Territorial habrá de acordar también las condiciones de acceso a esta prestación.

Fuera de las prestaciones del SAAD, la disposición adicional tercera de la Ley 39/2006 se refiere a «unas ayudas económicas para facilitar la autonomía personal» que podrán acordar convenir el Estado y las Comunidades Autónomas, que tendrán la condición de subvención y que se destinarán ya sea a adquirir ayudas técnicas o instrumentos necesarios para el desarrollo de la vida ordinaria o a facilitar la accesibilidad y adaptaciones en el hogar para mejorar la capacidad de desplazamiento en la vivienda.

Una peculiaridad del SAAD, que dificulta su calificación jurídica como mera Asistencia Social, es la previsión de la posible participación de los beneficiarios en el coste de las prestaciones. Ello se corresponde a su carácter universalista y a no aceptar un enfoque asistencialista de insuficiencia o necesidad económica. El art. 33 en su apartado 1 establece como regla dicha participación («participarán») pero indica que será «según el tipo y coste del servicio y su capacidad económica». Esta regla se refiere al suministro de servicios y, acerca de ellos, distingue entre servicios asistenciales y «de manutención y hoteleros».

Respecto a las prestaciones económicas, el art. 13.2 establece que «la capacidad económica del beneficiario se tendrá también en cuenta en la determinación de la cuantía de las prestaciones económicas». En puridad, esa capacidad económica se tendría en cuenta para el acceso y para determinar la cuantía de esas prestaciones económicas, en principio substitutivas a la prestación de un servicio y vinculadas a él (no sólo en el artículo 16). La participación en el coste será respecto al tipo y coste del servicio que trata de financiar la prestación económica lo que, desde la perspectiva de la protección social, presupone la insuficiencia económica de ese beneficiario, salvo que se entienda un derecho universal de ciudadanía social como son la educación o la sanidad. Por lo demás, el art. 31 ha previsto la deducción de la cuantía de la prestación económica cualquier otra prestación de análoga



naturaleza y finalidad establecida en los regímenes públicos de protección social, haciendo referencia a algunas en particular.

Corresponde al Consejo territorial fijar los criterios sobre la «cofinanciación» del beneficiario y que habrán de desarrollarse en los oportunos Convenios, pero la situación de necesidad económica habrá de tenerse en cuenta en todo caso pues el art. 33.3 dispone que «ningún ciudadano quedará fuera de la cobertura del Sistema por no disponer de recursos económicos», lo que confirma que la «gratuidad» del servicios puede estar sujeta a la demostración de la carencia de recursos.

8. VALORACIÓN DE LA DEPENDENCIA Y RECONOCIMIENTO DE DERECHOS

La dependencia es un fenómeno complejo que la Ley sólo considera y trata con vistas a configurar una posible prestación social de cuidados. Según el art. 2.2, la dependencia es el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal. Esas actividades básicas de la vida diaria vienen definidas como las tareas más elementales de la persona, cuidado personal, actividades domésticas básicas, movilidad esencial, reconocer personas y objetos, orientarse, entender y ejecutar órdenes o tareas sencillas (art. 2.3) reflejando una distinción, entre el deterioro físico y las discapacidad intelectual o mental relevante en el alcance de la necesidad de cuidado ajeno.

La consideración de la discapacidad como «estado permanente» no excluye que pueda ser una situación evolutiva y suponer un proceso progresivo de deterioro. Por otro lado, como tal «estado», es una situación fáctica de la que ya se deducen derechos en el art. 4, pero el acceso a los derechos que reconoce el SAAD se exige, además de cumplir los requisitos objetivos del art. 5, en cuanto a edad, nacionalidad y residencia, una declaración administrativa de la situación y de su valoración, a través de un procedimiento administrativo cuyas líneas generales diseña la Ley 39/2006.

Una situación personal de dependencia habrá de incluirse en uno de los tres grados que determina el art. 26, moderada, severa y gran dependencia (a la que se dedicará una atención preferente, según el art. 3 q), grados que, a su vez, se clasificarán en dos niveles en función de la autonomía de las personas y de la intensidad del cuidado que requieran.

El legislador ha procurado que la valoración de la dependencia, en muchos puntos similar a la valoración de la discapacidad, se haga de forma objetiva y técnica, mediante un baremo de calificación igual en todo el ámbito nacional, acordado en el Consejo Territorial y aprobado por Real Decreto. El baremo tomará como referencia la clasificación internacional adoptada por la OMS, y habrá de establecer criterios objetivos de valoración del grado de autonomía de la persona, con intervalos de puntuación para los distintos grados y niveles de dependencia y debe contener un protocolo con los procedimientos y técnicas a seguir para la valoración de las aptitudes.

La medida y evaluación de la discapacidad se realiza en función de la discapacidad o dificultad para desempeñar tareas personales y del grado de ayuda o apoyo necesario, y en el procedimiento de valoración habrá de considerarse el grado de limitaciones y la necesi-



dad de ayuda y atención a la persona. Requerida. Según el art. 27.4, el baremo «valorará la capacidad de la persona para llevar a cabo por sí misma las actividades básicas de la vida diaria, así como la necesidad de apoyo y supervisión», valoración que habrá de tener en cuenta los informes sobre la salud de la persona y sobre su entorno, considerando las ayudas técnicas que le hayan sido prescritas. Ello refleja los aspectos médicos y los aspectos sociales que supone la valoración de la situación de dependencia, lo que debería reflejarse en su tratamiento.

El objetivo de igualdad que persigue la Ley ha llevado a establecer requisitos comunes sobre los órganos de valoración de la dependencia, propios de cada Comunidad Autónoma. El Consejo Territorial acordará unos criterios comunes «de composición y actuación», que lógicamente incluirá técnicos o expertos, en materia sanitaria y en materia de servicios sociales (art. 27.1). El art. 28.5 reitera que el Consejo Territorial acordará los criterios básicos de procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y las características comunes del órgano y profesionales «que procedan al reconocimiento». La Ley exige el carácter público «en todo caso» de los órganos de valoración (art. 27.1), y por si hubiera alguna duda, el art. 28.6 establece que esos servicios de valoración, así como la prescripción de servicios y prestaciones y la gestión de las prestaciones económicas, «se efectuarán directamente por las Administraciones Públicas no pudiendo ser objeto de delegación, contratación o concierto con entidades privadas».

Con todo ello se ha tratado de garantizar la uniformidad e igualdad en esa valoración, aunque no necesariamente en las prestaciones, dados los diversos niveles de protección que reconoce el art. 7. La valoración de la dependencia es fundamental para poder acceder a las prestaciones, servicios y ayudas económicas, del SAAD, que se habrán de conceder en función del grado y nivel de la dependencia. La valoración de la situación de dependencia habrá de especificar «los cuidados que la persona puede requerir». Ello no supone todavía reconocer el derecho a una concreta prestación, sino más bien, por así decirlo, «reconocer el derecho a tener acceso a ese derecho», que corresponde a un segundo momento. La «valoración» por el órgano de valoración es, en términos de la Ley, sólo un dictamen sobre el grado y nivel de dependencia que especificará los cuidados que la persona puede requerir. La declaración formal de la dependencia y su grado corresponde a la autoridad administrativa autonómica.

La Ley 39/2006 distingue, y así se refleja en el art. 28, entre el reconocimiento de la situación de dependencia (al que se tiene derecho si se reúnen las condiciones establecidas en el baremo), y el reconocimiento del derecho a las prestaciones del sistema. La distinción de planos se comprueba en el art. 28.2 que establece que el reconocimiento de la situación de dependencia por resolución de la Administración autonómica correspondiente a la residencia del solicitante, tendrá validez dentro de todo el territorio del Estado, mientras que, en caso de cambio de residencia, será la Comunidad Autónoma de destino la que determine los servicios y prestaciones que corresponden a la persona en su territorio (art. 28.4).

Sin embargo, la resolución administrativa que reconozca la situación de dependencia determinará también «los servicios o prestaciones que corresponden al solicitante según el grado y nivel de dependencia», lo que dependerá de la intensidad de protección de los servicios previstos en los arts. 10.3 y 15, que habrá de acordar el Consejo Territorial del Sistema. Con ello, podría pensarse que ya está finalizado el procedimiento y concretada la prestación a recibir, pero no es así.



En primer lugar, el art. 29 prevé que los servicios sociales autonómicos establezcan un Programa Individual de Atención en el que se determinarán las modalidades de intervención más adecuados a sus necesidades entre los servicios y prestaciones económicas previstos en la resolución para su grado y nivel. En la lógica del sistema, el Programa Individual se orientaría al reconocimiento mismo del derecho a las prestaciones y debería preceder al reconocimiento del derecho a las prestaciones por el órgano administrativo de la Comunidad Autónoma. Sin embargo, la Ley parece haber optado por una fórmula distinta, que la resolución administrativa reconozca un derecho genérico cuya especificación se concreta en el programa individual de atención, lo que, desde la perspectiva jurídica, puede plantear problemas delicados.

En segundo lugar, la relatividad del reconocimiento del derecho se refleja en la regulación contenida en el art. 14, que al establecer prioridades para el acceso a los servicios y referirse a una oferta pública, está dejando claro que si a una persona se le reconoce el derecho a un determinado servicio, el goce del mismo requiere que participe en la oferta pública correspondiente y que, según el orden de prioridades, se le asigne.

En tercer lugar, se trata de derechos «en progreso», en la medida en que está prevista la aplicación progresiva de la Ley, cuya puesta en marcha total se prevé en 2015, los primeros beneficiarios que recibirán ayudas serán únicamente los grandes dependientes.

Finalmente, aunque se trate de una situación «permanente», tanto la valoración de la dependencia, sus niveles y grados, como las prestaciones reconocidas y el programa individual de atención son siempre revisables, por ello, algunos hablan de una ruta cambiante de cuidados (path care). Esa revisión se podrá realizar de oficio o a instancia del interesado o sus representantes, tanto por mejoría o empeoramiento de la situación personal, por la variación de los requisitos, o por el incumplimiento de las obligaciones legalmente previstas, o por un error diagnóstico en la aplicación del correspondiente baremo, y, en relación con las prestaciones reconocidas. La revisión se producirá siempre en caso de cambio de residencia a otra Comunidad Autónoma.

El art. 30 prevé, pues, tres causas y tipos distintos de revisión, las derivadas de un cambio de situación, mejoría o empeoramiento, o una modificación del marco legal, la derivada de errores de diagnóstico o de aplicación del baremo y las resultantes de incumplimiento de obligaciones, que podrían tener mejor encaje en el régimen de infracciones y sanciones. De todo ello resulta una cierta labilidad en el reconocimiento de los derechos, no habiendo previsto la Ley instrumentos específicos de garantía de los afectados, más allá de la remisión en materia procedimental a la Ley 30/1992, y, por ello, implícitamente al control judicial por la jurisdicción contencioso-administrativa.

Pese a sus luces y sombras, la Ley 39/2006 ha supuesto un paso importante para la renovación y modernización de nuestro sistema de protección social y para la lucha contra la exclusión social al proteger a un grupo especialmente vulnerable, el de las personas dependientes, que en las prestaciones y servicios del SAAD van a encontrar apoyo para su efectiva autonomía para la realización actividades en su vida diaria y el goce efectivo de sus derechos. El éxito de la Ley dependerá de que se articule adecuadamente la colaboración y coordinación entre Estado y Comunidades Autónomas, a través del Consejo Territorial del Sistema, evitando desajustes, conflictos o disfunciones, para que la puesta en práctica del sistema sea coherente y respetuosa con las competencias y responsabilidades de uno y otros, en la persecución de unos objetivos, de autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia tarea solidaria, común y compartida.